

ISSN 1974-9562

ANNO - XXIII



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

All'interno i contributi dei seguenti Autori:

EDITORIALE: Vito Tenore; - SAGGI: Nicola Berti - Angelo Bonaiti - Marco Gaetano Pulvirenti - Pasquale Viola - Matteo Carrer - Gianluigi Delle Cave - Giuliano Scarselli - Ignazio Spadaro - Maurizia Pierri - Marco Di Lullo - Giacomo Biasutti - Giovanna Mastrodonato - Ilaria Genuessi - Andrea Perruccio - Antonio Gusmai - Francesco M. J. Spada - Daniele Vitale - FOCUS: Rosaria Costanzo - Paolo Valiante - Vincenzo Martines - Saverio F. Regasto - Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri.

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE®

Anno **2023** - Fasc. **n. 1**

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



ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE:

Fulvio Conti Guglia

Iscritto presso l'Albo dell'Ordine dei Giornalisti di Sicilia E.S. dal 23/06/2006, (i.d. n.1483), ex art. 28, Legge n. 69/1963 e ss. mm..

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Giuseppe Albenzio *Vice Avvocato Generale dello Stato*

Raffaele Chiarelli *Professore Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi Guglielmo Marconi*

Claudio Rossano *Professore Emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Roma La Sapienza.*

COMITATO DIRETTIVO:

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

COMITATO INTERNAZIONALE SCIENTIFICO:

Richard Albert Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin – **Stefano Agosta** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli

Studi di Messina – **Domenico Amirante** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli – **Adriana Apostoli** Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Brescia – **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 – **Annamaria Bonomo** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli studi di Bari – **Elena Buoso** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova – **Paola Caputi Jambrenghi** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” – **Sabino Cassese** Giudice emerito della Corte Costituzionale, Professore emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa – **Emilio Salvatore Castorina** Professore Ordinario Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania – **Marcello Cecchetti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari – **Cristiano Celone** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo – **Alfonso Celotto** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08), Università degli Studi “Roma Tre” – **Ginevra Cerrina Feroni** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Bologna – **Mario Pilade Chiti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze – **Antonio Colavecchio** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia – **Calogero Commandatore** Magistrato presso TAR Sicilia Palermo – **Carlo Colapietro** Professore Ordinario di Diritto Pubblico (IUS/9) Università degli Studi Roma tre – **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 – **Nicola Gullo** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS 10) Università degli Studi di Palermo – **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 Mazzaroli** 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** 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 Universidad de Castilla-la Mancha – **Stefano Nespore** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano – **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba – **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca’ Foscari di Venezia – **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia – **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa – **Aristide Police** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata – **Nicoletta Rangone** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA – **Cecilia Ricci** Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi

del Molise – **Maurizio Riverditi** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino – **Raffaele Guido Rodio** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari – **Roberto Romboli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa – **Tulio Raul Rosembuj** Professore Ordinario di Diritto Tributario IUS/12 (Universidad de Barcelona) e Prof. a contratto in LUISS – **Gianluca Ruggiero** Professore Associato di Diritto penale (IUS/17) Università del Piemonte Orientale – **Antonio Saitta** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina – **Ugo Salanitro** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania – **Alessio Scarcella** Consigliere della Suprema Corte di Cassazione – **Giuliano Scarselli** Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile (IUS/15) Università degli studi di Siena – **Andrea Scella** Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale (IUS/16) Università degli Studi di Udine – **Elisa Scotti** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo – Docente di Diritto dell’Ambiente – (IUS/10) Università degli Studi di Macerata – **Andrea Simoncini** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Firenze – **Sara Spuntarelli** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino – **Paolo Stella Richter** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS 10) e Diritto urbanistico Università degli Studi di Roma “La Sapienza” e Univ. Luiss Guido Carli – **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:

Claudia Benanti Professore associato di IUS/01 “Diritto privato” in Giurisprudenza Università degli Studi di Catania. Componente del CTS del Master di II° livello in “Diritto dell’ambiente e gestione del territorio” – **Francesco Camplani** (Assegnista di ricerca presso Università degli Studi di Macerata) – **Luigi Carbone** (Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico – Università degli Studi di Trieste – Co-coordinatore Dottrina) **Camilla Della Giustina** (Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico nell’Università degli Studi L. Vanvitelli) – **Ilaria Genuessi** Ricercatore in Diritto Amministrativo (IUS/10) presso

l'Università degli Studi di Bergamo – **Daniela Di Paola** (Funzionario MIUR – Coordinatrice Giurisprudenza) – **Giuseppina Lofaro** (Assegnista di ricerca post-doc in Diritto Amministrativo – Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria) – **Agatino Giuseppe Lanzafame** (Referendario TAR LAZIO) – **Nicoletta Laurenti** Collino (Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine) – **Giulia Milo** (Ricercatore Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Trieste) – **Antonio Mitrotti** (Abilitato alle funzioni di prof. univ. di 2° Fascia nel Sett. Conc. 12/C1 – Segretario Comunale – Coordinatore Dottrina) – **Antonio Persico** (Dottorando in Diritto Pubblico – Università degli studi di Roma La Sapienza) – **Agostino Sola** (Avvocato in Roma e dottorando di ricerca presso l'università LUISS di Roma); **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** (Dottore 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 INTERNAZIONALE DEI REFEREES:

Giuseppe Ugo Abate (Università degli Studi di Palermo) – **Roberta Agnoletto** (Avv. del Foro di Venezia e Coord. Didattica Master in Diritto dell'Ambiente e del Territorio – Università Ca' Foscari di Venezia) – **Xavier Arbos Marin** (Universidad de Barcelona) – **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) – **Valeria Corriero** (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro") – **Fabio Corvaja** (Università degli Studi di Padova) – **Juan Carlos Covilla Martinez** (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) – **Augusto Di Cagno** (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro") – **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) – **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) – **Giovanna Mastrodonato** (Università di Bari) – **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) – **Maria Antonella Pasculli** (Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”) **Paolo Patrino** (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) – **Davide Rossi** (Università degli Studi di Trieste) – **Gianpaolo Maria Ruotolo** (Università di Foggia) – **Francesco Emanuele Salamone** (Università degli Studi della Toscana) – **Antonio Saporito** (Università degli Studi Niccolò Cusano) – **Ciro Sbailò** (Università degli Studi internazionali di Roma) – **Maria Stefania Scardigno** (Università degli Studi di Bari) – **Franco Sciarretta** (Unitelma Sapienza Roma) – **Andrea Sticchi Damiani** (Cultore di diritto amministrativo)

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

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

<i>RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA INSERITA NELL'AREA 12 - CLASSE A - ANVUR</i>	1
ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA	3
<i>INDICE GENERALE</i>	10
EDITORIALE	13
RIFLESSIONI SULLA RIVENDICATA SOGGETTIVITÀ DELLE PIANTE QUALI ESSERI SENZIENTI E NON STATICI.....	14
VITO TENORE	14
SAGGI	26
ASPETTI E PROBLEMI DELLE RECENTI RIFORME IN TEMA DI REALIZZAZIONE DEGLI IMPIANTI DI PRODUZIONE DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI	27
NICOLA BERTI – ANGELO BONAITI	27
CONSIDERAZIONI SULLA VERIFICA DELLA PERDURANTE SUSSISTENZA DELL'INTERESSE CULTURALE (<i>A PROPOSITO DELLE C.D. VILLE VESUVIANE DEL MIGLIO D'ORO</i>).....	55
MARCO GAETANO PULVIRENTI	55
DALLA CRISI SOCIO-ECOLOGICA AL CAMBIAMENTO CLIMATICO ANTROPOGENICO.....	71
PASQUALE VIOLA	71
IL DELICATO EQUILIBRIO TRA LA TUTELA DELL'AMBIENTE E LA PROMOZIONE DELLE ATTIVITÀ ECONOMICHE NELLA PIANIFICAZIONE DELLO SPAZIO MARINO...	125
GIULIA TORTA	125
I LIMITI COSTITUZIONALI DEL DIRITTO DI CIRCOLAZIONE - I CASI DELLA PANDEMIA E DELLE POLITICHE SULLA MOBILITÀ E CIRCOLAZIONE STRADALE.	145
MATTEO CARRER	145
I "SILENZI PAESAGGISTICI": RIFLESSIONE SUL RAPPORTO TRA PARERE SOPRINTENDENTIZIO E ART. 17 <i>BIS</i> L. N. 241/1990.....	208
GIANLUIGI DELLE CAVE	208
LA NOMOFILACHIA E I SUOI PERICOLI.....	233
GIULIANO SCARSELLI	233

LA PARTECIPAZIONE DEGLI ENTI SUB-STATALI ALLA GESTIONE DELLE EMERGENZE SANITARIE: MODELLI COMPARATI E POSSIBILI SPUNTI PER IL LEGISLATORE ITALIANO.....	
IGNAZIO SPADARO	251
LA RIFORMA DELLA “COSTITUZIONE AMBIENTALE” ITALIANA E LA TUTELA DELLE SPECIE ANIMALI A RISCHIO DI ESTINZIONE, NEL PRISMA DELLA DISCIPLINA MULTILIVELLO SULLA SALVAGUARDIA DELLA BIODIVERSITÀ.....	
MAURIZIA PIERRI	281
L’AUTORITÀ DI BACINO DISTRETTUALE COME ENTE DI PIANIFICAZIONE E TUTELA AMBIENTALE.....	
MARCO DI LULLO	311
LE CONCESSIONI IDROELETTRICHE: IL BENE-ACQUA TRA CONCORRENZA E SOSTENIBILITÀ.....	
GIACOMO BIASUTTI	343
LINEAMENTI SULL’INTERESSE PUBBLICO TRA MITO E REALTÀ.....	
GIOVANNA MASTRODONATO	365
L’ONERE MOTIVAZIONALE IN CASO DI AFFIDAMENTO <i>IN HOUSE</i> ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE NORMATIVA E GIURISPRUDENZA.....	
ILARIA GENUESSI	429
L’UTILIZZAZIONE ECONOMICA DELL’IMMAGINE DEI BENI CULTURALI.....	
ANDREA PERRUCCIO	449
NOTERELLE SUL DIRITTO ALL’ABITARE DEGLI <i>HOMINES MIGRANTES</i>	
ANTONIO GUSMAI	463
QUALE TERMINE PER ADEMPIERE L’OBBLIGO A CUI È ASSOGGETTATA LA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA? LE SEZIONI UNITE SCELGONO LA TERZA VIA.....	
FRANCESCO M. J. SPADA	484
TUTELA DEGLI ANIMALI E RIFORMA COSTITUZIONALE. FONDAMENTI IDEOLOGICI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE PER UNA IMPOSTAZIONE «ECO-PERSONALISTA».....	
DANIELE VITALE	506
FOCUS	546
LO SVILUPPO SOSTENIBILE NEGLI APPALTI PUBBLICI. I CRITERI AMBIENTALI MINIMI.....	
ROSARIA COSTANZO	547
IL GIUDICE PENALE DI FRONTE ALLA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE: GESTIONE DEI RIFIUTI E INQUINAMENTO DELLE ACQUE*.....	
PAOLO VALIANTE	564

LA TUTELA RISARCITORIA NEL RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E AL PRESIDENTE DELLA REGIONE SICILIANA.....	
VINCENZO MARTINES	573
UNA ORIGINALE <i>VACATIO LEGIS</i> IN TEMA DI RIFORMA PENALE.....	
SAVERIO F. REGASTO	586
AFFRESCO DELLA MEDIAZIONE ITALIANA ED EUROPEA.....	
CARLO ALBERTO CALCAGNO - DEMETRIO CALVERI	593
IL MEDIATORE CIVILE E COMMERCIALE NEI PAESI UE.....	
CARLO ALBERTO CALCAGNO - DEMETRIO CALVERI	610
LA FORMAZIONE DELL'AVVOCATO E DEL GIUDICE MEDIATORE SECONDO IL CONSIGLIO D'EUROPA.....	
CARLO ALBERTO CALCAGNO - DEMETRIO CALVERI	617
COLLABORAZIONE CON AMBIENTEDIRITTO.IT.....	633

EDITORIALE



EDITORIALE

RIFLESSIONI SULLA RIVENDICATA SOGGETTIVITÀ DELLE PIANTE QUALI ESSERI SENZIENTI E NON STATICI.

Vito Tenore*Presidente di Sezione della Corte dei Conti - Docente SNA*

1. Esseri umani, animali e vegetali sul piano bioetico e giuridico. Il ruolo ancillare della pianta.

Al pari di quanto accaduto, ma in misura decisamente meno insistente e con minori argomenti logico-giuridici e bioetici, per gli animali (ormai definibili “*esseri senzienti animali*”)¹, si parla da qualche tempo di una rivendicata soggettività anche delle piante da

¹ Sul tema della soggettività animale è sufficiente rinviare al nostro TENORE, *Gli animali in giudizio (Contenziosi costituzionali, civili, penali, amministrativi, contabili, tributari, comunitari sugli “esseri senzienti non umani”)*, Torino, 2023. In letteratura vedasi anche, sul piano bioetico, filosofico e giuridico, PITTALIS, *Diritto degli esseri animali. Lezioni e commenti*, Bari, 2022; TRAISCI, *Animali e umani: il tentativo di un inquadramento razionale e unitario dell’animale anche nel nostro sistema giuridico*, Napoli, 2021, 3 ss. (con una felice sintesi dei principali approcci filosofici sul tema) e 278 ss.; TANCON, *Animali, diritti & tutele*, pubblicazione autonoma della tesi di laurea del 2022 presso Uninettuno; GUAZZALOCA, *Umani e animali. Breve storia di una relazione complicata*, Bologna, 2021; VADALA, *Prospettazione storico evolutiva dei diritti degli animali*, in *giust.civ.*, 2017, 549 ss.; BENVENUTI, *Per una introduzione al diritto degli animali*, in *Ricerche Giuridiche*, vol.4, n.1, 2015, 31 ss.; CARLOTTO, *Il diritto degli animali, per il nostro e il loro paradiso*, Padova, 2013; TONUTTI, *Zooantropologia. Gli animali nelle culture umane*, in *La questione animale*, a cura di Castignone – Lombardi Vallauri, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà – Zatti, Milano, 2012; CASTIGLIONE, LOMBARDI VALLAURI, *La questione animale*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà – Zatti, Milano, 2012; ROLLIN, *Diritti degli animali ed etica umana*, Milano, 2012; BERTONI, *Etica ed allevamento animale*, Milano, 2016; TALLACCHINI, *Appunti di filosofia della legislazione animale*, in MANNUCCI, TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali. Commenti sulla normativa vigente*, cit.; TALLACCHINI, *Verso una filosofia del benessere animale*, in Marchesini (a cura di), *Bioetica e professione medico-veterinaria, “Quaderni di bioetica”*, Bologna 1999, 29 ss. Da segnalare è poi lo studio di PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012, che analizza criticamente il processo di moltiplicazione dei soggetti giuridici sviluppatosi negli ultimi decenni. In questo ambito vengono analizzati sistematicamente le problematiche legate al riconoscimento di diritti agli animali, all’ambiente, alle generazioni future, alla specie umana. L’impostazione scientifica del volume tende a negare la possibilità di utilizzare giuridicamente la categoria dei diritti per la tutela di animali e ambiente, mentre ammette questa possibilità per generazioni future e specie umana. Il discrimine è dato dal rispetto della tradizione antropocentrica nel cui alveo è nato e si è sviluppato il linguaggio normativo dei diritti. Sul tema vedasi anche DONADONI, *Sulla natura giuridica della relazione con*



parte di alcuni studiosi o per lo meno di un più ampio riconoscimento dei diritti delle stesse, o, in via ancor più gradata (ma forse più agevolmente percorribile), di maggiori doveri dell'uomo nei confronti del mondo vegetale².

Il mondo naturale, quello delle piante, sebbene costituisca l'80% della biomassa visibile della Terra (l'uomo rappresenta lo 0,01%), e sebbene le sostanze organiche di cui sono composti esseri umani ed animali siano quasi interamente prodotte dalle piante³, sul piano etico, politico e giuridico, è stato (ed è) prevalentemente confinato sullo sfondo dell'azione principale degli esseri umani, senza alcuna considerazione morale.

E sul piano giuridico la pianta è da sempre considerata una *res*, ancorché rispettata e persino adorata in alcune epoche⁴, ma pur sempre una *res* oggetto di diverse norme nel codice civile in materia di accessione (artt. 934 seg., c.c.), usufrutto (art. 989, c.c.), comunione (art. 899 c.c.) distanze (artt. 892 segg., c.c.), recisione di rami (art. 896, c.c.), vendita (art. 1472, c.c.) o divieto di alienazione (art. 956, c.c.), etc.

La stessa biologia contemporanea ha concentrato la sua attenzione seguendo una visione zoocentrica del vivente, implicitamente relegando nell'unitario contesto della *natura* le piante, in una posizione terziaria rispetto a uomini ed animali. Da qui l'uso dispregiativo di termini medici come "coma vegetativo", frasi gergali come "la malerba cresce", "attaccato come l'edera", "gramigna infestante", o richiami letterari a stati vegetali come eterne condanne infernali⁵, o a frutti allegorici del peccato primigenio⁶. Non mancano poi citazioni letterarie sulla utilità delle piante, ma sempre in ottica antropocentrica⁷.

l'animale d'affezione. La bioetica tra diritto di proprietà e diritto della personalità, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, 259.

² Il tema della rilevanza, etica, politica e dunque anche giuridica delle piante è oggetto di alcuni interessanti studi, tra i quali possono ricordarsi: VIOLA, *Flower power. Le piante e i loro diritti*, Torino, 2020; PELLEGRINO, DI PAOLA (a cura di), *Etica e politica delle piante*, Roma, 2019, con ampia bibliografia sugli orientamenti filosofici ed etologici sul tema delle piante; MANCUSO, *La nazione delle piante*, Roma-Bari, 2019; POLLO, *Umani e animali: questioni di etica*, Roma, 2016; ALLEGRI, *Gli animali e l'etica*, Milano, 2015; MANCUSO, VIOLA, *Verde brillante. Sensibilità e intelligenza del mondo vegetale*, Firenze, 2013. Per una compiuta e prioritaria comprensione dell'organismo vegetale e della sua complessa organizzazione anatomica e funzionale, utile è la lettura del saggio del neurobiologo vegetale MANCUSO, *Plant revolution: le piante hanno già inventato il nostro futuro*, Milano, 2017; KOEHLIN, *La dignità delle piante*, in https://www.blauen-institut.ch/s2_blue/tx_blu/tf/tf_dignity_plants.html.

³ La vita degli esseri umani e animali dipende dalle piante, primo anello della catena alimentare, fonte di energia, stabilizzatore climatico, fonte di principi attivi medicinali.

⁴ È nota l'adorazione del *figus ruminalis*, albero fausto nell'antica Roma, per il suo contributo dato alla nascita e sopravvivenza di Romolo e Remo. Essendo prole illegittima, i gemelli vennero strappati alla madre per essere uccisi, ma un servo pietoso li sottrasse a morte sicura adagiandoli piuttosto in una cesta, che fu affidata alle acque del Tevere. Trasportata dallo straripamento del fiume, la cesta si fermò in una pozza sotto il fico ruminale, nel punto in cui la lupa sarebbe venuta ad allattarli. Secondo alcune fonti, il fico si ergeva alle pendici del colle Palatino, nei pressi della grotta chiamata Lupercale, mentre nell'iconografia è spesso rappresentato con un picchio appollaiato sui suoi rami.

⁵ Il richiamo è al noto passo Dantesco su Pier delle Vigne, macchiatosi di suicidio e condannato nell'Inferno ad essere "sterpo", ovvero pianta per l'eternità, ma soffrendo e sanguinando come un essere umano se spezzato in uno dei suoi rami o privato di sue foglie: il contrappasso infernale punisce con la estirpabile vita vegetale chi ha fatto scempio biologico della vita terrena estirpandola con il suicidio.

⁶ È universalmente nota la portata simbolica della mela che Eva porse ad Adamo nel giardino dell'Eden violando un basilare divieto divino e così perfezionando il primo peccato dell'umanità.



Questo ricco e variegato simbolismo rappresenta le piante e i loro frutti come segni, allegorie o come oggetti utili all'uomo, e mai come "essere pianta" in sé, se non in rari casi, quali la Pascoliana sublime *La quercia caduta*⁸ o in altre raffinate poesie. Anche nella musica, la pianta è sovente mero spunto per riflessioni e amori dell'essere umano che si traducono in indimenticabili successi stampigliati nella nostra mente⁹.

Tale approccio riduttivo, riscontrabile in diverse scienze, risente probabilmente delle differenze ontologiche tra l'essere animale e l'essere pianta (all'uomo risulta dunque più comprensibile il mondo animale). Quest'ultima difetterebbe delle caratteristiche che rendono la vita "umana", ovvero di quelle che sono state felicemente definite "le basi di status morale degli esseri umani ed animali"¹⁰: il movimento, l'intelligenza, la razionalità, l'autocoscienza, la spiritualità, la sensibilità, la capacità di provare emozioni, dolori e sentimenti, la capacità di parlare e di esercitare così la volontà.

Ma è soprattutto l'asserito immobilismo dell'essere vegetale rispetto a quello umano che renderebbe meno evoluto l'essere statico, incapace come tale di fare cose che l'uomo o l'animale sanno fare¹¹. In realtà, anche le piante, come pacificamente acclarato sul piano scientifico dalla botanica e dalla neurofisiologia, si muovono¹², si adattano all'ambiente in

⁷ Ad esempio, nell'Odissea di Omero, viene donata ad Ulisse da Ermes un'erba per difendersi dalla maga Circe.

Nella Mandragola di Pirandello la pianta, pur venefica, è utilizzata come rimedio per la sterilità di Lucrezia, la donna amata dal protagonista, Callimaco, e moglie di Nicia Calfucci, un dottore di legge impaziente di avere un erede.

⁸ La lode Pascoliana della quercia, morta, merita il suo integrale richiamo: "Dov'era l'ombra, or sé la quercia spande morta, né più coi turbini tenzona. La gente dice: Or vedo: era pur grande! Pendono qua e là dalla corona i nidietti della primavera. Dice la gente: Or vedo: era pur buona! Ognuno loda, ognuno taglia. A sera ognuno col suo grave fascio va. Nell'aria, un pianto... d'una capinera che cerca il nido che non troverà". Eugenio Montale dedicò all'amore per la botanica lo scritto *La Botanica. Cronache coniugali*, che narra la storia di due sposi uniti dalla passione per la botanica. Assai raffinata è poi la poesia di Ungaretti *Il Mughetto* che accosta la delicatezza ed il candore del fiore a quella dei bimbi. Dal *Solitario bosco ombroso* di Paolo Rolli a *I Limoni* di Montale, le umili piante fanno da cornice a confessioni, esprimono una spiritualità inquieta. Ma irrompe nella linea botanica della poesia anche *La ginestra* di Leopardi, che appartiene alle umili piante, ma che coniuga in sé verità e poeticità: essa ha degli attributi importanti, ovvero un dolcissimo profumo ed è lenta e resistente. Ed è l'unico fiore che può resistere alla distruzione del Vesuvio, lo "sterminator Vesevo".

⁹ È sufficiente ricordare canzoni come *Strawberry fields forever dei Beatles*, *Desert Rose* di Sting, *The New Timer* di Bruce Springsteen, *A rose is still a rose* di Aretha Franklin, *Bocca di Rosa* di De Andrè, *Rose rosse per te* di Massimo Ranieri, *Fiori di Rosa*, *fiori di Pesco* di Battisti, *Glicine* di Noemi, *Fiori d'Arancio* di Carmen Consoli, *L'Albero* di Jovanotti, *Montagne Verdi* di Marcella Bella, *Il Ragazzo della Via Gluck* di Celentano, *Come le viole* di Peppino Gagliardi.

¹⁰ PELLEGRINO, DI PAOLA (a cura di), *Etica e politica delle piante*, cit., 23. Gli attenti Autori, auspicando una rinnovata *filosofia delle piante* ad opera di una botanica filosofica capace di illuminare le caratteristiche dei vegetali che potrebbero essere basi di *status* morale, rimarcano come tale approdo richieda la dimostrazione che i vegetali hanno caratteristiche che, al pari degli animali e degli umani, li rendano degni di considerazione morale.

¹¹ Del resto, a ben pensarci, il medesimo parametro della "fattività" o multipotenza nell'agire crea gerarchie e stime interpersonali (o, al contrario, invidie) tra gli stessi esseri umani: l'uomo eclettico e grandangolare in ogni campo (arte, musica, studi, sport, relazioni affettive etc.) gode di maggior ammirazione e apprezzamento sociale. In qualche caso anche invidia, ma mai una subordinazione.

¹² Plasticamente percepibile è l'orientarsi autonomo delle piante verso il sole, il prolungare le radici verso fonti d'acqua, il curvarsi per assecondare il vento e non essere spezzate. Gli studi scientifici che evidenziano come le piante ragionino, comunichino, imparino, distinguano colori, percepiscano radiazioni luminose, abbiano memoria, comunichino tra loro e con gli animali e ricordino, sono citati



modo strategico, hanno forme specifiche di intelligenza (alcuni studi evidenzerebbero anche forme di “dolore vegetale”¹³ di cui l’odore dolciastro dell’erba tagliata sarebbe una espressione, come un sussurro olfattivo), anche se tali “azioni” si manifestano su scale temporali lente e non sempre visibili e comprensibili agli esseri umani, che considerano dunque statiche e “poco vive” le piante. E comunque, in ogni caso, il movimento potrebbe non essere necessario per organismi, come le piante, autosufficienti: mentre l’uomo o l’animale deve spostarsi per nutrirsi o proteggersi dalle intemperie, i vegetali non hanno bisogno di muoversi, giovandosi della fotosintesi per rendersi energeticamente autosufficienti grazie al sole e all’acqua e non hanno necessità di fuggire per proteggersi dalle intemperie dalle quali sanno proteggersi. Le piante sono dunque i primi produttori di energia pulita del pianeta: energia solare in tessuto cellulare (e non in inestetici pannelli fotovoltaici difficilmente smaltibili dopo il limitato ciclo vitale). Tuttavia, e ciò vale anche per gli animali e non solo per le piante, nella storia della riflessione etica e filosofica, la sfera della considerazione morale da parte dell’essere umano nei confronti dei viventi si è progressivamente ampliata: un tempo la considerazione morale era limitata e legata alla famiglia, al clan, alla etnia, al censo (gli schiavi erano *res*), all’essere maschile (alle donne sono stati per secoli preclusi

da VIOLA, *Diritti dei vegetali: nuovi diritti per una giustizia ecologica*, in PELLEGRINO, DI PAOLA (a cura di), *Etica e politica delle piante*, cit., 207 e 214. Tali ultime caratteristiche sono innegabilmente poco percepibili. Si veda anche l’accurato studio di STOCKLIN, *La pianta - moderni concetti biologici, Contributi all’etica e alla biotecnologia*, Volume 2, Berna, 2007 (in tedesco), scaricabile da https://www.ekah.admin.ch/inhalte/_migrated/content_uploads/d-Beitrag-Pflanze-2007_06.pdf. Anche KOEHLIN, *La dignità delle piante*, in https://www.blauen-institut.ch/s2_blue/tx_blu/tf/tf_dignity_plants.html, osserva come “molte scoperte negli ultimi anni suggeriscono una nuova immagine “sensibile” delle piante. Ad esempio, è stato rivelato che le piante sono attive nel percepire numerosi parametri dal loro ambiente, comunicano ampiamente e attivamente; interagiscono con l’ambiente circostante. Possono scegliere tra diverse possibilità e modificare il loro comportamento di conseguenza. A livello cellulare, le somiglianze tra animali e piante sono molto maggiori di quanto ipotizzato in precedenza (comunicazione con potenziali d’azione elettrici, traffico di vescicole simili e molecole di segnalazione, ecc.). Hanno un sistema immunitario innato. A livello rudimentale, le loro radici possono distinguere tra sé e non sé”. Aggiunge l’autrice come “piante, animali e umani hanno radici comuni. Le somiglianze a livello cellulare possono essere spiegate dalle nostre relazioni evolutive. Un adattamento ottimale richiede un sistema informativo efficiente e rapido: gli animali hanno sviluppato un cervello e un sistema nervoso, le piante potrebbero aver sviluppato strutture analoghe. Sui livelli immediatamente superiori degli esseri viventi individuali, i livelli dei tessuti e degli organismi, gli animali e le piante sono radicalmente diversi. Tuttavia, nel corso dell’evoluzione, entrambi hanno sviluppato, in modi molto diversi, una grande flessibilità per adattarsi a un ambiente in continua evoluzione. Non sappiamo se le piante siano capaci di sensazioni soggettive. Non ci sono prove scientifiche che le piante sentano dolore. Ma è anche abbastanza chiaro che non possiamo semplicemente escluderlo. Ci sono prove circostanziali per questo, sebbene non una catena completa di prove. Tuttavia, le affermazioni secondo cui le piante non hanno sensazioni soggettive sono tanto speculative quanto il contrario. Semplicemente non lo sappiamo. Non possiamo negare con certezza che alle piante manchi la capacità di percepire attivamente. Finora, le capacità delle piante di percepire il loro ambiente sono state ampiamente sottovalutate”.

¹³ Tale dolore vegetale, oggetto di studi ricordati da VIOLA, *Diritti dei vegetali: nuovi diritti per una giustizia ecologica*, in PELLEGRINO, DI PAOLA (a cura di), *Etica e politica delle piante*, cit., 216, dovrebbe spingere, in attesa di conferme scientifiche, ad adottare nei confronti delle piante il principio di precauzione di matrice internazionalistica: nei casi in cui esista il dubbio che una determinata azione abbia conseguenze gravi o irreparabili per l’ambiente, quell’azione è da evitare. Ricorda Viola come nella convenzione di Rio si sosteneva di evitare di adottare azioni che mettano a rischio altri esseri viventi. L’Autrice sta lavorando con l’*Hearth law center* per la stesura della carta diritti delle piante che potrebbe fare parte di un ordinamento che il Cile si sta dando.



diritti fondamentali) per giungere poi, lentamente, ad una (apparente¹⁴) eguaglianza sul piano della considerazione morale, politica e giuridica tra tutti i cittadini, anzi dell'intera umanità.

Il passo successivo, come diversi studi sull'essere animale evidenziano¹⁵, è rappresentato dalla attenuazione dell'antropocentrismo, e dalla progressiva valorizzazione, sul piano morale, filosofico, etologico e persino giuridico, del mondo animale, attenuando lo specismo che vorrebbe gli esseri umani gli unici degni di considerazione morale e gli animali quali mere *res* ancillari, fonte di cibo, lavoro, divertimento.

Il successivo tassello di tale evoluzione dall'originario antropocentrismo e specismo è dato dalla valorizzazione morale, politica e poi anche giuridica, della natura inanimata, degli ecosistemi, dei paesaggi, dell'ambiente e, dunque, delle piante.

Ma in tale contesto la pianta, verosimilmente per la già segnalata sua staticità, conserva un ruolo moralmente secondario sul piano filosofico e giuridico, non trovando "*l'essere vegetale*" una propria autonomia quale valore in sé, ma rivestendo un mero valore derivato, quale *res* utile all'uomo (sul piano alimentare, farmacologico, estetico, della stabilizzazione climatica, della tenuta di terreni friabili, etc.), o quale parte dell'eco-sistema da tutelare (ma sempre in funzione antropocentrica), o per alcuni peculiari pregi estetici o secolarità di vita.

2. La valorizzazione dello *status* concettuale, morale, politico e giuridico delle piante, ma l'inutilità di una soggettività vegetale o di una soggettività animale.

Una valorizzazione dello *status* concettuale, morale, politico e giuridico delle piante è stato portato avanti da studiosi di varie discipline in tempi recenti¹⁶, o partendo da un più meditato approccio filosofico, o da un più moderno approccio sentimentalista (si può provare simpatia anche nei confronti di soggetti privi di esperienze emotive e affettive)¹⁷, o esaltando la intrinseca valenza sociale, culturale ed ecosistemica della pianta e rimarcando la relatività e mutabilità del confine tra chi può essere incluso o escluso dal godimento di alcuni diritti essenziali¹⁸.

Alcuni eventi di rilevanza mediatica ripropongono periodicamente il tema della tutela delle piante: oltre alle aggressioni del presidente brasiliano Bolsonaro alla foresta amazzonica, da ultimo, in Francia, ha suscitato (sterili) polemiche l'abbattimento (seguito però da impiantatura di nuovi alberi), definito con consueta terminologia scandalistica "*biocidio*", in un *ex bosco* reale del Domaine de Berce, vicino a Le Mans, di un migliaio di

¹⁴ In realtà permangono a tutt'oggi, ancorché camuffate dietro un'ipocrita parlare politicamente corretto, evidenti discriminazioni tra esseri umani fondate su razza, colore della pelle, orientamenti sessuali, aspetto estetico, capacità reddituali, quoziente intellettuale, appartenenza a *lobbies*, cordate o associazioni segrete o meno etc. Mentre in passato l'esclusione da alcuni diritti di taluni (schiavi, donne, plebei, estranei a *gentes* elette etc.) era formalizzata in norme, negli attuali ordinamenti evoluti la distinzione è raramente formale e più fattuale o sociale.

¹⁵ Il richiamo è agli scritti citati in nota 1.

¹⁶ In particolare, si segnala in contributo di VIOLA, *Diritti dei vegetali: nuovi diritti per una giustizia ecologica*, in PELLEGRINO, DI PAOLA (a cura di), *Etica e politica delle piante*, cit., 205 ss.

¹⁷ Del resto, lo stupore e la considerazione che suscitano nell'uomo non solo gli animali, ma alcune *res inanimate*, quali i capolavori artistici (quadri, statue, edifici etc.) frutto di ingegno umano, o diversi spettacoli naturali (montagne, golfi naturali, fiumi, laghi, cielo stellato, luna etc.), evidenziano come la prospettiva sentimentalista ben potrebbe valorizzare sul piano morale e giuridico anche esseri non senzienti come le piante. Sul tema POLLO, *Il sentimentalismo etico e il mondo vegetale*, in PELLEGRINO, DI PAOLA (a cura di), *Etica e politica delle piante*, cit., 187 ss.

¹⁸ Quest'ultima affermazione dubitativa è di VIOLA, *Diritti dei vegetali: nuovi diritti per una giustizia ecologica*, in PELLEGRINO, DI PAOLA (a cura di), *Etica e politica delle piante*, cit., 205.



querce secolari (tra i 100 e i 200 anni di vita) che serviranno per ricostruire le guglie della cattedrale di Notre-Dame divorate dalle fiamme divampate nella chiesa parigina il 15 aprile del 2019¹⁹.

Ma se pur si giungesse ad una più elevata considerazione filosofica, empatica, morale, sentimentale della pianta e ad un suo più rispettato rapporto con l'uomo, espandendo su nuovi campi, giardini, orti, boschi e foreste il pensiero filosofico e giuridico, appare al momento improponibile sul piano normativo il pur rivendicato riconoscimento di diritti facenti capo direttamente ad un soggetto non umano in qualche modo senziente, ovvero alla *res-pianta*, ancorché ciò sia avvenuto in taluni ordinamenti²⁰, in quanto incapace di percepirli (e persino incapace di percepire se stessa) e, soprattutto, di farli valere. Alquanto macchinosa, e foriera di inutili complicazioni, ci sembrerebbe la soluzione a tale basilare problema attraverso "tutori", "curatori" o "associazioni ambientaliste" che si facciano paladine della pianta. Ancor più pericolosa, soprattutto in un Paese litigioso come l'Italia, ci sembrerebbe la tesi tendente a riconoscere, come nella Costituzione Boliviana (art. 34), accanto alla officiosa azione della pubblica autorità, una legittimazione diffusa, in capo a qualsiasi cittadino o associazione, a promuovere azioni legali a salvaguardia delle piante.

Al medesimo approdo è giunta la più attenta e concreta dottrina, mettendo in disparte i pur encomiabili desiderata di una crescente cultura animalista, con riferimento alla soggettività animale²¹. Difatti il riconoscimento di una soggettività, ancorché limitata, in capo agli animali, e dunque di diritti propri, origina diversi problemi consequenziali, sulla latitudine soggettiva dei beneficiati (tutti gli animali o alcuni?), sulla tipologia dei diritti (reali, di credito, personali?), sulla individuazione di chi tali diritti potrà tutelare anche in giudizio (un curatore speciale?).

¹⁹ "Ora lasceremo spazio a una nuova generazione di querce che tra 200 anni creeranno una foresta tale e quale a quella che vediamo oggi", ha commentato Aymeric Albert, direttore della commissione forestale che ha seguito i lavori, ricordando come le querce abbattute erano cresciute rimpiazzandone altrettante già usate nei secoli scorsi per scopi analoghi.

²⁰ Osserva VIOLA, *Flower power. Le piante e i loro diritti*, Torino, 2020 e ribadisce in VIOLA, *Diritti dei vegetali: nuovi diritti per una giustizia ecologica*, in PELLEGRINO, DI PAOLA (a cura di), *Etica e politica delle piante*, cit., 219 come alcuni ordinamenti, quali quello della Bolivia, dell'Equador, della Nuova Zelanda e di alcuni Stati degli Stati Uniti, abbiano riconosciuto la natura (Madre Terra) come soggetto che vanta diritti che pongono però problemi di modalità di tutela, fatalmente ripristinatoria e non pecuniaria. L'Autrice ricorda il riconoscimento come soggetto giuridico delle acque del fiume Whanganui, considerato sacro dalle tribù Maori della Nuova Zelanda, ed il fiume Vilcabamba che in Equador ha vinto la sua prima causa in tribunale contro chi lo ha inquinato, in quanto soggetto avente diritti. Ricorda sempre VIOLA, *Le piante non sono soltanto risorse: è il momento di riconoscere i loro diritti*, in *la Repubblica*, 26.12.2021 (https://www.repubblica.it/green-and-blue/2021/12/27/news/non_piu_solo_risorse_per_i_diritti_delle_piante-330065113/#:~:text=In%20quasi%20tutti%20i%20sistemi,riparare%20i%20soggetti%20pi%C3%B9%20deboli) come "Nel 1992 la Svizzera attraverso un referendum ha inserito per prima nella propria Costituzione una modifica che da allora riconosce la necessità di salvaguardare la dignità delle piante. Vent'anni dopo, a dare il via alle applicazioni pratiche di un dibattito sui diritti della natura iniziato negli ormai lontani anni Settanta è stata una piccola cittadina della Pennsylvania, Tamaqua, che nel 2006 ha riconosciuto i diritti del suo fiume, riuscendo così a bloccare gli sversamenti di fango tossico che lo inquinavano. Nel 2008 l'Ecuador ha incluso i diritti della Madre Terra nella propria Costituzione, seguito nel 2010 dalla Bolivia e poi sono arrivati (ognuno a suo modo). Nuova Zelanda, India, Ohio, Florida, Canada. A oggi sono diciassette i paesi nei quali i diritti della natura sono riconosciuti, come insieme o sotto forma di specifici ecosistemi".

²¹ Sul tema della soggettività animale, oltre agli scritti citati nelle precedenti note, v. TENORE, *Gli animali in giudizio (Contenziosi costituzionali, civili, penali, amministrativi, contabili, tributari, comunitari sugli "esseri senzienti non umani")*, cit.



Da tali dubbi nascono avversi ma ben più realistici indirizzi²² tendenti ad affrontare il problema della tutela dell'animale da un'altra prospettiva, apparentemente antropocentrica, ma in realtà ancorata alla realtà fattuale e biologica: ovvero tesa non a riconoscere diritti dell'animale nei confronti dell'uomo, ma solo doveri, sicuramente da ampliare rispetto agli attuali, di protezione solidarietà dell'uomo verso le altre specie animali. Similmente ai doveri che l'uomo assegna a sé stesso verso l'ambiente circostante.

Se però si giungesse, in attuazione del novellato art. 9 Cost.²³, che esalta le biodiversità e dunque tutela le specie animali e vegetali dell'ambiente naturale in cui l'uomo vive, ed in sintonia con il processo dottrinale e in parte giurisprudenziale in atto di "dereificazione" dell'animale, ad una auspicata (seppure assai problematica) più completa umanizzazione degli animali²⁴, o di taluni di essi, quali destinatari diretti di propri ulteriori diritti (oltre alla

²² Tra i propugnatori di tale tesi MAZZONI, *I diritti degli animali: gli animali sono cose o soggetti del diritto?*, in MANNUCCI, TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, cit., 60, il quale rimarca come "La legislazione più recente, come è noto, ha innovato le modalità di trattamento degli animali in quanto esseri senzienti, modificando il contenuto dei rapporti tra esseri umani e animali. Ma da questo cambiamento non segue necessariamente che tali disposizioni abbiano modificato la prospettiva civilistica sugli animali. Se, infatti, la capacità di soffrire degli animali trova riconoscimento e tutela giuridica, attraverso l'imposizione di comportamenti obbligatori per gli esseri umani, quando essi sono considerati come esseri senzienti, gli animali restano, dal punto di vista dei rapporti economici regolati dal diritto civile, beni in senso giuridico ed oggetto di proprietà da parte dell'uomo. E le due differenti qualificazioni giuridiche restano compatibili all'interno dell'ordinamento giuridico, dal momento che sono suscettibili di convivere come inquadramenti giuridici separati".

²³ Sulla recente riforma costituzionale riguardante gli artt. 9 e 41 Cost. in materia di tutela ambientale si vedano: TRENTA, *Riflessioni sulla recente modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022; OLIVI, *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022; FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022; CORTESE, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022; BRAMBILLA, *L'esigenza di una programmazione generale in senso ambientale nella riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022.

²⁴ Su tale auspicio, ovvero di elevare gli animali da *res* a soggetti contraddistinti da una propria identità, v. RESCIGNO, *L'inserimento della dignità animale in costituzione: uno scenario di "fantadiritto"?*, in *La questione animale*, cit., 267 ss.; RESCIGNO, *I diritti degli animali, da res a soggetti* Torino, 2005; CASTIGNONE, *Animali (Diritti degli) – Parte etica*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, diretta da Sgreccia e Tarantino, Napoli, 2009, 495 ss. Parla anche di "soggettività dell'animale" TRAI SCI, *Animali e umani: il tentativo di un inquadramento razionale e unitario dell'animale anche nel nostro sistema giuridico*, cit., 298 ss., quale categoria intermedia tra le *res* e le persone, con propri diritti, numericamente più limitati quali quello alla vita, ad una morte dignitosa, a non soffrire, a condizioni di vita dignitose con riferimento alle categorie etologiche di specie. Sul tema SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e diritti*, 1/2, 2018, 61. Più cauto su tale possibilità è invece CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, II ed., Padova, 2021, 232 ss., il quale evidenzia come "al di là delle encomiabili difese dei presunti diritti degli animali, provenienti perlopiù dalle ideologie ecologiche, il diritto è un prodotto storico dell'organizzazione umana ed è stato pensato dagli uomini per gli uomini, gli unici capaci di avere un patrimonio proprio e di porre in essere azioni regolate nella cura di esso attraverso comportamenti razionali, che hanno alla base la coscienza di essere uomini inseriti in una comunità organizzata. In altri termini gli animali non hanno quelle posizioni giuridiche naturali nell'ordinamento, ossia l'autonomia negoziale e men che meno la potestà. Pertanto associare ad essi la personalità giuridica, che è uno strumento tecnico come tanti altri, significa fare un salto non consentito dall'ordinamento giuridico, in quanto il meccanismo dell'attribuzione della stessa o comunque di una soggettività, piena ma forse anche parziale, postulerebbe, oltre a quanto testé detto, la loro capacità di percepire le norme e i meccanismi formativi del diritto nei gruppi organizzati; cosa che non è nella realtà delle cose, com'è facile intuire. Quindi anche in questo caso ci sarebbe bisogno di una norma sulla plurisoggettività tesa ad



vita, ad una morte dignitosa, a non soffrire, anche il sopra teorizzato “diritto alla buona qualità della vita” di matrice eurounitaria), al pari di quanto la civilistica più avanzata prospetta anche per le intelligenze artificiali (il c.d. soggetto giuridico digitale, capace di autodeterminarsi e di comunicare la sua volontà)²⁵ o l’ambientalismo propugna per talune piante e persino fiumi e laghi, occorrerebbe individuare chi se ne debba fare garante anche in sede contenziosa (accanto alle associazioni animaliste, magari delle figure pubbliche di “curatori” o “assistenti sociali degli animali non umani”). È infatti evidente a tutti che l’animale non è in grado di relazionarsi in chiave giuridica (ovvero esercitando diritti e pretendendo l’osservanza di obblighi) verso l’uomo o altri animali in sede stragiudiziale, né è in grado, a maggior ragione, di instaurare giudizi per veder tutelati tali suoi diritti.

Accantonati dunque alcuni proclami animalisti e rimanendo legati pragmaticamente alla vita reale, ci sembra assai condivisibile quanto ben rimarcato da un attento studioso²⁶, secondo il quale “quando si va alla ricerca di quali diritti siano da riconoscere agli animali non si va oltre la constatazione che tra gli umani e gli animali sussistono proprietà comuni, come la capacità di provare dolore e gioia. Ma soprattutto non si risolve il problema fondamentale, ossia che la proclamazione di diritti nelle costituzioni può avere solamente un valore simbolico, dato che gli animali non possono agire per vederseli riconosciuti e quindi avranno sempre bisogno di un atteggiamento ‘paternalistico’ di soggetti umani, siano essi persone fisiche o persone giuridiche, che per essi li facciano valere. Pertanto il riconoscimento di una qualche forma di soggettività in capo agli animali appare una inutile forzatura”.

Inoltre, se si giungesse a tale parziale soggettività animale o ad un terzo genus di soggettività, ovvero la soggettività degli esseri animali, occorrerebbe altresì specularmente farsi carico, per coerenza giuridica espressiva del principio *ubi commodum, ibi et incommodum*, anche dei diretti doveri degli animali e delle relative (proporzionate) sanzioni, tematica ad oggi improponibile sia giuridicamente che culturalmente in quanto “non politicamente corretta”, ma che in passato ha portato, in altri ordinamenti, a giudizi civili e penali (persino religiosi,

equiparare gli animali agli uomini; norma che, quand’anche ci fosse, avrebbe comunque una forza dirompente tale da scardinare le basi fondamentali dell’organizzazione giuridica delle società umane. Una norma di equiparazione piena non c’è e forse non può esserci....Uno dei pochi punti di contatto con l’animale umano è il fatto che entrambe le specie sono esseri viventi che condividono più o meno gli stessi ambienti di vita. In quanto esseri viventi condividono anche la capacità di provare gioia e sofferenza nonché l’agire in base a regole, che nel caso dell’animale sono quelle proprie della specie di appartenenza, alle quali nel caso dell’uomo si aggiungono quelle dell’ordinamento, che è un prodotto esclusivo delle società umane. Tuttavia l’ordinamento degli uomini non può non regolare i rapporti con le altre specie viventi, ivi compreso il mondo vegetale, che è anch’esso vivente”.

²⁵ Sul tema della soggettività digitale e di uno statuto speciale dell’agente elettronico autonomo, oltre che degli animali, cfr. in chiave problematica e assai dubitativa CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., 225 ss.

²⁶ Il riferimento è ancora all’accurato studio di CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., 235 ss. che apre il grandangolo della riflessione sulla soggettività per gli esseri non umani, quali gli animali, anche agli *umanoidi* (equiparabili agli animali-*res*, o *terzium genus?*), ritenendo che “il tema è destinato a complicarsi drammaticamente se si fa riferimento ad una dimensione esistenziale nuova, ossia quella degli ipotetici *umanoidi*, producili o già prodotti in qualche laboratorio del mondo. La complicazione è data dal fatto che essi possono avere una struttura fisica animale e struttura psichica umana o viceversa; così come possono avere caratteristiche psicofisiche intermedie o inscindibilmente miste. I problemi che si pongono sono sostanzialmente due: la liceità o illiceità dell’ibridazione uomo-animale e il sistema di tutela possibile dell’*umanoide*, anche quando questo sia stato illecitamente prodotto in laboratorio. Va da sé che tutto dipende dalla natura ad esso attribuibile, ossia se sia da considerare una *res animale* o un essere umano e quindi oggetto o soggetto di diritto. La scienza penalistica tende ad applicare il principio *personalistico* del “*in dubio pro homine*”.



con “scomuniche” vescovili) aventi come “parti” o “imputati” in senso tecnico animali: maiali, tori, cavalli, galli, cani, mosche, api, serpenti, talpe, topi, bruchi, lumaconi, locuste, delfini e vermi²⁷. Sono oggi infatti all’ordine del giorno aggressioni (lesioni), anche mortali (omicidi) ad uomini e donne (oltre che ad altri animali domestici o da allevamento) da parte di animali (*in primis* cani feroci), danneggiamenti e imbrattamenti di coltivazioni e aree urbane e condominiali, immissioni acustiche e olfattive lesive della salute e del riposo altrui, accadimenti sui quali, ad oggi, l’ordinamento interviene sanzionando, sul piano penale e civile, i soli padroni e ricoverando in strutture *ad hoc* animali pericolosi in casi estremi.

Se questi sono gli approdi più realistici per il modo degli esseri animali, pretendere dunque un riconoscimento di diritti propri persino per le piante in quanto “*soggetti di vita*”, parlare di “*biocidio*” in caso di loro immotivata distruzione, è a nostro avviso una mera petizione di principio, una rivendicazione nominalistica priva di conseguenze concrete o di pretese azionabili dalla pianta in giudizio o stragiudizialmente, mossa innegabilmente da un comprensibile afflato garantista, ma inattuabile nella realtà fenomenica e giuridica.

3. Quali allora gli strumenti di maggior tutela dell’“essere pianta”? La tutela dell’ambiente.

Ed allora, a nostro avviso, la strada più agevolmente percorribile per una doverosa valorizzazione morale e giuridica delle piante, come del resto avvenuto per le *res-animali* è quella, imponendo più pregnanti obblighi sull’uomo, del maggior rispetto delle piante stesse quale parte vitale, essenziale e prevalente degli equilibri dell’ecosistema complessivo, fatalmente ruotante sull’essere più evoluto, ovvero l’uomo. E poiché l’uomo, quale essere senziente ed intelligente, è l’unico capace di studiare, progettare, elaborare ed agire (le entità sovrapersonali, quali società ed associazioni, agiscono pur sempre tramite uomini in virtù della immedesimazione organica), dovrà essere proprio l’uomo ad elaborare regole giuridiche atte a tutelare il mondo vegetale in una visione planetaria e sistemica del problema ambientale²⁸, per prevenire l’annientamento della vita, recuperando il valore intrinseco, vitale e primigenio della pianta la cui etimologia *phyton* (“essere di luce che cresce” o “essere che si accresce di luce”) esprime e condensa l’essenza della vita. E se l’uomo in modo lungimirante tutela, anche con norme, la vita delle piante, queste ultime garantiscono la vita dell’uomo.

²⁷ L’esilarante raccolta di ben 144 processi a carico di animali intervenuti tra l’844 ed il 1815 in vari ordinamenti e fasi storiche (soprattutto nel Medioevo e soprattutto in Francia, con imputati prevalenti i maiali) è curata dal già ricordato saggio di D’ADDOSIO, *Bestie delinquenti*, cit. Ma più cauti sulla reale tenuta di veri processi su tali animali sono gli autori citati nella precedente nota 16.

²⁸ Sulla funzione ecosistemica delle piante è sufficiente il rinvio a FERRINI, FINI, *Amico albero*, Pisa, 2017, con vasta bibliografia e dati aggiornati.



Tale nostro approdo trova conferma in studi sviluppati in Svizzera²⁹ tendenti a valorizzare, in ottica migliorativa del locale referente costituzionale, la “dignità delle piante”, intesa “*come un segno, una metafora, che le piante hanno diritto a un valore, un valore indipendente dagli interessi umani. La dignità potrebbe essere un segno che le piante vanno rispettate e che ci sono anche degli obblighi nei loro confronti*”.

L’ordinamento italiano, già prima del novellato art. 9 Cost. che fa espresso riferimento alla tutela ambientale (La Repubblica “*Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni*”), ha introdotto diverse norme che tutelano l’ambiente (artt. 311 e 316, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, Codice dell’Ambiente), le biodiversità forestali (d.lgs. 3 aprile 2018 n. 34, TU in materia di Foreste e filiere forestali) e alcune specie vegetali (ad es. gli alberi monumentali: art.7, l. 14 gennaio 2013 n. 10 e decreto attuativo 23 ottobre 2014), o che tutelano la salute umana prescrivendo rigorose regole sulla coltivazione di piante.

Tra tali norme senza dubbio assume un ruolo centrale il cennato Codice dell’Ambiente del 2016 che, all’art. 311, del d.gs 152/2006 dedicato al “Risarcimento del danno ambientale”, ribadendo la risarcibilità del danno ambientale già statuita dall’art. 18, l. n. 349/1986 (seppur con devoluzione della giurisdizione all’a.g.o.), stabilisce che chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all’ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato.

Il bene “ambiente”, di cui le piante fanno parte in modo prevalente, trova dunque nel nostro ordinamento, sul piano preventivo e repressivo, una tutela legislativa, penale, amministrativa, civile, nonché amministrativo-contabile, a fronte di condotte di soggetti pubblici-persone fisiche che, con la loro inerzia, producano danno ambientale. I soggetti coinvolti, in varie vesti, nella protezione dell’ambiente, sono molteplici: Ministero dell’Ambiente, Regioni, Province, Comunità montane, Comuni, Enti-Parco, Corpo Forestale, Magistratura penale, nonché le stesse persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero

²⁹ KOECHLIN, *La dignità delle piante*, in https://www.blauen-institut.ch/s2_blue/tx_blu/tf/tf_dignity_plants.html. L’attenta Autrice, di cui si richiama il pensiero nel testo, rimarca come il Comitato di studiosi svizzeri di cui faceva parte (Comitato federale di etica per le biotecnologie non umane CENU), in ottica tesa a dare spunti correttivi alla Costituzione svizzera, aveva il compito, tra l’altro, di “*elaborare la base etica per attribuire dignità alle piante. Molte questioni erano controverse, ma su una c’era accordo: le piante non dovrebbero essere trattate in modo del tutto arbitrario. Le piante sono esseri viventi e devono essere rispettate per sé stesse. Il danno arbitrario o la distruzione di piante non è consentito. Il Comitato non ha potuto concordare sul significato di “arbitrario”. Per alcuni si è trattato dell’insensata raccolta di fiori lungo la strada, per altri – io tra loro – della massiccia e totale strumentalizzazione e industrializzazione delle piante. A mio avviso, la tecnologia ‘terminator’ (tecnologie GURT) e altri metodi per produrre sterilità con l’obiettivo esclusivo di rendere disponibili piante per la massimizzazione del profitto economico degli esseri umani. Che le piante abbiano diritto alla dignità non dovrebbe ridurne o limitarne l’uso. Né la ricerca dovrebbe essere vietata. Così come riconoscere la dignità degli animali non significa toglierli dalla catena alimentare o vietare la ricerca sugli animali. Dignità significa molto di più che, quando si tratta di piante – come con gli animali, devono essere considerati i principi di proporzionalità. Quindi la dignità delle piante non è un valore assoluto, ma si ottiene bilanciando interessi moralmente rilevanti: il bene o gli interessi di una pianta dovrebbero essere soppesati con gli interessi degli umani*”. Interessante è lo studio svizzero del 2008 del predetto CENU su *La dignità degli esseri viventi rispetto alle piante. Considerazione morale delle piante fine a se stesse*, in https://www.ekah.admin.ch/inhalte/_migrated/content_uploads/e-Broschure-Wurde-Pflanzen-2008.pdf.



essere colpite dal danno ambientale, o che vantino un interesse alla partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino.

Tale norma ha introdotto un chiaro discrimine nella giurisdizione in materia di danno ambientale, appartenente in via generale al giudice ordinario³⁰, salvo i casi in cui tale danno sia "provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti" (amministratori, dipendenti, privati legati da rapporto di servizio)³¹, nel qual caso il Ministero non può agire autonomamente, ma deve limitarsi ad inviare "rapporto all'Ufficio di Procura regionale", per l'azione di competenza dinanzi alla Sezione giurisdizionale della stessa Corte dei conti.

Le casistiche di danno ambientale hanno riguardato o possono riguardare: inquinamento di aree e fiumi, disastri ecologici da abusi edilizi, polveri di fabbriche in parchi protetti o in aree di valenza ambientale, discariche di rifiuti speciali, falde inquinate da lavori di cantiere, sfogni fognari abusivi, impianti fotovoltaici in aree di pregio naturalistico. Ma sarebbe auspicabile una maggiore attenzione anche ai danni arrecati al patrimonio boschivo e a piantagioni.

Sarebbe inoltre auspicabile un intenso collegamento tra Procure penali, Nuclei speciali delle Forze di Polizia e Procure contabili per dare impulso ad indagini ed iniziative congiunte. E tali atti di impulso non sono, ovviamente, solo quelli provenienti dal Ministero dell'Ambiente, ma quelli provenienti da soggetti obbligati (artt. 51 e 52 d.lgs. n. 174 del 2016) o da altri soggetti facoltizzati a segnalare reati o danni (cittadini e associazioni di categoria).

Accanto a tali strumenti giustiziali già esistenti e tesi a fissare obblighi e sanzioni su uomini non rispettosi dell'ambiente e dunque anche delle piante, la strada più corretta da percorrere per una ulteriore tutela di queste ultime ci sembra dunque quella dell'incremento di tale complesso normativo, sulla scorta dei migliori approdi scientifici e di una accresciuta cultura ambientalista. Il problema non ci sembra dunque quello di tutelare moralmente e giuridicamente una miope gerarchizzazione degli esseri viventi (uomini, animali, piante), o, al contrario, di pesare allo stesso modo, con eguale trattamento morale e giuridico tutti gli esseri viventi, ma di regolarne, sul piano normativo, la loro reciproca utile convivenza, seguendo e migliorando (non peggiorando) regole naturali di reciproco rispetto grazie all'intelligenza e sensibilità dell'uomo.

Il fine ultimo di un auspicabile incremento anche normativo (in ossequio anche al novellato art. 9 Cost.) della *dignità delle piante* dovrebbe quindi tradursi in un bilanciamento di interessi moralmente rilevanti: il bene o gli interessi di una pianta dovrebbero essere più

³⁰ Ai sensi del disposto dell'art. 311, comma 1, d.lgs. n. 152 "Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto".

³¹ L'art. 313, comma 6, del decreto legislativo stesso aggiunge che "nel caso di danno provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'Ufficio di Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti competente per territorio". Per un commento a tale sopravvenienza normativa, TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, V ed., Milano, 2022, 376 ss.; LENER, *Il danno ambientale*, in CANALE, CENTRONE, FRENI, SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2022, 483 ss.; MATTEINI CHIARI, *Tutela del paesaggio e "codice dell'ambiente"*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, f. 5, 717. Sulla giurisdizione contabile in materia di danno ambientale, tra le tante, cfr. C. conti, sez. III app., 12 luglio 2016, n. 307; id., sez. Lombardia, 31 luglio 2015, n. 137; id., sez. II app., 26 novembre 2014, n. 684; id., sez. Toscana 31 maggio 2012, n. 273; id., sez. Umbria, n. 91 del 2011; id., sez. Molise, 6 dicembre 2010 n. 144, tutte in *www.corteconti.it*.

attentamente soppesati con gli interessi degli umani. Come riconoscere la dignità degli animali non significa toglierli dalla catena alimentare o vietare in modo assoluto la ricerca sugli animali (ma significa fissare dei limiti modali tutelanti l'essere senziente), parimenti riconoscere la dignità delle piante non significa vietarne un utilizzo alimentare, energetico, edilizio, commerciale o per la ricerca, ma solo evitare scempi gratuiti o incuranti delle ricadute sull'ecosistema. Ma questo non è un *"diritto"* delle piante, ma un *"obbligo"* per l'uomo, unico destinatario di precetti azionabili in giudizio, unico soggetto sanzionabile in caso di loro violazione.

Questa non è una conclusione fondata su approcci antropocentrici, ma su realistico pragmatismo giuridico, che porta altresì a ritenere che l'inosservanza di tali obblighi gravanti sull'uomo non potrà che tradursi in più utili sanzioni ripristinatorie dell'ambiente vegetale lesa e solo secondariamente (in ottica preventiva e dissuasiva) in risarcimenti pecuniari (al limite prospettabili quali danni per i costi di ripristino ambientale sopportati dalla P.A. che esegua lavori e interventi di tutela).

SAGGI



ASPETTI E PROBLEMI DELLE RECENTI RIFORME IN TEMA DI REALIZZAZIONE DEGLI IMPIANTI DI PRODUZIONE DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI *

Nicola Berti – Angelo Bonaiti **

Abstract: il contributo opera una ricognizione del percorso riformatore intrapreso negli ultimi anni dall'ordinamento italiano in materia di energie rinnovabili, focalizzandosi sugli effetti dei recenti interventi normativi in tema di realizzazione degli impianti di produzione energetica. Vengono evidenziati gli aspetti ritenuti più rilevanti e si affrontano le emergenti problematiche di ordine operativo e costituzionale.

Abstract: the essay analyzes the reform path undertaken by the Italian juridical system in the field of renewable energies in recent years, focusing on the effects of the last regulatory acts regarding the construction of energy production plants. The paper highlights the most relevant topics, and it addresses the emerging practical and constitutional issues.

SOMMARIO: 1. Cenni sulle origini dei mutamenti dell'ordinamento in materia di energia prodotta da fonti rinnovabili. - 1.1. L'opzione energetica dell'Unione europea. - 1.2. Governare la contingenza: le iniziative per la sostenibilità ambientale intraprese in relazione all'emergenza pandemica e alla crisi energetica internazionale. Loro séguito. - 2. La via italiana al raggiungimento dei traguardi energetici europei: tra piani nazionali e legislazione. - 2.1. PNIEC, PNRR e organi amministrativi dedicati. - 2.2. L'apparente stravolgimento della *governance* territoriale: il procedimento di individuazione delle aree "idonee" e "non idonee" alla realizzazione di impianti energetici. - 2.3. Il nuovo assetto normativo delle procedure di autorizzazione. - 3. Questioni costituzionali sollevate dalle recenti riforme.

1. Cenni sulle origini dei mutamenti dell'ordinamento in materia di energia prodotta da fonti rinnovabili.

La questione energetica è da tempo al centro degli studi giuridici sull'attività amministrativa, almeno da quando l'ordinamento ha inteso regolare il funzionamento del mercato dell'energia e delle sue fonti di produzione per tutelare la salute e l'ambiente¹.

¹* Il presente articolo costituisce una rielaborazione aggiornata dell'intervento svolto dagli Autori nell'ambito della conferenza Euromena 2022 "Next generation governance and public administration" organizzata dall'*International Institute of Administrative Sciences* (IIAS) presso l'Università di Roma – Tor Vergata.

** Il contributo è frutto della riflessione comune degli Autori. Nondimeno, la stesura dei paragrafi 1., 1.1., 1.2., 3. è attribuibile a Nicola Berti, quella dei paragrafi 2., 2.1., 2.2., 2.3. ad Angelo Bonaiti.

V. già M.S. GIANNINI, *Riflessioni su energia ed ambiente*, in *Rass. giur. dell'en. elett.*, 1987, p. 631 ss.; più di recente, A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*,



Per quanto qui interessa, la realizzazione di un impianto produttivo di energia – quantunque da fonte rinnovabile — interessa certamente le fondamentali materie dell’ambiente, del paesaggio e del territorio², che esigono di essere tutelati da interventi che potrebbero cagionarne un pregiudizio. Ed era già questo il senso della originaria normazione sulla localizzazione delle prime centrali idroelettriche – forse uno dei primi esempi storici di sfruttamento di risorse energetiche rinnovabili – che può essere già fatta risalire alla legislazione sulla derivazione delle acque³. La stessa logica permea la disciplina attualmente contenuta, per i profili in esame, nei corpi normativi sull’ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – “Norme in materia ambientale”) e sui beni paesaggistici (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 – “Codice dei beni culturali e del paesaggio”, in particolare la sua parte III), che si preoccupano di conformare lo sfruttamento delle risorse territoriali collettive per preservarne la salubrità e il pregio estetico⁴.

Da questa prospettiva, il sistema delle “energie rinnovabili” non presenta elementi qualitativamente differenti dall’universo dell’energia, poiché l’installazione di potenza rinnovabile (sia essa solare, eolica o di altro genere) pone i medesimi problemi di impatto

2013, 16, p. 1 ss.

² Soprassedendo sugli aspetti critici relativi alla separazione in blocchi di materie, si dà per condivisa la distinzione quantomeno concettuale tra i profili strettamente ambientali e quelli paesaggistici della gestione del territorio, su cui v. da ultimo S. AMOROSINO, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, 4, p. 261 ss.; ma vedi anche ID., *Beni naturali, energie rinnovabili, paesaggio*, Jovene editore, Napoli, 2012, p. 11 ss. spec. sulla questione della realizzazione degli impianti di energia rinnovabile. L’A. – richiamando in principio le fondamentali opere di M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 (su cui v. già ID., *Diritto dell’ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, ivi., 1971, p. 1125) e A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1981, p. 507 ss. – ripercorre le ragioni della confusione delle varie dimensioni dell’ambiente come bene giuridico da tutelare, il quale è caratterizzato da una molteplicità di fenomeni che, ancora sotto il profilo giuridico, possono ritenersi strettamente divergenti o al contrario tra loro complementari. Quel che è certo è che vi sono materie che attengono rigorosamente alla tutela della salubrità ambientale in senso stretto, e altre che pongono esclusivamente problemi di protezione della bellezza naturale che circonda l’uomo. Incanalate in procedimenti amministrativi ben distinti, si incontrano nel momento pianificatorio della gestione complessiva del territorio e dei suoi differenti aspetti.

³ Segnatamente, il “*Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici*” adottato con R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, su cui v. in generale S. PALAZZOLO, *Acque pubbliche*, in *Enc. Dir.*, IV, 2000, p. 34-54. Sul versante delle energie ricavate da fonti fossili, estratte dalle viscere della terra, il R.D. 29 luglio 1927, n. 1443 (recante la prima “legge mineraria”), disciplinando la ricerca e la coltivazione delle sostanze minerali (intese in senso lato) e delle “energie” contenute nel sottosuolo, non si discosta particolarmente dalla logica appena descritta.

⁴ Quanto al profilo marcatamente ambientale, il riferimento è anzitutto alla verifica di assoggettabilità e alla valutazione di impatto ambientale, nonché alle altre procedure di verifica dei rischi ambientali dell’installazione di centrali energetiche. Di recente, in chiave critica, v. M. DELSIGNORE, *Codice dell’ambiente e VIA: una disciplina da ripensare?*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2022, 1, p. 98 ss. Per un inquadramento normativo e giurisprudenziale dell’istituto nelle procedure autorizzative di impianti di energia rinnovabile, v. tra gli altri M.F. CIALDELLA, *Il rapporto tra la Valutazione di Impatto Ambientale e l’Autorizzazione Unica alla realizzazione di impianti elettrici da fonte rinnovabile: criticità e spunti di riflessione. Considerazioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato del 23 ottobre 2014 n. 5249*, in *Giustamm.it*, 2015, 3. L’art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio disciplina invece l’autorizzazione paesaggistica, su cui v. da ultimo, per le relative implicazioni pratiche, L. SPALLINO, *Impianti fotovoltaici e autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. ambiente*, 2018, 2, p. 391 ss.; cfr. invece *amplius* P. MARZARO, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 2, p. 220 e ss.



ambientale e conflitto paesaggistico⁵. Al più, gli impianti di energia rinnovabile godono di una “presunzione positiva” nella ponderazione degli interessi sottesi alla loro realizzazione, essendo nati – su impulso comunitario⁶ – per contribuire in maniera ecologicamente sostenibile all’efficiente soddisfazione della crescente fame energetica del sistema produttivo⁷. Da qui la scelta di prevederne una regolazione speciale allo scopo di incentivare la produzione “verde” attraverso procedure semplificate⁸ e meccanismi di remunerazione economica sostenuti da risorse pubbliche, gestite da soggetti a ciò preposti⁹.

Le recenti novità pianificatorie e legislative, che – quantomeno sulla carta – inducono l’integrale conversione del sistema energetico produttivo, hanno acuito la peculiare

⁵ S. AMOROSINO, *Beni naturali, energie rinnovabili, paesaggio*, cit., p. 17 ss., sottolinea come la composizione dei molteplici interessi che confluiscono nel procedimento autorizzativo di un impianto rinnovabile possa avvenire in virtù di specifici «criteri ordinatori», i quali non coincidono con “giudizi di valore”: i principi di sostenibilità, programmazione e integrazione guidano l’equo bilanciamento di interessi all’interno della procedura autorizzativa. Il settore delle rinnovabili non è immune nemmeno dai problemi legati all’incertezza di un mercato in evoluzione, su cui v. B.L. BOSCHETTI, *Il governo dell’incertezza nella politica energetica: l’energia tra innovazione e sostenibilità ambientale*, in *Amministrare*, 2009, 2, p. 257 ss., la quale sottolinea che integrazione ambientale e sviluppo sostenibile costituiscono anzitutto «strumenti di politica economica applicata al settore dell’energia», che contribuiscono ad alimentare il rischio generato dall’incertezza del funzionamento del mercato. Storicamente, si sottolinea, tali misure sono state attuate in assenza di una generale valutazione del rischio secondo il principio di precauzione e, quindi, di una pianificazione della sua gestione. Di recente, v. anche le riflessioni sulla concezione tradizionale dei rapporti tra ambiente, paesaggio e sviluppo di M. MELI, *Quando l’ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in questa *Rivista*, 2021, 2, p. 604 ss., la quale non nasconde qualche spunto critico in chiave prospettiva.

⁶ Sull’evoluzione della normativa europea, da cui è scaturito l’intervento del legislatore italiano, v. l’ampio studio di F. GUELLA, *Modelli di disciplina delle energie rinnovabili a livello sovrastatale. Dagli obiettivi programmatici del diritto internazionale alla regolamentazione “dettagliata” nell’integrazione europea*, in F. CORTESE-F. GUELLA-G. POSTAL (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale al locale*, Cedam, Padova, 2013, p. 27 ss. e spec. p. 51 e s., a proposito delle «due linee di azione significative» percorse dell’Unione in materia di “energia sostenibile”: non solo fonti rinnovabili, ma pure efficienza energetica. Su entrambi i profili v. anche S. MANSERVISI, *Energie rinnovabili e pianificazione energetica sostenibile. Profili europei ed internazionali*, Jovene editore, 2016, spec. p. 77 e ss. con riferimento all’attuazione dell’art. 194 TFUE sul risparmio e sull’efficienza energetici. Si vedrà come le “dimensioni” citate siano state mantenute (insieme ad altre) nei più recenti provvedimenti comunitari.

⁷ Per una panoramica del settore, compresi i profili critici legati al confronto con il bene paesaggistico e a ostacoli di altra natura, cfr. G. COCCO, *Le fonti rinnovabili tra mito e realtà*, in ID. (a cura di), *Profili giuridici ed economici delle fonti energetiche rinnovabili. Problemi aperti e prospettive per uno sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 39 ss. Sullo sviluppo sostenibile come “cerniera” tra ambiente ed energia, cfr. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in F. CORTESE-F. GUELLA-G. POSTAL, *op. cit.*, p. 11.

⁸ In attuazione della Direttiva 2001/77/CE (su cui si tornerà *infra*), il d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 ha riformato l’intero sistema nazionale della produzione di energia da fonti non inquinanti. L’art. 12 del detto decreto ha introdotto l’autorizzazione unica alla realizzazione e all’esercizio degli impianti di produzione di energia, di competenza regionale o del Ministero dello Sviluppo Economico a seconda che la potenza dello stesso sia inferiore o pari/superiore a 300 MW. Il procedimento per gli impianti in mare aperto è invece condotto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il MISE e il Ministero dell’Ambiente; gli impianti di accumulo idroelettrico attraverso pompaggio sono invece autorizzati dal Ministero dell’Ambiente di concerto con il MIT e la Regione competente. Tale regime autorizzatorio è stato successivamente modificato e integrato dal d.lgs. 3 marzo 2011 n. 28, attuativo della Direttiva 2009/28/CE, che ha previsto tre procedure semplificate per gli impianti non soggetti ad autorizzazione unica (c.d. Direttiva Red I, che ha abrogato la precedente Dir. n. 2001/77; anche su questo si v. oltre al §1.1.).



caratterizzazione del settore, nonché la sua rilevanza e il suo interesse scientifico e culturale. Superando la logica più semplicistica e ‘negativa’ della mera tutela dall’inquinamento ambientale dovuto alle fonti energetiche fossili, l’ordinamento ha intrapreso un percorso di complessivo ripensamento del tradizionale modo d’essere e d’intendere il sistema energetico, nella ferma intenzione di coniugare il progresso economico con le esigenze di inclusione sociale e rispetto ecologico¹⁰.

Tale processo di riforma non è certo una scelta autonoma del regolatore italiano, che è stato piuttosto sospinto dagli impegni assunti nel contesto internazionale e, in parte, da contingenze impellenti. Non è infatti scontato sottolineare che il nuovo approccio normativo interno – di recente caratterizzato dal consueto disordine – è stato innescato da fattori marcatamente esogeni: il primo di essi deriva dalla nota strategia “strutturata” e “a lungo termine” adottata dall’Unione europea per rivoluzionare la filiera dell’energia; il secondo e il terzo fattore scaturiscono da contingenze fattuali che hanno fornito l’occasione di rafforzare la strategia già in atto per realizzare un’economia verde e sostenibile.

Conviene brevemente ripercorrerne le tappe, astenendosi ovviamente da considerazioni di opportunità che esulano da una trattazione eminentemente giuridica della questione. D’altra parte, pur essendo in parte argomenti già oggetto di recente attenzione scientifica, si rende comunque necessaria una loro sintesi per comprendere ciò che si vorrà sostenere nei successivi paragrafi.

1.1. L’opzione energetica dell’Unione europea.

Il percorso intrapreso dall’Unione Europea lungo la transizione ecologica ed energetica viene al primo posto tra i tre fattori anticipati, poiché risale nel tempo. In origine, la Comunità europea ha seguito ciò che stava già accadendo a livello internazionale¹¹, dove due passi fondamentali nella definizione di una strategia globale comune per frenare il cambiamento climatico antropogenico sono stati la firma, nel 1992¹², della *Convenzione quadro*

⁹ Sull’origine dei meccanismi di incentivazione del settore, v. G. PIZZANELLI, *Gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: organizzazione e procedimenti alla luce del principio di integrazione*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010, p. 90 ss.

¹⁰ Tanto che, si è osservato, alla logica di “protezione” dell’ambiente si è affiancata una dimensione “produttiva” dell’ambiente stesso: S. AMOROSINO, *La “dialettica”*, cit., p. 264. Per un recente e compiuto inquadramento giuridico del tema generale, cfr. tra gli altri F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo del sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2021, 4, p. 787, il quale sottolinea come la transizione ecologica costituisca un modello di sviluppo ‘olistico’, che coinvolge – integrandoli – quattro sistemi a loro volta complessi: l’economica, il sociale, l’istituzionale e l’ecosistema; nonché, F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comparato*, 1, 2022, p. 67, il quale sottolinea a più riprese come il settore energetico sia stato chiamato, insieme ad altri, «ad informare le proprie dinamiche di funzionamento allo sviluppo sostenibile», anzitutto a livello europeo.

¹¹ Sul percorso intrapreso dalle Nazioni Unite, avviato con la Conferenza di Stoccolma del 1972 (cui si deve la nascita della consapevolezza, cresciuta di lì a poco, sulla necessità di garantire uno sviluppo “sostenibile”) e distinguibile sostanzialmente in due fasi (la prima, dal 1972 al 2002, caratterizzata da un approccio più “settoriale”; la seconda, inaugurata dalla Conferenza di Johannesburg del 2002, permeata da una visione del problema ambientale globale integrata con la dimensione economica e sociale), v. di recente F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, p. 788 ss.

¹² Vale a dire, la *Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici*, firmata a New York il 4 giugno 1992. Sebbene la Convenzione sia stata formalmente perfezionata presso la sede delle Nazioni Unite, essa incorpora i contenuti dell’intesa già raggiunta tra i rappresentanti degli Stati presenti alla *Conferenza delle*



delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) e la pubblicazione, nel 1997, del Protocollo di Kyoto¹³. I primi conseguenti interventi normativi nel campo delle energie rinnovabili si sono concentrati (esclusivamente) sulla riduzione delle emissioni fossili conformemente agli scopi del detto Protocollo¹⁴.

Poco più in là¹⁵, la Direttiva n. 2009/28/CE (nota come “Red I”), che ha sistematicamente rivisto le precedenti normative sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili (tra cui le Direttive CE nn. 2001/77 e 2003/30), ha ripreso gli obiettivi fissati dalla Direttiva n. 2001/77 ampliando lo spettro teleologico dell’azione dell’Unione, armonizzando la regolazione di settore ed esplicitando due ulteriori questioni: efficienza energetica e risparmio energetico. In tal modo, si è imposto il raggiungimento – entro il 2020 – di alcune “quote-obiettivo” di energia derivante da fonti rinnovabili sul consumo energetico finale lordo della Comunità. Sotto il profilo giuspubblicistico, d’altra parte, la Red I ha semplificato la procedura amministrativa di autorizzazione per la costruzione e la gestione di centrali elettriche ad energia rinnovabile, promuovendo e sostenendo lo sviluppo tecnologico del settore¹⁶.

L’esacerbazione degli effetti negativi del cambiamento climatico, causalmente attribuibile (anche) all’attività umana, ha portato a ulteriori e più ampi passi avanti nella direzione della sostenibilità ambientale.

L’adozione da parte del Consiglio europeo, nelle conclusioni del 23 e 24 ottobre 2014, del “Quadro 2030 per l’energia e il clima” ha segnato un passo avanti della politica dell’Unione verso la transizione verde: tale documento programmatico ha fissato gli obiettivi strategici e i *target* da raggiungere, nell’orizzonte temporale 2020-2030, in materia di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e di sviluppo di infrastrutture al servizio del mercato dell’energia.

Nazioni Unite sull’ambiente e lo sviluppo (UNCED), noto come “*Summit della Terra*”, tenutosi a Rio de Janeiro nel giugno dello stesso anno.

¹³ Perseguendo gli obiettivi fissati dalla Convenzione, nel dicembre 1997 le Parti della Convenzione hanno pubblicato il Protocollo di Kyoto, che mira a limitare le emissioni di gas serra prodotto in singoli paesi. In concreto, i sistemi economico-produttivi delle Parti dovrebbero essere adeguati ai limiti massimi di emissione ivi individuati.

¹⁴ Ci si riferisce al c.d. secondo pacchetto energia adottato dalla Comunità Europea, su cui v. P. FUNARI, *Il nuovo quadro regolamentare europeo per il mercato dell’energia elettrica e del gas*, in *Rass. giur. en. el.*, 2003, 3, p. 594 ss. In particolare, con la Direttiva n. 2001/77/CE, la Comunità Europea si è impegnata a promuovere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, prevedendo una serie preliminare di norme che sono servite espressamente da base per un futuro quadro giuridico comunitario. La successiva Direttiva n. 2001/77 ha infatti posto le fondamenta del mercato interno dell’energia elettrica mediante l’armonizzazione dei meccanismi di incentivazione o di altri regimi di sostegno (semplificando, tra l’altro, i processi autorizzativi). Conformemente alle finalità energetiche espresse nel Protocollo di Kyoto, la Direttiva cit. ha imposto agli Stati membri di specificare obiettivi nazionali, ancorché indicativi, per il consumo di elettricità prodotta da fonti rinnovabili, che avrebbero dovuto raggiungere il 12% del consumo nazionale lordo di energia entro il 2010. Sulla stessa strada, la Direttiva n. 2003/30/CE mirava a promuovere l’uso di carburanti rinnovabili nel settore dei trasporti e imponeva che almeno il 5,75% del consumo di benzina e diesel fosse sostituito con carburanti rinnovabili, in qualsiasi forma.

¹⁵ Nell’ambito di quello che è definitivo il “terzo pacchetto energia” dell’Unione, su cui v. B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 6, p. 841 ss.

¹⁶ V. F. GUELLA, *Modelli di disciplina delle energie rinnovabili a livello sovrastatale*, cit., p. 57 ss., nonché p. 74 ss. per ciò che attiene alle procedure autorizzative all’installazione degli impianti.



L'emanazione del quadro è stata seguita a breve dalla pubblicazione da parte della Commissione Juncker, il 25 febbraio 2015 (COM/2015/080), della "strategia quadro" per un'unione energetica resiliente guidata da una politica climatica lungimirante¹⁷. Sono state individuate le cinque "dimensioni" su cui dovrebbe essere sviluppata la politica dell'Unione in materia di energia sostenibile: *i*) sicurezza e diversificazione delle fonti energetiche; *ii*) integrazione del mercato; *iii*) efficienza energetica; *iv*) decarbonizzazione dei processi economico-produttivi; *v*) ricerca, innovazione e competitività, al fine di consentire la transizione verso un sistema basato principalmente sulle fonti energetiche rinnovabili.

Il quadro e la strategia dell'UE hanno trovato conferma e rafforzamento, a livello internazionale, nella "Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile" adottata nel settembre 2015 dalle Nazioni Unite, in base alla quale i 193 Stati membri hanno fissato 169 "obiettivi di sviluppo sostenibile" da raggiungere entro il 2030¹⁸. I contenuti programmatici dell'Agenda 2030 sono stati recepiti e attuati, a breve distanza, dall'Accordo di Parigi del dicembre 2015, concluso in occasione della XXI Conferenza delle Parti (COP21) firmatarie della *Framework Convention* del 1992¹⁹.

L'Accordo di Parigi si presenta sicuramente innovativo rispetto al Protocollo e alle precedenti decisioni internazionali sul clima, almeno per due ragioni. Anzitutto, fissando un obiettivo più ambizioso rispetto alle sole soglie massime di inquinamento, prescrive il contenimento del progressivo aumento della temperatura media del pianeta entro i 2 gradi Celsius rispetto ai livelli preindustriali; pur mantenendo un obiettivo a lungo termine e su larga scala, la prima finestra temporale di applicazione dell'accordo va dal 2021 al 2030. Inoltre, l'Accordo ha un effetto direttamente vincolante per ciascuno Stato aderente, che al momento dell'adesione all'Accordo doveva indicare le misure da adottare internamente per contribuire all'adempimento dell'impegno assunto collettivamente (c.d. *Intended Nationally Determined Contribution* – "INDC"), con l'obbligo di rinnovarle, in miglioramento, ogni cinque anni.

Poiché l'UE è membro diretto dell'accordo (in quanto organismo sovranazionale autonomo)²⁰, gli INDC relativi al periodo 2021-2030 sono stati fissati a livello sovranazionale come obiettivo comune al quale tutti gli Stati membri debbono contribuire. È attribuito al

¹⁷ Letteralmente, nell'ambito dell'*Energy Union Package*, la Commissione ha adottato una "*Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy*", individuando in via preliminare una sorta di cronoprogramma delle azioni che, in linea di massima, organi UE e Stati Membri avrebbero dovuto intraprendere di lì a poco per garantire un'unione energetica forte e sostenibile.

¹⁸ Secondo F. de LEONARDIS, op. cit., p. 790, l'Agenda 2030, oltre che essere il primo passo verso un'azione concreta, rappresenta «la base culturale e giuridica su cui si fondano sia il regolamento RRF che il PNRR», e proprio ad essa sarà poi ispirato il *Green Deal* europeo del 2019.

¹⁹ Cfr., per un'efficace sintesi degli sviluppi del diritto internazionale dell'ambiente, T. SCOVAZZI, *Dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. giur. ambiente*, 2021, 1, il quale – nonostante noti che «diverse norme dell'Accordo hanno natura programmatica e sembrerebbero più appropriate in una dichiarazione politica che in un trattato internazionale» – riconosce il valore del concetto "inedito" di «"sforzo ambizioso", vale a dire di un meccanismo di impegni volontariamente assunti dagli Stati che intende sostituire il ben più tradizionale concetto di "obbligo" loro imposto da un trattato». Ciò rappresenta, in altre parole, il reale cambio di passo rispetto al passato nell'impegno internazionale, a livello istituzionale, in materia climatica.

²⁰ Il Consiglio europeo ha approvato l'accordo con la Decisione (UE) n. 2016/1841 del 5 ottobre 2016.



singolo Stato Membro il compito di individuare, in concreto, le specifiche misure da adottare per contribuire alla realizzazione degli INDC fissati dagli organi dell'Unione.

Le previsioni dell'accordo di Parigi sono state centrali nell'attuazione della strategia quadro da parte della Commissione, che nel 2016 ha formulato una serie di proposte normative volte a delineare, su vasta scala, gli interventi da attuare per garantire la transizione verso un sistema di produzione, distribuzione e consumo di energia "pulita".

Così, tra la fine del 2018 e la prima metà del 2019, il Parlamento e il Consiglio dell'UE hanno approvato il *Clean Energy Package* – CEP (noto anche come "*Winter Package*"), costituito da otto distinti corpi legislativi che traducono in prescrizioni giuridiche, a carico degli Stati Membri, gli obiettivi strategici delle cinque "dimensioni" già individuate dalla Commissione²¹. In primo luogo, il regolamento n. UE/2018/842 ha imposto, entro il 2030, una riduzione delle emissioni nette di gas a effetto serra pari al 40% dei valori registrati nel 1990²². Sono seguiti altre tre, fondamentali misure legislative che compongono il CEP:

a) il Regolamento UE/2018/1999, che ha delineato i contenuti della *governance* energetica nell'Unione (non solo del mercato elettrico) al fine di coordinare, dal punto di vista organizzativo, lo sviluppo delle cinque dimensioni citate; più specificamente, il Regolamento impone agli Stati di adottare adeguati "Piani Integrati per il Clima e l'Energia" al fine di promuovere l'integrazione tra le politiche energetiche e sostenibilità ambientale;

b) la Direttiva n. 2018/2001/UE ("Direttiva Red II"), sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, che ha fissato l'obiettivo di incrementare sino ad almeno il 32% – entro il 2030 – la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili sul totale dei consumi finali lordi registrati nel sistema produttivo nazionale²³;

c) la Direttiva n. 2019/944/UE ("Direttiva 2019/944"), che ha ridefinito i confini e il funzionamento del (unico) mercato interno dell'energia elettrica.

²¹ Per un inquadramento e una trattazione preliminare dei diversi testi che compongono il CEP, cfr. F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il dir. dell'economia*, 2020, 1, pp. 501 ss., che ricorda come il plesso legislativo in parola sia già stato definito «la più ampia e complessa iniziativa mai adottata in ambito energetico», da V. CANAZZA, C. CHECCHI, *Winter Package: la maxi-iniziativa per il rilancio delle politiche energetiche europee*, in www.mercatoelettrico.org. In chiave comparatistica, può confrontarsi il recepimento del CEP da parte dell'ordinamento italiano – descritto subito *infra* – con la disciplina esecutiva adottata in altri paesi europei, cfr. segnatamente: B. FINA-H. FECHNER, *Transposition of European Guidelines for Energy Communities into Austrian Law: A Comparison and Discussion of Issues and Positive Aspects*, in *Energies*, 2021, 13, 3922; e analogamente, J. PALM, *The Transposition of Energy Communities into Swedish Regulations: Overview and Critique of Emerging Regulations*, *ivi*, 16, 4982. Infine, per un'analisi dell'impatto della nuova disciplina europea sull'assetto normativo del 'terzo pacchetto energia', v. A. NOUICER-L. MEEUS, *The EU Clean Energy Package (ed. 2019)*, European University Institute, 2019.

²² Le emissioni nette rappresentano il bilancio tra emissioni e assorbimenti su un dato periodo di tempo.

²³ Scaduto il termine per il recepimento del 30 giugno 2021, il 26 luglio 2021 la Commissione ha avviato nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione con costituzione in mora n. 2021/0266, ai sensi dell'articolo 258 TFUE. Va segnalato che, nonostante siano stati poi adottati i provvedimenti legislativi di recepimento della Direttiva Red II (su cui v. *infra*), la Commissione – con parere *ex art.* 258 e 260, par. 3, TFUE del 15 luglio 2022 – ha ritenuto tale trasposizione incompleta, e quindi non sufficiente a giustificare la chiusura della procedura di infrazione già avviata. Nel caso non siano comunicate le misure al fine di conformarsi al parere della Commissione, la procedura potrebbe sfociare in una formale denuncia dell'infrazione alla Corte di Giustizia.



Successivamente, il Regolamento (UE) 2019/2088 del 27 novembre 2019 ha voluto fissare un ulteriore passo verso un'economia a impatto ambientale minimo, più sostenibile, circolare ed efficiente. Ha stabilito, in particolare, norme armonizzate in materia di trasparenza e divulgazione nei settori finanziari per quanto riguarda i cosiddetti "investimenti sostenibili", vale a dire quegli investimenti che "non danneggiano in modo significativo" ("DNSH") nessuno degli obiettivi ambientali e sociali adottati dall'UE²⁴.

Poco prima dello scoppio della pandemia da Coronavirus, nel dicembre 2019, la Commissione europea ha dato ulteriore impulso al processo di transizione con la comunicazione COM(2019)640 sul "Green Deal europeo", fissando al 2050 l'obiettivo della "neutralità climatica", vale a dire zero emissioni nette di gas a effetto serra nel bilancio climatico complessivo dell'Unione. Pur trattandosi di un atto tendenzialmente privo di immediati effetti precettivi, la comunicazione in parola ha immediatamente suscitato l'interesse anche degli studiosi giuspubblicisti, costituendo di fatto il preludio del successo percorso normativo intrapreso – di lì a poco – dall'ordinamento sovranazionale²⁵.

1.2. Governare la contingenza: le iniziative per la sostenibilità ambientale intraprese in relazione all'emergenza pandemica e alla crisi energetica internazionale. Loro séguito.

Il sistema delle rinnovabili è stato repentinamente interessato – paradossalmente in positivo – dall'emergenza pandemica, la quale costituisce a tutti gli effetti il secondo fattore trainante le riforme in esame.

Va sottolineato che l'attivismo delle istituzioni dell'UE sulle questioni prettamente ecologiche non si è completamente attenuato nemmeno durante questo periodo. È infatti vero che, anche durante la parentesi emergenziale, le autorità europee non hanno smesso di implementare il processo "ordinario" di transizione verde, limitandosi tuttavia ai settori meno colpiti dalle difficoltà economiche. Tra tutti, il Regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 ha ulteriormente specificato sia gli obiettivi ambientali dell'Unione (articolo 9) sia le circostanze in cui un'attività economica (da finanziare mediante investimenti

²⁴ Cfr. spec. il Considerando 17, laddove la nozione di investimento sostenibile si rende necessaria per garantire il rispetto del principio di precauzione, a sua volta «teso a non arrecare danni significativi, affinché non sia pregiudicato in maniera significativa né l'obiettivo ambientale né quello sociale»; nonché l'articolo 2, paragrafo 1, n. 17, il quale reca la definizione di investimento sostenibile sancendo che, se pur l'attività finanziata non contribuisce direttamente a produrre benefici di carattere ambientale o sociale, per essere considerata tale essa non può arrecare alcun «danno significativo a nessuno di tali obiettivi».

²⁵ Tra i vari commenti sulle conseguenze applicative della decisione presa di posizione della Commissione europea, si v., per considerazioni di largo respiro, M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Riv. giur. ambiente*, 2021, 1, p. 55 ss., la quale peraltro evidenzia che «non è sempre facile tracciare una chiara linea di demarcazione tra obiettivi e strumenti», di modo che si è anche voluto distinguere tra obiettivi climatici "diretti" e "indiretti" a seconda della necessità o meno di prevedere strumenti normativi specifici per il loro raggiungimento; nonché E. BRUTI LIBERATI, *Green deal, green industrial policy e settore dell'energia*, *ivi*, p. 129 ss.; ma anche E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2021, 3, p. 130 ss., spec. p. 138 e s., il quale sottolinea uno degli snodi maggiormente innovati dell'approccio adottato dal Green Deal, il quale «si discosta dal movimento della ecological modernization che ha plasmato il diritto e la politica ambientale dell'Unione europea negli anni Ottanta del secolo scorso per fare proprio il concetto irriducibilmente diverso di "primazia ecologica"».



improntati alla trasparenza) possa comportare un “danno significativo” per tali obiettivi²⁶, riprendendo il contenuto precettivo del principio del *Do Not Significantly Harm* già esplicitato nel Regolamento n. 2019/2088 (riguardante l’informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari)²⁷.

Ma è innegabile che la risposta alla crisi economica causata dalla pandemia – che ha provvisoriamente assorbito gran parte degli sforzi istituzionali dell’Unione – abbia fornito l’occasione di avviare un secondo filone di interventi che hanno conciliato l’urgenza della ripresa economica con le esigenze dello sviluppo e della transizione energetica. Con l’adozione del Regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021, che ha istituito la “*Recovery and Resilience Facility*” quale strumento chiave per l’attuazione di *Next Generation EU*²⁸, le ingenti risorse stanziare dall’UE per fronteggiare le difficoltà economiche causate dalla pandemia miravano e continuano a sostenere una rapida ripresa dei sistemi produttivi degli Stati membri.

Così, i piani nazionali attuativi del programma europeo – come noto, tutt’ora in corso di attuazione – sono tenuti a includere, in primo luogo, riforme e investimenti in tecnologie e capacità verdi, destinando almeno il 37% delle risorse totali del piano alla transizione verde²⁹. Non si tratta certo di misure ad alto contenuto precettivo, non costituendo nemmeno veri e propri corpi normativi (a differenza, per esempio, del *Clean Energy Package*). Tuttavia, esse hanno avuto l’effetto di vincolare le successive scelte legislative dell’Unione, le politiche di bilancio statali, nonché le opzioni legislative dei Parlamenti e dei Governi nazionali, anche in materie di energia rinnovabile: in altri termini, si tratta di decisioni miste – a contenuto politico, economico-finanziario e giuridico – che hanno avuto un forte impatto sulla regolazione anche più di dettaglio. Basti considerare, al riguardo, le ricadute sotto il profilo ordinamentale e più strettamente legislativo dei piani nazionali attuativi di NGUE, su cui si tornerà poco appresso.

²⁶ Cfr. in particolare l’art. 17, che ha introdotto il c.d. Regolamento Tassonomia. La disposizione in questione mira a qualificare gli “investimenti sostenibili” e, a tal fine, stabilisce i criteri per determinare se un’attività economica possa essere considerata ecosostenibile. Tale nozione si applica alle misure regolamentari degli Stati membri, agli operatori del settore finanziario e alle imprese che sono tenute a pubblicare dichiarazioni di carattere non finanziario.

²⁷ Come evidenzia E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, cit., p. 139, il principio o criterio DNSH – già prospettato nei suoi tratti generali dal Regolamento n. 2019/2088 – è stato ripreso dalla comunicazione della Commissione recante il *Green Deal* (§ 21) e poi recepito nelle conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 (§ 18). Il Regolamento n. 2020/852, però, ha consentito di elevare il criterio a principio giuridico generale dell’Unione, applicabile sia ai suoi organi (coinvolti in prima persona nell’attuare l’ordinamento e nel sostenerlo economicamente), sia agli Stati Membri nel recepimento degli atti normativi comunitari con la legislazione o, più in generale, regolazione nazionale.

²⁸ Il programma fa parte del nuovo “*Multiannual Financial Framework*” dell’Unione, la cui disciplina è stata concordata dal Consiglio europeo nelle sue conclusioni del 10 dicembre 2020, approvate dal Parlamento europeo il 16 dicembre 2020, e infine approvate dal Consiglio il 17 dicembre 2020. In breve, NGUE ha contribuito a rafforzare il bilancio a lungo termine dell’UE orientando le spese comuni a obiettivi di sostenibilità.

²⁹ Senza che, ovviamente, alcuna misura che promuova tale crescita economica possa comportare un “danno significativo” – ai sensi del citato articolo 17 del Regolamento Tassonomia – a nessuno dei “sei pilastri” elencati all’articolo 9 del regolamento (UE) 2020/852, il primo dei quali è la transizione verde.



Si aggiunga ora solo che, una volta superata la fase più dura dell'emergenza pandemica e avviata l'implementazione di NGUE, l'Unione è tornata con decisione sul tema della transizione verde (considerato come obiettivo della stessa al netto dell'esigenze emergenziali), calcando nuovamente l'impronta sistematica lasciata per un attimo da parte. Il Regolamento UE 2021/1119 del 30 giugno 2021, sancendo a livello normativo l'obiettivo della neutralità climatica dell'Unione (sulla scia del *Green Deal*), ha imposto sia di raggiungere, entro il 2023, la riduzione interna delle emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990, sia di giungere, entro il 2050, all'azzeramento complessivo delle emissioni nette³⁰, aspirando a una futura condizione di emissioni nette negative (*i.e.* con prevalenza di assorbimenti).

La comunicazione della Commissione europea COM(2021) 550 final del 14 luglio 2021 propone poi di rivedere al rialzo le soglie minime di energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili, che la Direttiva n. 2018/2001 ha fissato al 32% dell'energia complessivamente consumata (14% per i trasporti): in particolare, la Commissione propone di aumentare l'obiettivo per le energie rinnovabili nel *mix* energetico dell'UE dall'attuale 32% al 40%.

E infine è emerso, repentinamente, un terzo fattore che ha ulteriormente accelerato il processo in corso. La crisi energetica internazionale causata dal conflitto bellico nell'Est europeo ha, come noto, cagionato significative e generalizzate difficoltà nell'approvvigionamento energetico dei sistemi economico-produttivi. La situazione critica ha costretto all'adozione, tra gli altri, di interventi normativi volti a rafforzare l'indipendenza energetica dall'estero e l'efficienza energetica all'interno dei confini nazionali.

Data l'estrema urgenza nell'affrontare le suddette criticità, tali misure non sono state condivise a livello unionale né attraverso un coordinamento intergovernativo tra gli Stati membri. Ragion per cui i provvedimenti adottati dal legislatore italiano, di seguito descritti, non trovano necessariamente corrispondenza in altri Paesi dell'Unione.

2. La via italiana al raggiungimento dei traguardi energetici europei: tra piani nazionali e legislazione.

Nel sistema italiano, la convergenza dei tre fattori appena descritti ha condotto all'adozione di misure di pianificazione e legislazione che combinano le più sistematiche scelte di transizione energetica con gli strumenti promossi in occasione dell'emergenza.

Ciò, non senza un'inesorabile differenza di tendenze osservabili, da un lato, a livello pianificatorio, e, dall'altro lato, sul piano della legislazione.

Gli strumenti di pianificazione nazionale, per il loro contenuto eminentemente politico-programmatico³¹, recano gli elementi di maggiore novità rispetto al passato. Prima tra tutti,

³⁰ Come accennato, il Regolamento n. 2018/842 aveva già individuato l'obiettivo di ridurre le emissioni del 40% rispetto ai valori del 1990. Sulla scia del *Green Deal* europeo voluto dalla Commissione, il Parlamento e il Consiglio UE hanno posto un vincolo giuridico più stringente incrementando i margini di abbattimento delle emissioni inquinanti, nonché rivedendo al rialzo il *target* del *mix* energetico.

³¹ Controversa è altresì la qualificazione giuridica dello strumento pianificatorio come atto amministrativo soggetto ad impugnazione innanzi al giudice amministrativo. La risposta tende a variare a seconda del contenuto – più o meno prescrittivo – di tali atti, che possono contenere mere dichiarazioni programmatiche o, al contrario, avere un effetto indiretto sulle posizioni giuridiche di coloro che subiscono i provvedimenti che ne sono attuazione. Si pongono, in tal senso, le questioni affrontate da F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo*

l'adozione di un deciso approccio "positivo" o "proattivo" e globale ai sistemi energetici rinnovabili: non si intende limitare il sostegno pubblico a una dimensione sussidiaria alimentata da misure di incentivazione e sgravi procedurali, promettendosi piuttosto di realizzare un'economia sostenibile e socialmente inclusiva anche a costo di rivoluzionare il sistema energetico produttivo. Almeno sulla carta, insomma, il cambio di rotta è netto – prescindendo in questa sede, naturalmente, da qualsiasi giudizio di valore sull'opportunità del percorso intrapreso.

Diversamente, e forse inevitabilmente, la revisione e l'integrazione della disciplina legislativa interna stenta ad affrancarsi dal faticoso esercizio di ponderazione degli interessi generali coinvolti: la norma, e il procedimento da essa regolato, rimane giocoforza il terreno di confronto – antagonistico – tra la promozione e lo sviluppo delle energie rinnovabili in un'ottica di decarbonizzazione e, all'opposto, l'interesse culturale e paesaggistico alla tutela della "dimensione estetica" dell'ambiente.

2.1. PNIEC, PNRR e organi amministrativi dedicati.

In primo luogo, l'ordinamento italiano ha fissato i propri obiettivi energetici e climatici presentando, nel gennaio 2020, il "*Piano nazionale integrato per l'energia e clima 2021-2030*" – PNIEC, ai sensi della Direttiva n. 2018/1999³². Successivamente, nell'aprile 2021 è stato adottato il "*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*" – PNRR, che identifica concretamente "Missioni" e "Componenti" come settori specifici cui le risorse finanziarie europee – previste dal NGEU e disciplinate con il Regolamento (UE) n. 2021/241 – devono essere allocate.

La traduzione normativa della pianificazione nazionale non si è fatta attendere: il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 ("*Decreto Semplificazioni-bis*"), ha previsto un "primo rafforzamento" delle strutture della pubblica amministrazione per la governance del PNRR (invero, pure del PNIEC), modificando altresì il regime autorizzativo degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili³³.

dell'energia, cit., p. 521 ss., attinenti alla natura puramente di "atto politico" del PNIEC (su cui v. nota seguente), che secondo l'A. può ben essere ricondotto alla categoria degli "atti di alta amministrazione".

³² La versione definitiva del Piano, presentato nel dicembre 2019 dopo aver recepito le osservazioni della Commissione UE, è stata predisposta dal Ministero dello Sviluppo Economico (MISE), dal Ministero dell'Ambiente e della Protezione del Territorio e del Mare (poi Ministero della Transizione Ecologica – MITE, ora Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica – MASE) e dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (poi "Ministero delle Infrastrutture Sostenibili e della Mobilità" – MIMS, ora di nuovo "Ministero delle infrastrutture e dei trasporti"). Per ciò che rileva in questa sede, la quota di energia proveniente da fonti rinnovabili sul totale dei consumi finali lordi nazionali è stata prevista in aumento al 30% (fino al 22% nel settore specifico dei trasporti), mentre nei consumi per riscaldamento e raffreddamento si prevede un aumento annuo indicativo del contributo delle energie rinnovabili pari all'1,3%. Per una sintesi dell'assetto ordinamentale previgente sulla pianificazione energetica nazionale, che – da ultimo – ruotava attorno alla fissazione della "*Strategia Energetica Nazionale*", v. L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2019. La strategia energetica nazionale: "governance" e strumenti di attuazione*, Il Mulino, 2019.

³³ Mentre la parte I del Decreto disciplina la "governance" del PNRR in generale, la parte II stabilisce norme che semplificano le procedure amministrative – tra l'altro – nelle materie ambientale, paesaggistica ed energetica. L'art. 14, peraltro, estende le norme semplificatorie previste dal Decreto anche agli interventi finanziati nell'ambito del "Piano nazionale per gli investimenti complementari PNRR", approvato dall'art. 1 del d.l. 6 maggio 2021, n. 59. Al riguardo v. M. D'ANGELOSANTE, *Il PNRR e le semplificazioni in materia di valutazioni e autorizzazioni ambientali, fra sviluppo economico sostenibile e protezione ambientale sostenibile*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2022, 1, p. 267 ss.



Tra le altre, un significativo gruppo di disposizioni ha inciso sul funzionamento del procedimento previsto dal Codice dell’Ambiente per l’adozione della Valutazione di Impatto Ambientale – VIA, la quale, laddove necessaria, confluisce nell’autorizzazione unica per la realizzazione di impianti energetici (anche da fonte rinnovabile)³⁴.

Da un lato, per qualsiasi VIA di competenza statale relativa a progetti previsti o finanziati dal PNRR o complementari, ovvero attuativi del PNIEC, diviene competente la “*Commissione Tecnica PNRR-PNIEC*”, incardinata presso il Ministero per la Transizione Ecologica (ora Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica – MASE)³⁵. Rispetto alla Commissione VIA “ordinaria”, la Commissione tecnica è espressamente destinataria del compito di redigere lo schema di provvedimento (secondo tempistiche contingentate, ossia entro 130 giorni dalla pubblicazione della domanda e degli allegati) che dovrà essere poi approvato dal Ministero dell’Ambiente.

Il comma 2-*bis* dell’art. 8 del Codice dell’ambiente prevede poi che un “rappresentante” del MICU partecipi alla riunione della Commissione speciale, ma senza diritto di voto. Al netto di un’astratta valorizzazione degli intenti collaborativi tra autorità statali preposte a interessi distinti, sorge spontaneo interrogarsi sulla rilevanza giuridica di un tale (mero) diritto di tribuna, peraltro all’interno di un organo che conta sino a quaranta componenti: poca o nulla. Ciò diviene ancor più lampante se si sottolinea che originariamente si era previsto che il rappresentante del MICU partecipasse *con* diritto di voto³⁶: pare evidente la *ratio* del successivo intervento legislativo nel senso di evitare interferenze nelle deliberazioni dell’organo di consulenza tecnico-valutativa.

Nonostante l’avvenuta degradazione di potere, la ragione della partecipazione del rappresentante del MICU potrebbe tutt’ora rinvenirsi in un’altra disposizione aggiunta al Codice dell’Ambiente dal Decreto Semplificazioni-*bis*. L’art. 25 del Codice dell’Ambiente attualmente prevede che – in tutti i procedimenti di VIA statale, anche in quelli non rientranti nei piani accennati – il provvedimento finale sia adottato previo “concerto” con il direttore generale del MICU³⁷. Ammettendo che il “rappresentante” del MICU coincida in

³⁴ V. al riguardo M.F. CIALDELLA, *Il rapporto tra la Valutazione di Impatto Ambientale e l’Autorizzazione Unica alla realizzazione di impianti elettrici da fonte rinnovabile: criticità e spunti di riflessione*, cit.

³⁵ Ciò, in forza della previsione dell’art. 17, co. 1, lett. a) del Decreto Semplificazioni-*bis*, che ha aggiunto all’art. 8 del Codice dell’Ambiente il lunghissimo comma 2-*bis*, il quale successivamente è stato modificato e integrato da plurimi interventi correttivi che non meritano qui approfondimento: si darà atto della previsione attualmente vigente. La Commissione speciale era invero già stata istituita dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 per i soli progetti PNIEC, sicché il Decreto Semplificazioni-*bis* ne ha semplicemente esteso la competenza anche ai progetti del PNRR e complementari.

³⁶ Si consideri che, originariamente, il d.l. Semplificazioni-*bis* aveva previsto la partecipazione del rappresentante del MICU *con* diritto di voto. Solo in forza dell’art. 10, co. 1, lett. a), del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, su cui si tornerà ampiamente oltre, si è previsto esattamente l’opposto specificando che la partecipazione avvenga *senza* diritto di voto.

³⁷ La previsione del concerto non è una novità del Decreto Semplificazioni-*bis*: il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, aveva già modificato l’art. 25 del Codice dell’Ambiente imponendo il concerto del MICU, il cui silenzio sarebbe stato superabile rimettendo la questione al Consiglio dei ministri. Il Decreto del 2021, piuttosto, ha specificato che le competenze procedurali dei Ministeri sono esercitate dai rispettivi direttori generali, e non più dai Ministri. Sull’avvicendamento in tale ruolo tra organi politici e funzionari amministrativi, ancorché di vertice, v. M. DELSIGNORE, *Codice dell’ambiente e VIA*, cit., p. 107, la quale sottolinea che l’apparente affermazione della distinzione tra livelli politico e amministrativo non sposta il carattere eminentemente discrezionale – e non



concreto con il direttore generale, lo stesso potrebbe partecipare alle riunioni della Commissione tecnica (non della Commissione VIA ordinaria) al fine di maturare la decisione di concertare o meno. Depone in tal senso la particolare scansione temporale prevista per l'adozione della VIA per i progetti PNRR e PNIEC, nei quali la determinazione della Commissione speciale precede l'acquisizione del concerto del direttore generale del MICU.

Ma l'elemento maggiormente innovativo del Decreto Semplificazioni-*bis*, dal punto di vista sistematico, è rappresentato dall'aggiunta dei commi 2-*quater* e 2-*quinquies* all'art. 25 del Codice dell'Ambiente, i quali disciplinano rispettivamente l'inerzia nella conclusione del procedimento e gli effetti del concerto ai fini della tutela paesaggistica.

Sotto il primo profilo, la novella ha abrogato la disposizione che prevedeva la rimessione della questione – in caso di inerzia dei Ministri coinvolti nella procedura di VIA ordinaria – al Consiglio dei ministri, affidando invece il superamento dell'*impasse* dei direttori generali alla nomina del titolare del potere sostitutivo ex art. 2, co. 9-*bis* e seguenti della l. n. 241/1990. Lo stesso meccanismo viene previsto nel caso di inerzia delle Commissioni (ordinaria e speciale), prevedendo però la necessaria preventiva espressione del parere da parte dell'ISPRA³⁸.

La norma di legge generale, come noto, individua l'organo sostitutivo, alternativamente e in mancanza di un'espressa designazione, nel «*dirigente generale*», nel «*dirigente preposto all'ufficio*», o, in assenza, nel «*funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione*».

Quanto alla Commissione VIA ordinaria³⁹, ai sensi dell'art. 8, co. 4, del d.m. 13 dicembre 2017 (che disciplina organizzazione e funzionamento della Commissione), l'inerzia o l'inattività della Sottocommissione VIA dovrebbe essere superata tramite l'avocazione dei poteri deliberativi da parte dell'Assemblea Plenaria della Commissione stessa. Ma la Sottocommissione VIA non è competente a deliberare i pareri relativi al procedimento di VIA, che ai sensi dell'art. 17, co. 1, del medesimo d.m. devono essere adottati dall'Assemblea Plenaria. Sicché, in caso di inerzia della stessa Assemblea Plenaria della Commissione, il soggetto sovraordinato dovrebbe essere individuato al di fuori della sua struttura. In assenza di diverse indicazioni, vista la dipendenza funzionale dal MASE e, più nello specifico, il rapporto instaurato con la Direzione generale valutazioni ambientali, dovrebbe procedere in via sostitutiva il relativo direttore generale (o, se si vuole, il capo del Dipartimento che il d.m. n. 56 del 6 marzo 2020 incarica di intervenire in caso di inerzia delle direzioni generali).

tecnico – della determinazione finale di VIA. Sulla natura del concerto, invece, v. A. CELOTTO, *Concerto e superamento del dissenso nel nuovo procedimento VIA*, in *Giustamm*, 2021, 11, anche a commento della giurisprudenza costituzionale che ha escluso l'equiparazione del concerto a pareri obbligatori (ma non vincolanti) o atti di assenso, costituendo esso il prodotto di un'attività «*finalizzata alla formulazione di una proposta comune, gravando sulle Amministrazioni coinvolte un dovere di operare secondo un paradigma di correttezza e di leale cooperazione, nel rispetto sostanziale dell'altrui ruolo e nella salvaguardia delle reciproche competenze*». Resta fermo che, in materia di beni culturali (Parte II del Codice dei beni culturali), il dissenso del MICU non è superabile (ma su questo vedi subito *infra*).

³⁸ Già il primo "decreto semplificazioni", ossia il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, aveva previsto il meccanismo sostitutivo ex art. 2 l. n. 241/1990, previo parere dell'ISPRA, per qualsiasi inerzia relativa ai progetti attuativi del PNIEC.

³⁹ Il cui silenzio era direttamente superabile dal direttore generale previo parere dell'ISPRA reso entro 30 giorni dalla formazione del silenzio, con trasmissione dello schema di provvedimento di VIA al Ministro.



E si comprende allora perché la riforma abbia mantenuto la previsione del necessario parere dell'ISPRA, così da garantire, presumibilmente, l'attendibilità tecnica della decisione - assunta da un organo con funzioni principalmente amministrative, atecniche - anche ai fini della sindacabilità del provvedimento finale di VIA. Rimane tuttavia che, se operasse il meccanismo sostitutivo, rischierebbero di sommarsi sullo stesso soggetto (il direttore generale) due fasi procedurali - proposta tecnica e decisione - attribuite in via principale a due organi distinti, il primo dei quali composto da esperti con elevate competenze tecnico-valutative, che il secondo autonomamente non possiede. Si realizzerebbe, in altri termini, una sovrapposizione di funzioni incompatibile con la complessiva disciplina del procedimento di VIA recata dalle altre disposizioni del Codice.

Quanto invece alla sostituibilità del direttore generale del MICU, essendo il Ministero organizzato in direzioni generali e non in dipartimenti, l'unico funzionario di livello più elevato va individuato nel Segretario Generale (che ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. c) del D.P.C.M. 2 dicembre 2019, n. 169, avoca a sé le funzioni in caso di inerzia). Va, pertanto, esclusa la sostituzione del direttore generale con il Ministro, la quale contravverrebbe non solo al significato proprio dell'art. 2 l. n. 241/1990, ma smentirebbe la volontà del legislatore di sottrarre la decisione - in prima battuta - alla componente politico-governativa dell'esecutivo (precedentemente coinvolta in forma collegiale con la deliberazione del Consiglio dei ministri). Se tale non fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato del tutto inutile la previsione del comma 2-*quater*, la quale non fa che esplicitare in disposizione speciale una norma generale sempre e comunque applicabile a tutti i procedimenti, in assenza di prescrizioni contrarie o incompatibili.

L'ultima considerazione è tuttavia mitigata da una recente, parziale, 'retromarcia' del legislatore, che, tramite il d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito dalla l. 15 luglio 2022, n. 91, è tornato a ribadire - implicitamente - che anche nel procedimento di VIA sia esperibile il rimedio ex artt. 14-*quater* e 14-*quinquies* l. n. 241/1990. L'art. 7 del d.l. n. 50/2022 dispone infatti che la deliberazione del C.d.M. che supera il dissenso si sostituisca al provvedimento di VIA e confluisca nel procedimento di autorizzazione unica, la quale si intende rilasciata se entro sessanta giorni non si esprima l'ente procedente. Si può allora convenire, in ultima istanza, che il rimedio tipico della conferenza di servizi non possa essere attivato prima che sia stato esperito il rimedio sostitutivo ex art. 2, co. 9-*bis*, l. n. 241/1990, perché altrimenti la previsione dell'art. 25, co. 2-*quater*, del Codice dell'Ambiente rimarrebbe sostanzialmente inapplicata.

V'è poi il comma 2-*quinquies* dell'art. 25 del Codice dell'Ambiente, che in maniera inedita equipara il concerto del direttore generale del MICU all'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, «*ove gli elaborati progettuali siano sviluppati a un livello che consenta la compiuta redazione della relazione paesaggistica*»⁴⁰. Per di più, la nuova disposizione parrebbe applicarsi a qualsiasi provvedimento di VIA statale, posto che non ne viene espressamente limitata l'applicazione alla valutazione dei progetti nell'ambito PNRR o PNIEC.

⁴⁰ L'art. 10, co. 1, lett. b), ha successivamente aggiunto, presumibilmente a tal fine, la "relazione paesaggistica" tra i documenti da allegare all'istanza di VIA elencati dall'art. 23 del Codice dell'Ambiente.



Una tale efficacia del concerto non era affatto scontata in passato, posto che si era esclusa la possibilità di ritenere l'assenso paesaggistico 'assorbito' dal provvedimento di VIA favorevole all'installazione dell'impianto⁴¹. Nemmeno alla novella del d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, che ha previsto la possibilità, su richiesta dell'interessato, di far confluire il provvedimento di VIA e le autorizzazioni connesse – paesaggistica compresa – in un "provvedimento unico in materia ambientale", può attribuirsi tale effetto: come pure precisato dalla Corte costituzionale⁴², il provvedimento unico non sostituisce ma riunisce qualsiasi «autorizzazione, intesa, parere, concerto, nulla osta, o atto di assenso» richiesto per l'approvazione dei profili ambientali di progetto. In altri termini, il dissenso della Soprintendenza al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica non sarebbe stato superabile dal positivo avviso della Commissione di VIA, trattandosi di distinte manifestazioni di volontà ancorché riunibili in atto soggettivamente e oggettivamente complesso.

A conclusioni non dissimili si sarebbe giunti anche nel caso dell'autorizzazione unica alla realizzazione di impianti di energia rinnovabile ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003. Tra gli atti di assenso che confluiscono nel procedimento unico figura anche l'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio⁴³, senza che tuttavia venga meno il carattere vincolante del parere della Soprintendenza territorialmente competente, se espresso nella conferenza di servizi a ciò dedicata⁴⁴. Né l'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio prevede una norma analoga all'art. 25 (e in parte all'art. 22) del medesimo Codice, ai sensi della quale l'autorizzazione per interventi su beni culturali (tutelati ai sensi della Parte II del Codice) viene assorbita nel provvedimento di VIA poiché vi partecipa, come detto, un rappresentante del Ministero – il cui dissenso, secondo il comma 2, non è tuttavia superabile⁴⁵.

In forza della nuova previsione, quindi, laddove il proponente l'installazione dell'impianto energetico abbia allegato alla richiesta di VIA una relazione paesaggistica con un sufficiente grado di dettaglio, l'attività concertativa svolta dal direttore del generale del MICU sarebbe in grado di assorbire entrambi i profili di tutela, culturale e paesaggistica. Si

⁴¹ Cfr. al riguardo da L. CORTI, *Valutazione di Impatto Ambientale e Autorizzazione paesaggistica: un rapporto controverso* (Nota a TAR SA sez. II 2 settembre 2015, n. 1057), in *Riv. giur. ambiente*, 2015, 4., p. 603 e ss., a proposito di un arresto giurisprudenziale che, invero, concerneva un provvedimento negativo sull'istanza di VIA regionale motivato principalmente sull'incompatibilità paesaggistica dell'area. Sull'impossibilità dell'automatico assorbimento nel provvedimento di VIA dell'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, v. da ultimo TAR Puglia (Bari), Sez. I, 19 marzo 2019, n. 403; nonché T.A.R. Lombardia (Milano), Sez. III, 12 aprile 2019, n. 820, entrambe pronunciate su procedimenti avviati prima della novella legislativa del 2017 che ha introdotto all'art. 27 del Codice dell'Ambiente il provvedimento unico in materia ambientale.

⁴² Sentenza n. 147/2019, su cui v. R. TUMBILOLO, *Valutazione d'impatto ambientale e paesaggio*, in *RGA online*, 2019.

⁴³ Il riferimento è all'Allegato 1 alle Linee guida adottate, ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003, dal Ministero dello sviluppo economico con d.m. 10 settembre 2010.

⁴⁴ Diversamente, non sembra ammissibile l'adozione di un provvedimento in materia paesaggistica al di fuori del procedimento unico autorizzativo ex art. 12 d.lgs. 387/2003. Cfr. al riguardo, TAR Basilicata (Potenza), 3 maggio 2021, n. 348, nonostante non sia del tutto condivisibile, per le ragioni anzidette, il parallelismo tra la concentrazione dei provvedimenti nell'autorizzazione unica e nella valutazione di impatto ambientale.

⁴⁵ V. al riguardo A. CELOTTO, *Concerto e superamento del dissenso nel nuovo procedimento VIA*, cit., circa il differente regime delle autorizzazioni culturale e paesaggistica rispetto alla VIA.



realizzerebbe, in altri termini, un allineamento procedurale-soggettivo tra la tutela culturale ai sensi della Parte II del d.lgs. n. 42/2004 e la tutela strettamente paesaggistica ai sensi della Parte III del medesimo decreto, attribuendo alla competenza di un unico organo – il direttore generale del MICU – l’esercizio della tutela ‘ambientale’ in senso estetico.

In conseguenza di quanto si è detto, sembrano rimanere del tutto escluse dal procedimento le Soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio. Esse, in base al Codice dei beni culturali e del paesaggio, sarebbero invece territorialmente competenti ad esprimere il parere sul rilascio dell’autorizzazione paesaggistica da parte dell’ente regionale. Al netto di un difetto di coordinamento normativo, si è optato per un significativo accentramento di funzioni che – nei progetti attratti, in base alla potenza dell’impianto, dalla VIA statale – annichilisce il decentramento amministrativo in materia.

Quest’ultima novità va allora coordinata con l’art. 29 del Decreto Semplificazioni-*bis*, il quale ha istituito presso il Ministero dei Beni Culturali (“MICU”) la “*Soprintendenza speciale per il P.N.R.R.*”, chiamata a partecipare alle procedure autorizzative di qualsiasi progetto finanziato dal PNRR – apparentemente, quindi, non dal PNIEC – ogniqualevolta esso sia sottoposto al procedimento di VIA statale o ricada nella competenza statale o di almeno due Soprintendenze⁴⁶. A capo della Soprintendenza speciale è posto il direttore della Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio del Ministero, ossia lo stesso funzionario che potrebbe partecipare alle riunioni della Commissione speciale e successivamente esprimere il concerto per la VIA.

Posto che nei progetti PNRR-PNIEC soggetti a VIA statale sia il nulla osta culturale sia l’autorizzazione paesaggistica vengono assorbite proprio dal concerto espresso dal direttore generale del MICU solo quando gli elaborati progettuali presentati in fase preliminare siano sufficientemente dettagliati, si è portati a concludere che la Soprintendenza sia chiamata a intervenire laddove non possa operare l’assorbimento di cui al comma 2-*quinques* dell’art. 25 del Codice dell’Ambiente. Altrimenti, non si intravedono ulteriori margini affinché la Soprintendenza possa svolgere compiti effettivi per i progetti soggetti a VIA statale, essendo la competenza per la tutela culturale e paesaggistica già esercitata dal direttore generale MICU.

Tutto ciò rimane vero a meno di voler ritenere che il nuovo comma 2-*quinques* dell’art. 25 del Codice dell’Ambiente, disponendo letteralmente che il concerto del direttore generale «*comprende*» l’autorizzazione paesaggistica, avrebbe semplicemente spostato su tale soggetto l’espressione finale del relativo assenso, mantenendo tuttavia il potere valutativo in capo alle Soprintendenze (speciale o ordinarie). A ben vedere, però, non sembra essere questo lo scopo semplificatorio della novella, che – se intesa in tal senso – si limiterebbe a una mera modificazione dell’*iter* procedimentale senza alcuna ricaduta sostanziale.

Diversa è, infine, l’ipotesi in cui il Soprintendente speciale eserciti i poteri avocativi o sostitutivi nei confronti delle Soprintendenze locali (archeologia, belle arti e paesaggio) «*in caso di necessità e per assicurare la tempestiva attuazione del PNRR*». Tale ultima disposizione

⁴⁶ Al medesimo fine di accentramento di funzioni, inoltre, la Soprintendenza speciale gode di poteri avocativi o sostitutivi nei confronti delle Soprintendenze locali (archeologia, belle arti e paesaggio) «*in caso di necessità e per assicurare la tempestiva attuazione del PNRR*».



sembra appartenere ai soli casi in cui un progetto cada nella competenza di una sola Soprintendenza, cui quindi in prima battuta è estranea la Soprintendenza speciale; in virtù del potere sostitutivo attribuitole, quest'ultima potrebbe intervenire in un secondo momento avocando i poteri valutativi attribuiti all'organo periferico.

2.2. L'apparente stravolgimento della governance territoriale: il procedimento di individuazione delle aree "idonee" e "non idonee" alla realizzazione di impianti energetici.

Al di là delle più generali novità in materia ambientale, il legislatore ha attuato i propositi di sostenibilità dando attuazione, nell'ordinamento interno, al *Clean Energy Package* anche in materia di rinnovabili. Nello specifico, il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 ("Decreto Rinnovabili"), ha attuato la Direttiva Red II sulla base dei principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 22 aprile 2021, n. 53⁴⁷.

La novella mira a sovvertire il regime previsto dall'art. 12, co. 10, del d.lgs. 387/2003, il quale affida a linee guida adottate in sede di conferenza unificata il compito di porre i criteri in base ai quali le regioni individuano, con atti pianificatori generali, le aree "non idonee" all'installazione di impianti di energia rinnovabile.

Sia l'art. 5 della legge delega sia l'articolo 20 del Decreto Rinnovabili prevedono infatti che le leggi regionali individuino le "aree idonee" e "non idonee" all'installazione di "potenza eolica e fotovoltaica" e altre infrastrutture connesse alla produzione e distribuzione di energia rinnovabile, sulla base dei criteri e dei parametri identificativi previsti dal decreto ministeriale da adottare da parte del MASE con il concerto del MICU e dell'attuale Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste (in precedenza, Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali), una volta che sia raggiunta l'intesa in sede di Conferenza Unificata tra Stato, regioni, città e autonomie locali. Limitando per quanto possibile l'impatto degli impianti sul contesto territoriale e paesaggistico delle stesse, rimane però ferma l'esigenza di aumentare il contributo dell'energia prodotta da fonti rinnovabili sul totale dell'energia consumata nel territorio dello Stato (almeno il 32% dell'energia lorda consumata, al più tardi entro il 2030), a sua volta funzionale al perseguimento degli obiettivi di decarbonizzazione entro il 2030 fissati dall'UE e recepiti nel PNIEC (come detto, riduzione delle emissioni nette di gas serra pari al 40% dei valori registrati nel 1990; il Reg. UE/2021/1119 ha elevato tale target al 55%).

È stato già osservato che tale riforma legislativa comporta un radicale mutamento di approccio nella disciplina della pianificazione territoriale, invertendo il previgente sistema di governo territoriale nella localizzazione delle zone appetibili alla realizzazione di impianti⁴⁸.

⁴⁷ Le disposizioni del Decreto Rinnovabili vanno altresì coordinate con quanto previsto dal parallelo d.lgs. 8 novembre 2021, n. 201, che ha recepito nell'ordinamento nazionale la Direttiva UE n. 2019/944 sul mercato unico dell'elettricità.

⁴⁸ V. le recenti opinioni di F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, cit., p. 97, per il quale si tratta di «una scelta marcatamente innovativa, che all'evidente fine di semplificare e accelerare gli iter autorizzatori capovolge il previgente paradigma fondato sull'individuazione delle superfici e aree non idonee» (si v. anche la bibliografia citata *ivi* alla nota 168); nonché S. AMOROSINO, *La "dialettica"*, cit., p. 277, il quale non nasconde che l'attuazione dell'«arzigogolato» meccanismo previsto dal legislatore



La scelta del doppio binario a livello pianificatorio, peraltro, è attribuibile prettamente al legislatore nazionale, poiché la Direttiva Red II non contiene specifiche prescrizioni in tal senso⁴⁹.

Conviene subito sottolineare gli effetti dirompenti del nuovo sistema basato sull'individuazione di aree idonee, i quali non possono essere correttamente percepiti se non si comprende il funzionamento della procedura autorizzativa cui l'articolo 22 del Decreto subordina l'installazione di impianti di energia rinnovabile in tali aree. La realizzazione del sito produttivo è infatti soggetta al parere obbligatorio *ma non* vincolante dell'autorità paesaggistica competente, che quindi non è più in grado di imporre il diniego all'autorizzazione del progetto. Peraltro, il silenzio delle Soprintendenze – o, come si è visto, del direttore generale del MICU – può essere superato dall'amministrazione procedente con un meccanismo che replica in una disposizione di legge speciale quanto previsto ordinariamente dagli artt. 16 e 17-bis l. 241/1990.

Ciò evidentemente ribalta gli equilibri di potere tra le autorità coinvolte nel procedimento, spostando conseguentemente l'ago della bilancia degli interessi protetti da tali enti funzionali. In altri termini, il ruolo dell'autorità preposta alla tutela paesaggistica risulta del tutto ridimensionato, al netto di quanto si è detto relativamente alle modifiche al procedimento di VIA statale (il termine per concludere il procedimento è, peraltro, ridotto di un terzo).

La disposizione legislativa detta poi due ulteriori prescrizioni "a favore" dell'installazione degli impianti.

Da una parte, ai sensi del comma 7 del medesimo art. 20, le aree che non saranno incluse tra quelle idonee (*cioè* quelle non espressamente qualificate come idonee o non idonee) non potranno essere ritenute non idonee *tout court*, non solo dagli (altri) atti di pianificazione, ma nemmeno nei singoli procedimenti autorizzativi. Parrebbe quindi che in tali zone "non qualificate" permanga un certo margine discrezionale, o se si vuole tecnico-discrezionale, in capo all'autorità competente ad adottare la valutazione di impatto ambientale ovvero a esprimere un apprezzamento sulla compatibilità paesaggistica; con l'unico vincolo di non motivare il diniego all'installazione sulla semplice mancata inclusione dell'area in quelle idonee secondo la legge regionale.

Dall'altra parte, il comma 8 prevede che – nelle more dell'adozione delle leggi regionali – qualsiasi area territoriale debba essere considerata "presuntivamente idonea" se sono

potrebbe essere «*pressoché impossibile*»; osserva poi C. VIVANI, *La localizzazione degli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Energie rinnovabili e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Atti del Convegno 25 giugno 2021*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 134, che il nuovo testo normativo introduce «*un cambio di prospettiva estremamente significativo*» passando da «*una disciplina imperniata sul concetto di "aree non idonee" a una invece basata anche – e soprattutto, come si vedrà – sulla concreta determinazione delle aree "idonee"*».

⁴⁹ Cfr. G. BAROZZI REGGIANI, *Il principio di massima diffusione delle energie rinnovabili e il bilanciamento tra valori costituzionalmente rilevanti nella disciplina delle c.d. "aree idonee"*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, 3, p. 618, il quale osserva che il riferimento, nella Direttiva Red II, alla possibilità per gli Stati Membri di individuare aree idonee (peraltro ad altri fini) non implica «*necessariamente l'applicazione di un regime autorizzatorio agevolato*» per gli impianti collocati in tali zone; ciò che invece sarebbe desumibile dal testo che risulterebbe se venissero accolte le proposte di modifica della Direttiva citata, su cui v. *ivi*, p. 618 e s.



soddisfatte condizioni specifiche. Tra di esse, l'area deve essere considerata idonea se sono già installati impianti della stessa fonte energetica e devono essere eseguiti lavori di modifica "non sostanziale", per essi intendendosi quegli interventi che, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 28/2011, non sono soggetti ad autorizzazione unica ma – a seconda dei casi – a procedura semplificata o dichiarazione di inizio lavori asseverata⁵⁰.

La versione originaria dell'art. 8 del Decreto Rinnovabili prevedeva poi solo due ulteriori ipotesi di "idoneità presunta" (sempre medio tempore)⁵¹, che tuttavia sono state moltiplicate dai successivi provvedimenti legislativi adottati a seguito della crisi energetica internazionale causata dal conflitto bellico. Il d.l. 1 marzo 2022, n. 17, convertito in legge 27 aprile 2022, n. 34 ("Decreto energia")⁵², e il d.l. n. 50/2022, hanno infatti incluso nell'elenco delle aree idonee *ex lege*:

a) siti in cui esistono già impianti fotovoltaici sui quali, senza variazioni della superficie occupata o comunque con variazioni della superficie occupata fino ad occupare un perimetro i cui punti distino non più di 500 metri da zone a destinazione industriale, artigianale e commerciale, vengono eseguiti lavori di modifica sostanziale per il rifacimento, potenziamento o integrale ricostruzione, anche con l'aggiunta di impianti di accumulo di potenza non superiore a 8 MWh per ogni MW di potenza dell'impianto fotovoltaico già installato;

b) per i soli impianti fotovoltaici installabili in zone *non* soggette a tutela culturale (ai sensi della sola Parte II del Codice, non della Parte III), i) aree classificate come agricole (racchiusa all'interno di un perimetro i cui confini distino non più di 500 metri dalle zone industriali, artigianali e commerciali, compresi i siti di interesse nazionale, nonché dalle cave e dalle miniere); ii) le aree all'interno di impianti e stabilimenti industriali, nonché le aree agricole classificate racchiusa all'interno di un perimetro i cui confini distano non più di 500 metri dallo stesso impianto o stabilimento; iii) aree adiacenti alla rete autostradale entro una distanza non superiore a 300 metri;

c) tutte quelle aree che (i) non sono comprese nel perimetro di beni soggetti a tutela culturale e paesaggistica, né (ii) rientrano nella "zona cuscinetto" dei beni culturali o dei beni

⁵⁰ Merita sottolineare che l'art 5 del d.lgs. 28/2011 è stato prima sostituito dall'art. 56, comma 1, lett. b), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120; poi è stato integrato – proprio con riguardo alla specificazione normativa di quali interventi debbano considerarsi non sostanziali, cui sarà vincolato anche il Ministero dello Sviluppo Economico nella redazione del decreto che reca i criteri per determinare, nel dettaglio, il carattere sostanziale degli interventi – dal Decreto Semplificazioni-bis e dalla relativa legge di conversione; infine, il novero degli interventi non sostanziali è stato ampliato dal Decreto Energia (comprendendovi quelli che, pur comportando un incremento della potenza installata e la necessità di ulteriori opere connesse, non determinano un aumento dell'area interessata), che ha contestualmente ribadito la necessità di procedere alla verifica preventiva dell'interesse archeologico se non precedentemente svolta.

⁵¹ Segnatamente, i siti oggetti di bonifica ai sensi del Codice dell'ambiente (lett. b), nonché «*le cave e le miniere cessate, non recuperate o abbandonate o in condizioni di degrado ambientale*» (lett. c). Il d.lgs. n. 50/2022 ha aggiunto alla lettera c) «*le porzioni di cave e miniere non suscettibili di ulteriore sfruttamento*».

⁵² Lo sviluppo delle fonti rinnovabili domestiche è identificato come una delle linee di rafforzamento dell'indipendenza energetica nazionale. Nel Titolo I, Capo II, il Decreto Energia ha introdotto «*Misure strutturali e di semplificazione in materia di energia*». Nello specifico, gli articoli 12 e 18 incidono sulla disciplina (appena) delineata dal Decreto Rinnovabili, nonché su quanto previsto dai d.lgs. n. 387/2003 e n. 28/2011 per ciò che attiene alle procedure autorizzative degli impianti.



paesaggistici di “notevole interesse pubblico paesaggistici” ex art. 136 del Codice⁵³, ossia nelle c.d. “aree contermini”, individuate – ai soli fini dell’applicazione della norma – entro sette chilometri per gli impianti eolici e un chilometro per gli impianti fotovoltaici⁵⁴. In definitiva, sono considerate presuntivamente idonee anche le aree contermini a beni soggetti a tutela paesaggistica *ex lege* poiché rientranti tra gli immobili e le aree elencate dall’art. 142 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (a esse, peraltro, il Decreto Semplificazioni-*bis* aveva già riservato un regime autorizzativo speciale, su cui v. *infra*).

Alla luce delle previsioni illustrate, sorge spontaneo chiedersi anzitutto quali rapporti corrano tra la presunzione fissata dalla legge statale – che non può considerarsi *iuris et de jure*, atteso che la sua efficacia è espressamente limitata al periodo di vuoto legislativo regionale – e la legge regionale che individuerà le aree idonee. Sembra potersi convenire che il legislatore regionale, nel rispetto dei principi e dei criteri apparentemente molto stringenti posti dai decreti interministeriali (con le criticità di cui si dirà appresso), sia del tutto legittimato a ritenere non idonee all’installazione di potenza rinnovabile aree attualmente considerate nelle tipologie elencate dal comma 8 dell’art. 20 Decreto Energia.

Occorre a questo punto spendere qualche riflessione più puntuale sui rapporti tra la legge regionale e il singolo provvedimento di autorizzazione dell’impianto, laddove ovviamente l’intervento si collochi in un’area qualificata come idonea. È innegabile, in prima battuta, l’intento della novella di anticipare la dichiarazione di idoneità ambientale (in senso lato) dell’impianto, facendo sì che l’inclusione della zona tra le aree qualificate idonee a livello regionale, sulla base di criteri stringenti posti a livello statale, implichi una presunzione quasi assoluta di fattibilità del progetto, quantomeno per i profili già coperti dagli atti pianificatori⁵⁵.

E tuttavia non pare possibile interpretare il dato normativo, che sul punto non è così esplicito, spingendosi sino ad annullare del tutto la discrezionalità valutativa, o anche tecnico-valutativa, degli organi preposti alle valutazioni ambientali propedeutiche all’autorizzazione del singolo impianto. Oltre a rilevare la mancanza – in concreto – dei requisiti previsti dal decreto interministeriale e dalla legge regionale affinché l’impianto soddisfi le condizioni di idoneità *ivi* previste, la singola autorità dovrebbe poter dimostrare – certamente con un onere di motivazione aggravato e con un’adeguata istruttoria tecnica – che il progetto in questione non possa comunque essere realizzato per una ritenuta incompatibilità, in concreto, con altri interessi pubblici concorrenti.

⁵³ Si tratta di beni sottoposti a tutela paesaggistica in forza di uno specifico provvedimento di vincolo o dei piani paesaggistici adottati degli enti locali.

⁵⁴ Sono, inoltre, considerati presuntivamente idonei «*i siti e gli impianti nelle disponibilità delle società del gruppo Ferrovie dello Stato italiane e dei gestori di infrastrutture ferroviarie nonché delle società concessionarie autostradali (c-bis), nonché «i siti e gli impianti nella disponibilità delle società di gestione aeroportuale all'interno del perimetro di pertinenza degli aeroporti delle isole minori»*», ferme le competenze speciali di ENAC (lett. c-ter).

⁵⁵ Per le prime considerazioni critiche circa la predilezione per valutazione *ex ante* e dall’altro, che elidono le competenze valutative del singolo procedimento autorizzativo, si v. G. BAROZZI REGGIANI, *Il principio di massima diffusione delle energie rinnovabili e il bilanciamento tra valori costituzionalmente rilevanti nella disciplina delle c.d. “aree idonee”*, cit., p. 626 ss., il quale peraltro evidenzia che tale opzione è conforme alla linea che parrebbe essere adottato dal legislatore europeo.



Veniamo infine alle più rilevanti perplessità suscitate dalle norme in commento, che è certamente criticabile per due motivi principali: riduce significativamente le garanzie giurisdizionali e procedurali dei cittadini, in quanto le disposizioni di legge (di localizzazione di aree idonee) – a differenza degli atti amministrativi – non possono essere impugnate direttamente dinanzi a un tribunale territoriale, ma possono essere incidentalmente deferite al giudice costituzionale da un giudice di un processo in corso, se tale processo deve essere deciso secondo la disposizione controversa; e richiede una scelta basata su criteri astratti, cioè non verificati in concreto, che possono mancare del necessario adattamento a ciascuna realtà territoriale. Tale secondo profilo sarebbe in parte attenuato dal riconoscimento di una “riserva valutativa” a favore delle autorità coinvolte nel singolo procedimento autorizzativo.

2.3. Il nuovo assetto normativo delle procedure di autorizzazione.

Il quadro organizzativo e di pianificazione risultante da tali riforme incide, naturalmente, anche sulle procedure di autorizzazione per la costruzione di impianti di energia rinnovabile, con particolare riferimento ai progetti che rientrano nel campo di applicazione del PNRR e del PNIEC. Oltre a ciò, sono stati modificati singoli aspetti giuridici della procedura. A tale riguardo, le prime modificazioni introdotte con il Decreto semplificazione-*bis* e il Decreto Rinnovabili sono state migliorate e specificate con il Decreto Energia e il successivo d.l. n. 50/2022.

Gli esiti del processo riformatore possono essere meglio compresi distinguendo le procedure autorizzative in base alla tipologia di “area” cui attengono.

Quanto alle aree soggette a tutela culturale ai sensi della Parte II del Codice dei beni culturali e del paesaggio, il dissenso dell’autorità preposta rimane vincolante e quindi non superabile *tout court* dall’amministrazione procedente. Diversamente, nelle aree soggette a tutela paesaggistica ai sensi della Parte III del Codice, il parere dell’autorità paesaggistica perde l’efficacia vincolante se tale area è qualificata come idonea dalla legge regionale secondo i criteri del decreto interministeriale adottato ai sensi dell’art. 20 Decreto Rinnovabili. Relativamente, invece, alle “aree contermini” a beni soggetti a tutela paesaggistica, l’articolo 30 del Decreto Semplificazioni-*bis* ha già previsto che (i) il parere dell’autorità paesaggistica abbia carattere obbligatorio ma non vincolante, (ii) il silenzio di tale l’autorità sia superabile dall’amministrazione procedente, e (iii) il rappresentante del MICU – che partecipa alla conferenza di servizi sempre ai sensi del Decreto Semplificazioni-*bis*⁵⁶ – non possa attivare il rimedio ordinario generalmente concesso alle amministrazioni dissenzienti⁵⁷. Successivamente, il d.l. n. 50/2022 ha qualificato come presuntivamente

⁵⁶ Ma, a ben vedere, già ai sensi delle Linee guida adottate con d.m. 10 settembre 2010, su cui v. C. VIVANI-S. GIANI, *Transizione energetica e PNRR. Accelerazione e semplificazione delle procedure*, in *Urb. e app.*, 2022, 1, p. 11. Nel sistema vigente prima della descritta riforma, sull’efficacia vincolante dell’intervento dell’autorità paesaggistica nei procedimenti relativi ad aree contermini, nonché sull’impossibilità di qualificare il silenzio come assenso alla realizzazione del progetto, v. P. VITULLO, *Procedura semplificata di autorizzazione per impianti di produzione di energie rinnovabili (minieolico), tutela indiretta anche inibitoria delle aree contermini a quelle vincolate e rilevanza in materia paesaggistica del silenzio-assenso. Profili sostanziali e processuali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2019, 2, p. 90 e ss.

⁵⁷ Il riferimento è all’articolo 14-*quinquies* della l. n. 241/1990, ai sensi del quale un’amministrazione



idonee le aree contermini a beni paesaggistici tutelati ai sensi dell'art. 142 del Codice dei beni culturali e del paesaggio – quindi, non anche ai beni paesaggistici di notevole interesse pubblico ex art. 136 del Codice – rendendo ad esse direttamente applicabile il regime previsto dagli artt. 20 e 22 del Decreto Rinnovabili. Per di più, come si è anticipato, anche l'originaria disciplina generale della procedura autorizzativa sancita dagli articoli 4 e seguenti del d.lgs. 28/2011, che riguardava la scelta dello specifico regime autorizzativo⁵⁸, esce dal vortice riformista profondamente mutata. Si prevede, con una sostituzione del comma 2 dell'art. 4 del d.lgs. 28/2011, una sostanziale inversione del rapporto tra autorizzazione unica e procedure semplificate, quest'ultime preferite alla prima secondo i criteri di proporzionalità e adeguatezza. L'installazione e l'esercizio di nuovi impianti fotovoltaici e delle opere connesse, nonché, senza modificare l'area interessata, l'ammodernamento, la ristrutturazione e la ricostruzione completa degli impianti fotovoltaici esistenti e delle opere connesse, seguono ormai criteri diversi per la scelta della corretta procedura⁵⁹.

Infine, in attesa dell'individuazione delle aree idonee, agli impianti ubicati in aree non soggette a vincolo e non rientranti in aree dichiarate non idonee ai sensi della pianificazione regionale, per le quali, alla data di pubblicazione del Decreto Energia stesso (1° marzo 2022) sia in corso un *iter* autorizzativo, si applica la procedura autorizzativa di cui all'articolo 22 del Decreto Rinnovabili.

In conclusione, i recenti provvedimenti legislativi hanno condotto ad una generale “marginalizzazione” del ruolo degli enti pubblici preposti alla tutela del patrimonio paesaggistico nazionale: il parere del MICU non è in alcuni casi più vincolante, e la mancata partecipazione del Ministro alla procedura non pregiudica la sua prosecuzione e conclusione

dissenziante può deferire la decisione finale alla Presidenza del Consiglio dei ministri, che tenta la composizione del dissenso e, in caso di esito negativo, rimette la decisione alla deliberazione del Consiglio dei ministri.

⁵⁸ Su cui v. – prima dell'aggiunta al d.lgs. 28/2011 dell'art. 6-bis da parte del primo decreto “semplificazioni” del 2020 (che ha introdotto la Dichiarazione di inizio lavori asseverata anche per la realizzazione di impianti) – E. ORLANDO, *Il sistema giuridico italiano in materia di energie rinnovabili*, in F. CORTESE-F. GUELLA-G. POSTAL (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, cit., p. 211 ss., per un inquadramento diacronico (e comunitario) dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 (e delle relative Linee guida adottate con d.m. 10 settembre 2010), nonché del successivo d.lgs. n. 28/2011 che ha notevolmente semplificato il precedente decreto. Cfr. ancor prima L. SALOMONI, *Esigenze di semplificazione e celerità nel procedimento di autorizzazione alla realizzazione di impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili*, in G. COCCO (a cura di), *Profili giuridici ed economici delle fonti energetiche rinnovabili*, cit., p. 61 ss., a proposito della “tripartizione” dei moduli procedurali precedente alle ulteriori integrazioni intervenute nel 2020. In origine, v. già E. PICOZZA, *Il regime giuridico degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili o assimilate*, in E. PICOZZA (a cura di), *Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica*, Torino, 2003, *passim*.

⁵⁹ Più specificamente, l'art. 4, co. 2-bis, come modificato dal Decreto Energia, ha previsto il seguente ordine di preferenza procedurale per l'installazione di impianti fotovoltaici e delle opere connesse, nonché, senza variazione dell'area interessata, per il potenziamento, il rifacimento e l'integrale ricostruzione degli impianti fotovoltaici esistenti, nelle aree idonee ai sensi dell'art. 20 del Decreto Rinnovabili: (i) per gli impianti di potenza fino a 1 MW: la dichiarazione giurata di inizio lavori si applica a tutti i lavori da eseguire sulle aree nella disponibilità del proponente; b) per impianti con una capacità superiore a 1 MW e fino a 10 MW, si applica la procedura abilitativa semplificata; c) per gli impianti con una potenza superiore a 10 MW, si applica l'autorizzazione unica. Tali disposizioni operano – su richiesta del proponente – anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Energia (27 aprile 2022). Sono poi previste specifiche deroghe dagli artt. 5 ss. del d.lgs. 28/2011 nell'attuale formulazione.



positiva. Resta il fatto che, nonostante la qualificazione legislativa di aree presuntivamente idonee conduca all'applicazione del nuovo regime a porzioni significative del territorio nazionale, l'effettivo impatto della normativa vigente sarà meglio valutato una volta che le aree idonee saranno adeguatamente identificate dalle leggi regionali.

3. Questioni costituzionali sollevate dalle recenti riforme.

Nella prospettiva costituzionale, la disciplina dell'energia da fonti rinnovabili rientra, come noto, nella competenza legislativa concorrente Stato-Regioni, in quanto riconducibile alla materia «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*» (art. 117, co. III, Cost.)⁶⁰.

Come emerge chiaramente dalla ricognizione effettuata nelle pagine che precedono, essa risulta oggi regolata da una pluralità di fonti proprie dell'intero ordinamento "multilivello".

In particolare, la disciplina della materia si sostanzia (o perlomeno, in prospettiva, si sostanzierà) schematicamente in: *i*) prescrizioni di principio e di obiettivo contenute nelle direttive europee e nel diritto internazionale; *ii*) principi e criteri direttivi (*ex art. 76 Cost.*) recati dalle leggi di delegazione europea (da ultimo, la n. 53/2021) attuative del diritto unionale; *iii*) principi fondamentali (*ex art. 117, co. III, Cost.*) introdotti dai decreti legislativi (da ultimo, il n. 199/2021, cui si affianca il precedente n. 387/2003) di attuazione, sulla base delle leggi di delegazione europea, delle direttive europee; *iv*) obiettivi, criteri e ulteriori principi disposti da atti di normazione secondaria "integrativi" della disciplina di principio primaria (decreti interministeriali emanandi *ex art. 20 d.lgs. 199/2021* e Linee guida vigenti *ex art. 12 d.lgs. 387/2003*); *v*) leggi regionali di dettaglio (*ex art. 117, co. III, Cost.*); *vi*) promulgando leggi regionali (a contenuto amministrativo) di localizzazione delle aree idonee (*ex art. 20 d.lgs. 199/2021*); *vii*) atti di programmazione e pianificazione territoriale da parte della Regione e degli Enti locali.

Alla luce della particolare complessità (e innovatività) della disciplina descritta, non sembra un'operazione priva di utilità quella di tentare, in conclusione del presente lavoro, di porre in luce alcune potenziali problematiche di ordine costituzionale che potrebbero sollevarsi in relazione alle recenti riforme, nella misura in cui, al netto nella regolamentazione tecnica recata, intervengono altresì sul sistema delle fonti e sui rapporti fra i soggetti dell'ordinamento.

Da un primo punto di vista, infatti, si assiste ad una "delegificazione" dei principi fondamentali della materia stabiliti dallo Stato (ricadendosi in un ambito di legislazione concorrente), la cui individuazione è infatti demandata all'emanazione di atti di natura regolamentare rappresentati da "decreti interministeriali" recanti «*principi e criteri omogenei per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili*», in funzione evidentemente limitativa della discrezionalità normativa regionale;

⁶⁰ In argomento, F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 35 ss.; A. COLAVECCHIO, *Il nuovo riparto di competenza Stato-Regioni nella materia "energia"*, in D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Trento, 2009, p. 6 ss.; C. BUZZACCHI, *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in B. CAMILLA (a cura di), *Il prisma energia*, Milano, 2010, p. 1 ss.; L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2011, p. 26 ss.



trattasi, a ben vedere, di un meccanismo che si pone in sospetta violazione dell'art. 117, co. VI, Cost. (il quale riserva espressamente la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di legislazione esclusiva), ma che risulta già sperimentato con il sistema delle "Linee guida" ex art. 12 d.lgs. 387/2003, in più occasioni suffragato da una ricca (sebbene non sempre coerente) giurisprudenza costituzionale, che si candida perciò naturalmente ad esercitare la funzione di "cartina tornasole" nel vaglio di compatibilità costituzionale anche degli emanandi decreti interministeriali⁶¹.

A tale riguardo, vengono in rilievo alcune pronunce della Corte costituzionale che, nel ribadire la riconduzione della materia delle FER alla potestà legislativa concorrente – e quindi rifuggita la facile "tentazione" di giustificare la titolarità del potere regolamentare in capo allo Stato sulla base della potestà esclusiva, di carattere trasversale, in materia di "tutela dell'ambiente" (art. 117, co. 2, lett. s-) – hanno giustificato il carattere "vincolante" dei principî fondamentali contenuti nelle "Linee guida" di cui al d.m. 10 settembre 2010 sulla base di due differenti argomentazioni: l'una (v. ad es. Corte cost. 27 gennaio 2014, n. 11)⁶² che valorizza la natura "squisitamente tecnica" della norma regolamentare, a tale carattere ricollegando l'attitudine "integrativa" della normativa primaria⁶³, l'altra (Corte cost. 9 gennaio 2018, n. 14) che, diversamente, pone in rilievo il profilo della leale collaborazione fra lo Stato e le Regioni, in ragione dell'intervenuta adozione delle "Linee guida" in esito ad una "ponderazione concertata" di interessi contrapposti in sede di Conferenza unificata⁶⁴.

Si vede così come il descritto orientamento della Corte costituzionale sia idoneo a preservare da possibili profili di incostituzionalità – perlomeno sotto il profilo della vincolatività dei principî fondamentali in essi contenuti – anche i regolamenti interministeriali in corso di emanazione, stante la loro prevalente natura tecnica e, soprattutto, la loro necessaria approvazione in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni.

Il descritto momento di "delegificazione", in ambito statale, si correla specularmente, in ambito regionale, ad una inedita "legificazione" delle procedure (sostanzialmente amministrative) di localizzazione delle aree idonee, attraverso la previsione di una riserva di

⁶¹ In argomento, cfr. A. MOSCARINI, *Linee guida statali e legislazione concorrente*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4922 ss.; C. MAINARDIS, *Competenza concorrente e fonti secondarie nel "governo" delle energie rinnovabili*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 3, p. 1343 s.

⁶² Per un commento alla sentenza, v. G. COZZOLINO, *Natura giuridica delle linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e "ispessimento" del parametro del giudizio di costituzionalità*, in *amministrazioneincammino.it*, 2014.

⁶³ «Se è ovvio che gli atti di normazione secondaria, come le "Linee guida", qualora autonomamente presi, non possono assurgere al rango di normativa interposta, altra è la conclusione cui deve giungersi ove essi vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia. In detti campi applicativi essi vengono ad essere un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che [...] mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo. [...] 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 principî fondamentali, l'illegittimità costituzionale della norma censurata» (§ 6.1.).

⁶⁴ Valorizza particolarmente tale pronuncia nella ricerca di un modello di normativa secondaria di principio compatibile con la Costituzione C. MAINARDIS, *Competenza concorrente e fonti secondarie*, cit., spec. p. 1350 ss.

legge regionale in materia⁶⁵. Ne consegue che gli atti localizzativi adottati dalle Regioni costituiranno – per espressa previsione di legge – delle vere e proprie “leggi-provvedimento”⁶⁶.

Tale qualificazione, sul piano generale, non chiama necessariamente in causa profili di incompatibilità costituzionale, avendo già da tempo la Consulta messo in chiaro come non sia dato riscontrare all’interno della nostra Carta fondamentale una “riserva di amministrazione” rispetto a contenuti precettivi privi dei caratteri della generalità e dell’astrattezza⁶⁷. La “legge-provvedimento” pone, piuttosto, alcune criticità in ragione delle estese eccezioni che essa comporta alle garanzie predisposte a fronte dell’esercizio dell’attività amministrativa, quali, ad esempio, i doveri di completezza istruttoria, di conseguente adeguata motivazione delle scelte operate, di imparzialità e di accesso alla tutela giurisdizionale (per citarne solamente alcune), le quali risultano “controbilanciate” per mezzo di un mero rafforzamento del sindacato di ragionevolezza svolto dalla Corte costituzionale (in qualità di unico “giudice delle leggi”).

La prospettiva è destinata, tuttavia, a cambiare ove la tematica venga rapportata all’ambito materiale di cui qui ci si occupa⁶⁸, in relazione al quale la Corte costituzionale ha reiteratamente invocato l’esistenza di una “riserva di procedimento”⁶⁹ – quale luogo maggiormente idoneo alla tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti dalla decisione localizzativa degli impianti FER – a sostegno della dichiarazione di incostituzionalità di una serie di leggi regionali che avevano proceduto ad una puntuale identificazione delle aree non idonee o all’imposizione di divieti generali e indiscriminati alla localizzazione di impianti (paradigmatica in tal senso è la sentenza della Corte cost. 21 febbraio 2018, n. 69)⁷⁰. Nella

⁶⁵ Come condivisibilmente rilevato da G. BAROZZI REGGIANI, *Il principio di massima diffusione delle energie rinnovabili e il bilanciamento tra valori costituzionalmente rilevanti nella disciplina delle c.d. “aree idonee”*, cit., p. 625, la disciplina posta dal legislatore «richiama – benché da una prospettiva speculare, [...] la disciplina del potere regionale di individuazione di aree “non idonee”, prevedendo l’effettuazione a monte, e in una logica generale e addirittura astratta (stante la natura normativa dei decreti previsti dall’art. 20, comma 1, del D.Lgs. n. 199/2021, e il fatto che le Regioni sono tenute ad individuare le “aree idonee” con proprie leggi) di valutazioni che, di fatto, contengono già una ponderazione di interessi, posto che l’individuazione – sulla base dei criteri definiti dai decreti ministeriali – di un’area come “idonea” affievolisce il peso che interessi diversi da quelli legati alla diffusione degli impianti a FER assumeranno nell’ambito degli specifici procedimenti autorizzatori (ed in particolare di quelli paesaggistici), con conseguente ridimensionamento del ruolo delle amministrazioni preposte alla tutela degli stessi».

⁶⁶ Sulla figura, in generale, v. per tutti S. SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, Milano, 2007.

⁶⁷ Per i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di leggi-provvedimento, v. F. ASTONE, *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale, a proposito della ricostruzione del Ponte Morandi*, in *Giur. cost.*, 2020, 4, p. 1909 ss.; C. DI MARTINO, *Considerazioni sull’ammissibilità delle leggi-provvedimento: il caso del finanziamento del “Teatro Eliseo” al vaglio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021, 22, p. 1 ss.

⁶⁸ Per un quadro aggiornato della giurisprudenza costituzionale in materia, v. G. BUCCI, *Regimi abilitativi degli impianti da fonti rinnovabili: il “punto” sulla giurisprudenza costituzionale più recente*, in questa *Rivista*, 2022, 1, p. 222 ss.

⁶⁹ Sulle “riserve di amministrazione” (o di “procedimento”) come limite al contenuto tecnico-scientifico della legislazione regionale, v. M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle “questioni tecniche” in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 2020, 14, p. 54 ss.

⁷⁰ Ove si è affermato che «La soluzione legislativa adottata dalla Regione, nello stabilire in via generale, senza istruttoria e valutazione in concreto dei luoghi in sede procedimentale, distanze minime per la collocazione degli impianti non previste dalla disciplina statale, non garantisce il rispetto di questi principi fondamentali e non permette un’adeguata tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti». Sul valore del procedimento, nel



medesima direzione, del resto, si sono mosse anche le tradizionali critiche della dottrina alla tanto stigmatizzata prassi regionale⁷¹.

Non pare agli scriventi che tali fondamentali acquisizioni giurisprudenziali possano essere agilmente oblierate, né che esse possano essere facilmente disattese dalla stessa Corte in un eventuale giudizio di costituzionalità in ordine alla ragionevolezza della scelta, pur nelle intenzioni animata da un *favor* per la massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, di devolvere alla fonte legislativa la decisione di localizzazione degli impianti⁷². Né sembra che la “dequotazione” del procedimento, che di questa via si realizza, possa essere “surrogata” dall’anticipazione, sul piano cioè obiettivo-astratto, del confronto dialettico fra interessi costituzionalmente rilevanti.

Ciò detto, la previsione da parte del legislatore statale di una “riserva di legge regionale” in materia di localizzazione delle “aree idonee” appare potenzialmente censurabile anche sotto ulteriori profili di rilevanza costituzionale.

In primo luogo, emerge la circostanza per la quale la possibilità di escludere l’impiego di fonti alternative alla legge nella regolamentazione di una data materia andrebbe riconosciuta alla sola fonte sovraordinata (ossia alla Costituzione, e non già alla stessa legge primaria) in quanto unica sede deputata alla disciplina dell’esercizio della funzione legislativa e alla determinazione degli equilibri nei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo in circostanziati ambiti materiali; e questo, a maggior ragione, laddove la riserva in questione abbia ad oggetto la legge regionale e sia prevista da un atto legislativo statale, in un ambito di legislazione concorrente, a ciò ostando il riparto di competenze legislative fra lo Stato e le Regioni, nonché lo stesso principio autonomistico sancito a livello costituzionale, i quali precluderebbero alla norma statale di stabilire quale fonte regionale possa porre validamente la disciplina di una data materia.

In secondo luogo, la previsione di una riserva di legge siffatta, con riferimento ad un’attività che lo stesso legislatore statale dimostra di considerare come “attuativa” ed “esecutiva” del diritto unionale (nella misura in cui prevede, in caso di inottemperanza ai

contesto della localizzazione degli impianti FER, cfr., altresì, F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in Reg., p. 759 ss., in commento della sentenza citata.

⁷¹ Si è, a tal proposito, condivisibilmente sostenuto, ancor prima dell’intervento riformatore in esame, che «*la via legislativa [...] rappresenta un palese aggiramento del modello disegnato dalla normativa statale, a discapito di interessi giuridicamente rilevanti. La forma amministrativa dell’atto, da adottare all’esito di opportuna istruttoria unitamente all’obbligo di motivare i divieti introdotti rappresentano infatti garanzia non solo, e a monte, di partecipazione degli interessati in sede procedimentale; ma soprattutto, a valle, di controllo giurisdizionale diretto sull’attività regionale, laddove gli interessi degli operatori economici privati (certezza del diritto, legittimità dei provvedimenti adottati) si saldano con l’interesse pubblico alla massima diffusione delle fonti rinnovabili, in equilibrato bilanciamento con la tutela del paesaggio*»; così, C. MAINARDIS, *Competenza concorrente e fonti secondarie*, cit., p. 1343 s.

⁷² Sostiene G. BAROZZI REGGIANI, *Il principio di massima diffusione delle energie rinnovabili*, cit., p. 640 che «*[p]ur mancando [...] un riferimento costituzionale esplicito alle “riserve di amministrazione” in materia di processi decisionali pubblici a contenuto tecnico-scientifico in materia ambientale (o comunque suscettibili di incidere sull’ambiente), non è escluso che la Corte possa censurare l’attuale disciplina delle aree idonee – per la scelta dello strumento legislativo regionale ai fini dell’individuazione delle stesso – anche solo sotto il profilo della “ragionevolezza”, per l’avvenuta scelta, da parte del legislatore statale, dello strumento “meno idoneo” all’effettuazione degli accertamenti e delle valutazioni necessarie a garantire un’istruttoria completa e una adeguata ponderazione dei diversi interessi*».



criteri nazionali, l'attivazione dell'intervento sostitutivo dello Stato per inadempimento agli obblighi comunitari di cui all'art. 41 della l. n. 234/2012), potrebbe ritenersi altresì in contrasto con il dettato dell'art. 117, co. V, Cost., laddove è disposto che «[l]e Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza [...] provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato». Come, infatti, la Corte costituzionale ha avuto occasione di precisare (sentenza 21 marzo 2012, n. 63), del tutto fedelmente alla lettera della disposizione, allo Stato spetterebbe esclusivamente la competenza a dettare la disciplina "procedurale" di attuazione ed esecuzione degli atti sovranazionali, nella quale non rientra la determinazione della tipologia di fonte deputata alla ricezione a livello regionale del diritto dell'Unione europea, la quale dovrebbe perciò ritenersi riservata all'autonomia statutaria della singola Regione.

Né parrebbe potersi sostenere che l'intervento sostitutivo richiamato dal d.lgs. n. 199/2021 in esame possa avvenire sulla base dell'art. 120, co. II (pure richiamato dall'art. 41 della l. n. 234/2012), in quanto, secondo l'opinione maggiormente accreditata, esso riguarderebbe attività di natura amministrativa, e non già legislativa, salvo circoscritte eccezioni.

Desta, peraltro, perplessità la stessa previsione della possibilità di attivare il potere sostitutivo dello Stato di cui all'art. 41 della l. n. 234/2012 nell'ipotesi di inottemperanza da parte della Regione, in sede di adozione delle leggi in materia di "aree idonee", ai criteri e agli obiettivi stabiliti dagli emanandi decreti interministeriali, in luogo (o perlomeno in alternativa) allo strumento "ordinario" dell'impugnazione in via principale per violazione dei principi fondamentali dettati dalla normativa statale. Trattasi, infatti, di un potere senz'altro efficace, ma al contempo particolarmente invasivo delle prerogative costituzionali dell'Ente regionale, e che dovrebbe perciò essere attentamente circoscritto alla funzione ad esso attribuita dalla Carta fondamentale e ai presupposti tassativi cui la legge di attuazione ne condiziona l'esercizio.

L'art. 117, co. V, Cost., infatti, dispone la percorribilità di siffatto rimedio a fronte della mancata esecuzione o attuazione, da parte della Regione, degli atti dell'Unione europea; presuppone, cioè, una inerzia da parte dell'organo legislativo regionale nell'attuazione dei diritto unionale in materia di competenza concorrente o residuale, così come è confermato dallo stesso art. 41 della l. n. 234/2012, il quale prevede quale specifico presupposto dell'intervento sostitutivo statale, l'«inerzia» degli Enti, rispetto alla scadenza del termine di attuazione della normativa sovranazionale, ovvero all'obbligo di esecuzione di condanne della Corte di giustizia. Del tutto coerentemente, la stessa legge di delegazione europea n. 53/2021 ha previsto l'attivabilità del potere sostitutivo in parola esclusivamente nel caso di «mancata adozione» dell'atto programmatico di individuazione delle aree idonee da parte di ciascuna regione, entro sei mesi dall'entrata in vigore dei decreti interministeriali.

A fronte di ciò, l'estensione, in sede di adozione del decreto delegato, dei presupposti dell'intervento sostitutivo dello Stato anche ai casi di inottemperanza ai principi e ai criteri direttivi previsti dai decreti interministeriali parrebbe porsi, a ben vedere, in violazione non solo della legge delega (e quindi dell'art. 76 Cost.), ma anche dell'art. 117, co. V Cost., in



quanto consente l'attivazione del potere sostitutivo al di là dei limiti entro i quali la normativa costituzionale (e la l. 234/2012) lo circoscrive.

Potrebbe, tuttavia, altrettanto fondatamente ritenersi che l'inottemperanza da parte della Regione ai criteri dettati dallo Stato ai fini dell'attuazione degli obiettivi europei (sulla scorta, peraltro, di una legge di delegazione europea) rappresenti non solamente una violazione dei principi fondamentali della materia, stabiliti a livello statale, ma anche una forma di inattuazione e/o violazione "indiretta" del diritto UE (secondo il meccanismo del c.d. atto interposto), perlomeno rispetto alle obbligazioni ricadenti "pro quota" in capo alla singola Regione in relazione alla ripartizione della potenza installata finalizzata al raggiungimento degli obiettivi europei di decarbonizzazione (c.d. *burden sharing*).

Ove si accedesse a tale seconda prospettazione, dunque, il ricorso al potere sostitutivo *ex art. 41* della l. n. 234/2012 dovrebbe ritenersi costituzionalmente legittimo. In particolare, sembrerebbe venire in rilievo il co. 2 del richiamato articolo, il quale prevede che, nei casi di cui al precedente art. 37 (nei quali è considerata l'adozione di atti necessari a fronte di atti normativi dell'Unione europea), in materie rientranti nella competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per gli affari europei informi gli enti interessati assegnando un termine per provvedere e, ove necessario, chieda che la questione sia sottoposta all'esame della Conferenza permanente Stato-Regioni per concordare le iniziative da assumere. In caso di mancato tempestivo adeguamento da parte dei suddetti enti, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per gli affari europei propone al Consiglio dei ministri le opportune iniziative ai fini dell'esercizio del potere sostitutivo che, stante la natura legislativa dell'atto sostituto, si ipotizza possa essere rappresentato da un apposito decreto-legge.

CONSIDERAZIONI SULLA VERIFICA DELLA PERDURANTE SUSSISTENZA DELL'INTERESSE CULTURALE *(a proposito delle c.d. ville vesuviane del miglio d'oro)*

Marco Gaetano Pulvirenti *

Abstract: [ITA] Una recente pronuncia del Consiglio di Stato su una delle ville vesuviane del Miglio d'Oro consente di riconsiderare l'istituto della verifica della perdurante sussistenza dell'interesse culturale. L'art. 128 comma 3 c.b.c., infatti, prevede un'attività di riscontro della persistenza dell'interesse culturale relativamente a beni sottoposti a tutela in base alla "legislazione precedente", ossia sulla base delle normative più risalenti. Per i giudici amministrativi il degrado dell'area in questione avrebbe determinato la perdita delle caratteristiche intrinseche del bene; in effetti però in questa vicenda andrebbero considerati il recupero paesaggistico, il restauro e la pianificazione paesaggistica come strumenti per evitare o comunque porre rimedio a tali situazioni di degrado.

[ENG] A recent judgement by the Council of State on one of the Vesuvian villas of the "Miglio d'Oro" allows us to talk about the institution of verifying the continuing existence of cultural interest. Art. 128 paragraph 3 c.b.c., in fact, provides for an activity to verify the persistence of cultural interest in relation to assets subject to protection under the "previous legislation", ie on the basis of the oldest regulations. For the administrative judges, the deterioration of the area would have led to the loss of the intrinsic characteristics of the property; however, in this case, landscape recovery, restoration and landscape planning should be considered as tools to solve these situations of decay.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Verifica della perdurante sussistenza dell'interesse culturale. – 3. Recupero paesaggistico e pianificazione.

1. Introduzione

La sesta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 21 aprile 2022, n. 3605, è intervenuta sull'ammissibilità di interventi realizzati all'interno dell'area su cui insistono le ville vesuviane del c.d. Miglio d'Oro. Come si sa, si tratta di un insieme di ville aristocratiche di particolare valore culturale site nei territori comunali di Ercolano e Torre del Greco¹, e riportate nell'elenco di cui al D.M.19.10.1976, adottato ai sensi dell'art. 13 della L. 29.07.1971, n. 578².

¹ Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Catania.

V. V. CAZZATO, *Il "sistema" delle ville vesuviane*, in L. ZANGHERI (a cura di), *Ville e giardini medicei in Toscana. Atti del Convegno internazionale*, Le Monnier, Firenze, 2017, pp. 125 ss.; Y. CARBONARO, *Le ville di Napoli*, Newton, Roma, 1999, pp. 70 ss.

² I primi commenti si sono soffermati soprattutto sulla imponibilità del vincolo culturale sulle ville indipendentemente dall'individuazione del soggetto proprietario. In questo senso è, per esempio, il



La vicenda può essere agevolmente riassunta nei seguenti termini. Una nota compagnia telefonica intendeva installare una stazione radio base in un'area di Napoli che, secondo la locale Soprintendenza, rivestiva interesse storico artistico poiché facenti parte dell'originario parco della villa Pignatelli Monteleone. Il T.A.R. Campania aveva accolto il ricorso sulla base della considerazione che non era provato il vincolo ex art. 4 legge n. 1089/1939 in quanto non era noto il proprietario (pubblico o privato) della Villa; inoltre il vincolo avrebbe fatto riferimento non all'edificio della Villa ma al suo giardino e mancava la prova dell'effettiva esistenza di tale giardino in tempi moderni.

Per il Consiglio di Stato il problema della proprietà pubblica o privata delle ville non sussisteva, per via della previsione legislativa del vincolo in base al decreto del 1976, per gli edifici inseriti nell'elenco previsto dalla legge del 1971. Di contro assumeva rilevanza lo stato di degrado dell'area per cui essa, a causa delle modifiche apportate³, aveva perso quelle caratteristiche intrinseche che avrebbero consentito di attribuirgli valenza culturale.

La pronuncia sollecita alcune riflessioni sulla possibilità della perdita dell'interesse culturale, in conseguenza dello stato di degrado e di abbandono del bene.

L'intendimento dei giudici, infatti, ha determinato una situazione in realtà non molto differente da quella disciplinata dall'art. 128 comma 3 c.b.c., soprattutto se si conviene sul carattere di immanenza dell'interesse culturale sul bene stesso⁴. Dal Codice, del resto, pare

titolo di corredo alla sentenza pubblicato sul sito della Giustizia Amministrativa («Vincolo alle ville vesuviane indipendentemente da chi ne sia il proprietario»), come anche la massima riportata sul medesimo sito («Le ville vesuviane incluse nell'elenco approvato con d.m. 19 ottobre 1976 costituiscono beni culturali *ex lege*, indipendentemente da chi ne sia il proprietario, di modo che ai fini dell'applicazione della tutela predisposta dalla normativa generale su detti beni, è irrilevante accertare a chi spetti il diritto dominicale su di esse»).

³ Già T.A.R. Sicilia, Palermo, 18 aprile 2008, n. 792 aveva affrontato la questione della pesante attività edificatoria nell'area su cui insiste il vasto parco di pertinenza della monumentale villa seicentesca palermitana Oneto di Sperlinga, risolvendosi poi nel rilievo della mancata comunicazione di avvio del procedimento di revisione.

⁴ Diversa questione attiene poi al carattere dichiarativo o costitutivo della notifica della dichiarazione dell'interesse culturale. I sostenitori del primo (M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1976, p. 132; M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Il Foro Italiano, Roma, 1952, p. 222; G. PIVA, *Cose d'arte*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 120; G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Jovene, Napoli, 1971, p. 386) evidenziano tra l'altro che la previsione della sospensione dei lavori su beni non oggetto di notifica (ma che presentano i caratteri per la dichiarazione) denoti una efficacia retroattiva della successiva notificazione, da cui desumere a natura di mera certazione di una qualità precedente. Al contrario, i sostenitori dell'opposta tesi (A.M. SANDULLI, *Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private d'interesse artistico e storico qualificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 1024; M. CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico o storico*, CEDAM, Padova, 1957, p. 206; B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988, p. 121; F. BILE, *La posizione giuridica delle cose di interesse artistico e storico di proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 1110) ritengono che si tratti di una mera anticipazione di tutela non incompatibile con la natura costitutiva della notificazione. Sulla questione va ricordato che per M.S. Giannini (*Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 220) «nulla impedisce di chiamare queste evenienze accertamenti costitutivi, dichiarativi o preclusivi, purché sia chiaro che il sostantivo è improprio, e l'aggettivo non va predicato ad esso, ma ad un fatto giuridico separato e successivo all'(atto di preteso accertamento)».



potersi desumere che il pregio della cosa (da cui consegue il particolare interesse culturale) preesiste all'intervento statale. In questo senso sembrano deporre non solo la definizione dell'istituto dell'art. 13 c.b.c. ("dichiarazione" dell'interesse culturale), ma anche la previsione di vari effetti giuridici che precedono proprio la dichiarazione dell'interesse culturale⁵. La dottrina si è a lungo interrogata sul carattere costitutivo⁶ o dichiarativo⁷ dell'assoggettamento a vincolo culturale del bene, almeno sino agli interventi della Corte costituzionale che, nell'escludere l'indennizzabilità dei vincoli culturali imposti ai beni privati per effetto della dichiarazione di interesse culturale, hanno richiamato tra l'altro l'assenza di effetti costitutivi del relativo provvedimento, che non farebbe altro che accertare la natura intrinsecamente culturale del bene, ossia una qualità che quel bene già possedeva⁸ (si vedano le sentenze 29 maggio 1968, n. 56⁹, 26 aprile 1971, n. 79¹⁰, 20 febbraio 1973, n. 9¹¹ e 4

⁵ Si pensi agli artt. 6, comma 2 (potere di vigilanza generale e generica sulle cose anche non notificate), all'art. 13 (rimozione di affreschi, stemmi e graffiti), all'art. 20 (potere di ordinare la sospensione dei lavori nei confronti di cose private anche se non intervenuta la notifica), all'art. 21 (nei confronti delle cose non notificate né oggetto di possibile notifica, ma che pregiudichino l'integrità delle cose immobili sottoposte a tutela), all'art. 35 (divieto di esportazione di cose che presentino interesse storico, artistico, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e libraio, anche se non oggetto di notificazione), all'art. 44 (nei confronti di cose ritrovate che appartengono allo Stato necessariamente prima e a prescindere da una notificazione dell'interesse), all'art. 54 (potere di espropriazione anche di beni non notificati).

⁶ A.M. SANDULLI, *Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private d'interesse artistico e storico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 1022; 230; B. Cavallo, *Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 406; M. Milone, *Considerazioni sul riconoscimento formale delle bellezze naturali*, in *Riv. giur. edilizia*, 1988, II, p. 23.

⁷ Cfr., *ex multis*, R. TAMIOZZO, *Effetti della natura dichiarativa del vincolo di interesse culturale sulla tutela dei beni immobili e, in particolare, delle zone archeologiche*, in *Rass. avv. Stato*, 1992, I, p. 88; V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, I, p. 141; A. MANSI, *La tutela dei beni culturali*, CEDAM, Padova, 1993, p. 51; T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 239 ss.; G. GARZIA, *Il procedimento di individuazione di beni privati di interesse storico e artistico*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1994, pp. 274 ss.

⁸ A. CROSETTI – D. VAIANO (a cura di), *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2014, pp. 68 ss., evidenziano anche come la Corte abbia valutato l'incidenza sulle casse dello Stato degli indennizzi altrimenti dovuti per ogni bene da tutelare in quanto considerato di interesse culturale, come anche la prevalenza dell'interesse culturale sugli altri interessi, anche di rilevanza costituzionale.

⁹ A. PREDIERI, *Espropriazione e regime di proprietà delle aree edificabili*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 1298 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, *ivi*, 1977, pp. 1345 ss.; G. ABBAMONTE, *Motivazioni e limiti dell'indennizzo per i vincoli imposti alla proprietà*, in *Giust. civ.*, 1968, III, pp. 253 ss.; C. MORRONE, *Brevi note in tema di procedimento amministrativo per l'emanazione dei piani paesistici o urbanistico-territoriali e attuazione dell'art. 1bis, l. 431/85*, in *Foro amm.*, 1992, pp. 704 ss.

¹⁰ A.M. SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, pp. 962 ss.; G. ROLLA, *Segnalazioni di giurisprudenza della corte costituzionale in materia economica*, in *Dir. ed economia*, 1971, pp. 615 ss.

¹¹ L. PALADIN, *Carattere non espropriativo di vincoli paesistici (tutela delle bellezze naturali ed ambientali dei colli euganei)*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 39 ss.; ID., *In tema di tutela del paesaggio*, in *Regioni*, 1973, pp. 697 ss.; M.P. CHITI, *Tutela del paesaggio e programmazione territoriale*, in *Foro it.*, 1973, I, pp. 972 ss.; M. SALAZAR, *In tema di tutela delle bellezze naturali*, in *Riv. giur. scuola*, 1973, pp. 618 ss.



luglio 1974, n. 202¹²). È noto che la giustificazione dell'esclusione dell'indennizzabilità per via del carattere intrinsecamente culturale del bene è stata comunque variamente criticata¹³.

2. Verifica della perdurante sussistenza dell'interesse.

L'art. 128 comma 3 c.b.c. prevede un'attività ministeriale di riscontro della perdurante sussistenza dell'interesse culturale relativamente a beni sottoposti a tutela in base alla "legislazione precedente", ossia sulla base delle normative più risalenti e della legge 1 giugno 1939, n. 1089, dell'art. 22 legge 22 dicembre 1939, n. 2006, dell'art. 36 d.P.R. 30 settembre 1963, n. 1409, e degli artt. 6, 7, 8 e 49 d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (t.u. del 1999). È infatti previsto che in presenza di elementi di fatto sopravvenuti ovvero precedentemente non conosciuti o non valutati, il Ministero può rinnovare, d'ufficio o a richiesta del proprietario, possessore o detentore interessati, il procedimento di dichiarazione dei beni che sono stati oggetto di notifica, al fine di verificare la perdurante sussistenza dei presupposti per l'assoggettamento dei beni medesimi alle disposizioni di tutela¹⁴.

La rinnovazione è effettuata in presenza di elementi di fatto "sopravvenuti" ovvero "precedentemente non conosciuti" o "non valutati", per constatare la "perdurante sussistenza dei presupposti".

È in altri termini richiesta una ponderazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione¹⁵, rispetto ai quali non assumono rilevanza senza dubbio valutazioni di carattere politico¹⁶ ma, pare di doversi ritenere, nemmeno considerazioni di mera discrezionalità amministrativa¹⁷. È noto del resto che la valutazione dell'interesse culturale è essa stessa espressione di

¹² G. ROLLA, *In tema di vincoli su beni di interesse artistico e storico*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2130 ss.

¹³ A. CROSETTI – D. VAIANO (a cura di), *op. cit.*, p. 70.

¹⁴ Come notato da M. BROCCA, *Articolo 128*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 509 ss., l'efficacia delle dichiarazioni di bene culturale effettuate a norma della legislazione precedente era già stata affrontata dall'art. 71 legge 1089/1939, rispetto alle dichiarazioni emanate ai sensi delle leggi 30 giugno 1909, n. 364 e 11 giugno 1922, n. 78, poi ripresa dal d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (art. 13), rispetto anche alle dichiarazioni effettuate ai sensi della legge 1089/1939 e del d.P.R. 30 settembre 1963 n. 1409.

¹⁵ C. ZUCHELLI, *Articolo 13*, in M.A. SANDULLI, a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 197 ss.

¹⁶ T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 26 marzo 2013, n. 698; T.A.R. Lazio, Roma, II-quater, 24 marzo 2011, n. 2659.

¹⁷ Si consideri Cons. Stato, VI, 23 luglio 2015, n. 3652 in tema di autorizzazione paesaggistica: «*Alla funzione di tutela del paesaggio [...] è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione: tale attenuazione, nella traduzione provvedimento, condurrebbe illegittimamente, e paradossalmente, a dare minor tutela, malgrado l'intensità del valore paesaggistico del bene, quanto più intenso e forte sia o possa essere l'interesse pubblico alla trasformazione del territorio [...] Come ben evidenziato in dottrina, la discrezionalità tecnica, a differenza di quella amministrativa, si concentra su un unico interesse, nel caso quello paesaggistico, attraverso la verifica in fatto della sua configurazione e trasformazione nel caso concreto. Diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non può dar luogo ad alcuna forma di comparazione e valutazione eterogenea. Nell'esercizio della funzione di tutela spettante al Mibac, l'interesse che va preso in considerazione è solo quello circa la tutela paesaggistica, il quale non può essere aprioristicamente sacrificato dal Mibac stesso, nella formulazione del suo parere, in considerazione di altri interessi pubblici la cui cura esula dalle sue attribuzioni*».



discrezionalità tecnica¹⁸, quale valutazione «dell'interesse pubblico a tutelare le cose che, in quanto attinenti direttamente o indirettamente all'arte per ciò che esprimono per i riferimenti che hanno con l'arte, sono ritenute meritevoli di conservazione»¹⁹.

In realtà la giurisprudenza ha talvolta cercato di evidenziare profili di mera discrezionalità amministrativa, in ordine alla sottoposizione a protezione di un bene²⁰, mentre la dottrina (al pari della prassi²¹) ha normalmente ricondotto la valutazione dell'interesse culturale nell'alveo della discrezionalità tecnica²² (evidenziando anche l'opinabilità dei criteri, per via dell'evoluzione delle discipline scientifiche e tecniche²³), pur se con alcuni significativi distinguo²⁴.

¹⁸ Si vedano tra le altre Cons. Stato VI, 7 ottobre 2008, n. 4823; 9 novembre 2011, n. 5921; 20 dicembre 2011, n. 6725; 13 settembre 2012, n. 4872; 14 luglio 2014, n. 3637; 11 marzo 2015, n. 1257; 15 giugno 2015, n. 2903; 14 agosto 2015, n. 3932; 14 ottobre 2015, n. 4750; 3 dicembre 2015, n. 5487; VI, 8 gennaio 2003, n. 20; VI, 13 maggio 2013, n. 1490; 8 febbraio 2000, n. 678.

¹⁹ Cons. Stato, VI, 7 maggio 1974, n. 350.

²⁰ Si pensi a Cons. Stato, VI, 10 febbraio 2003, n. 678, secondo cui «il vincolo archeologico, come, più in generale, il vincolo storico-artistico, già disciplinato dalla l. n. 1089/1939 e poi trasfuso nel t.u. n. 490/1999, è imposto dall'amministrazione a seguito di valutazioni di carattere tecnico (circa il valore e l'importanza storico-artistica archeologica del bene) (c.d. discrezionalità tecnica) su cui si innestano valutazioni di carattere discrezionale in senso proprio (c.d. discrezionalità amministrativa) in ordine all'opportunità di sottoporre a protezione un dato bene, presupposto il suo interesse sotto i profili esaminati. Sono perciò enucleabili due valutazioni, tra loro connesse, una di carattere tecnico, e una di opportunità. La valutazione tecnica è sindacabile e verificabile da parte del giudice amministrativo, sotto il profilo della logicità, congruità, corretta ricostruzione dei fatti. La valutazione di merito amministrativo non è invece sindacabile, al di fuori dei casi di manifesta illogicità e travisamento». Si tratta comunque di considerazioni che probabilmente andrebbero ricondotti alle – comunque limitate – valutazioni rimesse ad enti diversi da quelli preposti alla tutela del bene culturale in senso proprio. V. Cons. Stato, VI, 15 gennaio 2013, n. 220 sulle valutazioni anche di altra amministrazione rimesse al Consiglio dei Ministri a seguito della conferenza di servizi con il Ministero della Cultura dissenziente: la valutazione del Consiglio, infatti, sarebbe «un'eventuale riconsiderazione governativa [...] al contempo frutto di una valutazione di discrezionalità tecnica e di una valutazione di alta amministrazione», ossia «una valutazione che non può disapplicare i parametri del giudizio tecnico (ad es. il vincolo, che non può per l'occasione essere messo nel nulla), che perciò non può prescindere dalla medesima natura tecnica di quella di base confutata; ma che nemmeno si esaurisce in un giudizio tecnico com'è per l'atto di base, perché comporta in ragione dell'organo costituzionale chiamato alla decisione e della sua funzione di massima sintesi amministrativa l'adozione, in deroga a quel dissenso, di un apprezzamento che [...] è di alta amministrazione (per quanto debba tenere in considerazione, in questa sua comparazione di interessi, l'incidenza concreta sul principio fondamentale di tutela del paesaggio da parte della Repubblica, posto dall'art. 9 della Costituzione). La deliberazione sulla "questione" da parte del Consiglio dei Ministri sintetizza ... non un procedimento di riesame del dissenso qualificato, che resta comunque legittimamente [...] espresso, ma un'eventuale e dominante riconsiderazione dei suoi effetti, che possono essere così impediti. In questo si realizza una manifestazione di potere governativo riferibile, se del caso, a quello sostitutivo ordinario e al rammentato art. 120 Cost.». Sembrano consentire un (seppur minimo) bilanciamento degli interessi sia l'art. 147, comma 3 c.b.c. per le «opere di difesa nazionale che incidano su immobili o aree sottoposti a tutela paesaggistica» (e per le quali sono previste «modalità di valutazione congiunta e preventiva della localizzazione»), sia l'art. 4, legge 9 gennaio 1989, n. 13, sulle barriere architettoniche negli edifici privati (in quanto il diniego alla realizzazione dell'intervento può essere opposto «solo nei casi in cui non sia possibile realizzare le opere senza un serio pregiudizio del bene tutelato»). Cfr. anche Cons. Stato, VI, 8 gennaio 1998, n. 5, in cui la natura discrezionale dei provvedimenti di tutela dell'interesse storico-artistico è stata affermata in presenza di un diniego di autorizzazione alla costruzione di un parcheggio in struttura metallica prospiciente un tratto di mura d'interesse storico.



Dalla previsione contenuta già nell'art. 9 Cost. è possibile desumere che tradizionalmente il giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco, con prevalenza di quello paesaggistico-culturale, è sostanzialmente già effettuato²⁵ una volta per tutte²⁶, escludendosi la comparazione con altri interessi²⁷.

L'attuale formulazione dell'art. 9 Cost. (a seguito della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1) è adesso invece integrata da un nuovo comma²⁸ che indica l'ulteriore compito della Repubblica di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni²⁹.

²¹ Cfr., p. es., la direttiva ministeriale ai Capi dei Dipartimenti per i beni culturali e paesaggistici e per i beni archivistici e librari 28 settembre 2005, n. 24516 "Adozione degli atti di individuazione dei beni culturali da parte degli uffici dell'amministrazione", nella quale si precisava: «si è sempre escluso che l'amministrazione dei beni culturali possa svolgere apprezzamenti di discrezionalità amministrativa, coinvolgenti la comparazione tra interessi pubblici e tra interessi pubblici e privati al fine della scelta discrezionale su quale interesse debba in concreto prevalere e ricevere tutela. Si è sempre negato che questa amministrazione possa svolgere un tale tipo di apprezzamento in ragione del fatto che la scelta di prevalenza dell'interesse culturale è stata già compiuta una volta per tutte *in apicibus* dall'articolo 9, secondo comma, Cost. e dalle norme di legge ordinaria interposte (dal testo unico del 1999 al codice del 2004, entrambi sono questo profilo sostanzialmente confermativi dell'impostazione della storica legge «Bottai» n. 1089 del 1939), Oppure, ed in ogni caso, ove anche sussista un margine di scelta discrezionale su quale valore o bene-interesse salvaguardare e giudicare prevalente ... Non spetta dunque all'amministrazione che procede nella concreta fattispecie stabilire se deve prevalere l'interesse culturale del bene protetto o l'interesse antagonista (pubblico o privato che esso sia)». Si veda anche la circolare ministeriale n. 19 del 30 luglio 2015, in cui viene ribadita l'esclusione che l'amministrazione dei beni culturali possa svolgere apprezzamenti di discrezionalità amministrativa coinvolgenti la comparazione fra interessi pubblici, ovvero fra interessi pubblici e privati, al fine di decidere quale dovesse essere l'interesse da considerare prevalente e meritevole di soddisfazione

²² A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984, p. 574; T. ALIBRANDI – P. FERRI, *op. cit.*, p. 258; A. MANSI, *op. cit.*, p. 62; S. BENINI, *La discrezionalità nei vincoli culturali e ambientali*, in *Foro it.*, 1998, III, pp. 326 ss.

²³ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 207 ss.

²⁴ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 79, propende per il collegamento della discrezionalità tecnica ad una valutazione discrezionale dell'interesse pubblico che si esprime nella meritevolezza della conservazione del bene. M. AINIS, *Cultura e politica*, CEDAM, Padova, 1991, p. 183, riconducendo la materia ad una scelta di politica culturale, nega in radice la stessa discrezionalità.

²⁵ Per B. CARAVITA, *Il bilanciamento tra costi economici e costi ambientali in una sentenza interpretativa della Corte costituzionale*, in *Regioni*, 1991, pp. 525 ss., esclude l'assolutezza della tutela (tra l'altro) del paesaggio, ritenendo necessaria una «estimazione comparativa» poiché nell'ordinamento coesistono ulteriori valori costituzionali che giustificano il bilanciamento delle tutele. Con riguardo al rapporto tra valori costituzionali, si riteneva che potesse essere individuato un ordine gerarchico tra diritti costituzionalmente protetti, ponendo al vertice la categoria dei diritti inviolabili (A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1972, pp. 117 ss.; ID., *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1975, pp. 50 ss.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 639). È poi emerso un diverso orientamento poi ripreso dalla Corte costituzionale nella sentenza 9 maggio 2013, n. 85, che riteneva che non vi siano diritti assoluti nel pluralismo dei valori costituzionali (R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 1 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 16 ss.), ma una tutela sistematica e



Ancor prima dell'emenda del 2022 si riteneva comunque in vario modo che l'ambiente³⁰ avesse una qualche forma di copertura costituzionale (nell'ambito del paesaggio³¹, della salute³² e dei diritti sociali³³), prima e comunque al di là dell'esplicito riferimento alla «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema» quale materia di potestà legislativa statale esclusiva contenuta nell'art. 117 comma 2 lett. s) e alla «valorizzazione dei beni ambientali» tra le materie di potestà legislativa concorrente nell'art. 117 comma 3, a seguito della riforma del Titolo V nel 2001. Il tutto veniva suffragato dalla considerazione che la tutela dell'interesse ambientale può essere perseguita sia in forma diretta e immediata, sia in forma indiretta e

dinamica che tenesse conto di tutti gli interessi antagonisti. Non mancano comunque pronunce in senso contrario della Corte costituzionale (19 dicembre 1991, n. 467, 3 febbraio 1994, n. 19, 23 marzo 2012, n. 68 e 16 dicembre 2016, n. 275).

²⁶ M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., p. 184, esclude la possibilità di comparare l'interesse storico-artistico con altri interessi eventualmente in conflitto, a causa della «primarietà» del valore estetico-culturale che discende dalla collocazione dell'art. 9 tra i principi fondamentali della Costituzione. O.M. CAPUTO, *Vincolo storico-artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 2000, pp. 1796 ss., ha evidenziato la necessità della sottrazione dei valori estetici culturali dalla comparazione con altri interessi, anche al fine di evitare il rischio della loro relativizzazione.

²⁷ G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, n. 3.

²⁸ Si tratta di modifiche apportate dalla legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

²⁹ S. LICCIARDELLO, *Beni pubblici e generazioni future*, in *Giustamm*, 2016, n. 9.

³⁰ Le tematiche ambientali riguardano come è noto spesso le questioni afferenti alla c.d. amministrazione del rischio, su cui cfr. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006.

³¹ La Corte costituzionale aveva accomunato le nozioni di ambiente e di paesaggio al fine di individuare il carattere di «valore assoluto» del primo. Cfr. le sentenze 7 novembre 2007, n. 367 e 2 luglio 2008, n. 232. V. G.F. CARTEL, *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013, pp. 703 ss.; M. IMMORDINO, *La dimensione "forte" della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, 2008, n. 1; P. MADDALENA, *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*, 2010, n. 9; ID., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, pp. 307 ss.; E. FURNO, *La Corte costituzionale "salva" la cogestione in materia paesaggistica, ma non scioglie il nodo del rapporto tra Stato e regioni*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 4119 ss.; F. DI DIO, *Lo Stato protagonista nella tutela del paesaggio: la Consulta avvia l'ultima riforma del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, pp. 389 ss.; G. CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, 2009, pp. 611 ss.; M.G. DELLA SCALA, *La circolazione dei rifiuti tra discipline regionali, normativa statale, vincoli costituzionali e principi del diritto europeo*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2009, pp. 361 ss.; L. GRIMALDI, *La potestà legislativa regionale in materia di turismo nella Costituzione (prima e dopo il 2001), nella giurisprudenza costituzionale e nel progetto di riforma "Renzi-Boschi"*, in *Dirittifondamentali.it*, 2015. La sentenza 5 maggio 2006, n. 182 aveva accostato i due termini in un'ottica unitaria e la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha spesso confermato questo orientamento, soprattutto alla luce della sentenza dell'Adunanza plenaria 14 dicembre 2001, n. 9 (in cui si parla di «stretta connessione tra la tutela dell'ambiente e quella del paesaggio»). Sulla distinzione tra ambiente e paesaggio sia consentito rinviare al nostro *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, Torino, 2022, p. 100.

³² In particolare, Cass., sentenza 6 ottobre 1979, n. 5172 ha sottolineato che «dovendo preservarsi le condizioni indispensabili o anche solo propizie alla salute dell'uomo, anche nei luoghi in cui si articolano le comunità sociali in cui si svolge la sua personalità, il diritto alla salute, piuttosto e oltre che un mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, deve configurarsi come diritto all'ambiente



trasversale³⁴, con riferimento ai più vari ambiti dell'attività umana che incidono sull'ambiente³⁵.

Con la modifica costituzionale, innanzitutto il riferimento all'«ambiente», come ulteriore rispetto al «paesaggio»³⁶, sembra avvalorare la loro diversità, pur nella indubbia comunanza.

Inoltre, si introduce una equiordinazione tra “paesaggio” ed “ambiente”, che è stata letta da taluno in termini di subordinazione del primo al secondo³⁷, ma che probabilmente tenderà ad una integrazione³⁸ nell'ottica del corretto bilanciamento delle rispettive esigenze³⁹ (non apparendo sostenibile un ordine di precedenza o una graduazione tra questi interessi) da

salubre».

³³ A. CROSETI – R. FERRARA – F. FRACCHIA – N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, Bari-Roma, 2018, pp. 66 ss. I diritti di cui nel testo sono implicitamente desumibili già dagli artt. 2 («doveri inderogabili di utilità sociale») e 3 Cost. («ostacoli di ordine economico e sociale» da rimuovere ai fini della uguaglianza sostanziale), e richiamati negli artt. 41 e ss. Cost.: si pensi all'«utilità sociale, la sicurezza e la dignità umana» nonché ai «fini sociali» cui può essere indirizzata e coordinata l'iniziativa economica privata nell'art. 41, ai «motivi di interesse generale» e alla «funzione sociale» nell'art. 42, ai «fini di utilità generale» nell'art. 43. Del resto, come notato da F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir. ec.*, 2009, pp. 491 ss., l'ambiente non è solamente un diritto, ma anche un dovere. Per G. LOMBARDI, *Iniziativa economia privata e tutela dell'ambiente*, in C. MURGIA (a cura di), *L'ambiente e la sua protezione*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 255 ss., «la funzione sociale della proprietà, intesa come la massimizzazione del profitto collettivo o individuale, è in ogni caso un concetto a rischio in rapporto all' ambiente: un campo incolto è, senza dubbio, più ecologico di un podere altamente produttivo e reso tale con l'uso di pesticidi». La Corte costituzionale, del resto, ha da tempo ricondotto le finalità ambientali e paesaggistiche all'interno delle nozioni di utilità, fine e funzione sociale; si vedano, tra le altre, le sentenze 30 luglio 1992, n. 388, 16 marzo 1990, n. 127 e 7 novembre 1994, n. 379. V. P. URBANI, *Vincoli recessivi alla libertà di iniziativa economica e tutela delle attività nelle aree d'interesse storico-artistico*, in *Regioni*, 1993, pp. 886 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Limiti all'iniziativa economica e tutela del centro storico*, in *Riv. giur. ambiente*, 1992, pp. 873 ss.; M. MODUGNO, *Tutela dell'ambiente ed esigenze economiche dell'impresa*, in *Riv. pen.*, 1991, pp. 27 ss.; B. CARAVITA, *Il bilanciamento tra costi economici e costi ambientali in una sentenza interpretativa della corte costituzionale*, in *Regioni*, 1991, pp. 52 ss.; ID., *Principi supremi, principi sopracostituzionali o principi comuni*, in AA.VV., *Studi in memoria di Gorla*, Giuffrè, Milano, 1994, I, pp. 237 ss.; A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quaderni cost.*, 2021, pp. 115 ss.

³⁴ T.A.R. Liguria, 29 aprile 2004, n. 267 ha notato, a proposito della rinvenibilità dell'ambiente all'interno di molteplici settori amministrativi, che la sua «non può certo essere aprioristicamente limitata sul piano oggettivo a talune categorie di atti, ben potendo e dovendo, viceversa, essere perseguita con riguardo a qualsivoglia provvedimento se ed in quanto incisivo del valore protetto».

³⁵ G. VESPERINI, *Diritto amministrativo speciale*, in S. CASSESE (diretto da), *Corso di diritto amministrativo*, III, Giuffrè, Milano, 2005, p. 228.

³⁶ V. F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Dir. ec.*, 2022, pp. 15 e ss.

³⁷ G. SEVERINI – P. CARPENTIERI, *Sull'inutile anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; G. MONTEDORO, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021.

³⁸ Si consideri che recentemente il Consiglio di Giustizia amministrativa (Cons. Giust. Amm. Sic., 16 febbraio 2022, n. 215), nel rimettere alla Corte costituzionale la questione della legittimità dell'art. 5 della legge regionale Sicilia 31 maggio 1994, n. 17 (per via dell'esclusione dell'irrogazione di sanzioni amministrative a carico dell'autore dell'abuso edilizio in caso di vincolo paesaggistico sopravvenuto), ha evidenziato che il vincolo archeologico che insiste sulla Valle dei templi di Agrigento può valere



apprezzare nella opportuna sede procedimentale di selezione degli interessi (eventualmente nella conferenza di servizi)⁴⁰.

Orbene, la previsione normativa della rivalutazione dell'interesse culturale su beni già tutelati dalla "legislazione precedente" è senza dubbio opportuna quantomeno alla luce della particolare concezione di bene culturale adottata dalle leggi Bottai, fondata come è noto su un'interpretazione elitaria derivante dalla demagogia populista dell'epoca⁴¹, i cui i beni venivano tutelati per il loro pregio (art. 1 legge 1089/1931) e si distinguevano per la loro «*non comune bellezza*» (legge 1497/1931). Il Codice (ma già i precedenti testi degli ultimi anni), invece, ha favorito letture basate sulla storicità dell'elemento culturale, arrivando anche a qualificare in questi termini beni che assumono una rilevanza culturale non in quanto tali ma per via del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose (art. 10, comma 3, lett. d) c.b.c.).

Peraltro, i tre presupposti (alternativi) per l'esercizio del potere (dovere)⁴² di rinnovazione sembrano esaurire le ipotesi in cui è possibile rivalutare la sussistenza-persistenza dell'interesse culturale⁴³. In particolare, gli «elementi di fatto sopravvenuti ovvero precedentemente non conosciuti o non valutati» non necessariamente devono riferirsi all'incompletezza della precedente istruttoria⁴⁴, ma potrebbero fare riferimento a nuove

come vincolo paesistico, per il suo "valore ambientale" (in quanto l'ambiente sarebbe capace di ricomprendere non solo la tutela di interessi fisico-naturalistici, ma anche i beni culturali e del paesaggio idonei a contraddistinguere in modo originale, peculiare e irripetibile un certo ambito geografico e territoriale), che a sua volta è ritenuto "speculare" all'insieme dei valori culturali, estetici e urbanistici del territorio stesso.

³⁹ F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost.: suggestioni a prima lettura*, cit.

⁴⁰ Di diverso avviso è invece M. DEL SIGNORE, *Ambiente*, in *Enc. dir.. I Tematici*, III, Giuffrè, Milano, 2022, p. 50, per la quale al contrario la modifica nulla aggiungerebbe al valore costituzionale dell'ambiente già riconosciuto anche dalla Corte costituzionale.

⁴¹ G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali*, CEDAM, Padova, 2016, pp. 95 ss.

⁴² Dottrina e giurisprudenza concordano che la pubblica amministrazione ha sempre l'obbligo di concludere il procedimento, avviato d'ufficio o su istanza di parte, mediante l'adozione di un provvedimento espresso, salvo che non sia stata già adottata una formale risoluzione amministrativa inoppugnata e non siano sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto o di diritto, o si tratti di domande manifestamente assurde o totalmente infondate o illegali (v. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, p. 228; Cons. St., IV, 20 novembre 2000, n. 6181). Da ciò è stato sostenuto che la rivalutazione dell'interesse avrebbe i caratteri della doverosità (A. BOTTIGLIERI – A. ROMEO, *Articolo 128*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1151). T.A.R. Lombardia, Milano, 8 novembre 2007, n. 6205 ha confermato la formazione del silenzio sull'istanza non esitata del privato di revisione della dichiarazione di interesse culturale.

⁴³ Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, 29 giugno 2021, n. 1100, che ha escluso l'avvio di un procedimento di rinnovazione in assenza dei presupposti dell'art. 128.

⁴⁴ Il C.G.A. nella sentenza 12 novembre 2020 n. 1090, ha per esempio ritenuto rilevante l'inutilizzo prolungato del bene da parte della Soprintendenza («perduranza per decenni di un comportamento di disinteresse nei riguardi del bene oggetto di vincolo»), ossia una porzione del Parco dei Monti Sicani (parco la cui istituzione peraltro è stata annullata con Decreto del 23 luglio 2019, a seguito di due



valutazioni degli storici dell'arte, che per esempio potrebbero essere addivenuti all'opinione che una certa opera, già attribuita ad un autore, è in realtà da ricondurre alla sua bottega o ad altro autore⁴⁵, oppure addirittura giungere alla conclusione della sua falsità, oppure ancora ritenere che non abbia quel contenuto che ne giustificava il particolare valore culturale⁴⁶. Pertanto, più in generale, può ritenersi certamente possibile un "ripensamento" del valore culturale di un bene per motivi legati agli studi sul bene stesso o ad elementi intrinseci alla sua effettiva rilevanza culturale. Più azzardato pare invece consentire una rinnovazione di tale interesse (o, come nel caso in esame, una valutazione della perdita di qualsiasi interesse culturale) a seguito di interventi umani in danno del bene stesso, soprattutto tenuto conto che proprio la giurisprudenza ha ritenuto che l'avvenuta edificazione di un'area o le sue condizioni di degrado non costituiscono motivo sufficiente per recedere dall'intento di proteggere i valori estetici o paesaggistici ad essa legati, atteso che l'imposizione di un vincolo costituisce il presupposto per l'adozione delle cautele e delle opere necessarie alla conservazione del bene e per la cessazione degli usi incompatibili con la conservazione dell'integrità dello stesso⁴⁷.

Rispetto a detti interventi umani sembra infatti doversi prediligere l'uso da parte dell'amministrazione di strumenti che consentano, peraltro, il perseguimento di quegli interessi pubblici che sono sottesi alla tutela e alla salvaguardia dei beni culturali. La questione merita senza dubbio maggiore attenzione, dal momento che la perdita del valore culturale comporta conseguenze pregiudizievoli tra l'altro per la collettività, con conseguenze venir meno delle testimonianze associate al bene stesso soprattutto nell'ottica della rilevanza storica rispetto al territorio. Non a caso del resto l'art. 160, comma 4 c.b.c. prevede che quando la reintegrazione non sia possibile il responsabile è tenuto a corrispondere allo Stato una somma pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla cosa⁴⁸.

sentenze del T.A.R. Sicilia nn. 1570 e 1571/2019), anche perché l'amministrazione non aveva adeguatamente motivato la persistenza del vincolo.

⁴⁵ Come nel caso di cui a T.A.R. Lazio, Roma sentenza 12 giugno 2014, n. 9454, nel quale il vincolo culturale del 1981 era stato apposto sul presupposto della tradizionale attestazione di un dipinto (attribuito al pittore Van der Tempel) presso la dimora della famiglia Massoni di Lucca, mentre successivamente l'opera era risultata di attribuzione incerta a Bartholomeus Van der Helst o a Pietre van Thys) e non risultava neppure certa l'antica presenza del dipinto in territorio italiano.

⁴⁶ Si pensi al caso deciso dalla riferita sentenza del T.A.R. Lombardia n. 6205/2007 circa la erronea identificazione di un quadro del pittore cinquecentesco Frans Floris come allegoria della città di Genova. La questione è tornata nuovamente all'attenzione dei medesimi giudici amministrativi nella sentenza 5 novembre 2009, n. 5347.

⁴⁷ T.A.R. Campania, Salerno, 2 febbraio 2022, 416; T.A.R. Veneto, Venezia, 14 gennaio 2021, n. 42; T.A.R., Toscana, Firenze, 23 luglio 2021 n. 1100

⁴⁸ Resta ovviamente impregiudicata la questione della individuazione del "valore", per cui con Circolare del 24 novembre 2009 n. 9 si è chiarito che i «criteri da adottare per ciò che riguarda il calcolo della sanzione pecuniaria: a parere di questa D.G., quello che maggiormente si avvicina al dettato del c.4 art.160 D.Lgs 42/04, consiste nel calcolare il costo della rimessa in pristino maggiorato di un valore risarcitorio che può essere indicato nella misura di 1/3 del costo medesimo. La maggiorazione di 1/3 attiene a quello che è stato a suo tempo definito dal Servizio Ispettivo "valore ombra" ovvero valore aggiunto relativo ai particolari pregi storico-artistici del bene da intendersi come irriproducibili».



3. Recupero paesaggistico e pianificazione

Nella vicenda in esame entrano in gioco vari istituti⁴⁹ come il recupero paesaggistico, il restauro⁵⁰, la pianificazione. Il degrado dei luoghi avrebbe dovuto spingere già l'amministrazione ad attivarsi, possibilmente tramite interventi di recupero e riqualificazione dei valori paesaggistici di aree sottoposte a vincolo ai sensi dell'art. 134 c.b.c. Questi interventi, da svolgere tramite forme di cooperazione istituzionale⁵¹, mirano, in particolare, al ripristino delle qualità di aree degradate sotto il profilo paesaggistico per effetto di usi impropri, al fine di garantirne la tutela, la valorizzazione e la riqualificazione, come anche, tra l'altro, al recupero, la ricostruzione e la rinaturalizzazione, per reintegrare i valori paesaggistici preesistenti.

Analogamente, non possono non essere considerati (nel contesto della pianificazione territoriale) gli interventi di rigenerazione urbana (nell'ambito dell'«uso accettabile del territorio»⁵²), di cui peraltro sono note le difficoltà definitorie⁵³, trattandosi di esperienze tra loro differenti e riguardanti la partecipazione civica⁵⁴ (e i connessi temi dei beni comuni⁵⁵ e dell'economia circolare)⁵⁶, la trasformazione e ripristino di aree presenti nel tessuto urbano, la gestione di beni di rilevanza sociale e il contrasto dei fenomeni di esclusione sociale.

⁴⁹ In base all'art. 30, comma 3 c.b.c., per esempio, i proprietari sono sempre tenuti al mantenimento dei beni culturali di loro proprietà.

⁵⁰ Il restauro, del resto, è, per il Codice, «l'intervento diretto sul bene attraverso un complesso di operazioni finalizzate all'integrità materiale ed al recupero del bene medesimo, alla protezione ed alla trasmissione dei suoi valori culturali» (art. 29, comma 4).

⁵¹ Per l'art. 133, comma 2 c.b.c., il Ministero e le regioni cooperano per la definizione di indirizzi e criteri riguardanti l'attività di pianificazione territoriale, nonché la gestione dei conseguenti interventi, al fine di assicurare la conservazione, il recupero e la valorizzazione degli aspetti e caratteri del paesaggio indicati all'articolo 131, comma 1. Si prevede che nel rispetto delle esigenze della tutela, i detti indirizzi e criteri considerano anche finalità di sviluppo territoriale sostenibile. In base al comma 3 del medesimo articolo, gli altri enti pubblici territoriali conformano la loro attività di pianificazione agli indirizzi e ai criteri suddetti e, nell'immediato, adeguano gli strumenti vigenti.

⁵² M. DUGATO, *Editoriale*, in *Istituz. federalismo*, 2017, pp. 597 ss.

⁵³ A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 16 ss.

⁵⁴ G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Giuffrè, Milano, 2010; A. ANGELETTI (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; S. RUINI, *La disciplina comunitaria dei diritti di partecipazione alle decisioni ambientali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 17

⁵⁵ R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Istituz. federalismo*, 2017, pp. 625 ss.; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2, 2016, pp. 271 ss.; L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 117 ss.

⁵⁶ E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *op. cit.*, pp. 18 ss.



Non a caso è stato evidenziato che i vari interventi⁵⁷ che si sono susseguiti⁵⁸ non sono sempre omogenei e sembrano per lo più il risultato di una contingenza⁵⁹, pur se realizzati all'interno di una pianificazione territoriale e spesso nell'ottica di preservare interessi paesaggistici ed ambientali oltre che urbanistici. Probabilmente questa eterogeneità deriva anche dall'assenza di una normativa generale di riferimento, dal momento che le disposizioni, sia nazionali⁶⁰ sia regionali⁶¹, invocabili lasciano irrisolti vari aspetti della disciplina⁶²: si pensi agli strumenti di superamento del dissenso dei vari proprietari delle aree coinvolte, spesso risolto nel senso del ricorso al metodo maggioritario⁶³; alla perequazione urbanistica⁶⁴, nel senso del conferimento di diritti edificatori e trasferimento di volumetrie edilizie e agli standard urbanistici e al loro rispetto nei limiti indicati negli

⁵⁷ Come notato da G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 2020, con gli interventi di rigenerazione urbana si assiste ad una ripresa del modello pubblicistico di trasformazione urbana, basato sulla pianificazione delle scelte urbanistiche nel loro insieme.

⁵⁸ Si pensi ai casi di Torino, di Firenze, di Milano e di Bagnoli, su cui cfr. S. LO NARDO, *Strategie territoriali ed ambientali per la rigenerazione urbana*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, Mimesis, Milano, 2017, pp. 56 ss.

⁵⁹ G.F. CARTEI, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, in *Istituz. federalismo*, 2017, p. 604.

⁶⁰ Il contrasto del degrado urbano ed il recupero del tessuto urbanistico sono stati nel tempo previsti da vari interventi legislativi. Si vedano i piani di recupero del patrimonio edilizio ed urbanistico esistente mediante interventi di conservazione, risanamento e ricostruzione previsti dalla legge 5 agosto 1978, n. 457; si considerino anche i programmi integrati di intervento previsti dall'art. 16 legge 17 febbraio 1992, n. 179 (a sua volta, il d.m. 21 dicembre 1994, adottato sulla base dell'art. 2 della legge 179/1992, ha previsto i programmi di riqualificazione urbana aventi ad oggetto il recupero edilizio e funzionale di ambiti urbani specificatamente identificati attraverso proposte unitarie, su cui cfr. C. Vitale, *Programmi di riqualificazione urbana*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, 511 ss.). Si veda, ancora, l'art. 5, commi 9 e ss. d.l. 13 maggio 2011, n. 70 («Al fine di incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente nonché di promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili, le Regioni approvano entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto specifiche leggi per incentivare tali azioni anche con interventi di demolizione e ricostruzione che prevedano: a) il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente come misura premiale; b) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse; c) l'ammissibilità delle modifiche di destinazione d'uso, purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari; d) le modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi edilizi esistenti»).

⁶¹ L.r. Calabria 16 aprile 2002, n. 19; l.r. Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, n. 24; l.r. Lombardia 28 novembre 2014, n. 31; l.r. Toscana 10 dicembre 2014, n. 65; l.r. Umbria 21 gennaio 2015, n. 1; l.r. Veneto 6 giugno 2017, n. 14. Cfr. C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in *Federalismi.it*, 2019; G. TORELLI, *La rigenerazione urbana nelle recenti leggi urbanistiche e del governo del territorio*, in *Istituz. federalismo*, 2017, pp. 651 ss.

⁶² Per un'indagine in chiave comparata della rigenerazione urbana, v. R. GALDINI, *Reinventare la città. Strategie di rigenerazione urbana in Italia e in Germania*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 50 ss.; C. MARI, *Rigenerazione urbana e città informale nel contesto europeo: profili evolutivi, vantaggi e criticità*, in *Federalismi.it*, 2021.

⁶³ Per l'art. 23, comma 3 della legge urbanistica del 1942 è necessario «il concorso dei proprietari rappresentanti, in base all'imponibile catastale, i tre quarti del valore dell'intero comparto»; l'art. 30, comma 1 legge 5 agosto 1978, n. 457 prevede che «i proprietari di immobili e di aree compresi nelle zone di recupero, rappresentanti, in base all'imponibile catastale, almeno i tre quarti del valore degli



strumenti urbanistici, con la connessa questione della loro “monetizzazione”⁶⁵; alla sostenibilità finanziaria delle politiche di rigenerazione urbana⁶⁶.

Il disegno di legge tuttora pendente al Senato (DDL n. 1131) tenta di colmare la lacuna normativa al fine di definire i principi fondamentali in materia di rigenerazione urbana e i correlati incentivi per gli interventi da realizzarsi prioritariamente nelle aree già urbanizzate degradate da riqualificare⁶⁷. In particolare, l’art. 11 riguarda le misure di tutela dei beni culturali e dei centri storici. Si prevede che i Piani comunali di rigenerazione urbana (che ricomprendono interventi di rigenerazione urbana su aree urbanizzate del centro storico) vengano approvati dal Comune nel pieno rispetto delle misure vigenti poste a tutela dei beni culturali e dei centri storici⁶⁸. Il recente parere contrario del marzo 2022 della Ragioneria Generale dello Stato (per via dei costi aggiuntivi per il bilancio dello Stato di alcuni degli strumenti previsti)⁶⁹, però, rischia di rallentarne ulteriormente l’iter parlamentare.

Il PNRR peraltro oggi ha individuato soluzioni per la tutela di aree culturali degradate, si pensi anche agli interventi per il restauro e la valorizzazione del patrimonio architettonico e paesaggistico rurale da finanziare nell’ambito del PNRR, Missione 1-Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Componente 3 Cultura 4.0 (M1C3), Misura 2 “Rigenerazione di piccoli siti culturali, patrimonio culturale, religioso e rurale”, Investimento 2.2: “Protezione e valorizzazione dell’architettura e del paesaggio rurale” finanziato dall’Unione europea – Next Generation EU.

immobili interessati, possono presentare proposte di piani di recupero»; a sua volta l’art. 27, comma 5 legge 1 agosto 2002, n. 166 in materia di programmi di riabilitazione urbana, ha previsto che la presentazione al Comune delle proposte di intervento richiede «il concorso dei proprietari rappresentanti la maggioranza assoluta del valore degli immobili in base all’imponibile catastale, ricompresi nel piano attuativo».

⁶⁴ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 57 ss.

⁶⁵ Cfr. art. 1 commi 258 e 259 legge 24 dicembre 2007, n. 244; art. 5 comma 9 d.l. 13 maggio 2011, n. 70 conv. Legge 12 luglio 2011, n. 106.

⁶⁶ Le soluzioni proposte alla sostenibilità finanziaria non appaiono infatti del tutto soddisfacenti. Si pensi all’art. 17, comma 4-bis d.P.R. n. 380/2001, il quale, prevedendo che «il contributo di costruzione è ridotto in misura non inferiore al venti per cento rispetto a quello previsto per le nuove costruzioni nei casi non interessati da varianti urbanistiche, deroghe o cambi di destinazione d’uso comportanti maggior valore rispetto alla destinazione originaria», consente che l’Ente locale abbatta anche integralmente tale contributo per agevolare interventi di densificazione edilizia sotto forma di recupero o riuso di immobili dismessi o in via di dismissione. Analogamente la legislazione regionale conferma queste perplessità. Cfr. l’art. 9 l.r. Emilia-Romagna n. 24/2017, il quale allude ad un atto di coordinamento tecnico della Regione chiamato a differenziare «le prestazioni da realizzare nel territorio urbanizzato rispetto a quanto richiesto per i nuovi insediamenti, allo scopo di promuovere gli interventi di riuso e rigenerazione urbana». Sulla questione v. A. PERRONE, *Gli aspetti fiscali delle attività di rigenerazione e riuso di beni a fini di interesse generale*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *op. cit.*, pp. 243 ss.

⁶⁷ Vengono anche fissati i compiti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di rigenerazione urbana, agli artt. Da 8 a 10.

⁶⁸ Cfr. il comma 1 dell’art. 11: «I Piani comunali di rigenerazione urbana e i relativi interventi di attuazione sono ammessi sugli immobili sottoposti alle tutele di cui agli articoli 10 e 12 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n.42, ferma restando l’applicazione delle misure di protezione e conservazione previste dal citato decreto».

⁶⁹ Si tratta della relazione della Ragioneria Generale dello Stato n. 18744/2022 acquisita in Commissione al Senato nella seduta n. 517 dell’1 marzo 2022.



Più in generale, è precipuamente nella pianificazione paesaggistica che occorre individuare gli «interventi di recupero e riqualificazione delle aree significativamente compromesse o degradate e degli altri interventi di valorizzazione compatibili con le esigenze della tutela» (art. 143, comma 1, lett. g) c.b.c.)⁷⁰; del resto è stata sostenuta la generalità del territorio al fine della individuazione del paesaggio⁷¹ («volto amato della patria»)⁷², e la necessità della pianificazione per l'individuazione complessiva della tutela e della valorizzazione dei beni sul territorio⁷³.

Proprio al fine di favorire attività di recupero paesaggistico il piano può prevedere 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 paesaggistica (art. 143, comma 4)⁷⁴ e può individuare anche linee-guida prioritarie per progetti di conservazione, recupero, riqualificazione, valorizzazione e gestione di aree regionali, indicandone gli strumenti di attuazione, comprese le misure incentivanti (comma 8 del medesimo articolo).

Nel caso delle ville vesuviane del Miglio d'Oro, occorre considerare vari strumenti pianificatori elaborati dall'amministrazione, nessuno dei quali sembra però realmente in grado di fornire adeguata tutela contro il progressivo degrado dell'area anche a seguito di interventi dell'uomo.

Il Piano territoriale paesistico dei comuni vesuviani elaborato nel 1995 dal Ministero fissa varie tipologie di recupero, tra cui in particolare il risanamento conservativo (art. 7, comma 5) per i casi di immobili «fortemente deturpati da superfetazioni, aggiunte, aggregazioni interstiziali e simili». A sua volta, il Piano del Parco Nazionale del Vesuvio del 2010 contempla espressamente le ville vesuviane (art. 29), indicando molteplici interventi sia di tutela sia di valorizzazione⁷⁵, ed in particolare «il ripristino della continuità e organicità degli

⁷⁰ G. PIPERATA, *Paesaggio*, in C. BARBATI – M. CAMMELLI – L. CASINI – G. PIPERATA – G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 269 ss.; M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 361 ss.

⁷¹ A. PREDIERI, *Pianificazione Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 41 ss. Occorre comunque considerare che l'equiparazione tra paesaggio e territorio non è da tutti condivisa, preferendosi opzioni differenti, anche comprensive del senso estetico (nel significato greco dell'espressione). Sul punto sia consentito rinviare al nostro *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista, cit.*, p. 99 ss.

⁷² V. la Relazione introduttiva alla legge 11 maggio 1922, n. 778 di B. CROCE. Come ricorda S. CASSESE, *L'Italia: paesaggio e territorio*, Gangemi, Roma, 2006, s.p., per Croce il paesaggio era «la rappresentazione materiale e visibile della patria, con i suoi caratteri fisici particolari [...] con gli aspetti molteplici e vari del suo suolo, quali sono formati e son pervenuti a noi attraverso la lenta successione dei secoli».

⁷³ P. URBANI, *Urbanistica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 868 ss.

⁷⁴ A. CROSETTI – D. VAIANO, *op. cit.*, pp. 280 ss.

⁷⁵ «Gli interventi sono orientati a garantire in modo integrato i seguenti ulteriori obiettivi oltre quelli definiti nel comma 2 dell'art. 28: a) la valorizzazione degli spazi aperti diversamente caratterizzati e articolati, dei giardini storici e delle aree verdi qualificate che costituiscono un insieme unitario con le parti costruite, per i quali deve essere mantenuto il carattere di bene storico, artistico, botanico e paesaggistico; b) la conservazione dell'articolazione delle diverse unità che compongono il "complesso-villa". c) Il ripristino della continuità e organicità degli spazi aperti peculiari di ciascun "complesso-villa", impropriamente alterati, così come riscontrabile da specifiche indagini storiche; d) la conservazione dei caratteri storici, artistici, materici, costruttivi e botanici delle pavimentazioni e



spazi aperti peculiari di ciascun "complesso-villa", impropriamente alterati». Inoltre, anche per la via Regia del Miglio d'Oro sono contemplati vari interventi di conservazione (art. 27)⁷⁶. A sua volta, interventi di recupero sono previsti anche negli strumenti di pianificazione urbanistica, come il Piano territoriale di coordinamento provinciale del 2006. Occorre del pari tenere in considerazione anche il Piano di coordinamento e gestione delle risorse ambientali e territoriali in rapporto allo sviluppo delle aree urbane nel comprensorio vesuviano del 1993.

In realtà però come visto tutti questi strumenti non sembrano fornire o aver fornito effettive soluzioni di tutela e di valorizzazione contro il degrado delle aree, così disattendendo una delle loro funzioni precipue.

delle piantumazioni esistenti nei giardini storici e nelle aree verdi qualificate attraverso: - il reintegro e la ristrutturazione con tecniche e materiali originari e coerenti con i caratteri ambientali, nel rispetto dei valori architettonici e dei caratteri tipo-morfologici dei complessi edilizi e degli spazi aperti; - il restauro conservativo di manufatti di arredo architettonico e scultoreo presenti nei parchi e la progettazione di elementi di arredo di nuova collocazione; - il restauro dei soprasuoli vegetali e degli assetti superficiali, finalizzati al recupero paesaggistico; - il riassetto idrogeologico dei sottosuoli con la previsione di impianti di captazione, di riserva, d'innaffiamento, antincendio e smaltimento idrico; - il recupero ambientale floro-faunistico; - la fruizione delle aree verdi accessibili al pubblico e la riutilizzazione di manufatti e aree di minore interesse storico-artistico per l'inserimento di servizi per il pubblico; e) la individuazione di destinazioni d'uso di tipo Specialistico (S), Urbano (U) ed eventualmente Agricolo (A) anche integrate tra loro e comunque compatibili con i caratteri tipomorfologici, formali e costruttivi di ciascuna villa nel rispetto dell'identità architettonica storicizzata».

⁷⁶ «Gli interventi di Conservazione (CO) dei centri e nuclei storici sono orientati a garantire in modo integrato: a) la salvaguardia dell'impianto urbano e del suo disegno, con riferimento: - alla morfogenesi storica alla successione e stratificazione delle fasi formative, comprese quelle moderna e contemporanea ritenute qualitativamente rilevanti, dal punto di vista urbano, architettonico e simbolico per l'identità storica; - ai tracciati strutturanti, qualificanti e caratterizzanti e alla loro evoluzione nel tempo; - alle regole di suddivisione del suolo e di allineamento; - alle gerarchie monumentali, simboliche e funzionali tra edifici, tracciati e spazi aperti anche in rapporto alla morfologia del sito; b) la salvaguardia dell'articolazione e dei caratteri tipomorfologici, formali e costruttivi dei tessuti edilizi e degli spazi aperti, con riferimento alle tipologie ricorrenti, ai materiali e alle tecniche costruttive peculiari delle culture materiali dei luoghi, ai linguaggi architettonici delle diverse fasi storiche, anche attraverso interventi di ristrutturazione edilizia e demolizione con o senza ricostruzione nei casi volti a ripristinare situazioni di alterazione dei caratteri suddetti o risarcire vuoti urbani, l'eliminazione delle sopraelevazioni o dei corpi aggiunti se trattasi di elementi di natura precaria e incompatibili con l'integrità statica dell'immobile e l'incolumità delle persone o in contrasto con le norme igienico-sanitarie; c) il mantenimento della destinazione residenziale prevalente dei tessuti e di quella commerciale e artigianale tradizionale e compatibile, con il tendenziale recupero di residenzialità dei tessuti fortemente terziarizzati e la tendenziale conservazione del tessuto sociale esistente e di radicamento storico, con particolare riferimento agli esercizi commerciali ed artigianali che contribuiscono all'identità specifica di ciascun nucleo o quartiere; d) il restauro degli edifici e dei complessi specialistici nei termini indicati nell'art. 28; e) la valorizzazione e la fruibilità delle strutture e degli elementi di archeologia antica e medievale rilevati siano essi parti strutturali, tecnologiche o decorative inglobate in costruzioni di epoca successiva o autonomi come interi organismi edilizi (torri, fortificazioni, ecc.); f) l'integrazione delle attrezzature e dei servizi mancanti per il consolidamento della funzione residenziale e lo svolgimento delle altre funzioni ad esse connesse; g) la manutenzione e il recupero degli spazi aperti esterni (strade, piazze, parchi e giardini) e interni (corti, orti e giardini) nonché di tutte le aree e gli elementi complementari legati ai centri e nuclei storici da relazioni visive, formali, ecologiche e funzionali (aree libere, muri di cinta e di sostegno, brani di paesaggio agrario,



La pianificazione è invero strumento di garanzia di controllo sociale sulle scelte, per mezzo di una normazione localmente e democraticamente definita che consenta altresì di tener conto delle specificità del patrimonio culturale e dei beni che lo compongono anche al fine di costruire il senso di appartenenza ad una comunità che sappia gestire i mutamenti sociali ed economici⁷⁷. La pianificazione consente infatti non solo il controllo tramite la partecipazione⁷⁸, ma permette di valorizzare i particolarismi locali di un territorio e di una comunità⁷⁹.

L'inadeguatezza dei piani a fornire adeguati livelli di protezione ai beni in caso di degrado paesaggistico consente di riconsiderare l'opportunità della contestazione (giudiziale) della mancata predisposizione dei corretti criteri per la elaborazione e predisposizione dei piani stessi. Come è stato notato⁸⁰, infatti, alla obbligatorietà della pianificazione consegue l'azionabilità (da parte dell'ente preposto alla tutela) in giudizio del mancato adeguato assolvimento dell'obbligo, pur nel necessario coinvolgimento del Ministero nella fase di elaborazione del piano (artt. 133, 135 e 145 c.b.c.)⁸¹.

margini boscati, elementi geomorfologici, vie d'acqua) come componenti strutturanti dei diversi impianti insediativi; h) la riqualificazione urbana ed edilizia degli edifici e delle aree degradate anche attraverso interventi di demolizione con o senza ricostruzione e ridisegno degli spazi aperti. Gli interventi sui tracciati storici sono orientati a garantire in modo integrato e con riferimento alle categorie suddette: a) la rilevanza urbana e ambientale da confermare o riconquistare e riaffermare, in alternativa alle strade a scorrimento veloce che ne hanno depotenziato il ruolo e frequentemente frammentato i tracciati e dequalificato i caratteri, valorizzando allo stesso tempo l'importanza paesaggistica che essi possono svolgere sia nella valorizzazione anulare del complesso Somma/Vesuvio sia nella qualificazione percettiva monte/valle e monte/mare; b) la riqualificazione dei tracciati secondo progetti unitari che interessino l'intero sviluppo lineare di ciascuno di essi o di reti omogenee e interconnesse, confermando l'inscindibilità storico-architettonica, urbana e paesaggistica rappresentata dal rapporto tra la strada e il contesto spaziale aperto ad essa strettamente connesso, anche attraverso la ricerca di soluzioni di fruizione pedonale, ciclopedonale e meccanizzata e la valorizzazione dei caratteri storicamente consolidati, utilizzando tecniche e materiali, elementi di arredo urbano, alberature, segnaletica, ecc. appropriati alla identità di ciascun tracciato; c) un ruolo e un rango nel Sistema dell'accessibilità e della fruizione adeguato e compatibile con le caratteristiche morfologiche, dimensionali e paesaggistiche di ciascun tracciato».

⁷⁷ G. PASTORI, *La riforma dell'amministrazione centrale del Mibact tra continuità e discontinuità*, in *Aedon*, 2015, n. 1, ha ricordato che la funzione di tutela viene definita dall'art. 29 del codice come una "conservazione programmata", rinviando così a modelli di attività che contestualizzano da un punto di vista spaziale e temporale i singoli interventi di tutela, all'interno di politiche di settore di più ampio respiro.

⁷⁸ R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Atti del Convegno Annuale AIPDA 2017*, in *www.aipda.it*.

⁷⁹ G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 73; S. Licciardello, *op. cit.*

⁸⁰ V. I.M. MARINO, *Amministrazione e giustizia. La programmazione*, Bonanno, Acireale, 1989, ora in A. BARONE (a cura di), *Ignazio Maria Marini. Scritti giuridici*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 743 ss.

⁸¹ Si vedano le considerazioni in Corte Cost., 17 novembre 2020, n. 240.



DALLA CRISI SOCIO-ECOLOGICA AL CAMBIAMENTO CLIMATICO ANTROPOGENICO.

Profili comparatistici

Pasquale Viola*

Abstract. Gli interventi, sia in ambito politico che giuridico, per fronteggiare il degrado ambientale e gli effetti del cambiamento climatico antropogenico – considerati complementari in termini strutturali e funzionali – favoriscono il superamento della dialettica basata su conservazione e ripristino a favore di un approccio incentrato sulla resilienza e sulle capacità di reazione. L’impatto di questo processo non si è esaurito negli aspetti legati al contenzioso, ma ha inciso sulle strutture profonde di livello costituzionale e legislativo. Stiamo assistendo, quindi, non a una mera opera di sedimentazione di nuovi istituti, ma a uno scontro fra strutture giuridiche dogmatiche – e archetipiche – e la necessità di adattare la metodologia e il pensiero giuridici alle contingenze della contemporaneità. Muovendo dalle precedenti considerazioni, l’articolo illustra aspetti diacronici e sincronici che hanno portato al costituzionalismo ambientale (inteso come fenomeno contemporaneo su scala globale) e alla recente costituzionalizzazione del “concetto-clima”, al fine di evidenziare le interconnessioni fra questi due spazi giuridici per rimarcare, attraverso un’analisi condotta con metodo comparativo, l’attuale tendenza degli ordinamenti giuridici a esplorare approcci innovativi, (eco)sistemici e integrati.

Abstract. Due to the current ecological crisis and the effects of anthropogenic climate change, political and legal measures are shifting from narratives based on conservation and restoration towards a different approach focused on resilience and responsiveness. The impact of this process goes far beyond litigation, impacting on deep-rooted structures within the constitutional and the legislative spaces. Therefore, this phenomenon represents the clash between dogmatic – and archetypal – legal structures and the need to adapt legal methodology and reasoning to contemporary issues. Moving from the previous considerations, the article addresses diachronic and synchronic aspects concerning environmental constitutionalism (as a contemporary and global phenomenon) and the recent constitutionalisation of the “concept-climate”. Through comparative law methodology, the argumentative pattern exposes the interconnections between environmental and climate legal spaces, to further emphasise the legal systems’ attitude in exploring innovative, (eco)systemic and integrated approaches.

Keywords

Cambiamento climatico antropogenico; diritto comparato; costituzionalismo climatico; costituzionalismo ambientale.

Anthropogenic Climate Change, Comparative Law, Constitutionalisation of the Climate, Environmental Constitutionalism.



SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dall’“ambientalismo giuridico” al diritto ambientale. – 3. Oltre il “truism”. Risposte giuridiche sistemiche al cambiamento climatico antropogenico. – 4. Costituzionalismo ambientale e costituzionalizzazione del clima. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Sin dagli anni '70, i «sintomi della crisi di civiltà»¹ dovuta alle questioni ambientali hanno spinto la comunità internazionale e gli stati ad adottare strumenti giuridici specifici per la salvaguardia degli ecosistemi². A tal fine, le risposte giuridiche volte a ridurre il degrado ambientale e gli effetti del cambiamento climatico antropogenico³ – considerati complementari in termini strutturali e funzionali – stanno portando al superamento della dialettica basata su conservazione e ripristino a favore di un approccio incentrato sulla resilienza e sulle capacità di reazione. L’impatto di questo processo non si è esaurito negli aspetti legati al contenzioso, ma ha inciso sulle strutture profonde di livello costituzionale e legislativo. Stiamo assistendo, quindi, non a una mera opera di “maquillage giuridico” in cui si tingono di verde gli spazi concessi o creati da nuovi interessi sociali, ma a uno scontro fra strutture giuridiche sedimentatesi nel tempo – e professate come dogmi – e la necessità di adattare il pensiero giuridico alle contingenze della contemporaneità. Se poi caliamo questo fenomeno all’interno delle analisi comparatistiche, molto probabilmente possiamo rilevare che l’eterogeneità dei modi di “pensare” la crisi ambientale e il cambiamento climatico troppo sbrigativamente è stata considerata il prodotto di esperienze circoscritte, peraltro opera di un relativismo funzionale al mantenimento della stessa struttura dogmatico-giuridica, che attraversa un momento di crisi patente, ma che continua ad autoalimentarsi. L’innovatività di alcune soluzioni, siano esse legate a un approccio logico-razionale (come il caso della legge europea sul clima)⁴, a fattori autoctoni (si pensi alla costituzionalizzazione

¹ RTD-A, Università degli studi di Trieste.

A.C. KISS, J.D. SICHAULT, *La Conférence des Nations Unies sur l’environnement* (Stockholm, 5/16 juin 1972), in *Annuaire Français de Droit International* 18, 1972, p. 603.

² Sul punto cfr. P. VIOLA, *Constitutional “Reactions” to Environmental Concerns and Anthropogenic Climate Change: Comparative Paths towards Integrated Ecologies*, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 171-190; ID., *Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*, Springer, Cham, 2022.

³ Per agevolare la lettura, quando non diversamente specificato, si è fatto ricorso alle parole ‘clima’, ‘climatico’, ‘cambiamento climatico’ e ‘cambiamenti climatici’ con l’intenzione di riferirsi al cambiamento climatico antropogenico in corso.

⁴ P. VIOLA, *La contribución científica del Intergovernmental Panel on Climate Change al Pacto Verde Europeo: introducción a la European Climate Law*, in *A&C – Revista de Direito administrativo & Constitucional* 20, 2020, pp. 57-70.



del *buen vivir*⁵, alla costituzione del Bhutan o a quella delle Isole Fiji)⁶, a ragioni economiche e politiche (come, ad esempio, l'implementazione dell'Agenda verde per i Balcani occidentali)⁷, mette in luce un'istanza di cambiamento che muove dall'adattamento alla crisi socio-ecologica in corso su scala planetaria.

In breve, considerando il diritto ambientale una disciplina che si è sviluppata “per principi”⁸, un esempio può chiarire quanto appena affermato: l'esistenza di *boucle étranges* in riferimento ai principi e alle norme⁹.

In un contributo che si colloca in un recente volume sui principi di diritto ambientale, Gilles Martin suggerisce di rintracciare in negativo le differenze fra principi e norme sulla base di tre elementi: fonte, forma e funzione¹⁰. La prima distinzione raramente può essere considerata come decisiva, poiché l'eterogeneità spazia dalla *soft-law* a disposizioni vincolanti, i principi sono (generalmente) inclusi in studi tecnici, spesso sono il risultato di negoziati internazionali, sono il frutto di elaborazioni giurisprudenziali, anche se la loro genesi e natura giuridica si basa su ipotesi – e, quindi, tesi – dottrinali. Diversamente, le

⁵ S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni LatinoAmericane* 10, 2014, 25; ID. *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, Torino, 2019. Vd. anche S. BAGNI, *Hitos de democratización de la justicia constitucional en América latina: una mirada desde afuera*, in R. TUR AUSINA (dir.), *Problemas actuales de Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada, 2015, pp. 219-248; ID., *Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural*, in ID. (dir.), *El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, Bologna, 2017, pp. 5-13. Con riferimento al rapporto fra ambiente e tradizioni culturali (e religiose) autoctone si rinvia a L. COLELLA, *Fattore religioso, diritto e normazione in India, Pakistan e Bangladesh*, in *DPCE Online* 50, 2021, pp. 1675-1698.

⁶ D. AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Special Issue, 2019, pp. 1-32. Vd. anche ID., *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022.

⁷ COM(2021) 644 “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions”, Strasburgo 19 ottobre 2021.

⁸ Vd. *infra*.

⁹ Non intendiamo nemmeno lontanamente ridurre a poche righe le questioni riguardanti le definizioni di ‘principio’ e di ‘norma’ e le rispettive differenze, ma solo richiamare un profilo funzionale allo sviluppo argomentativo. Per quanto riguarda i principi del diritto ambientale si rinvia a D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi: il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, CEDAM, Padova, 2006; ID., *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Jovene, Napoli, 2003; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000; D. PORENA, *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e “Costituzione globale”*, Giappichelli, Torino, 2017; G. CORDINI et al., *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Giappichelli, Torino, 2017. N. DE SADELEER, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2020; L. KRÄMER, E. ORLANDO (eds), *Principles of Environmental Law*, Elgar, Cheltenham, 2018; E. SCOTFORD, *Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law*, Bloomsbury, Oxford, 2017; ID., *Environmental Principles Across Jurisdictions: Legal Connectors and Catalysts*, in E. LEES, J.E. VIÑUALES (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 651-677; J. VERSCHUUREN, *Principles of Environmental Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003; N.A. ROBINSON, *Fundamental Principles of Law for the Anthropocene?*, in 44 *Environmental Policy and Law* 1-2, 2014, pp. 13-27. Cfr. L. RAJAMANI, J. PEEL (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

¹⁰ G.J. MARTIN, *Principles and rules*, in L. KRÄMER, E. ORLANDO (eds), *Principles of Environmental Law*, cit., p. 13.



norme sono concepite per essere meramente applicate in contesti locali e, allo stesso tempo, potrebbero essere il risultato di rivendicazioni endogene e/o esogene, nonché il risultato della migrazione di teorie giuridiche. In entrambi i casi, ossia dei principi e delle norme, questi potrebbero essere il risultato di un processo di *cross fertilisation* tra regole¹¹.

In riferimento alla forma, la distinzione di fondo si basa sui diversi gradi di astrazione, per la comune consapevolezza che il contenuto dei principi è più ampio rispetto a quello delle norme (in genere dettagliate e direttamente prescrittive)¹². Tuttavia, il numero di regole che lasciano spazio all'interpretazione e la quantità crescente di riferimenti a fattori extra-giuridici (spesso provenienti dalle scienze dure) stanno rapidamente erodendo la specificità che contraddistinguerebbe il contenuto delle norme. Inoltre, come sottolinea Nicolas de Sadeleer circa la terminologia e i principi, «il concetto cambia da una cultura giuridica all'altra e da una disciplina all'altra. Il compito diventa ancora più arduo quando coinvolge un'ampia gamma di regimi giuridici, ognuno dei quali si occupa dei principi a modo suo»¹³.

La distinzione per funzione è quella più chiara e intuitiva. I principi rappresentano in primo luogo mezzi simbolici, orientativi e, in certa misura, politici, che legano il sistema giuridico ai valori radicati all'interno di un gruppo sociale¹⁴. I principi hanno una funzione "programmatica e strategica" che ha un impatto sul diritto positivo: alimentano i dibattiti dottrinali e fra dottrina e corti, garantiscono in certa misura l'unitarietà della materia ambientale (peraltro particolarmente frammentata), garantendo coerenza e legittimità al diritto ambientale come materia¹⁵. La distinzione per funzione consente di definire le regole come disposizioni di legge che «impongono, autorizzano o vietano; obbligano quindi i propri interlocutori ad adottare un comportamento specifico in una determinata situazione [, ...] possono anche distribuire diritti [, ...] organizzare procedure di informazione, consultazione o partecipazione, o precisare il funzionamento degli enti preposti alla tutela o alla gestione dell'ambiente»¹⁶. Come sottolineano François Ost e Michael van de Kerckhove¹⁷, proprio quest'ultima distinzione apre alla questione delle *hiérarchies enchevêtrées* e dei *boucle étranges*: il principio "sovrastra" la norma (ritenendo che esso legittimi le norme stesse), permette di dare coerenza e di riordinare regole disperse e/o contraddittorie, può chiarire, ammorbidire e/o rafforzare il contenuto della norma. A differenza di un semplice *feedback* o di una *hétérarchie*, le *hiérarchies enchevêtrées* sono una «interazione tra livelli in cui il livello superiore scende al livello inferiore e lo influenza pur essendo allo stesso tempo determinato dal livello

¹¹ N. DE SADELEER, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, cit.

¹² G.J. MARTIN, *Principles and rules*, cit.

¹³ N. DE SADELEER, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, cit., p. 7. Sul punto vedi anche L. KRÄMER, E. ORLANDO, *Introduction*, in ID. (eds), *Principles of Environmental Law*, cit., p. 1.

¹⁴ Si pensi ai diritti relativi alla partecipazione e all'accesso, che potrebbero essere considerati come "traduzioni" in termini giuridici dei principi democratici.

¹⁵ E. SCOTFORD, *Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law*, cit., p. 2.

¹⁶ G.J. MARTIN, *Principles and rules*, cit., p. 17.

¹⁷ F. OST, M. VAN DE KERCKHOVE, *Le système juridiques entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988. Per ulteriori approfondimenti sul punto: F. OST, M. van de KERCKHOVE, *Création et application circulaire du droit*, in *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987; F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, Paris, 1995.



inferiore»¹⁸. Questo processo, che nega ipotesi unidirezionali di influenza gerarchica, avviene nonostante i numerosi elementi che, all'interno della teoria delle fonti, possono essere ricondotti al concetto classico di gerarchia: «la presenza di una gradazione, di un rapporto di superiorità, di una posizione di comando è, per diritto, inconfondibile, anche se il più delle volte disattesa»¹⁹. In questo spazio critico fra modi di vedere e intendere le gerarchie, si cela un apparente paradosso, ossia «la stranezza dei *boucle étranges* osservati: sono strani perché deludono un'aspettativa naturale, proprio quella di una gerarchia rispettata, di una superiorità in atto»²⁰.

Muovendo dalle precedenti considerazioni, l'articolo illustra aspetti diacronici e sincronici che hanno portato al costituzionalismo ambientale (inteso come fenomeno contemporaneo su scala globale) e alla recente costituzionalizzazione del "concetto-clima", al fine di evidenziare le interconnessioni fra questi due ambiti del diritto, ossia quelli riguardanti le questioni ambientali e il cambiamento climatico antropogenico, per rimarcare, attraverso un'analisi condotta con metodo comparativo, l'attuale tendenza degli ordinamenti giuridici a esplorare approcci innovativi, (eco)sistemici e integrati.

2. Dall'"ambientalismo giuridico" al diritto ambientale.

Il diritto ambientale comprende istituti giuridici eterogenei e con diverse "attitudini", in particolar modo se si confrontano gli elementi teorici – peraltro legati alle questioni etiche – e quelli pratici. Risulta quantomeno problematico determinare il contenuto del 'diritto ambientale', e queste difficoltà emergono con maggiore forza quando si analizzano ordinamenti diversi nel tempo e nello spazio, anche se sembra prevalere una natura pubblicistica della materia. Nonostante la distinzione in 'pubblico' e 'privato' possa apparire esaurita, questa classificazione risulta utile ai fini di una semplificazione. Quando la disciplina giuridica si incentra sulla gestione dei comportamenti individuali, il diritto ambientale mostra evidenti caratteristiche di natura privatistica. In questo caso, indizi e schemi ricorrenti di "ambientalismo giuridico" possono essere rintracciati persino nel diritto romano, dove la predominanza del diritto civile in merito alle posizioni giuridiche soggettive ha favorito la definizione di numerose soluzioni normative di carattere ambientale, come, ad esempio, le *servitutes rusticorum praediorum et urbanorum*, l'*actio redhibitoria* in riferimento a un *fundus pestilens*, i concetti giuridici di *salubritas*, *bonitas*, *caelum salubre*, l'*actio negatoria* per le emissioni odorogene²¹. Se pensiamo, inoltre, alle *actiones populares* promosse *ex populo*²² e immaginiamo di sostituire l'interconnessione individuo/individuo in stato/individuo, gli istituti e i concetti elencati in precedenza appaiono enfaticamente vicini all'approccio amministrativo contemporaneo circa le questioni ambientali. Il pragmatismo del diritto romano – non solo fondamentale, ma per certi aspetti fondante – non ha prodotto, però, una

¹⁸ D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, Dunod, Paris, 1985, p. 799.

¹⁹ F. OST, M. VAN DE KERCKHOVE, *Le système juridiques entre ordre et désordre*, cit., p. 107.

²⁰ *Ibid.*

²¹ A. WACKE, *Protection of the Environment in Roman Law?*, in *Roman Legal Tradition* 1, 2002, pp. 1-24.

²² L. GUTIÉRREZ MASSÓN, *Las acciones populares*, in F.J. PARICIO SERRANO (coord.), *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Pr. Murga Gener*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 739-752.



fase costitutiva iniziale di ciò che può essere inteso come diritto ambientale contemporaneo, in quanto misure specifiche e contingenti, pur se inserite in un quadro complesso e sistematico, non rappresentano di per sé una cornice teorica e metodologica autonoma, in quanto si riscontra l'esistenza di una proto-legislazione ambientale che, per convenzione, solo a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo ha assunto i tratti di ciò che intendiamo oggi per ambientalismo e per diritto ambientale contemporanei²³.

Secondo Richard Lazarus, «l'ambientalismo moderno è ampiamente considerato come il prodotto dei mitici e radicali anni Sessanta (1965-1973)»²⁴, di cui è testimonianza concreta la Conferenza di Stoccolma del 1972, e questo nuovo interesse porterà all'autonomia epistemologica della branca giuridica corrispondente²⁵.

Data la complessità della ricostruzione in termini – anche – storici del diritto ambientale, può tornare utile il ricorso a uno schema semplificato che organizza alcuni elementi paradigmatici in quattro spazi descrittivi e/o di indagine: 1) internazionale e sovranazionale, 2) costituzionale (comparato), 3) nazionale, 4) sistemi di giustizia e giurisprudenza.

Come già indicato in precedenza, la Conferenza di Stoccolma del 1972 può essere considerato come il primo passo politico-giuridico verso una pianificazione razionale delle risposte al degrado ambientale, al fine di dotare gli stati con strumenti efficaci per far fronte al deterioramento degli ecosistemi²⁶. Lo scopo principale della Conferenza era, infatti, di

²³ D. TARLOCK, *Environmental Law: Then and Now*, in 32 *Chicago-Kent College of Law* 1, 2010, pp. 1-31. In riferimento ad alcune esperienze di *common law*, «[t]he last 50 or so years have witnessed rapid developments in the ability and the willingness of the state to regulate the environmental impact of those who operate within its boundaries, with some clear successes, as well as notable failures. Environmental law is, of course, not a new phenomenon, and the period of time since the Industrial Revolution, in particular, has witnessed various attempts by political communities to control the harmful side-effects of human activity, such as attempts to improve air quality in Britain by measures such as the 1848 Public Health Act on industrial emissions, and the more wide-ranging 1956 Clean Air Act that followed London's Great Smog of 1952 (Ashby and Anderson, 1981). It is commonplace, however, to look to the late 1960s, and developments such as the passage of the US National Environmental Policy Act in 1969, which placed a responsibility on federal agencies to prepare environmental impact statements before undertaking actions with significant environmental effects, and the 1970 creation of the US Environmental Protection Agency, for the beginnings of modern day environmental law. Many see the subsequent creation of state controlled regulatory regimes as a significant progressive accomplishment». D. BUTT, *Law, Governance, and the Ecological Ethos*, in S.M. GARDINER (ed.), *The Oxford Handbook of Environmental Ethics*, Oxford, 2016, p. 51.

²⁴ Ivi, p. 3.

²⁵ Sul passaggio dall'ambientalismo' all'ambientale' e sull'importanza delle attività promosse dalla società civile negli anni Sessanta e Settanta: R.J. LAZARUS, *The Making of Environmental Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, Chicago, 2004; D. BUTT, *Law, Governance, and the Ecological Ethos*, cit. Nel definire i fenomeni associativi promossi dalla società civile, Richard Lazarus fa riferimento a un "movement without roots". Per ulteriori approfondimenti sul tema: R. GOTTLIEB, *Forcing the Spring: The Transformation of the American Environmental Movement*, Island Press, Washington, 2005; R.N.L. ANDREWS, *Managing the Environment, Managing Ourselves: A History of American Environmental Policy*, 2nd ed., Yale University Press, New Haven, 2006.

²⁶ UN General Assembly Resolution 2398 (XXIII), 3 dicembre 1968. Nonostante la partecipazione dei delegati di 113 paesi, l'Unione Sovietica, Cuba, Albania e altri paesi socialisti (ad esclusione della Cina) non presero parte all'evento. Office of Public Information, *Yearbook of the United Nations 1968*, UN, New York, 1971. Vd. anche A.C. KISS, J.D. SICHAULT, *La Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 5/16 juin 1972)*, cit.



*[to] provide a framework for the comprehensive consideration within the United Nations of the problems of the human environment in order to focus the attention of governments and public opinion on the importance and urgency of this question and also to identify those aspects of it that can only or best be solved through international cooperation and agreement.*²⁷

Questa iniziativa raggiunse una sorta di compromesso, come ha rimarcato il documento preliminare del *Preparatory Committee* (UN Doc. A/CONF.48/PC.17), fra le delegazioni che erano più inclini a sensibilizzare l'opinione pubblica sulle questioni ambientali e le parti il cui obiettivo era fornire una cornice per specifiche azioni a livello nazionale e sovranazionale²⁸. L'impianto generale della Dichiarazione rimane antropocentrico, come si può notare dall'affermazione «*Man is both creature and moulder of his environment*» o dalla lettera del quinto principio «*The non-renewable resources of the earth must be employed in such a way as to guard against the danger of their future exhaustion and to ensure that benefits from such employment are shared by all mankind*». Nonostante la prospettiva antropocentrica e l'«agglomerato»²⁹ di valori morali e di diritti civili e politici, anche in virtù del contesto socio-culturale in cui è maturata, la Conferenza rimane pur sempre un punto di snodo fondamentale nella costruzione del diritto ambientale contemporaneo³⁰. Tra il livello internazionale e quello nazionale possiamo ricordare gli sforzi dell'Unione Europea nel fornire un quadro giuridico efficace che si basa su politiche, regolamenti e direttive che contribuiscono a dimostrare questo tipo di impegno³¹.

Il crescente *corpus* nazionale di normative è evidenziato dal ruolo che i temi ambientali stanno acquisendo all'interno delle costituzioni. Se assumiamo questo ramo del diritto basato principalmente su principi³², lo spazio giuridico adeguato per soddisfare questa caratteristica – risultato di un'esigenza – è quello costituzionale. Escludendo i paesi senza costituzione scritta, attualmente ci sono riferimenti all'ambiente nelle costituzioni di 156 dei 193 stati membri delle Nazioni Unite, mentre se ne contavano appena 40 nel 1989³³, con una tendenza crescente a riconoscere diritti e doveri, a differenza di una precedente impostazione,

²⁷ UN General Assembly Resolution 2398, *Problems of the Human Environment*, A/RES/2398(XXIII), 3 dicembre 1968.

²⁸ Vd. P. SANDS, P. GALIZZI (eds), *Documents in International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

²⁹ A.C. KISS, J.D. SICHAULT, *La Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 5/16 juin 1972)*, cit.; secondo gli autori, il nucleo eterogeneo dei principi rappresenta un tentativo di trovare una base ideologica per le questioni ambientali (p. 612).

³⁰ D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, University of British Columbia Press, Vancouver, 2012.

³¹ Si pensi ad alcuni ambiti in cui l'intervento dell'UE ha favorito l'espansione della disciplina – e della materia – ambientale all'interno degli stati membri: Natura 2000 e i risultati in merito alle *policies* di conservazione e ripristino, EIAs, informazione e partecipazione, responsabilità, requisiti di autorizzazione, sistemi di gestione ambientale, efficienza energetica, qualità dell'aria, protezione del suolo e gestione delle acque sotterranee. S. Kingston et al., *European Environmental Law*, Cambridge, 2017. Sul punto si rinvia a G. CORDINI (a cura di), *L'Europa e l'ambiente*, ESI, Napoli, 2021.

³² N. DE SADELEER, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, cit.; D. AMIRANTE, *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, cit.; P. SANDS et al., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2018.

³³ D. AMIRANTE, *Del Estado de derecho ambiental al Estado del Antropoceno: una mirada a la historia del constitucionalismo medioambiental*, in *Revista General de Derecho Público Comparado* 28, 2020, 1.



prevalentemente culturale, che riferiva tale genere di disposizioni principalmente alla gestione delle risorse naturali, all'espropriazione o all'attribuzione di poteri in contesti sia federali che regionali³⁴. Questi approcci hanno favorito risposte avanguardistiche alle questioni ambientali di livello costituzionale³⁵, principalmente in riferimento alla personalità giuridica della Natura e delle entità naturali³⁶. A tal fine si pensi alla Costituzione dell'Ecuador del 2007, che fin dal Preambolo "celebra" la Natura o Pachamama (Madre Terra), «di cui facciamo parte e che è vitale per la nostra esistenza». Il capitolo settimo della Costituzione ecuadoriana è dedicato ai diritti della natura, mentre l'art. 71 afferma che «Pachamama, dove la vita si riproduce e si manifesta, ha diritto al rispetto integrale della sua esistenza e al mantenimento e alla rigenerazione dei suoi cicli vitali, della sua struttura, delle

³⁴ Vd. Costituzione di Malta (art. 37), Costituzione delle Mauritius (art. 8).

³⁵ La recente riforma della Costituzione italiana (L. cost. 1/2022) appare piuttosto innovativa da un punto di vista "interno", ossia circoscritto all'ordinamento italiano, mentre le considerazioni potrebbero mutare se si opera una valutazione alla luce di un panorama comparatistico che, pur riconoscendone l'importanza, allo stesso tempo ne dimostra la formulazione "prudente" e il ritardo dovuto a un "percorso accidentato" che il costituzionalismo ambientale italiano ha dovuto affrontare. Come già altrove segnalato, «[l]e considerazioni riguardanti la suindicata riforma del testo costituzionale italiano sono state alquanto eterogenee, passando da ipotesi circa la sua inutilità manifesta e pericolosità latente, ad altre in cui è valutata come importante e innovativa, ma in parte "inappagante" nella sua formulazione. Sempre con tono relativamente critico, altri hanno espresso la scarsa attenzione dei giuristi e del legislatore italiani verso un fenomeno globale già compiuto, in quanto la riforma stessa è arrivata "in grave ritardo rispetto all'affermazione ormai diffusa a livello mondiale di una consapevolezza sulla centralità dei temi ambientali non solo ai fini dello sviluppo sostenibile [...], ma rispetto alla stessa idea di società, e di persona umana più in generale". P. VIOLA, *Ordinamenti giuridici adattivi e istanze di autonomia epistemologica: la costituzionalizzazione dell'ambiente e del clima* (in corso di stampa); D. AMIRANTE, "Verde a metà": la travagliata ascesa dell'ambiente nella Costituzione italiana, in 5 *Poliarchie* 2, 2022, p. 119; ID., *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, cit. Per un'analisi degli aspetti critici della riforma si rinvia a G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 16, 2021, pp. 1-8; T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 16, 2021, pp. 1-4. Per ulteriori considerazioni si rinvia alla sezione monografica "Ambiente e Costituzione: appunti sulla riforma in itinere", *federalismi.it*, 16, 2021; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, pp. 1-7; A.L. DE CESARIS, *Ambiente e Costituzione*, pp. 1-4; I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, pp. 1-5; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, pp. 1-5. Cfr. 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, pp. 285-314; ID., *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, pp. 127-154; 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, 186-212; M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, pp. 281-299; E. BUONO, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene* (in corso di pubblicazione); R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 11, 2022, pp. 1-8; ID., *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022, pp. 7-26; E. MOSTACCI, *Proficuo, inutile o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell'art. 41*, in *DPCE Online*, 52, 2, 2022, pp. 1123-1133; D. AMIRANTE, *La reformette dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2022, pp. 5-14; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in 'negativo'*, in *Il diritto dell'economia*, 68, 107, 2022, pp. 15-30.



sue funzioni e dei suoi processi evolutivi». Oltre al riconoscimento giuridico dei diritti della Natura, la legge fondamentale dell'Ecuador stabilisce che tutte le persone, comunità e nazioni possono favorire l'intervento delle autorità pubbliche per l'attuazione e l'applicazione di tali clausole. Particolarmente interessante per il dibattito giuridico è l'art. 72, che attribuisce alla Natura il diritto al ripristino e l'obbligo per lo stato e le persone di risarcire individui o comunità per i danni causati ai sistemi naturali da cui dipendono. Altre norme di particolare rilievo sono quelle relative all'obbligo, per lo stato, di adottare misure restrittive e/o preventive in merito alla distruzione degli ecosistemi, all'estinzione delle specie e ai cicli naturali³⁷.

Per quanto riguarda la terza parte dello "schema" (legislazione nazionale), si pensi al caso boliviano della Ley de derechos de la Madre Tierra n. 71/2010, la cui *ratio* è di «reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos»³⁸. Un altro esempio di tale approccio avanguardistico è il neozelandese Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, che all'art. 14 riconosce a un ente naturale «tutti i diritti, poteri, doveri e responsabilità di una persona giuridica»³⁹.

In particolar modo all'interno dagli ordinamenti di *common law* e misti, le corti e i tribunali hanno contribuito a plasmare il diritto ambientale come lo intendiamo e percepiamo attualmente. In tal senso, l'istituzione di organi giurisdizionali specializzati ha determinato un avanzamento nel campo giuridico ambientale, e diversi sistemi di giustizia hanno adottato soluzioni specifiche in base al proprio ordinamento, in tal modo rivelando una crescente tendenza globale nell'istituzione di corti e tribunali ambientali (Environmental Courts and Tribunals – ECTs). Secondo lo studio condotto da George Pring e Catherine Pring per il Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente, già nel 2012 erano stati istituiti più di

³⁶ Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a M. Carducci, voce 'Natura (diritti della)', in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 2017, pp. 486-521.

³⁷ Sul punto E. GUDYNAS, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva constitución de Ecuador*, in *Revista Estudios Sociales* 32, 2009, pp. 34-47. Per quanto concerne le questioni legate al *loss and damage* in materia ambientale: B. POZZO, V. JACOMETTI (eds), *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, Cambridge, 2021.

³⁸ Art. 1: La presente Ley tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos. L'art. 3 definisce Madre Tierra come «el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos».

³⁹ E.L. O'DONNELL, J. TALBOT-JONES, *Creating legal rights for rivers: lessons from Australia, New Zealand, and India*, in *23 Ecology and Society* 1, 2018, 7. Cfr. Vd. anche M. NAKAZORA, *Environmental law with non-human features in India: giving legal personhood to the Ganges and Yamuna rivers* (in corso di pubblicazione); R. LOUVIN, *Aqua Æqua. Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l'elemento idrico*, Giappichelli, Torino, 2018.



1200 ECTs in 44 paesi, a livello statale, regionale, provinciale e locale⁴⁰. La ragione di questa espansione del giudiziario potrebbe essere spiegata sulla base del fatto che

*often the executive powers, unable to enforce the law, tend to successfully abdicate their responsibilities to the judiciary, regardless of the effectiveness of the penalties concerning environmental infringements, crimes, and the level of expertise of the judicial bodies concerned.*⁴¹

Da sistemi “timidi” di giustizia ambientale⁴² (come nel caso italiano) a esempi più efficaci (come il National Green Tribunal of India o il New South Wales Land and Environment Court)⁴³, in uno spazio che oscilla fra il conservatorismo e il progressismo quantomeno in termini di struttura, giurisdizione e competenza, occupa uno spazio importante l’attivismo giudiziario, come nel caso della sentenza T-622/16 della Corte costituzionale colombiana, che ha riconosciuto «al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas»⁴⁴, anche istituendo la «comisión de guardianes del río Atrato».⁴⁵

Circa gli aspetti cronologici, è possibile richiamare la tesi di Richard Lazarus, secondo cui lo sviluppo della disciplina del diritto ambientale può essere suddiviso in tre fasi relative a periodi specifici: 1) “Building a Road” (anni ’70); 2) “Expanding the Road” (anni ’80); 3) “Maintaining the Road” (anni ’90). Secondo l’autore, tuttavia, dal duemila in poi il diritto ambientale sta subendo un «processo di invecchiamento [che] ha indebitamente ossidato i

⁴⁰ G. PRING, C. PRING, *Environmental Courts & Tribunals*, UNEP, Nairobi, 2016. Cfr. D. AMIRANTE, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in 29 *Pace Envtl. L. Rev* 2, 2012, pp. 441-469; C. WARNOCK, *Environmental Courts and Tribunals: Powers, Integrity and the Search for Legitimacy*, Hart, Oxford, 2020. Questo trend è stato inoltre confermato da un recente report dell’UNEP che, «[i]n termini di modelli di giustizia, [...] ha richiamato la classificazione dei tribunali ambientali del 2016 in a) Operationally Independent Environmental Tribunal, b) Decisionally Independent Environmental Tribunal, c) Captive Environmental Tribunal, mentre ha rielaborato i modelli relativi alle corti, definendo quattro ideal-tipi: 1) Operationally Independent Environmental Courts, 2) Decisionally Independent Environmental Courts, 3) Mix of law-trained and science-trained judges, in cui rileva l’aspetto multidisciplinare in fase decisoria, 4) General Court Judges Assigned Environmental Cases. Ai quattro ideal-tipi appena richiamati è stata aggiunta una ulteriore figura denominata “*alternative approach*”, in cui le corti si avvalgono della consulenza di autorità tecnico-scientifiche per la valutazione di singole questioni. Entrambe le classificazioni si basano sulla progressiva indipendenza decisoria dell’organo giudicante, la collocazione – e, quindi, l’autonomia – all’interno del sistema di giustizia, la materia relativamente circoscritta». P. VIOLA, *Ordinamenti giuridici adattivi e istanze di autonomia epistemologica: la costituzionalizzazione dell’ambiente e del clima*, cit.; L.Y. SULISTIAWATI et al. (eds), *Environmental Courts and Tribunals – 2021: A Guide for Policy Makers*, UNEP, Nairobi, 2022.

⁴¹ D. AMIRANTE, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, cit., p. 442.

⁴² Cfr. D. AMIRANTE, *L’ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, cit.; Id., *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, cit.

⁴³ Per ulteriori approfondimenti sul tema: G.N. GILL, *Environmental Justice in India: The National Green Tribunal*, London-New York, 2016; P.G.D. CHAKRABARTI, N. SRIVASTAVA, *Green Federalism: Experiences and Practices*, New Delhi, 2015.

⁴⁴ Sentenza T-622/16, Corte Constitucional de Colombia.

⁴⁵ Ibid. Vd. L.F. GUZMÁN JIMÉNEZ, *Análisis de efectividad de la sentencia T-622/16 ¿Sentencia estructural-dialógica?*, in 15 *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 49, 2022, pp. 213-222.



necessari processi legislativi – alcuni l’hanno soprannominato “artrite verde” –, in tal modo impedendo al diritto ambientale di evolversi sempre come dovrebbe»⁴⁶.

3. Oltre il “truism”. Risposte giuridiche sistemiche al cambiamento climatico antropogenico.

L’*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), in qualità di ente scientifico *super partes*, ha fra i propri obiettivi quello di analizzare i cambiamenti climatici e di fornire traiettorie efficaci di intervento⁴⁷. Dopo circa tre decenni di attività dell’IPCC, però, ancora si impone con forza la necessità di avere o, quantomeno, di definire in termini giuridici un (per alcuni ipotetico) diritto climatico o dei cambiamenti climatici. In riferimento alle differenze fra diritto ambientale e climatico, inoltre, va rilevato che il primo ha ad oggetto, oltre che eventi, principalmente “entità” o “enti” in senso soggettivo, cioè natura, foreste, suolo, corpi idrici, etc., i quali occupano perlopiù uno spazio individuabile e tendenzialmente locale (fatta eccezione per le questioni transnazionali), mentre ciò che riguarda il clima concerne attività che producono gas climalteranti ed è radicato in un fenomeno globale con confini molto ampi e, in termini di giurisdizione, particolarmente sfocati. Nel caso del diritto ambientale, quindi, il cd. *rights-based approach*, ossia la tendenza a riconoscere posizioni giuridiche soggettive legate a una pretesa, aumenta evidentemente il livello di tutela di questi soggetti, mentre nel caso dei cambiamenti climatici antropogenici, la risposta a un evento globale impone principalmente un dovere di adattamento. Questa osservazione è significativa, e la negazione delle implicazioni epistemologiche nell’evidenziare le differenze tra entità e fenomeno in riferimento all’ambiente e al clima richiama il rifiuto contemporaneo del dibattito tra diritti e doveri, che privilegia i primi, intesi come elemento proprio delle democrazie liberali occidentali, e guarda con sfavore – se non con repulsione – ai doveri. Da una nuova prospettiva che si interroga sulla contemporaneità, indipendentemente dalla riconduzione all’individualismo e al comunitarismo che hanno plasmato interi sistemi giuridici (come nel caso degli stati liberali e di quelli socialisti)⁴⁸, possiamo allo stesso modo impostare un parallelismo in cui una narrativa basata sui diritti spiega il nucleo originario dell’attuale diritto ambientale, mentre un approccio basato sui doveri esprimerebbe in sintesi le posizioni giuridiche relative alle questioni climatiche, sebbene la società civile *in primis*, e a

⁴⁶ R.J. LAZARUS, *The Making of Environmental Law*, cit., 168. Cfr. D. BUTT, *Law, Governance, and the Ecological Ethos*, cit., p. 51: «Sheila Jasanoff claims that the codification of environmental law “can justly be seen as an achievement of humankind’s enhanced capacity to reflect upon its place in nature”, writing that, “With this body of legislation, the governments of virtually all the nations of the earth announced their intention to safeguard the environment through systematic regulatory action, and to subordinate the desires and appetites of their citizens to the needs of other species and biological systems on the planet”» (S. JASANOFF, *Law*, in S. DALE JAMIESON (ed.), *A Companion to Environmental Philosophy*, Blackwell, Oxford, 2001, p. 331).

⁴⁷ Vd. *infra*.

⁴⁸ L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, Paris, 2002; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998; W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.



seguire la politica e il diritto, abbiano fatto affidamento sui diritti delle generazioni future per evidenziare i doveri di quella attuale⁴⁹.

Gli interventi politico-giuridici in questioni legate al clima, in particolar modo se analizzati in termini comparatistici, possono essere inclusi in un insieme recente ma particolarmente vasto di misure aventi diversa natura. Guardando ai connotati oggettivi dell'attività giuridica relativa al cambiamento climatico, sorgono alcuni profili di dibattito, fra i quali assume particolare rilievo il se, ed eventualmente con quale estensione, le questioni climatiche rientrino nell'orbita del diritto ambientale (per essere, poi, da quest'ultimo parzialmente assorbite). Diversamente, si potrebbe privilegiare una diversa impostazione, che vede le questioni giuridiche legate all'ambiente e al clima come funzionali o, addirittura, "serventi" in modo reciproco e, in parte, biunivoco. Peraltro, pensare a una totale scissione dei due ambiti – per quanto ciò sia auspicabile o persino professato in termini analitici – appare prematuro, se non una pura decisione in termini stipulativi.

Per cercare di dare risposta ai predetti quesiti strutturali e all'insieme di dubbi che ne derivano sottotraccia, è possibile ricorrere allo "schema" descrittivo su quattro piani d'indagine adottato per il precedente paragrafo: 1) internazionale e sovranazionale, 2) costituzionale (comparato), 3) nazionale, 4) sistemi di giustizia e giurisprudenza.

L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, mediante la Risoluzione 43/53 del 6 dicembre 1988⁵⁰, ha riconosciuto la «necessità di ulteriori ricerche e studi scientifici su tutte le fonti e le cause del cambiamento climatico». La risposta a questa precisa istanza è diventata uno degli obiettivi principali dell'Organizzazione meteorologica mondiale (WMO) e del Programma

⁴⁹ E.A. PAGE, *Climate Change, Justice and Future Generations*, Elgar, Cheltenham, 2006, p. 161: «[d]espite the fact that climate change will result in a wide range of generally adverse impacts on future human well-being, some have questioned whether existing persons and institutions are bound by duties of justice to manage the climate system for the sake of their successors. It has been suggested, for example, that members of future generations lack the ethical status possessed by existing people. Others have claimed that climate change, as a matter of empirical fact, threatens the well-being of a limited number of future individuals. Still others have claimed that, although the not-yet-born possess some degree of ethical status, our duties to them attenuate rapidly as they become more remote in time from us. On any particular one (or combination) of these three views, the generally adverse impacts of climate change matter much less than they would if they were to be experienced solely by our contemporaries. [...] There is little to be said in favour of any of these three justifications of a sceptical approach to intergenerational justice. However, an analysis of each has led us in the direction of fairly serious modifications in the way traditional distributive theories are conceived in order for them to be rendered consistent with extensive duties to future generations». Per ulteriori profili teorici legati al cambiamento climatico e alle strutture teorico-giuridiche vd. M. CARDUCCI, *Climate Change and Legal Theories*, in G. PELLEGRINO, M. DI PAOLA (eds), *Handbook of the Philosophy of Climate Change*, Springer, Cham, 2021, il quale sottolinea criticamente che gli aspetti temporali relativi agli ecosistemi e all'emergenza climatica condizionano gli ordinamenti giuridici, e uno dei fattori «concerns the mismatch between the timing of decisions and the timing of the catastrophic effects of climate change. In fact, the "horizon" of the latter does not coincide with that of the economic and political decision makers. The time cycles of the real economy, financial economy and political action are short if not very short. On the contrary, the catastrophic effects are produced slowly but surely. Consequently, the "tragedy" could consist in making future generations pay for the current absence of decision-making mechanisms adapted to the long timescales of climate effects» (versione *pre-print*, p. 15).

⁵⁰ UN General Assembly Resolution 43/53, *Protection of global climate for present and future generations of mankind*, A/RES/43/53 (6 dicembre 1988).



ambientale delle Nazioni Unite (UNEP), che hanno favorito la costituzione dell'IPCC, un team coordinato di esperti per valutare, revisionare e fornire pareri in merito alle conoscenze scientifiche relative ai cambiamenti climatici e all'impatto di questi fenomeni in termini sociali ed economici, anche al fine di fornire potenziali strategie politico-giuridiche efficaci. Per dare risposta alle richieste della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change* – UNFCCC), dei governi nazionali e/o delle organizzazioni internazionali, ad oggi l'IPCC ha pubblicato numerosi report, ritenuti fra – se non – i più autorevoli risultati scientifici riguardanti il cambiamento climatico antropogenico, al fine di fornire solide basi metodologiche per la definizione di misure politico-giuridiche. Circa le fonti in ambito internazionale, nei tre decenni successivi alla Conferenza di Stoccolma, numerosi accordi internazionali sponsorizzati dalle Nazioni Unite sono stati firmati e ratificati, molti dei quali hanno fornito una base politico-giuridica agli ordinamenti, con il fine di adottare misure specifiche per limitare l'impatto antropico sull'ambiente⁵¹. In riferimento alle politiche e alle *soft-laws*, nonostante il “truism”, la palese inefficacia e le difficoltà nelle trattative per stabilire strumenti giuridici vincolanti⁵², nel 1985 il regime sulla protezione dello strato di ozono ha dato segni di efficacia⁵³. Come sottolineato da Benoit Mayer, questo regime è particolarmente rilevante per le questioni giuridiche riguardanti le emissioni climalteranti per tre ragioni principali: 1) l'istituzione di una convenzione seguita da protocolli contenenti regole sostanziali ha influenzato lo sviluppo della UNFCCC; 2) la mitigazione del deterioramento dello strato di ozono ha coinvolto un'ampia gamma di gas a effetto serra, contribuendo anche alla mitigazione del cambiamento climatico in corso; 3) un recente emendamento ha ristretto il numero di gas climalteranti precedentemente consentiti. Un altro passo importante in ambito internazionale è stato compiuto attraverso la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, organizzata nell'ambito della UNFCCC⁵⁴. Quest'ultima, redatta nel 1992 ed entrata in vigore nel 1994⁵⁵, mira a mantenere le concentrazioni di gas a effetto

⁵¹ A.O. ADEDE, *The Treaty System from Stockholm (1972) to Rio de Janeiro (1992)*, in 13 *Pace Envtl. L. Rev* 1, 1995, pp. 33-48. Per alcuni profili critici si rinvia a G. CORDINI, A. POSTIGLIONE (a cura di), *La governance globale dell'ambiente. Incontro scientifico a Roma presso la sede della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (SIOI)*, Aracne, Roma, 2018.

⁵² B. MEYER, *The International Law on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. Cfr. L. RAJAMANI, J. PEEL, *Reflections on a decade of change in international environmental law*, in 10 *Cambridge International Law Journal* 1, 2021, pp. 6-31.

⁵³ Si pensi alla Convenzione di Vienna riguardante la protezione dello strato di ozono (22 marzo 1985); al Protocollo di Montreal (16 settembre 1987) sulle sostanze che incidono sullo strato di ozono e ai relativi protocolli (Londra 1990, Copenhagen 1992, Montreal 1997, Beijing 1999, Kigali 2016). Cf. P.H. SAND, *Protecting the Ozone Layer: the Vienna Convention is adopted*, in 27 *Environment Science and Policy for Sustainable Development* 5, 1985, pp. 18-43; S.O. ANDERSEN, K. MADHAVA SARMA, *Protecting the Ozone Layer: The United Nations History*, Routledge, London, 2002.

⁵⁴ La Convenzione Quadro sui Cambiamenti Climatici è una “Rio Convention” aperta per la firma al Summit di Rio del 1992 ed è strettamente connessa alla UN Convention on Biological Diversity e alla UN Convention to Combat Desertification – <https://unfccc.int/> (ult. acc. gennaio 2023).

⁵⁵ La Convenzione richiama la Dichiarazione del 1972 della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, in tal modo sottolineandone il ruolo centrale e gli effetti che quell'evento ancora produce.



serra nell'atmosfera, regolando le interferenze dell'attività antropica sul sistema climatico, al fine di favorire la resilienza naturale degli ecosistemi e le esigenze di uno sviluppo sostenibile⁵⁶. Va rilevato, inoltre, che l'Accordo di Parigi del 2015 è uno dei risultati delle attività promosse dalla UNFCCC⁵⁷.

Per quanto riguarda l'ambito sovranazionale, quello dell'Unione Europea può essere ritenuto un caso paradigmatico per l'impegno con cui sta affrontando le questioni legate al clima, sia per l'attività svolta nell'ambito dei negoziati internazionali che per la creazione di una base giuridica ed economica adeguata, peraltro in stretta connessione con gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite per il 2030⁵⁸ e le attività promosse dalle Conferenze delle Parti della UNFCCC. A tal fine, basti pensare che l'UE sta attuando una serie di iniziative che porterebbero l'Europa a diventare il primo continente a zero emissioni al mondo entro il 2050. Lo strumento principale per questa inversione di tendenza è il Green Deal⁵⁹, ossia un piano di azione che, come espressamente affermato dalla Commissione, si concentrerà su tre punti cruciali: 1) inversione dei paradigmi economici; 2) miglioramento della salute e della qualità della vita; 3) protezione dell'ambiente⁶⁰.

⁵⁶ Gli obiettivi della UNFCCC riguardano, in via principale, quattro campi o tipologie di azione: mitigazione, adattamento, *loss and damage*, cooperazione internazionale. Dalla ratifica della Convenzione si sono tenute 27 Conferenze delle Parti (Conferences of the Parties – COP) e, nonostante le difficoltà dei negoziati per raggiungere accordi vincolanti per gli stati e i malumori di alcuni paesi in via di sviluppo, le COP hanno ottenuto importanti successi, come è avvenuto per il Protocollo di Kyoto (COP 3, 1997), gli Accordi di Cancún (COP 16, 2010) e l'Accordo di Parigi (COP 21, 2015).

⁵⁷ In questa sede, nel rispetto dello sviluppo argomentativo, non appare possibile approfondire il discorso sull'Accordo di Parigi del 2015, che sta man mano assumendo un ruolo centrale anche nelle dinamiche giuridiche interne dei singoli paesi, con particolare riguardo alla fase di definizione delle politiche climatiche e della relativa legislazione, nonché ai recenti sviluppi circa il contenzioso climatico. In merito alla natura giuridica e al contenuto dell'Accordo di Parigi si rinvia a B.J. PRESTON, *The Influence of the Paris Agreement on Climate Litigation: Legal Obligations and Norms (Part I)*, in 33 *J Environ Law*, 1, 2021, pp. 1-32; D. BODANSKY, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in 25 *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2, 2016, pp. 142-150; T. FRASER, *A comparative architectural analysis of the 1997 Kyoto Protocol and the 2015 Paris Agreement and other ways to counter environmental 'ratification fatigue'*, in V. POPOVSKI (ed.), *The Implementation of the Paris Agreement on Climate Change*, Routledge, London-New York, 2018, pp. 42-57; D. KLEIN et al. (eds), *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2017; G. VAN CALSTER, L. REINS (eds), *The Paris Agreement on Climate Change: A Commentary*, Elgar, Cheltenham, 2021. Per quanto concerne gli sviluppi recenti del diritto ambientale internazionale, cfr. L. RAJAMANI, J. PEEL, *International Environmental Law: Changing Context, Emerging Trends, and Expanding Frontiers*, in ID. (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, cit., pp. 1-30.

⁵⁸ <https://sustainabledevelopment.un.org/> (ult. acc. gennaio 2023). Vd. anche D. GRIGGS et al., *Sustainable development goals for people and planet*, in *Nature* 495, 2013, pp. 305-307; D. LE BLANC, *Towards Integration at Last? The Sustainable Development Goals as a Network of Targets*, in 3 *Sustainable Development* 23, 2015, pp. 176-187; S. FUKUDA-PARR, B. MUCHHALA, *The Southern origins of sustainable development goals: ideas, actors, aspirations*, in *World Development* 126, 2020, pp. 1-11.

⁵⁹ COM (2019) 640 "Annex to the 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. The European Green Deal". Vd. anche https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/law_en (ult. acc. gennaio 2023). Cfr. P. VIOLA, *La contribución científica del Intergovernmental Panel on Climate Change al Pacto Verde Europeo: introducción a la European Climate Law*, cit.



Circa lo spazio giuridico nazionale, possiamo fare riferimento alle costituzioni per valutare le condizioni dell'attuale interesse verso le questioni climatiche. Ad oggi, quattordici costituzioni menzionano il clima nelle parti riguardanti il suolo e le obbligazioni statali, alcune costituzioni citano espressamente il concetto di 'cambiamento climatico', come nel caso di Ecuador (2008), Vietnam (2013), Repubblica Dominicana (2015), Zambia (2016), Tailandia (2017) e Cuba (2019). Per quanto riguarda le misure di resilienza/reattività, la Costituzione dell'Ecuador fa riferimento alla mitigazione⁶¹, mentre la Costituzione dominicana include il concetto di adattamento⁶².

La legislazione nazionale e locale presenta confini indefiniti, in quanto il clima – come fenomeno – non ammette partizioni, classificazioni o confini arbitrari, portando così a due effetti teorici, ma con ricadute pratiche evidenti: 1) risulta alquanto difficile, se non impossibile, trovare (o definire) aree giuridiche che non possono essere ricondotte alle questioni legate al clima; 2) discipline giuridiche specifiche sono state modellate sulla base di fenomeni caratteristici legati al clima. A questo proposito, i dati raccolti dal *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment* possono fornire elementi che chiariscono le due ipotesi precedenti: negli ultimi 30 anni si contano 2983 misure politico-giuridiche⁶³, la cui natura è particolarmente ampia e include, solo per citarne alcuni, aspetti relativi ad agricoltura, edilizia, zone costiere, economia, energia, salute, industria, uso del suolo, silvicoltura, sviluppo sociale, turismo, trasporti, urbanistica, rifiuti e gestione dei corpi idrici. Questi spazi giuridici sono direttamente influenzati dagli sviluppi esterni relativi ai cambiamenti climatici o dalle attività climalteranti che al loro interno si sviluppano, mentre una vasta letteratura giuridica sta approfondendo il legame fra cambiamento climatico e questioni di genere, diritti umani, comunicazione, media, paesaggio, tradizioni autoctone⁶⁴.

⁶⁰ COM (2020) 80, 2020/0036 (COD). La proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce il quadro per conseguire la neutralità climatica e le riforme del regolamento (UE) 2018/1999, trova la sua base giuridica negli articoli 191 e 192 § 1 TFUE, con l'obiettivo di garantire il coinvolgimento dell'Unione per "preservare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente", nonché "promuovere misure di livello internazionale per fronteggiare i problemi regionali e globali, e in particolare combattere i cambiamenti climatici". COM (2020) 80, 2020/0036 (COD), 4 e 13.

⁶¹ Art. 414, Costituzione dell'Ecuador: El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.

⁶² Art. 194, Costituzione della Repubblica Dominicana: Es prioridad del Estado la formulación y ejecución, mediante ley, de un plan de ordenamiento territorial que asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de la Nación, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático.

⁶³ The London School of Economics and Political Science, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment: <https://climate-laws.org/> (ult. acc. gennaio 2023).

⁶⁴ Sulle questioni di genere legate alla crisi climatica: F. DENTON, *Climate change vulnerability, impacts, and adaptation: Why does gender matter?*, in 10 *Gender & Development* 2, 2002, pp. 10-20; S. ARORA-JONSSON, *Virtue and vulnerability: Discourses on women, gender and climate change*, in *Global Environmental Change* 21, 2011, pp. 744-751. Circa il rapporto fra media e politiche ambientali: W. LEAL FILHO et al. (eds), *Handbook of Climate Change Communication*, Voll. 1 e 2, Springer, Cham, 2018; W. LEAL FILHO et al. (eds), *Addressing the Challenges in Communicating Climate Change Across Various Audiences*,



Questa è più che una prova del ruolo di primo piano che il clima sta assumendo nei singoli ordinamenti, in cui si scopre uno spazio non ancora ben definito in cui si collocano comportamenti umani climalteranti e diritto⁶⁵.

Per quanto riguarda la giurisprudenza e l'attività di corti e tribunali, alcuni casi recenti⁶⁶ hanno assunto particolare rilevanza. A partire dal *leading case* del 2019 *Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands*⁶⁷, si contano quasi trecento procedimenti riguardanti attività connesse al clima⁶⁸. Ad esempio, il tribunale di primo grado di Bruxelles (sezione civile), nel giudizio *VZW Klimaatzaak e altri c. Regno del Belgio e altri*, ha impostato la decisione su quanto preventivamente emerso dal caso *Urgenda*, sottolineando l'inadeguatezza delle politiche climatiche statali, in tal modo agendo con negligenza e imprudenza (parametri previsti dall'art. 1383 c.c.), violando così anche gli articoli 2 e 8 della CEDU e generando un impatto negativo sulla qualità della vita dei ricorrenti⁶⁹. Va chiarito, però, che il tribunale belga non ha condannato lo stato a ridurre le emissioni di gas a effetto serra secondo le – particolarmente puntuali – pretese dei ricorrenti⁷⁰, in quanto ciò avrebbe comportato una violazione del principio di separazione dei poteri, in tal modo negando discrezionalità alla

Springer, Cham, 2019; C. ROSER-RENOUF et al., *Communication for a sustainable climate*, in D.M. KONISKY (ed.), *Handbook of U.S. Environmental Policy*, Elgar, Cheltenham, 2020, 342. Sul concetto di 'paesaggio' e le sue implicazioni in campo ambientale e climatico: P. GUZMAN et al., *Monitoring Climate Change in World Heritage Properties: Evaluating Landscape-Based Approach in the State of Conservation System*, in 8 *Climate* 3, 2020, pp. 1-19. Per quanto concerne la Traditional Ecological Knowledge vd. D. LUDWIG, P. MACNAGHTEN, *Traditional ecological knowledge in innovation governance: a framework for responsible and just innovation*, in 7 *Journal of Responsible Innovation* 1, 2020, pp. 26-44; N. HOSEN et al., *Adaptation to climate change: does Traditional Ecological Knowledge hold the key?*, in 12 *Sustainability* 2, 2020, pp. 1-18.

⁶⁵ In riferimento all'impatto delle azioni umane sul clima, al concetto di Antropocene e al ruolo del diritto vd. P.J. CRUTZEN, W. STEFFEN, *How Long Have We Been in the Anthropocene Era? An editorial comment*, in 61 *Climatic Change* 3, 2003, pp. 251-257; L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Hart, Oxford, 2016; D. AMIRANTE, S. BAGNI (eds), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions*, Routledge, London-New York, 2022; E. Padoa-Schioppa, *Antropocene. Una nuova epoca per la Terra, una sfida per l'umanità*, il Mulino, Bologna, 2021.

⁶⁶ Il Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment (The London School of Economics and Political Science) conta 2190 *climate litigation cases* – <https://climate-laws.org/> (ult. acc. gennaio 2023).

⁶⁷ Sul punto si rinvia a P. MINNEROP, *Integrating the 'duty of care' under the European Convention on Human Rights and the science and law of climate change: the decision of The Hague Court of Appeal in the Urgenda case*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law* 37, 2019, pp. 149-179; B. MAYER, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation: Ruling of the Court of Appeal of The Hague (9 October 2018)*, in *Transnational Environmental Law* 8, 2019, pp. 167-192; J. VERSCHUUREN, *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: The Hague Court of Appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further reduce its greenhouse gas emissions*, in *RECIEL* 28, 2019, pp. 94-98.

⁶⁸ Grantham research Institute – https://climate-laws.org/litigation_cases?case_started_from=2019 (ult. acc. gennaio 2023).

⁶⁹ *VZW Klimaatzaak e altri c. Regno del Belgio e altri*, Corte di Primo grado, 17 giugno 2021, 2015/4585/A.

⁷⁰ Al fine di raggiungere l'obiettivo delle zero emissioni nette entro il 2050, i ricorrenti hanno chiesto al Tribunale di condannare lo stato a ridurre le emissioni di gas a effetto serra prodotte in territorio belga secondo i seguenti rapporti: 48%/42% rispetto al 1990 entro il 2025; 65%/55% rispetto al 1990 entro il 2030.



pubblica amministrazione. Diversamente, il caso tedesco *Neubauer et al. v. Germania* (Corte costituzionale federale) affronta le responsabilità dello stato secondo un'interpretazione più ampia del diritto costituzionale nazionale alla luce degli obblighi internazionali (come, ad esempio, in riferimento all'Accordo di Parigi). Sul punto, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulle misure contenute nella legge federale sulla protezione del clima (Bundesklimaschutzgesetz – KSG), in quanto si assumeva che non rispettassero e non soddisfacessero l'obbligazione, in capo allo stato, di garantire i diritti umani secondo la legge fondamentale tedesca (art. 1 in riferimento alla dignità umana, art. 2 circa il diritto alla vita e all'integrità fisica, art. 20A sulle basi naturali di vita e la responsabilità verso le generazioni future)⁷¹. Tale tendenza dimostra quanto il contenzioso, nonostante si stia sviluppando all'interno di giurisdizioni nazionali, ricorra a strumenti eterogenei, in particolar modo se si guarda alle fonti (si pensi, ad esempio, alla posizione che gli accordi internazionali occupano negli sviluppi argomentativi delle corti)⁷². Di questa convergenza in atto, l'UNEP ne sottolinea sei elementi ricorrenti: 1) i conflitti sono decisi mediante strumenti forniti dall'ambito internazionale e/o costituzionale, 2) i giudizi sono incentrati sul diritto di accesso agli atti riguardanti il clima e sul *greenwashing* aziendale (sia per quanto concerne il clima che la transizione energetica); 3) in alcuni casi è riconosciuta la responsabilità dei privati⁷³; 4) si tende a non accogliere le istanze che garantirebbero l'estrazione dei combustibili fossili; 5) è riconosciuta la responsabilità per mancato adattamento; 6) è sindacata l'attuazione interna delle politiche e della legislazione sul clima⁷⁴.

Utilizzando la stessa metafora impiegata da Richard Lazarus per il diritto ambientale, in riferimento alle misure politico-giuridiche riguardanti le attività antropiche connesse al cambiamento climatico in atto possiamo riconoscere che molto probabilmente ci troviamo ancora nella fase di “*building the road*”, piuttosto che di “*maintaining it*”. In effetti, il quadro internazionale appare piuttosto definito in merito alle questioni climatiche, ma mostra un'alternanza di successi e fallimenti, mentre l'UE sta provando a colmare le lacune circa l'implementazione e l'attuazione di politiche e legislazioni climatiche, ma ciò pone due questioni: i) l'UE non è tra i grandi stati inquinanti (come, ad es., Stati Uniti, Cina e India); ii) gli stati membri svolgeranno un ruolo fondamentale nell'attuazione del diritto dell'UE, ma ciò comporta il rischio, per la legislazione climatica europea, di diluirsi nel percorso dal

⁷¹ La sentenza è particolarmente densa e offre molti spunti per ulteriori analisi sul ruolo della comunità scientifica internazionale, sulle obbligazioni dello stato derivanti dal diritto internazionale, sulle misure precauzionali nel far fronte al cambiamento climatico antropogenico, sulla responsabilità dello stato per le persone che vivono all'estero (anche per coloro che non sono cittadini), sul divario fra Global North e Global South, ecc. La versione integrale può essere consultata al sito del Bundesverfassungsgericht: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/> (ult. acc. gennaio 2023).

⁷² Vd. C. Beauregard et al., *Climate justice and rights-based litigation in a post-Paris world*, in 21 *Climate Policy* 5, 2021, 652; B.J. Preston, *The Influence of the Paris Agreement on Climate Litigation: Legal Obligations and Norms (Part I)*, cit.

⁷³ Questo paragrafo analizza principalmente la responsabilità degli stati per l'inefficacia delle misure che hanno come obiettivo quello di arginare le emissioni antropiche. Per quanto riguarda i giudizi contro privati (persone sia fisiche che giuridiche), i giudizi pendenti sembrano essere in numero piuttosto modesto (<http://climatecasechart.com/>, ult. acc. gennaio 2023).

⁷⁴ UNEP, *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, UNEP, Nairobi, 2020.



campo sovranazionale a quello nazionale. A proposito di quest'ultimo, diverse costituzioni contengono già disposizioni relative al clima, ma siamo ancora lontani da un ipotetico "costituzionalismo climatico", mentre si riscontra l'esistenza di numerosi documenti aventi natura giuridica, sia a livello nazionale che locale, prevalentemente incentrati sull'adattamento e sulla mitigazione. Per quanto riguarda la giurisprudenza, questa non ha negato approcci avanguardistici, nonostante non si riscontri l'esistenza di sezioni o tribunali specializzati in questioni relative al cambiamento climatico antropogenico⁷⁵.

4. Costituzionalismo ambientale e costituzionalizzazione del clima.

In riferimento alle questioni ambientali e climatiche, in termini simbolici, politici e giuridici, la "costituzione conta"⁷⁶: come una morsa, il diritto internazionale e un sistema di regole nazionali possono in parte restringere lo spazio costituzionale⁷⁷, ma di certo non possono imporsi a tal punto da sopprimerlo. Ad oggi, il costituzionalismo ambientale è un concetto comunemente accettato dalla dottrina italiana e internazionale, cui si rinvia in nota⁷⁸. Appare opportuno, in ragione del percorso argomentativo, richiamare alcuni aspetti dottrinali essenziali, quantomeno al fine di evidenziare l'interconnessione fra il piano costituzionale e l'esigenza di approcci integrali extra-giuridici.

Circa l'esigenza di un costituzionalismo trasformativo, Louis Kotzé sottolinea l'attuale perdita di armonia del sistema-Terra, ormai «erratico, imprevedibile, instabile e operante mediante un 'no-analogue state'»⁷⁹. Mentre l'Antropocene offre uno spazio intellettuale per le crisi socio-economiche contemporanee, l'area costituzionale è funzionale a questo nuovo modo di pensare e vedere il rapporto uomo/diritto, offrendo un adeguato terreno normativo per

*a familiar way of thinking about, designing and applying laws that must establish and maintain order; provide long-term societal and political stability and socio-ecological security; and achieve integration and unification as far as a global identity that is based on a specific ethic of care is concerned, including consensus on matters of common public concern that will increasingly arise as a result of the Anthropocene's global socio-ecological crisis.*⁸⁰

⁷⁵ M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in DPCE Online 2, 2020, pp. 1345-1369; S. BALDIN, P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in 23 Diritto pubblico comparato ed europeo 3, 2021, pp. 597-630. Vd. anche M. CARDUCCI, *Clima ed ecosistema. L'emergenza climatica ed ecosistemica come ingiustizia "di specie"*, in M. LONGO et al. (eds), *Politica dell'emergenza*, Trento, 2020, pp. 285-298.

⁷⁶ D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, cit.

⁷⁷ Cfr. J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. Per una critica al "national myth" della fase costituente: G. SHAFFER et al. (eds), *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

⁷⁸ D. AMIRANTE, *Environmental Constitutionalism through the Lens of Comparative Law: New Perspectives for the Anthropocene*, in ID., S. BAGNI (eds) *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions*, cit., 147; Id., *Del Estado de derecho ambiental al Estado del Antropoceno: una mirada a la historia del constitucionalismo medioambiental*, cit.

⁷⁹ L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., 178.

⁸⁰ Ivi, 199-200. Cfr. G. MESA CUADROS, *Environmental rights, responsibility and care: a new constitutional paradigm*, in J. JARIA-MANZANO, S. BORRÁS (eds), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*,



Come sottolinea David Boyd nel fondamentale *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*⁸¹, la consapevolezza delle crisi ambientali globali ha favorito un'ondata di costituzioni nuove o emendate che hanno inciso sulla materia ambientale attraverso diverse forme giuridiche, ad es. come obbligazione positiva, diritto e dovere individuali, diritti procedurali, etc. All'interno di questo orientamento assumono particolare rilevanza le norme che riconoscono il diritto a un ambiente salubre. In linea di massima, la maggior parte delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute o definite in ambito costituzionale possono essere tutelate in giudizio, e il diritto a un ambiente salubre è generalmente considerato un diritto fondamentale, mentre solo in pochi casi, quando incluso nell'insieme dei diritti sociali, economici e culturali, assume meno rilievo dei diritti civili e politici⁸². Diversamente, solo alcuni testi costituzionali qualificano le disposizioni ambientali come meramente programmatiche. Una delle caratteristiche principali di questa tendenza, ossia la costituzionalizzazione dell'ambiente, dimostra il crescente e condiviso riconoscimento di un concetto che assurge a valore umano⁸³. A queste considerazioni va aggiunto che l'"ascesa" dell'ambiente a materia costituzionale è dimostrata da disposizioni diverse ma convergenti presenti nei testi costituzionali a livello globale⁸⁴, in tal modo favorendo un approccio olistico che genera un impatto sugli ordinamenti. Inoltre, come sostenuto da James May ed Erin Daly, il campo del diritto costituzionale influenza il sistema giuridico e la *governance* nazionali, favorendo così risposte giuridiche che «possono essere strutturali e sistemiche o individuali e incrementali»⁸⁵. Inoltre, la costituzionalizzazione dell'ambiente ha fornito alle corti superiori strumenti che consentono di affrontare in modo adeguato ed efficace i problemi derivanti da una – spesso caotica – legislazione ambientale, provvedendo anche all'armonizzazione e alla sistematizzazione della materia.

Per quanto riguarda il clima, se assumiamo che solo pochi anni fa il cambiamento climatico antropogenico in corso era stato "ridimensionato" a processo naturale sul quale le attività umane avevano uno scarso – se non addirittura ininfluenza – impatto, e che le costituzioni comunemente rappresentano la fonte giuridica con maggiore forza simbolica, dall'inserimento di riferimenti al clima nei testi costituzionali è possibile dedurre, quantomeno, un'attenzione specifica dei costituenti o dei legislatori verso questi fenomeni.

La scelta di inserire in costituzione riferimenti al concetto di 'clima' può fungere da lente interpretativa per l'intero ordinamento, ma allo stesso tempo può lasciar intuire, mediante l'analisi comparatistica, una tendenza "nascente"⁸⁶. Inoltre, si potrebbe rilevare quale

Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 176-194.

⁸¹ D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, cit.

⁸² Ivi.

⁸³ Ivi.

⁸⁴ D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit.

⁸⁵ J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, cit., p. 49.

⁸⁶ L'aggettivo "nascente" è stato impiegato da Domenico Amirante in riferimento alle prime fasi di sviluppo del costituzionalismo ambientale. Sul punto si veda D. AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, cit. Circa l'ipotesi di un costituzionalismo climatico vd. P. VIOLA, *Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*, Springer, Cham,



tipologia di sistema politico o costituzionale è più reattivo alle questioni (climatiche) contemporanee, mentre un'indagine sulle sezioni in cui sono collocate le "disposizioni climatiche" può mostrare attitudini diverse in base a necessità geograficamente circoscritte, in particolar modo per quanto concerne l'adattamento. Va rilevato, inoltre, che anche nei casi in cui la costituzione è considerata lettera morta⁸⁷, la scelta di introdurre la parola "clima" evidenzia l'importanza di questo tema, che dal dibattito extra-giuridico confluisce in una fonte astrattamente apicale⁸⁸. Alla luce di quanto appena esposto e in considerazione dell'economia del presente lavoro, appare utile illustrare in modo cursorio le costituzioni che attualmente contengono riferimenti al clima⁸⁹.

La costituzione dello Zambia del 1991 (come emendata fino al 2016), inserisce uno specifico riferimento al cambiamento climatico nella parte 19 "*Land, Environment and Natural Resources*", all'art. 257 "*Utilisation of natural resources and management of environment*"⁹⁰. Nel suo significato letterale, la disposizione pone un obbligo positivo in capo allo stato che unisce la gestione dell'ambiente e delle risorse naturali con le preoccupazioni relative ai cambiamenti climatici, facendo da ponte tra la dimensione ambientale e quella climatica. Altri spunti di adattamento e mitigazione sono forniti dall'art. 255, che stabilisce un regime normativo piuttosto all'avanguardia per la protezione dell'ambiente e la gestione delle risorse naturali, riconoscendo i principi più progressisti e fondendo il valore sociale e

2022; N.S. GHALEIGH, J. SETZER, A. WELIKALA, *The Complexities of Comparative Climate Constitutionalism*, in University of Edinburgh School of Law Research Paper Series, 6, 2022. Per alcune considerazioni sul costituzionalismo ambientale italiano e le questioni climatiche (anche in chiave comparata): F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in 52 *DPCE Online* 2, pp. 1085-1110.

⁸⁷ K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, University of Chicago Press, Chicago, 1965; A.H.Y. CHEN (ed.), *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. Vd. anche G. SARTORI, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, in 56 *The American Political Science Review* 4, 1962, pp. 853-864; ID., *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, Palgrave Macmillan, London, 1994.

⁸⁸ Circa le interconnessioni tra fattori extra-giuridici (come, ad esempio, simbolismo e ideologia) e il comando giuridico vd. G. FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit*, Elgar, Cheltenham, 2018: "[f]or over 200 years constitutional projects have oscillated between the poles of magic and deceit, depending on how ideology, myth and the symbolic dimension came into play" (10), "[a]nd constitutions should not be worshipped as documents containing magical energies but texts with the force of law commanding close reading and critique to bring to the fore their ideas, ideals and ideologies (290-291).

⁸⁹ I riferimenti normativi in esame sono stati consultati sulla base dei testi forniti da Oxford Constitutions (<http://oxcon.oup.com>) e Constitute Project (<https://www.constituteproject.org/>). Per le lingue non veicolari, oltre che ai suindicati database, si è fatto ricorso alle traduzioni ufficiali in lingua inglese fornite dalle autorità competenti. I testi in lingua spagnola sono stati consultati nella loro versione originaria.

⁹⁰ Art. 257, Costituzione dello Zambia: The State shall, in the utilisation of natural resources and management of the environment— a. protect genetic resources and biological diversity; b. implement mechanisms that minimise waste; c. promote appropriate environment management systems and tools; d. encourage public participation; e. protect and enhance the intellectual property in, and indigenous knowledge of, biodiversity and genetic resources of local communities; f. ensure that the environmental standards enforced in Zambia are of essential benefit to citizens; and g. establish and implement mechanisms that address climate change.



culturale dell'ambiente con la gestione delle risorse naturali. Inoltre, l'enunciato normativo dell'art. 257 riconosce due "principi climatici" fondamentali: i) «*saving of energy and the sustainable use of renewable energy sources shall be promoted*»; ii) «*reclaiming and rehabilitation of degraded areas and those prone to disasters shall be promoted*». In merito al loro contenuto, secondo un'interpretazione sistematica essi appaiono indirizzati sia allo stato che alle amministrazioni provinciali. A tal fine, sebbene l'art. 257 si riferisca allo stato, i principi di cui all'art. 255 riguardano competenze nazionali e provinciali concorrenti, mentre la costituzione prevede specificamente che anche le amministrazioni locali debbano porre in essere azioni per garantire un ambiente pulito, sicuro e salubre (art. 151).

La costituzione dell'Ecuador, già menzionata in precedenza in riferimento al *nuevo constitucionalismo latinoamericano* e agli aspetti legati ai rapporti fra cosmovisioni andine e ambiente, menziona il cambiamento climatico all'art. 414, collocato nella Sezione 7 "Biósfera, ecología urbana y energías alternativas", Capitolo 2 "Biodiversidad y recursos naturales", Titolo 7 "Régimen del Buen Vivir". Questa disposizione incarna un esempio di sintetica efficacia nella tecnica di redazione legislativa. Essa si basa, infatti, sull'obbligo positivo in capo allo stato di mitigare il cambiamento climatico, fornendo tre direzioni di intervento per porre limiti alle emissioni climalteranti, alla deforestazione e all'inquinamento atmosferico, in tal modo unendo la reattività richiesta dal cambiamento climatico antropogenico in corso con gli obiettivi di conservazione appartenenti al diritto ambientale. Insieme al principio di mitigazione, l'ultima parte dell'articolo, citando la tutela della popolazione a rischio, offre anche una base costituzionale per misure giuridiche riguardanti l'adattamento.

Come nel caso dell'Ecuador, la costituzione boliviana fa riferimento a Pachamama nel preambolo, mentre menziona specifici concetti autoctoni per delineare i principi etici e morali dello stato: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (non essere pigro, non essere bugiardo o un ladro), *suma qamaña* (vivere bene), *ñandereko* (vivere armoniosamente), *teko kavi* (buona vita), *ivi maraei* (terra senza male) e *qhapaj ñan* (nobile sentiero o vita)⁹¹. Ampliando il margine interpretativo, le preoccupazioni generate dal cambiamento climatico potrebbero trovare il loro posto all'interno della tradizione culturale boliviana, sia nelle rappresentazioni cosmogoniche che nella rispettiva traduzione in termini giuridici. Ciononostante, va segnalato che la parola 'clima' appare solo nella Parte IV "Estructura y organización económica del estado", Titolo III "Desarrollo rural integral sustentable", all'art. 407⁹². Questa disposizione costituzionale pone le preoccupazioni derivanti dal cambiamento climatico antropogenico in una posizione funzionale e subordinata rispetto alla produzione agricola e alle attività agroindustriali. Inoltre, il riferimento al clima con l'obiettivo di descrivere meglio l'impatto atmosferico semplicemente richiama – peraltro indirettamente – la ciclicità di alcuni eventi

⁹¹ Art. 8, Costituzione della Bolivia.

⁹² Art. 407, Costituzione della Bolivia: Son objetivos de la política de desarrollo rural integral del Estado, en coordinación con las entidades territoriales autónomas y descentralizadas: 1. Garantizar la soberanía y seguridad alimentaria, priorizando la producción y el consumo de alimentos de origen agropecuario producidos en el territorio boliviano. 2. Establecer mecanismos de protección a la producción agropecuaria boliviana. 3. Promover la producción y comercialización de productos agro ecológicos. 4. Proteger la producción agropecuaria y agroindustrial ante desastres naturales e inclemencias climáticas, geológicas y siniestros. [...].



geologici⁹³. In breve, in riferimento al clima, lo stato boliviano ha l'obbligo positivo di garantire una forma di adattamento agli eventi atmosferici che, in linea di massima, potrebbe essere collegata al cambiamento climatico antropogenico in corso.

Nonostante le recenti critiche di natura politica, peraltro alquanto divisive all'interno dei dibattiti accademici, la costituzione venezuelana ha incluso un riferimento al clima al Titolo III "De los derechos humanos y garantías, y de los deberes", Capitolo IX "De los Derechos Ambientales", art. 127⁹⁴, la cui formulazione rinvia alle preoccupazioni relative al clima, affrontate attraverso un approccio "ambientale" basato sulla conservazione, piuttosto che su adattamento, mitigazione, resilienza e/o reattività. Tuttavia, questa scelta offre una nuova ipotesi sul ruolo dello stato, andando oltre un mero obbligo positivo attraverso un 'dovere fondamentale'. Ciononostante, 'dovere fondamentale' e 'obbligo positivo' potrebbero essere praticamente intesi come una manifestazione diversa della stessa attuazione e applicazione giuridica. Inoltre, anche considerando i riferimenti all'ecologia e alla bioetica nel precedente comma, il "duty-based approach" sembra riflettere un'idea più propensa a perseguire un atteggiamento interdisciplinare e integrato.

Nel caso della costituzione vietnamita, oltre ai numerosi riferimenti all'ambiente, la parola 'clima' è menzionata al capitolo 3, art. 63⁹⁵, in cui si fa più che un generico accenno al clima, in quanto la disposizione mette in luce come il cambiamento climatico sia un fenomeno strettamente connesso con le attività antropiche. L'enunciato normativo non menziona esplicitamente alcun fattore antropogenico, ma la differenziazione tra 'calamità naturale' e 'cambiamento climatico' richiama una sorta di allusione indiretta all'Antropocene. La costituzione vietnamita aggiunge, pertanto, all'adattamento e alla mitigazione un riferimento in senso lato alla prevenzione.

La costituzione tunisina menziona il clima al Titolo II "Rights and Freedoms", art. 45: «The state guarantees the right to a healthy and balanced environment and the right to participate in the protection of the climate. The state shall provide the necessary means to eradicate pollution of the environment». Secondo tale disposizione, lo stato ha l'obbligo di garantire il diritto di partecipazione in riferimento alle questioni climatiche. A seguire, l'articolo richiama l'oggetto della materia ambientale, favorendo due interpretazioni: i) le questioni climatiche

⁹³ Si pensi, ad esempio, ai cicli di Milanković circa i rapporti fra i parametri orbitali della Terra e il clima.

⁹⁴ Art. 127, Costituzione del Venezuela: Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

⁹⁵ Art. 63, Costituzione del Vietnam: 1. The State has a policy to protect the environment; manages, and effectively and stably use natural resources; protects the nature and biodiversity; takes initiative in prevention and resistance against natural calamities and response to climate change. 2. The State encourages all acts of protection of the environment, development and use of new energy and recycled energy. 3. Organizations and individuals who cause environmental pollution, debilitate natural resources and weaken biodiversity shall be strictly dealt with and must be responsible for remedy and compensation for damage.



sembrano essere strettamente legate a determinate questioni ambientali e potrebbero essere risolte o gestite mediante misure e/o azioni di carattere “ambientale”; ii) in riferimento al clima, esiste un mero diritto alla partecipazione. Mediante un’interpretazione letterale, è possibile considerare lo stato come il soggetto principale per far fronte alle problematiche climatiche, spiegando così il motivo di una mera partecipazione, seppur ipoteticamente attiva, della società civile.

La Costituzione della Repubblica Dominicana presta particolare attenzione agli aspetti amministrativi legati all’ambiente, mentre menziona solo una volta il clima. Tale prospettiva potrebbe essere interpretata alla luce delle caratteristiche socio-politiche del paese. Ad esempio, l’art. 61 “Derecho a la salud” afferma che «Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia: 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental [...]». Attraverso questa disposizione, la costituzione dominicana sottolinea come l’obbligo positivo in capo allo stato derivi dai diritti individuali e collettivi. In riferimento al clima, al titolo IX “Del ordenamiento del territorio y de la administración local”, capitolo I “De la organización del territorio”, l’art. 194 “Plan de ordenamiento territorial”⁹⁶ richiama l’adattamento, ma solo per quanto concerne la gestione del suolo e lo sviluppo sostenibile. La necessità di adattarsi ai fenomeni naturali, e il conseguente obbligo di intervento dello stato di far loro fronte, delinea un ruolo strumentale del concetto-clima e un obbligo positivo per lo stato – essenzialmente rivolto al legislatore. Anche la costituzione nepalese menziona la parola ‘clima’ in modo pressoché strumentale rispetto ad altri ambiti, ossia il diritto al cibo, fondendo quest’ultimo con il richiamo a una politica di sviluppo sostenibile che tenga conto del clima (peraltro in modo descrittivo, piuttosto che prescrittivo)⁹⁷. Il concetto di ‘clima’ appare poco rilevante nella costituzione dello Sri Lanka, che lo menziona fra le materie di competenza della National Land Commission⁹⁸, mentre l’art. 97 della costituzione portoghese definisce gli eventi climatici imprevedibili come una delle condizioni necessarie e sufficienti per l’intervento statale in ambito agricolo⁹⁹.

⁹⁶ *Supra*, n. 64.

⁹⁷ Parte IV ‘Directive principles, policies and obligations of the state’, art. 51: The State shall pursue the following policies: [...] (h) Policies relating to basic needs of the citizens: [...] (12) to provide for sustainable production, supplies, storage, security, and easy and effective distribution of foods by encouraging food production in tune with climate and soil, in consonance with the concept of food sovereignty, while enhancing investment in the agriculture sector [...].

⁹⁸ Appendix II “Land and Land Settlement”: 3.3 National policy on land use will be based on technical aspects (not on political or communal aspects), and the Commission will lay down general norms in regard to the use of land, having regard to soil, climate, rainfall, soil erosion, forest cover, environmental factors [...].

⁹⁹ Article 97 “State assistance”: 1. In pursuit of the agricultural policy objectives the state shall provide preferential support to small and medium-sized farmers, particularly when they are integrated into family farming units, are sole farmers or are associated in cooperatives, as well as to agricultural workers' cooperatives and other forms of worker operation. 2. Such state assistance shall particularly comprise: [...] c. Support for the coverage of risks resulting from unpredictable or uncontrollable climatic or phytopathological conditions.



La costituzione della Costa d'Avorio include e menziona le questioni climatiche nel preambolo. Nello specifico, insieme ad altre dichiarazioni declamatorie, la *fictio juris* «Noi, il popolo della Costa d'Avorio» esprime l'impegno a «contribuire alla protezione del clima e al mantenimento di un ambiente salubre per le generazioni future». Il concetto di "protezione del clima" è piuttosto diverso dai principi espressi e/o suggeriti dall'IPCC e richiama gli sforzi ambientali nella conservazione, piuttosto che una vera e propria azione per il clima. Tuttavia, nonostante il dibattito sul valore giuridico dei preamboli, tale formulazione "sfocata" potrebbe includere, allo stesso tempo, i concetti di mitigazione e adattamento. In primo luogo, la sola inclusione del clima mostra una forma di adattamento attraverso preoccupazioni di natura giuridica, mentre gli sforzi di mitigazione potrebbero essere facilmente ricondotti – ma non ridotti – alla conservazione in termini ambientali. Per quanto riguarda l'attribuzione del potere legislativo, il clima non è esplicitamente elencato, sebbene solo la legge possa determinare i principi fondamentali della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile. Assumendo lo sviluppo sostenibile come principio con valenza prescrittiva, la futura legislazione sul clima potrebbe trovare la sua base costituzionale nell'art. 101, mentre il preambolo potrebbe fornire uno schema interpretativo adeguato. Anche la costituzione algerina menziona il clima nel preambolo, con particolare riferimento alle preoccupazioni relative al degrado ambientale e ai cambiamenti climatici, richiamando temi cruciali come quelli riguardanti le generazioni future e il legame tra ambiente e clima.

L'attuale costituzione della Thailandia menziona il cambiamento climatico all'art. 258¹⁰⁰, che si colloca all'interno del capitolo XVI "National reform". Le riforme nazionali sono un tema di primo piano all'interno della costituzione thailandese, e le proposte di legge in attuazione dell'art. 258 sono discusse in seduta comune dell'Assemblea nazionale. Il riferimento all'acqua dell'art. 258 rinvia all'art. 72, riguardante la gestione delle risorse naturali e dell'ambiente, in tal modo configurando un obbligo positivo dello Stato nell'adottare le misure necessarie relative al territorio, alle risorse idriche e all'energia. Questi temi fondamentali, vale a dire suolo, acqua ed energia, sono strettamente connessi alle questioni climatiche, come anche l'IPCC ha evidenziato in numerosi rapporti. Pertanto, combinando la pianificazione razionale delle riforme con temi legati al clima, la costituzione thailandese riconosce l'urgente necessità di un'azione statale al fine di garantire una risposta coerente al cambiamento climatico antropogenico.

Un dato particolarmente importante è quello fornito dalla costituzione di Cuba, che menziona il clima senza, però, rinnegare la tradizione giuridica socialista e il sistema politico del paese, nonostante il riferimento appaia inserirsi all'interno di un quadro più aperto e inclusivo circa la partecipazione del paese alla comunità internazionale. L'art. 16, collocato al Titolo I "Fundamentos políticos", Capo II "Relaciones internacionales"¹⁰¹, chiarisce il ruolo

¹⁰⁰ Art. 258, Costituzione della Thailandia: National reform in various areas shall be carried out to at least achieve the following results: [...] g. Other Areas: having a water resource management system which is efficient, fair and sustainable, with due regard given to every dimension of water demand in combination with environmental and climate change;

¹⁰¹ Art. 16, Costituzione di Cuba: La República de Cuba basa las relaciones internacionales en el ejercicio de su soberanía y los principios antiimperialistas e internacionalistas, en función de los intereses del pueblo y, en consecuencia: [...] f) promueve la protección y conservación del medio



che Cuba dovrebbe svolgere all'interno della comunità internazionale, ossia garantire l'apporto specifico di una prospettiva socialista (antimperialista e internazionalista). Alcuni elementi da evidenziare sono l'attuazione statale con l'obiettivo di "promuovere" azioni specifiche, i collegamenti a principi ampiamente condivisi (responsabilità comuni ma differenziate), i riferimenti a paradigmi economici per valutare le cause e gli effetti del cambiamento climatico antropogenico.

5. Conclusioni.

L'attuale stato di crisi permanente, sia in ambito socio-economico che ambientale/climatico, impone un nuovo rapporto – o, meglio, unione – fra società e natura¹⁰², nel quale il diritto trova spazio come "braccio laico" per favorire approcci integrati. Inoltre, la "funzione sovversiva" degli studi comparatistici mette in luce un ulteriore aspetto essenziale¹⁰³, ossia il fatto che i procedimenti di elaborazione e attuazione del diritto ambientale – e, per estensione, del cambiamento climatico antropogenico – hanno favorito la convergenza verso una maggiore consapevolezza e partecipazione degli individui a «una più profonda riflessione scientifica ed etica sui rapporti tra l'essere umano e gli altri aspetti della natura»¹⁰⁴. In merito, appare utile ricordare che Edgar Morin definisce le società come «entità geo-eco-bio-antropologiche, e [che ...] gli ecosistemi [...] sono ugualmente antropo-socio-ecosistemi»¹⁰⁵. Questa forma di complessità rappresenta una delle difficoltà cui deve far fronte un orientamento ecologico integrato «che intenda connettere la dimensione spirituale della vita terrestre con il pragmatismo e l'impegno attivo del mondo materiale»¹⁰⁶, per scoprire che «non c'è divario fra la comprensione scientifica dell'universo e la saggezza delle tradizioni del mondo»¹⁰⁷. Gli studi in ambito giuridico non sono immuni a questo approccio, in quanto lo spazio giuridico è di per sé un sistema complesso che espone continuamente la sua stessa natura intricata e le sue caratteristiche geo-eco-bio-antropologiche¹⁰⁸.

ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo; [...].

¹⁰² L. BOFF, *Cry of the Earth, Cry of the Poor*, Orbis, New York, 1997.

¹⁰³ H. MUIR-WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in 52 *Revue internationale de droit comparé* 3, 2000, pp. 503-527.

¹⁰⁴ S. JASANOFF, *Law*, cit., p. 344.

¹⁰⁵ E. MORIN, *La méthode, II, La vie de la vie*, Seuil, Paris, 1980. Cfr. S. KELLY, *Integral ecology and Edgar Morin's Paradigm of Complexity*, in S. MICKEY et al. (eds), *The Variety of Integral Ecologies: Nature, Culture, and Knowledge in the Planetary Era*, State University of New York Press, New York, 2017, 81-101. See also P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Gallimard, Paris, 2005.

¹⁰⁶ E. ALLISON, *The relational spiral of integral ecology*, in S. MICKEY et al. (eds), *The Variety of Integral Ecologies: Nature, Culture, and Knowledge in the Planetary Era*, cit., pp. 161-188.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Profili innovativi riguardanti un approccio integrale ed ecosistemico della disciplina giuridica – in particolare degli studi comparatistici – sono emersi durante l'VIII Convegno Annuale dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo (DPCE) "Il costituzionalismo ambientale fra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive dal diritto comparato", che si è tenuto presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli il 9 e 10 settembre 2022.



Per quanto riguarda il tema principale di questo articolo, va ribadito che il fenomeno ‘costituzionalismo’ è contraddistinto, ad avviso di chi scrive, dalla ‘tensione’¹⁰⁹. Circa il costituzionalismo ambientale si riscontrano posizioni diverse, anche assumendo che l’iniziale costituzionalizzazione dell’ambiente si sia convertita in costituzionalismo ambientale, quest’ultimo inteso come manifestazione complessa e non come mera inclusione della parola ‘ambiente’ in costituzione. In primo luogo, il costituzionalismo ambientale rappresenterebbe la risposta giuridica per far fronte all’attuale crisi socio-ecologica globale, promuovendo azioni di adattamento, mitigazione, conservazione e ripristino, alimentando, nei suoi aspetti più avanguardistici, un approccio giuridico basato sull’ecologia integrale. Diversamente dalla precedente acclamazione entusiastica, come già affermato in precedenza, il secondo modo di guardare al costituzionalismo ambientale considera tale fenomeno come la prova dell’ossidazione o della “artrite verde” cui si è fatto cenno in precedenza¹¹⁰. Un terzo approccio dottrinale, ancora più radicale, considera il costituzionalismo ambientale come ridondante e limitato da un insieme già stabilito di principi ambientali internazionali e da una legislazione nazionale specifica. In altre parole, il costituzionalismo ambientale apparirebbe come una sorta di “tentativo *new age*” per ringiovanire discorsi datati, un dialogo tra “difensori” senza “scettici”, un dibattito isolato che promuove interpretazioni del costituzionalismo sociale come nuove intuizioni¹¹¹. Va segnalato con forza, però, che quest’ultimo orientamento muove dall’errore strutturale che porta ad associare l’ambientalismo agli studi sulla legislazione ambientale, in tal modo mescolando lo studio dei movimenti sociali con l’analisi giuridica.

In riferimento al cambiamento climatico antropogenico, guardando al costituzionalismo con un approccio funzionale e contestuale, va rilevata la centralità della società civile e le aspirazioni a una maggiore attenzione verso concetti quali resilienza e reattività. Se ci si sofferma sull’immediato profilo semantico della parola ‘clima’, la sua funzione rimane chiaramente descrittiva, non lasciando ipotesi per eventuali spazi normativi o prescrittivi. Se pensiamo, però, all’adattamento e alla mitigazione come potenziali principi di natura giuridica, è possibile scoprire nuovi strati interpretativi – e normativi – della parola ‘clima’, in particolare del suo impiego in ambito costituzionale. In altre parole, un aspetto sul quale soffermarsi riguarda la tensione programmatica e normativa, nonché l’efficacia in riferimento

¹⁰⁹ P. VIOLA, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bologna University Press, Bologna, 2020, p. 33: «è possibile intendere il costituzionalismo come quella tensione programmatica e normativa che investe il rapporto fra Stato, sistema politico, fonti del diritto e ripartizione ed esercizio dei poteri, in maniera tale che si verifichino, in base alle diverse esperienze culturali, il riconoscimento e l’affermazione dei diritti umani, la tutela dei diritti, la limitazione del potere politico, lo Stato di diritto e la *rule of law*, il controllo di costituzionalità delle leggi. L’elemento da enfatizzare nell’intendere il costituzionalismo è la tensione che porta con sé lo stesso *telos* del fenomeno».

¹¹⁰ Vd. § 2. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a R.J. LAZARUS, *The Making of Environmental Law*, cit., 168.

¹¹¹ L.K. WEIS, *Environmental constitutionalism: Aspiration or transformation?*, in 16 *Int J Const Law* 3, 2018, pp. 836-870. Cfr. P. VIOLA, *From the Principles of International Environmental Law to Environmental Constitutionalism: Competitive or Cooperative Influences?*, in D. AMIRANTE, S. BAGNI (eds), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions*, cit., pp. 127-147; M. MURCOTT, *Transformative Environmental Constitutionalism*, Brill, Leiden, 2022.



ai risultati di uno “*skilful compromise*” che cerca di unire aspetti di teoria generale del diritto e le attuali preoccupazioni relative al contesto globale. Il concetto ‘clima’, quindi, posto in costituzione, può fungere da lente interpretativa per l’intero sistema giuridico. A tal fine, le disposizioni costituzionali “climatiche” già entrate in vigore mostrano l’ascesa delle questioni legate al cambiamento climatico antropogenico a materia meritevole di essere inclusa nella carta fondamentale di un ordinamento. Escludendo quei casi in cui il clima è posto in posizione ancillare (Bolivia e Nepal) o collocato in parti non direttamente prescrittive (Algeria, Costa d’Avorio e Sri Lanka), esso è oggetto di una chiaro trend “nascente” verso il riconoscimento di obblighi positivi dello stato. Insieme alla caratteristica comune delle *state positive obligations*, le disposizioni climatiche sono solitamente collocate in parti o sezioni in cui si sviluppa la materia ambientale o ci si riferisce alle risorse naturali, alla pianificazione territoriale, agli approcci ecologici (Zambia, Ecuador, Venezuela, Vietnam, Tunisia, Repubblica Dominicana), mentre la costituzione di Cuba richiama il ruolo del regime nel trasferire, a livello internazionale, la propria ideologia fondante. In contrasto rispetto alla costituzionalizzazione dell’ambiente, però, non si riscontrano specifici approcci basati sul riconoscimento di tradizioni autoctone. Si può, quindi, pensare a quattro compiti specifici che le costituzioni svolgono circa le questioni climatiche (e, per estensione, ambientali): i) in quanto “confini teorici” tra dimensione giuridica nazionale e internazionale, possono fungere da filtri per bilanciare le idee generali provenienti dal diritto internazionale con le peculiarità di ciascun ordinamento; ii) potrebbero adeguare i principi internazionali al/ai contesto/i nazionale/i; iii) potrebbero attribuire (o prevedere) specifiche responsabilità; iv) potrebbero stabilire (o prevedere) meccanismi per garantire *compliance* e *political accountability*.

Per quanto concerne le capacità adattive degli ordinamenti e le risposte al degrado ambientale e alla crisi climatica, può essere utile impostare un breve parallelismo fra gli sviluppi del diritto ambientale e le misure giuridiche in riferimento al clima, anche per sottolineare la necessità di nuovi percorsi interpretativi e l’importanza di un patrimonio metodologico già acquisito. Va tenuto in considerazione, in via preliminare, che alcuni dubbi sorgono in riferimento all’applicazione di un “approccio flessibile” per le questioni climatiche anche nell’ambito della già citata “artrite verde” del diritto ambientale¹¹².

Le risposte e gli orientamenti giuridici in riferimento ai cambiamenti climatici, siano essi avanguardistici, flessibili o rigidi, si basano ampiamente su strutture stratificate appartenenti al diritto ambientale¹¹³, ma questo stato dell’arte incoraggia la domanda sul ‘se’ esiste uno spazio epistemologico autonomo e idoneo nel quale collocare il diritto del cambiamento climatico. In un certo senso, il diritto ambientale potrebbe essere assunto come la “madre” o la “sorella maggiore” di tale branca neo-costituita o in fase di stabilizzazione, dalla quale deriva un codice genetico comune: 1) entrambe si fondano sulla presa di coscienza e sulle

¹¹² Circa il “*flexible approach*” si rinvia a R.K. CRAIG, ‘*Stationarity is Dead*’—*Long Live Transformation: Five Principles for Climate Change Adaptation Law*, in *Harvard Environmental Law Review* 34, 2010, pp. 9-73.

¹¹³ Alcune di queste considerazioni sono state esposte in P. VIOLA, *Ordinamenti giuridici adattivi e istanze di autonomia epistemologica: la costituzionalizzazione dell’ambiente e del clima* (in corso di stampa).

spinte della società civile¹¹⁴, basate essenzialmente su risultati scientifici che il diritto – dapprima internazionale – ha accolto; 2) esiste un’ampia normativa specifica che risponde agli obiettivi di conservazione e ripristino circa l’ambiente, e di resilienza e reattività per quanto riguarda i cambiamenti climatici; 3) anche il diritto costituzionale mostra l’importanza crescente del concetto-clima, anche se siamo ancora lontani da una sorta di “costituzionalismo climatico”, mentre il costituzionalismo ambientale è già riconosciuto come fenomeno giuridico esistente (anche se la fase “nascente” di quest’ultimo è assimilabile a quella in cui versa attualmente il costituzionalismo climatico); 4) se assumiamo che l’adattamento e la mitigazione possano essere “pensati” in termini prescrittivi, sia la legislazione ambientale che quella climatica si basano su principi.

¹¹⁴ R.J. LAZARUS, *The Making of Environmental Law*, cit. Vd. anche D. SCHLOSBERG, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, Oxford University Press, Oxford, 2007.



EMERGENZA SANITARIA E SISTEMA DELLE FONTI:

decretazione d'urgenza e molteplicità degli atti normativi nella gestione della pandemia da COVID 19.

Caterina Aquino

Abstract

IT Il primo atto ufficiale del Governo per arginare l'emergenza è stata l'ordinanza del Ministero della Salute del 30 gennaio 2020 con cui è stato interdetto il traffico aereo dalla Cina. Nello stesso giorno l'OMS ha dichiarato che il Covid 19 sarebbe una "Public Health Emergency of International Concern". "L'emergenza – e cioè il fatto che rompe la regolarità della vita sociale che il diritto cerca di descrivere con il linguaggio che gli è proprio – intesa come fonte dell'eccezione diventa, per forza di cose, un discorso sull'ordine giuridico, e sul potere che ne sta a fondamento: solo, visto a contrario. L'eccezione, insomma, prova l'esistenza del sistema attraverso la forza del fatto compiuto". Un sistema di fonti emergenziale che può essere classificato per più fasi, muovendo inizialmente dal ricorso al vigente codice della protezione civile, che gradualmente viene adeguato alle circostanze di fatto attraverso decreti legge. In particolare, il primo di questi decreti legge stabilisce una casistica evidentemente non tassativa per l'adozione dei provvedimenti limitativi di libertà costituzionalmente garantite, alimentando numerosi dubbi in merito al rispetto delle riserve di legge poste in essere dal Costituente proprio a salvaguardia dei diritti di libertà, lasciando, così, margini di intervento alle autorità locali e regionali senza limitarne la portata. Il ruolo svolto in questa drammatica circostanza dal Presidente della Repubblica ha fatto emergere la rilevanza delle sue dichiarazioni che si sono rivelate cruciali e determinanti sotto diversi aspetti.

EN *The emergency decree during the pandemic period is of particular relevance. The first official act of the Government to stem the emergency was the order of the Ministry of Health of 30 January 2020 with which air traffic from China was banned, on the same day the WHO declared that Covid 19 a "Public Health Emergency of International Concern". In this first phase, the Government tried to establish coordination rules, but with little effectiveness.. There has also been an attempt to set a distinction for the Regions as well. Pursuant to Article 3 of Legislative Decree no. 19 of 2020 it was specified that "the regions, in relation to specific supervening situations of aggravation of the health risk occurring in their territory or in a part of it, may introduce further restrictive measures, including those referred to in Article 1, paragraph 2, exclusively in the context of productive activities and those of strategic importance for the national economy". But in reality, both regional and municipal ordinances have continued. It should be noted the decision-making speed sought in the Prime Ministerial Decree, the stubbornness with which the Executive Administration intended to proceed, through the aforementioned regulatory instruments, in order to meet the objectives set in the source acts of primary rank and the general "progressive decay" of the primacy of the law, have, in reality and more than emphasized the reasons for the crisis of the principle of legality, required, indeed, demanded its full application, as the quintessence of the rule of law. In this period we are witnessing significant limitations of many of our rights: personal freedom, freedom of movement and residence, religious freedom, the right to work, freedom of economic initiative, the rights to education and culture, rights related to justice, the right to vote, the functionality of the public administration. The role played in these dramatic circumstances by the President of the Republic has highlighted the importance of his statements, that have proved crucial and decisive in several respects.*



SOMMARIO: 1. Modi e forme di esplicitazione dei presupposti ex art.77 Cost. nella corrente emergenza indotta dal COVID-19 - 2. La limitazione dei diritti di libertà costituzionali nel periodo pandemico - 3. Emergenza e sistema delle autonomie - 4. La sentenza della Corte Costituzionale n.198 del 2021 - 5. I poteri “intromissivi” del Capo dello Stato nella corrente stagione emergenziale e la attualità della teoria espositiana del Presidente della Repubblica “reggitore dello stato in tempo di crisi”: con specifico riferimento alla possibile espansione della funzione e del ruolo presidenziali, segnatamente in sede di emanazione dei decreti legge.

1. Modi e forme di esplicitazione dei presupposti ex art.77 nella corrente emergenza indotta dal COVID-19.

L’epidemia da Covid-19 ha prodotto in Italia una vera emergenza, che ha riattualizzato il problema della compatibilità di misure eccezionali a tutela della collettività con i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione repubblicana, con la forma di governo parlamentare basata sulla separazione dei poteri e con il sistema costituzionale delle autonomie¹.

Il primo atto ufficiale del Governo volto ad arginare l’emergenza è stata l’ordinanza del Ministro della Salute del 30 gennaio 2020, con cui è stato interdetto il traffico aereo dalla Cina. Nello stesso giorno l’OMS dichiara che il Covid 19 era una “Public Health Emergency of International Concern”². “L’emergenza – e cioè il fatto che rompe la regolarità della vita sociale che il diritto cerca di descrivere con il linguaggio che gli è proprio – intesa come fonte dell’eccezione diventa, per forza di cose, un discorso sull’ordine giuridico, e sul potere che ne sta a fondamento: solo, visto a contrario. L’eccezione, insomma, prova l’esistenza del sistema attraverso la forza del fatto compiuto”³.

Il Consiglio dei ministri, il 31 gennaio 2020, adotta la delibera relativa alla “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”⁴, fissandone la durata di sei mesi e la scadenza al 31 luglio 2020 (posticipata poi al primo ottobre 2020 e ulteriormente prorogata al

¹ Cfr. G. SILVESTRI, “Covid-19 e Costituzione”, in *www.unicost.eu*

² Cioè un’emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale in questo senso Cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habeat legem?*, Mucchi Editore, Modena, 2020, p. 8. Tuttavia “l’emergenza ha infatti scatenato una dialettica tra diritti che giustifica l’intervento del potere pubblico in funzione di mediatore del conflitto all’interno delle coordinate costituzionali.” In questo senso Cfr. C. CARUSO, “Audizione informale del 7 ottobre 2021 presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica, in ordine al Ddl di conversione del decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127, recante misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l’estensione dell’ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening”, in *Osservatorio Costituzionale*, n.6/2021.

³Cfr. A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti-fatto*, recensione a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., in *Lo Stato*, 2, 2019, pp. 477 ss. Sul rapporto tra fatto ed emergenza si veda anche A. MANGIA, *Moti della costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020.

⁴ Cfr. G. U., Serie gen., 1 febbraio 2020, n.26, ai sensi del d.lgs. n.1 del 2018, normativa della protezione civile.



31 marzo 2022). Da questo momento inizia una “catena normativa”⁵ che ha connotato e continua a connotare⁶ gran parte della vita sociale nel nostro Paese. Infatti, dopo una serie di ordinanze minori, il 23 febbraio il Governo ha adottato il decreto legge n.6 del 2020 recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID 19”⁷, convertito con la legge 5 marzo 2020 n.13, che attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di adottare, con uno o più decreti, le misure urgenti ai sensi dell’art.3, co.1, del decreto legge n.6 del 2020. Il dato che prima (e più) di ogni altro va segnalato è rappresentato dalla molteplicità e dalla eterogeneità dei provvedimenti adottati⁸; non solo dal Governo e dalle amministrazioni statali, ma anche da parte di Regioni e Comuni, spesso con cadenza quasi giornaliera. In effetti, con il decreto legge n.6 del 2020 inizia una fase che si connota per la moltiplicazione di adozioni di decreti sia a livello centrale che sub-statale.

Il decreto legge n.6 del 23 febbraio 2020⁹ e la successiva legge di conversione¹⁰, peraltro, hanno certamente indicato e regolato, per certi aspetti persino con precisione, fine, organo, natura e materia ai quali gli atti-fonte autorizzati all’esercizio del potere, i dpcm, avrebbero dovuto attenersi, così come, nei fatti ed anzitutto sotto il profilo teleologico-letterale, gli stessi dpcm del 1, 8, 9 e 22 marzo 2020 si sono, nella forma e nel contenuto, conformati alla base legale prerogativa del potere loro conferito; e ciò anche alla luce della considerazione secondo la quale pretendere dall’atto-fonte di rango primario attributivo del potere la delimitazione puntuale della discrezionalità amministrativa significherebbe vincolare il primo a determinarsi nel senso di costringere la seconda, tanto contrastando con il principio della supremazia della legge.

Invero, tale sistema emergenziale delle fonti appositamente creato in risposta alla pandemia da covid-19 è stato sin dalle sue iniziali esplicitazioni oggetto di numerose

⁵Cfr. M. LUCIANI, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza”, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it n. 2/2020.

⁶ “Del resto, tutte le grandi pandemie sono accompagnate da sviluppi confusi, oracoli, credenze magiche e ciarlatani, come raccontò già Luciano di Samosata per la peste antonina (165 d. C.)”, in questo senso Cfr. A. CELOTTO, *Op. cit.*, p. 8.

⁷ Già dal primo decreto legge si può rilevare che tale atto costituisca una delega in bianco per il governo che avocando a sé poteri *extra ordinem* marginalizza il Parlamento dalla funzione di determinazione e attuazione dell’indirizzo politico emergenziale; in questo senso Cfr. E. C. RAFFIOTTA, *Op.Cit.* . Tutto sotto l’ombrello di una disposizione “in bianco” del decreto legge n. 6/2020, meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto, in questo senso Cfr. G. SILVESTRI, “Covid-19 e Costituzione”, in www.unicost.eu

⁸ Tuttavia, in continuità con il passato, ancora una volta, la regola dell’emergenza è stata rimessa ad atti amministrativi o a ordinanze emergenziali, che operano come atti normativi, derogando a fonti primarie, e in alcuni casi riconfermano altresì diritti costituzionalmente previsti. Ancora una volta, trovando conferma le normative e le prassi applicate sino ad oggi nelle più o meno gravi emergenze del passato, ma che certo è evidente in questa occasione si distinguono per numero e latitudine di intervento, in questo senso Cfr. E.C. RAFFIOTTA, “I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti”, in *Rivista AIC*, n.2/2021.

⁹ Cfr. C. SALAZAR, “Sentinella a che punto è Il contagio? Riflessioni sul ruolo dei presidenti regionali al tempo del coronavirus”, in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 275-276.

¹⁰ Cfr. V. LIPPOLIS, “Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia”, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021



valutazioni in dottrina¹¹. Non v'è dubbio, infatti, che i dpcm in parola siano stati adottati, tutti, secondo il procedimento derogatorio individuato nell'art. 3, comma 1, del decreto legge n. 6, allo stesso modo dubbio non può esservi circa il fatto che solamente i dpcm e non altri strumenti normativi, attuando le misure elencate dall'art.1, comma 2, dell'anzidetto decreto legge, avrebbero potuto operare nell'emergenza di cui si discorre, al fine di limitare tra gli altri diritti, quello di libertà di circolazione e soggiorno, con l'unica singolarità di quegli strumenti eccezionali, comunque arginati sotto il profilo discrezionale, da adottare in casi di «estrema necessità ed urgenza...ai sensi dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833» ed efficaci sino all'entrata in vigore dei competenti dpcm¹².

Un sistema di fonti emergenziale, dunque, che può essere classificato per più fasi, muovendo inizialmente dal ricorso al vigente codice della protezione civile e che gradualmente viene adeguato alle circostanze di fatto attraverso decreti legge¹³. In particolare, il primo di questi decreti legge stabilisce una casistica evidentemente non tassativa per l'adozione dei provvedimenti limitativi di libertà costituzionalmente garantite, alimentando numerosi dubbi in merito al rispetto delle riserve di legge poste in essere dal Costituente proprio a salvaguardia dei diritti di libertà, lasciando, così, margini di intervento alle autorità locali e regionali senza limitarne la portata¹⁴.

Il contenuto di questi decreti è assai eterogeneo. Sono decreti, questi, volti anzitutto a contrastare la diffusione del virus e ridurre il contagio, incidendo in molti casi su discipline di ordine costituzionale. Misure eccezionali adottate in deroga al regime emergenziale ordinario, al fine di interessare il Parlamento nelle scelte accolte attraverso, prima, dei decreti legge convertiti, che hanno autorizzato gli atti normativi secondari, poi, anche tramite il coinvolgimento delle Camere nelle singole misure adottate con dpcm¹⁵. Eppure è da rilevare che lo stato d'emergenza non abilita il Governo ad adottare atti *extra ordinem*, ossia atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie, che troverebbero fondamento nei principi del "*primum vivere e della salus rei publicae*" e quindi sostanzialmente nell'art. 32 Cost¹⁶. Gli atti adottati secondo l'ordine costituzionalmente orientato, nonostante lo stato d'emergenza, dovrebbero, in tal senso, continuare a rispettare il principio gerarchico e la riserva assoluta in conformità al principio di legalità¹⁷.

¹¹ Cfr. I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, pp. 56 ss.

¹² Cfr. A. LUCARELLI, *Op. Cit.*, anche se il decreto legge, ex art.77 Cost., nelle ipotesi di emergenza, è lo strumento, non surrogabile, da utilizzare per interventi immediati, in questo senso Cfr. G. SILVESTRI, "Covid-19 e Costituzione", in *www.unicost.eu*

¹³ Cfr. A. D'ATENA, "L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni", in *Italian Papers on Federalism*, *www.ipof.it*, n.1/2021.

¹⁴ Cfr. A. D'ANDREA, "Protezione della salute, restrizioni della libertà personale e caos normativo", in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020; Cfr. A. D'ANDREA, "L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo", in *Questione Giustizia*, "20 aprile 2020.

¹⁵ Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Op. Cit.*;

¹⁶ Si è sostenuto che nel rispetto del principio di legalità e di riserva di legge, tali fonti emergenziali, di rango secondario, possano legittimamente derogare a norme primarie, in osservanza dei principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle restrizioni previste e nei modi e nelle forme contemplate dalla norma primaria, sulla quale si basa tale potere derogatorio, in questo senso Cfr. M. LUCIANI, *Op.Cit.*,

¹⁷ Cfr. A. LUCARELLI, *Op. Cit.*



Tuttavia, la tutela della salute, ai sensi dell'art.32 Cost., è un diritto fondamentale, la cui garanzia rappresenta una priorità nello Stato democratico sociale, ma sempre nell'ambito dei criteri ordinatori del sistema delle fonti. A tale stregua, un aspetto è la tutela della salute come diritto fondamentale, garantito dal sistema democratico delle fonti, un altro aspetto è, invece, l'emergenza sanitaria legittimante il ricorso a fonti *extra ordinem*¹⁸.

È da rilevare che il dinamismo decisionale posto in essere dai dpcm, l'assiduità con la quale l'esecutivo-amministrazione ha inteso procedere¹⁹, attraverso tali strumenti normativi, affinché potessero essere soddisfatti gli obiettivi prefissati negli atti-fonte di rango primario ed il generale "progressivo decadimento" della primazia della legge²⁰, hanno, in realtà, accentuato i motivi della crisi del principio di legalità²¹. Insomma, "la rinnovata attualità del classico principio di legalità [...] ne comprova la «irrinunciabilità» e la «inviolabilità», nonostante i tentativi di ridurne o modificarne la portata in ragione della trasformazione dell'esercizio della funzione amministrativa, questa più orientata verso un'azione «per risultati» che tenga conto, nel proprio agire finalizzato dalla previa legge, dei canoni di efficacia, efficienza, economicità, proporzionalità, adeguatezza, sussidiarietà"²².

In dottrina, tuttavia, il sistema emergenziale delle fonti, sin qui descritto, è stato considerato come un assetto, certo peculiare, ma in linea con la normativa emergenziale del nostro ordinamento²³. La legittimazione degli atti in questione è stata fondata su una disciplina 'eccezionale' dell'emergenza, di volta in volta creata *ad hoc*, e che di volta in volta si è sovrapposta a quella 'generale' prevista dal T. U. Protezione Civile, con varietà di effetti e di durata nel tempo²⁴. L'amministrazione non può permettersi fasi di interruzione o sospensione, pena il venir meno dello Stato stesso, insomma la dinamica degli equilibri interni allo Stato va ricercata nel continuo accordo tra stato parlamentare e stato amministrativo²⁵. Tali misure, però, non sono direttamente adottate dai decreti-legge, ma (ancora) mediante ordinanze contingibili ed urgenti – che, poi, possono assumere diverse forme, tra cui quella del DPCM – le quali, come è stato ben rilevato, risultano "non solo, ragionando di fonti, il più agile strumento di governo della crisi, ma anche il più conforme al

¹⁸ Cfr. A. LUCARELLI, *Op. Cit.*

¹⁹ Cfr. R. MICCÙ, "Il Governo dell'emergenza tra tecnica e politica", *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 165. Cfr. E. RAFFIOTTA, "I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti", *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 222.

²⁰ Cfr. P. STANCATI, "Legalità (principio di)", in *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, VIII, Milano, 2007, p. 693 – 698.

²¹ Cfr. I.A. NICOTRA, "Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo", in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 137-138.

²² Cfr. P. STANCATI, *Op. Cit.*, p. 693-696.

²³ Cfr. M. LUCIANI, "Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza", in *Rivista Costituzionale*, n. 2/2020.

²⁴ In questo senso Cfr. B. CARAVITA, "L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana", in *Federalismi.it*, n. 6 del 2020; Cfr. M. LUCIANI, *Op. Cit.*

²⁵ Cfr. A. MANGIA, "Emergenza, fonti fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea", in *Rivista AIC*, n. 2/2021



principio di proporzionalità, giacché capace di raggiungere gli effetti desiderati con un grado di afflittività tarato sulle esigenze contingenti, salvaguardando quanto più possibile i diritti fondamentali, nella loro duplice proiezione individuale e sociale-relazionale”²⁶. In quanto «i decreti legge, in breve, per la tesi più rigorosa, avrebbero dovuto fare tutto da soli (quanto meno con riguardo alla disciplina di materie coperte da riserva assoluta di legge), dal momento che essi (e solo essi) sono gli strumenti previsti in Costituzione per i “casi straordinari di necessità e di urgenza”, mentre per una più temperata ricostruzione sarebbe comunque richiesta un’adeguata precostituzione con legge o fonte ad essa equiparata della disciplina normativa quindi apprestata dagli atti sublegislativi, senza peraltro che sia chiaro come “pesare” a modo la consistenza o, diciamo pure, la sufficienza della regolazione di base venuta da fonti di primo grado (e, segnatamente, dai decreti-legge)²⁷»

Secondo dottrina²⁸ consolidata *l’ordine delle fonti riflette sempre l’ordine delle legittimazioni politiche*. Per questo, incertezza e instabilità dell’ordine delle fonti sono sempre, e inevitabilmente, indice di una medesima situazione di incertezza nei rapporti tra i soggetti politici di cui quell’ordine è espressione. E ciò perché, al di là dei dubbi sulla tenuta della nozione di forma di governo, che è lecito nutrire, forma di governo e ordine delle fonti stanno, o cadono, assieme. Il funzionamento reale della forma di governo dipende sempre dall’atteggiarsi complessivo dell’ordine delle fonti, che di quel funzionamento è la cartina di tornasole. Sicché ogni perturbazione nell’ordine delle fonti è sempre il riflesso di una perturbazione nel funzionamento della forma di governo. Seppure illustri costituzionalisti abbiano sostenuto come l’emergenza Covid abbia dato un colpo quasi definitivo «alla sistematica delle fonti nel nostro ordinamento giuridico»²⁹.

Con il secondo Decreto legge del 25 marzo 2020 n.19, si apre ufficialmente una seconda fase, laddove si cerca di modificare la criticata fattispecie aperta in merito alle limitazioni delle libertà civili coinvolte; limitazioni che, in ogni caso, permangono piuttosto ampie e generiche, e tali da poter essere prevedute e introdotte nei modi sopra cennati dai dpcm in

²⁶ Cfr. S. TROILO, Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell’epidemia da Covid-19 adottate in Italia in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2/2020. Cfr. L. DELL’ATTI, G. NAGLIERI, “Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell’emergenza da covid-19”, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Instant Forum Diritto*, diritti ed emergenza ai tempi del coronavirus, 11 marzo 2020, pp. 2-3. In questo senso, “la circostanza che, in una situazione contingibile, il decreto-legge venga adottato con la funzione prevalente di disporre un fondamento legale del potere di decretazione del Presidente del Consiglio, piuttosto che come strumento di gestione dell’emergenza tout-court, corrobora la tesi della progressiva «normalizzazione» della sua natura” originariamente eccezionale”.

²⁷ Ciò rimanda “al metro della ragionevolezza, nella sua forma peculiare della congruità delle norme alla situazione di fatto, secondo valore” in questo senso Cfr. A. RUGGERI, “Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del covid-19, 2020, in *www.giurcost.org*.”

²⁸ Cfr. C. MEZZANOTTE, “Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità”, in *Queste istituzioni*, 1991, p. 50 ss.

²⁹ Cfr. S. REGASTO, “L’Autonomia costituzionale dell’Università: questa sconosciuta”, in *dirittifondamentali.it*, 2020. In questo senso Cfr. A. RUGGERI, “Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti”, in *Consulta Online*, 1, 2020; Cfr. S. PRISCO, F. ABBONDANTE, I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo”, in *federalismi.it*, 2020.



discorso. Anche se in misura minore rispetto alle indeterminate formulazioni previste dal decreto legge n. 6, tal *modus operandi* non potrebbe comunque soddisfare chi intendesse in senso strettissimo il principio di legalità³⁰, o addirittura chi ritenesse che riserve come quella disciplinata dall'art. 16 Cost. siano assolute e non possano ammettere limitazioni se non per mezzo di un atto-fonte primario³¹.

È da rilevare, in ogni caso, che una delle novità introdotte dal decreto legge n. 19 può dirsi quella della maggiore aderenza della normativa in questione rispetto alla regolamentazione definita negli anni dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza amministrativa in materia di atti amministrativi emergenziali. In particolare, il decreto legge n. 19 introduce un termine massimo di efficacia degli atti emergenziali di trenta giorni. Al contrario il decreto legge n. 6 non prevedeva alcun termine, lasciando intendere che la sua durata fosse pari alla dichiarazione dello stato di emergenza. Si è avuto, però, già modo di rilevare come nella prassi l'esigenza reale di adeguamento dei dpcm ha portato, in alcuni casi, a repentine modifiche in pochi giorni. Adeguamento che ha interessato del resto anche la disciplina generale dei decreti legge. Per completezza va soggiunto che il decreto legge 2 dicembre 2020, n. 158, ha successivamente esteso da trenta a cinquanta giorni la durata massima delle misure emergenziali³².

Alla luce di quanto cennato si può affermare che, in questo periodo, il parlamento si è limitato, con la conversione in legge del decreto legge, a 'ratificare' le volontà espresse dal governo che ha attribuito a sé i poteri al fine di governare e gestire l'emergenza³³. È venuta meno, così, la differenza tra atti di indirizzo politico e atti finalizzati alla mera gestione. Si può sostenere che, prima ancora di registrare una cedevolezza del sistema delle fonti, si è assistito ad una "torsione della forma di governo parlamentare con un'immediata ricaduta sul rispetto del principio della separazione dei poteri"³⁴.

Questa drammatica vicenda, in realtà, è andata a minare il legame fiduciario che deve intercorrere tra cittadino e istituzioni, in quanto non è stato previsto, sia a livello nazionale che sovranazionale, alcuno strumento in grado di inibire la diffusione del virus³⁵.

2. La limitazione dei diritti di libertà costituzionali nel periodo pandemico.

L'esordio delle misure di contenimento del contagio epidemico da Covid-19 è stato caratterizzato da un profluvio di dpcm contenenti discipline delle più varie materie e dei più disparati oggetti, norme attuative di disposizioni già vigenti e, insieme, norme anche fortemente innovative della legislazione esistente, non escluse limitazioni di diritti fondamentali, prescrizioni di nuovi doveri di comportamento, financo sanzioni penali.

³⁰ Cfr. A. LUCARELLI, "Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria", in *Rivista AIC*, n. 2, 2020.

³¹ Cfr. A. CELOTTO, *Op. cit.* p. 8 ss.

³² Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Op. cit.*

³³ Cfr. G. AZZARITI, "I pieni e solitari poteri del capo del governo extra ordinem", in *Libertà e Giustizia*, 21 marzo 2020.

³⁴ Cfr. A. LUCARELLI, "Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria", *Rivista AIC*, n. 2/2020.

³⁵ Cfr. M. BELLETTI, "La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità", in *Rivista AIC*, n. 3/2020.



In particolare, in questo periodo storico, si sta assistendo a significative limitazioni di molti diritti quali: la libertà personale, la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà religiosa, il diritto al lavoro, la libertà di iniziativa economica, i diritti all'istruzione e alla cultura, i diritti connessi alla giustizia, il diritto di voto, la funzionalità della pubblica amministrazione. Tali limitazioni si giustificano, nell'ambito del bilanciamento³⁶ dei poteri, in quanto i diritti in parola sono stati ritenuti recessivi rispetto al diritto alla salute³⁷ insieme al diritto alla vita e all'integrità fisica. In particolare, il *lockdown* è andato ad impattare sulle libertà fondamentali, limitando i diritti costituzionali, ai sensi dell'art.16 Cost. la libertà di circolazione³⁸ nei "motivi di sanità o di sicurezza" e il diritto di riunione nei "comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica" ex art.17 Cost.; poi a cascata anche alcune forme di manifestazione del pensiero, ex art.21 Cost., libertà di religione, ex art.19 Cost., il diritto di sciopero, ex art.40 Cost.; il diritto dovere al lavoro, ex art.4 Cost.; l'iniziativa economica privata nella previsione che "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, ex art.41 Cost.; il diritto di istruzione, ex artt.33 e 34 Cost.; la libertà e segretezza della corrispondenza ex art.15 Cost. Il bilanciamento è con il diritto fondamentale alla salute, quale "interesse della collettività", ex art.32 Cost.³⁹. Affinché le restrizioni, intese quali misure eccezionali, si mantengano entro la cornice della Costituzione e della democrazia devono essere rispettati alcuni requisiti: la temporaneità, intesa nel senso che le misure devono essere a tempo determinato e costantemente connesse con lo stato di fatto che le ha originate; la proporzionalità e la ragionevolezza, in quanto le misure derogatorie devono essere assolutamente proporzionali e ragionevoli nel rispetto della tutela alla salute; il rispetto di forme ed equilibri in relazione al potere dell'esecutivo poiché l'adozione di misure emergenziali comporta una forte concentrazione di poteri nelle mani dei vertici di governo sebbene in uno Stato democratico questi poteri non sono attribuzioni piene in quanto devono essere garantiti il controllo e l'intervento da parte di altri organi.

3. Emergenza e sistema delle autonomie.

Con specifico riguardo ai rapporti intercorsi fra Stato ed enti sub-statali⁴⁰ durante la attuale emergenza pandemica occorre, innanzitutto, rilevare che le Regioni⁴¹ hanno

³⁶ "Il bilanciamento, *ça va sans dire*, è in senso lato, con il diritto - fondamentale (l'unico ad esser qualificato tale dalla Costituzione) - alla salute; senza dimenticare come la salute sia definita un «interesse della collettività» (art.32 Cost.)", in questo senso .Cfr. A. ALGOSTINO, "Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione", in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n.3/2020.

³⁷ Cfr. G. BRUNELLI, "Il sistema delle fonti e ruolo del parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria", in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali - Atti del XXXV Convegno annuale - 4 dicembre 2020 - Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 9.

³⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Salus*, Modena, 2022, p.42 -43.

³⁹ Cfr. B. CARAVITA, "L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana", in *Federalismi.it*, n.6/2020.

⁴⁰ Cfr. G. SILVESTRI, "Covid -19 e Costituzione", in *www.unicost.eu*

⁴¹ Cfr. C. BUZZACCHI, "Le regioni e le politiche per i diritti economici e sociali al tempo della pandemia", in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali - Atti del XXXV Convegno annuale - 4 dicembre 2020 - Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 251.



contribuito, per buona parte, al caos generato in merito alla normativa covid-19⁴², adottando molto spesso normative⁴³ che in qualche modo risultano essere suppletive o derogatorie rispetto alla normativa statale⁴⁴. Esisterebbero, invero, due possibilità, entrambe trascurate, o quasi, per rendere più coerenti e veloci i rapporti tra Stato e Regioni⁴⁵, specie in tempi come quelli che stiamo vivendo. La prima possibilità è quella classica della legge-quadro. Sarebbe stato necessario ed opportuno che lo Stato emanasse, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., una legge contenente i principi generali di una materia quale la tutela della salute in caso di epidemie e altre emergenze sanitarie, in cui fossero contenute norme precise sul *modus operandi* delle autorità statali, regionali e locali. Il caos attuale è, in buona parte, frutto dell'assenza di una tale legislazione di inquadramento sistematico, che non si è pensato di predisporre in tempi normali⁴⁶.

La carenza di criteri predefiniti lascia largo spazio ad una disordinata corsa a riempire veri o presunti vuoti di disciplina o a dar luogo a normative, anche fortemente differenziate, non solo per obiettive necessità di adeguamento a situazioni locali, ma anche, per pura polemica politica con il Governo nazionale o per smania individualistica di visibilità, in vista di una possibile, successiva, utilizzazione elettoralistica. Ciò appare come l'elemento più inadeguato delle attuali difficoltà di coordinamento tra autorità nazionali, regionali e locali.

La seconda possibilità è prevista dall'art. 120 Cost., che consente al Governo di sostituirsi alle Regioni ed agli enti locali in una serie di casi, tra i quali rientra certamente l'emergenza che stiamo attraversando. Ciò non significa che non si debbano attivare tutte le potenzialità del regionalismo cooperativo, ma soltanto che il Governo nazionale, esperiti tutti i tentativi di accordo, in uno spazio temporale compatibile con la gravità della situazione, possa assumere la responsabilità della decisione unitaria, quando ciò sia indispensabile per la salvaguardia degli interessi supremi indicati nella medesima norma costituzionale. Non esiste alcuna oggettiva necessità di nuove disposizioni costituzionali per introdurre clausole di supremazia e di interesse nazionale⁴⁷.

D'altronde sia la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale⁴⁸ e sia la Corte Costituzionale⁴⁹ hanno legittimato l'intervento delle regioni in materia di protezione civile. È

⁴² Cfr. D. TRABUCCO, "I «sovrani» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del covid-19", in *www.dirittifondamentali.it*, n.1/2021.

⁴³ Cfr. M. CAVINO, "Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in temo di pandemia)", in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 257-258.

⁴⁴ Cfr. A. D'ANDREA, *Op. Cit.*

⁴⁵ In un momento in cui "è facile dire che l'Amministrazione sta soffrendo e molto", in questo senso Cfr. A. CELOTTO, "Emergenza e pubblica amministrazione", in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 143.

⁴⁶ Cfr. V. LIPPOLIS, "Il Rapporto Parlamento Governo nel tempo della pandemia", in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 27-28.

⁴⁷ Cfr. F. POLITI, "Forum – Sulla Vaccinazione in tempo di Covid-19", in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, n.2/2021.

⁴⁸ Legge n.833 del 23 dicembre 1978.

⁴⁹ Corte Costituzionale, Sent. n.303 del 2003; Corte cost., Sent.n.44 del 2019.



da rilevare che la Corte Costituzionale ha chiarito che la gestione dell'emergenza sanitaria⁵⁰ "è una funzione temporanea che si origina e si elide in ragione, rispettivamente, dell'insorgere e del cessare della situazione di emergenza, rispetto al quale la regione ordinariamente competente non è comunque estranea"⁵¹. Sempre nella stessa pronuncia la Consulta ha inteso specificare che "anche in situazioni di emergenza la regione non è comunque estranea, giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica". Dunque, il quadro normativo in caso di emergenza sanitaria, in ordine al rapporto tra ordinamento statale e ordinamento regionale, deve fondarsi sulla leale collaborazione tra ordinamento ed azione regionale di natura attuativa ed esecutiva, sulla base di ciò che è stabilito a livello statale⁵².

In ogni caso, nessuna legge autorizzativa potrà mai consentire ad una Regione, e *a fortiori* ad un ente locale, di emanare norme che impediscano o ostacolino la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, in palese contrasto del primo comma del citato art. 120 della Cost., come purtroppo in qualche caso si sta verificando. Un blocco di transito da una Regione ad un'altra ha una rilevanza nazionale per diretto dettato costituzionale. Sempre e comunque è necessario un provvedimento statale. La Repubblica «una e indivisibile» (art. 5 Cost.) non può tollerare che parti del territorio e della popolazione nazionali si pongano in contrapposizione tra loro⁵³. Vi osta, oltre che il principio di unità nazionale, anche il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), inconciliabile con qualunque chiusura egoistica o particolaristica. Chiudere si può e si deve, se la situazione concreta lo impone, ma solo se si valuta l'impatto nazionale di provvedimenti così incisivi su principi supremi (unità e solidarietà), dai quali dipende l'esistenza stessa della Repubblica democratica⁵⁴.

Il vero è che, in questo periodo storico, si è fatta un'enorme confusione tra la competenza legislativa regionale concorrente delle regioni in materia sanitaria e di tutela della salute, ai sensi dell'art.117, co.3, Cost., riferendosi alla natura organizzativa e gestionale⁵⁵, e la competenza in materia di libertà fondamentali, chiaramente preclusa alle regioni dal dettato costituzionale. Un aspetto diverso è poi riferibile al potere delle regioni in ordine all'adozione di ordinanze di necessità e di urgenza, che sono previste dall'ordinamento ma soltanto fino all'adozione di atti normativi di rango statale. Per questo motivo, le ordinanze regionali introdotte in questo periodo potevano essere emanate in ottemperanza del decreto legge n.6 del 2020 così come previste, ma solamente prima dell'emanazione dei decreti del

⁵⁰ Cfr. V. BALDINI, "La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia.", in *www.dirittifondamentali.it.*, n.3/2021.

⁵¹ Cfr. A. LUCARELLI, "Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria", in *Rivista AIC*, n.2/2020

⁵² Cfr. A. LUCARELLI, *Op. cit.*

⁵³ Cfr. M. BELLETTI, "La 'confusione' nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità", in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n.3/2020.

⁵⁴ Cfr. M. A. CABIDDU, "Emergenze abissali. Cosa resterà di diritti e processo dopo la pandemia", in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 320.

⁵⁵ L'art.117, co.3, Cost., invece attribuisce alla competenza concorrente la materia della "tutela della salute" e "ricerca scientifica".



presidente del consiglio e dunque destinate a perdere efficacia una volta emanati questi ultimi.

Nella realtà si è assistito ad un iperattivismo incontrollato delle regioni nella produzione di atti normativi, a volte anche ingiustificato, che ha contribuito ad aumentare la confusione e la tensione inter-istituzionale⁵⁶. Sul punto, in funzione interpretativa e chiarificatoria, è intervenuto il legislatore statale che - *ex art.3 del decreto legge n.19/2020* - ha stabilito che le ordinanze regionali possono essere emanate “solo nelle more dell’adozione dei decreti del presidente del consiglio dei ministri e con efficacia limitata fino a tale momento; sono legittimate solo da specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso; possono introdurre misure ulteriormente restrittive nell’ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale”.

E’ da segnalare che la norma ora richiamata si pone in contrasto con quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sua giurisprudenza⁵⁷, sopra menzionata, nell’ottica di evitare qualsiasi alterazione del sistema delle fonti.

Secondo una recente dottrina “lo stesso decreto legge, al fine di porre fine ai continui contrasti istituzionali tra Stato e Regioni in materia, ha previsto che, fatti salvi gli effetti di quelle ordinanze regionali palesemente illegittime per violazione dei limiti previsti dalla normativa statale, e assicurandone l’ultrattività ha fortemente compromesso l’esigenza di una conduzione unitaria dell’emergenza necessaria anche per profili non sempre immediatamente percepibili, e quello della chiarezza e comprensibilità delle norme, specie in un momento come questo, in cui i cittadini hanno bisogno di certezza”, dimostrando come, in una situazione di emergenza, “si sarebbe dovuto avere ben altro passo istituzionale, sia al centro che in periferia”⁵⁸.

4. La sentenza della Corte Costituzionale n.198 del 2021.

Una svolta chiarificatoria in merito alla natura dei dpcm è stata fornita dalla Corte costituzionale in una recente sentenza, la n.198 del 2021. In particolare, nella sentenza in

⁵⁶ In particolare, il T.A.R. per la Calabria ha trattato nel merito ai sensi dell’art.60 c.p.a. ed accolto il ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso l’ordinanza della Presidente della Regione Calabria, 29 aprile 2020, n.37, nella parte in cui veniva disposta la ripresa dell’attività di ristorazione sul territorio regionale non solo con consegna e con asporto, attività queste già ammesse dal dpcm del 26 aprile 2020, ma anche attraverso il servizio al tavolo, purché all’aperto e nel rispetto di determinate precauzioni di carattere igienico-sanitario. Nel merito della controversia, le misure introdotte dall’ordinanza calabrese sono state ritenute in contrasto con le misure adottate a livello statale. Il T.A.R. quindi non si è distanziato dalla giurisprudenza già intervenuta in materia di rapporti tra le ordinanze regionali e i dpcm. In questo senso Cfr. F.F. PAGANO – A. SAIITA – F. SAIITA; “Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria; sul lockdown è lo Stato a dettare legge”, in *Osservatorio Costituzionale*, n.3/2020. Cfr. F. DAL CANTO, “Il sistema giustizia alla prova dell’emergenza pandemica, tra forma e sostanza”, in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali – Atti del XXXV Convegno annuale – 4 dicembre 2020 – Annuario 2020 AIC*, Napoli 2021, p. 380.

⁵⁷ Sentenza Corte Costituzionale n.1 del 2016.

⁵⁸ Cfr. M. LUCIANI, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza”, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.



esame la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Giudice di pace di Frosinone aventi ad oggetto gli articoli 1, 2 e 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n.6 - Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 - e degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legge 25 marzo 2020, n.19 - Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 -, in riferimento agli articoli 76, 77 e 78 della Costituzione. Il giudice *a quo* era stato chiamato a decidere dell'opposizione alla sanzione di 400 euro inflitta ad un cittadino per avere disatteso il divieto di uscire dalla propria abitazione senza giustificato motivo, imposto dal dpcm del 22 marzo 2020, attuativo delle disposizioni primarie censurate; a suo avviso queste ultime si sarebbero poste in contrasto con il principio di tipicità delle fonti del diritto poiché, fuori dell'ipotesi dello stato di guerra, di cui all'articolo 78 Cost., avrebbero violato il «principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost., per cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi». Il Presidente del Consiglio dei Ministri, tramite l'Avvocatura dello Stato, ha eccepito l'inammissibilità delle questioni sotto un duplice profilo: rispetto alla rilevanza della questione sollevata sugli articoli 1, 2 e 3 del decreto legge n.6 del 2020, poiché il fatto oggetto del giudizio a quo si era verificato quando tali disposizioni erano state abrogate da quelle del decreto legge n.19 del 2020; e rispetto alla non pertinenza dei parametri evocati, poiché la lamentata lesione del principio di legalità avrebbe dovuto essere riferita agli articoli 23 e 25 della Costituzione. La Corte costituzionale ha accolto la prima eccezione; non la seconda, ricordando che la irrilevanza dei parametri evocati, quando il nucleo della censura di costituzionalità sia comunque sufficientemente riconoscibile, non rappresenta un elemento utile alla valutazione dell'ammissibilità della questione ma piuttosto della sua fondatezza⁵⁹. La Corte ha poi richiamato il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ancorando la sua decisione al *thema decidendum* prospettato dal giudice *a quo*, «che resta pertanto circoscritto al sistema delle fonti, quale delineato dagli artt. 76, 77 e 78 Cost., senza attingere specificamente il problema delle riserve di legge, né quelle poste dagli artt. 23 e 25 Cost., cui l'Avvocatura fa esplicito riferimento, né le altre potenzialmente incise dalle singole misure di contenimento». È da rilevare che le riserve di legge⁶⁰ poste dalla Costituzione a

⁵⁹ Cfr. M. CAVINO, "La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021", in *www.federalismi.it*.

⁶⁰Ma, al di là della questione della natura giuridica dei DPCM, non può non continuare a destare dubbi, più in generale, il sistema stesso prescelto per affrontare l'emergenza sanitaria, anche alla luce delle riserve di legge contenute in Costituzione. La Costituzione, cioè, indica la legge, o quantomeno un atto avente forza di legge, come garanzia per le limitazioni di libertà che si rendano necessarie in caso di pericolo per la salute, l'incolumità, la sicurezza collettiva. La nostra Carta, insomma, pur non recando un espresso statuto dell'emergenza, indirettamente la contempla, la disciplina, la imbriglia. Sotto questo profilo, allora, se – secondo una lettura autorevole – è plausibile che il decreto-legge possa stabilire deroghe alla Costituzione, è indubbio, però, che per la limitazione dei diritti di libertà e dei diritti economici o politici siano necessarie maggiori garanzie. Pertanto, anche a voler ritenere, come appare fuori discussione, che la tutela della salute giustifichi l'introduzione di limitazioni agli altri diritti costituzionali, non si può negare che la Costituzione imponga sempre e comunque l'osservanza di un ineliminabile nucleo minimo di garanzie procedurali (senza contare, poi, il necessario rispetto della soglia invalicabile rappresentata dal "contenuto essenziale" dei concorrenti diritti fondamentali). In questa prospettiva, allora, non possono non condividersi, le perplessità di



presidio delle libertà fondamentali sono soddisfatte proprio dal d.lgs. n. 1 del 2018 il quale legittima l'organo tecnico – ovvero il Capo del Dipartimento della protezione civile o il Commissario straordinario a seconda dei casi – ad emanare le proprie ordinanze in deroga alla legislazione comune, fatti salvi i limiti. La Corte costituzionale non ha avuto ragioni per contestare la legittimità di questo impianto normativo, tuttavia, già con la sentenza n. 37 del 2021 aveva chiarito come il quadro normativo vigente, seppur conforme a Costituzione, non rappresenta l'unica possibile risposta ordinamentale: “è perciò 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. È quanto successo, difatti, 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”. La questione ha dunque rappresentato per la Corte costituzionale la seconda occasione per occuparsi della gestione della pandemia, dopo che sette mesi prima – con, appunto, la sentenza n. 37 del 2021- aveva già avuto modo di risolvere una questione concernente i rapporti, e il riparto di competenze, fra Stato e Regioni, riportando le misure adottate con dpcm alla materia di esclusiva competenza statale della «profilassi internazionale»⁶¹. La Corte costituzionale, in quell'occasione, lasciò tra le righe della propria decisione almeno due indicazioni che in qualche modo proiettano un ponte ideale con la sentenza che ora si sta commentando: “da un lato il tema della legittimità delle misure adottate, seppur non era oggetto di quella questione, fu comunque sfiorato; dall'altro, la stessa riconduzione delle misure adottate alla materia della “profilassi internazionale” produsse l'effetto di vanificare una delle principali conseguenze applicative del problema della natura - normativa o amministrativa - dei dpcm, che invece si sarebbe posto quale interrogativo ineludibile nel caso di riconduzione alla

ordine costituzionale manifestate rispetto alle previsioni derogatorie contenute nei decreti del Presidente del Consiglio o nella molteplicità di fonti sub-legislative che hanno previsto limitazioni ai diritti di libertà in rottura della disciplina costituzionale o delle attribuzioni di competenze. E, dunque, proprio perché vi è una disciplina costituzionale delle situazioni di straordinaria necessità e urgenza, lo stesso decreto-legge non può introdurre altre fonti dell'emergenza: vi è cioè una riserva procedimentale, che prevede il coinvolgimento delle Camere e la trasformazione del decreto in legge di conversione. Sarebbe stato costituzionalmente più corretto, allora, limitarsi all'utilizzo del decreto-legge, come fonte prediletta per la disciplina dell'emergenza. Oltretutto, non bisogna obliare che il decreto-legge deve recare, come dispone l'art. 15, comma 3, della legge 400/1988, “misure di immediata applicazione ed il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo”. La Corte costituzionale, d'altronde, con la sent. n. 22/2012, ha sostenuto che la citata disposizione, «pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo 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., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dei diritti fondamentali dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento». È evidente, pertanto, che l'utilizzo dei DPCM, come atti contenenti misure restrittive autorizzate da previ decreti-legge, si pone anche in contrasto con questa lettura consolidata della stessa fonte “decreto-legge”, in questo senso Cfr. A. LAMBERTI, “La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021”, in *www.cortisupremeesalute.it*

⁶¹ Ai sensi dell'art. 117, co. 2 lett. q)



“tutela della salute” ex art. 117 co. 3 che, in quanto materia di competenza concorrente, avrebbe comportato l’attivazione dell’art. 117 co. 6, ai sensi del quale: «la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia»⁶². I dpcm., nelle loro premesse non richiamano il d.lgs. n. 1 del 2018⁶³, bensì la sequenza, dei decreti-legge emanati dal Governo – e convertiti dal Parlamento – al fine di affrontare l’emergenza

⁶² Cfr. A. ARCURI, “La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021”, in www.giustiziainsieme.it

⁶³“La sentenza in esame sfiora, quindi, la duplice questione *i*) del corretto inquadramento (*rectius*: fondamento) dei d.P.C.m. e *ii*) della loro natura giuridica. Sotto il primo profilo, la sentenza – ed è senz’altro circostanza meritoria – identifica in modo univoco la ‘catena normativa’ che contraddistingue gli atti in questione, escludendo dalla medesima il D.lgs. n. 1/2018; a differenza di quanto prospettato da alcuni, sul punto la Corte infatti chiarisce che, “malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 non coincidono, infatti, con le ordinanze di protezione civile, l’emanazione delle quali compete pure al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018” (cfr. cons. in dir. § 8.1.).Sotto il secondo profilo, il ragionamento della Corte è forse ancora più contratto, ma non per questo meno significativo: muovendo dalla tipizzazione delle misure e dalla previsione legislativa di specifici criteri in ordine alle modalità di esercizio della relativa potestà attribuita al Presidente del Consiglio – e in particolare del tipico vincolo alla discrezionalità amministrativa rappresentato dai “principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso” (cfr. art. 1, co. 2, D.L. 19/20) –, il Giudice delle leggi ha fissato la natura di atto amministrativo dei d.P.C.m., definendoli “espressione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale”. Non solo. Proprio l’alternatività del “modello di regolazione” previsto dal D.L. n. 19/2020, rispetto a quello stabilito dal D.lgs. n. 1/2018, viene impiegata dalla Corte come ulteriore conferma dell’impossibilità di ‘sistemare’ i d.P.C.m. nel più ampio *genus* delle ordinanze di necessità e urgenza (c.d. ordinanze libere o necessitate): più che a quest’ultime, le misure urgenti di contenimento previste dal D.L. cit., secondo la Corte, possono “per certi versi” essere accostate alla categoria degli “atti necessitati”, in quanto “emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto” (e dunque distinti da quest’ultime), secondo una distinzione dottrinale classica del diritto amministrativo, a sua volta ripresa dalla stessa Corte in una sua risalente pronuncia in tema di ordinanze prefettizie ex art. 20, r.d. n. 383/1934 (Corte cost., sent. n. 4/1977).Con riguardo alla questione della natura normativa o meno dei d.P.C.m., una lettura affrettata della sentenza sembrerebbe suggerire che la Corte abbia escluso tale carattere, definendoli atti amministrativi generali; senonché proprio l’efficacia generale (c.d. generalità) è il principale tratto che accomuna gli atti normativi secondari e gli atti amministrativi generali, sicché si può ritenere che la Corte non abbia realmente scelto in quale dei due modelli collocare i d.P.C.m. previsti dal D.L. n. 19/2020. Né sono di poco conto le conseguenze pratiche connesse a questa alternativa: si pensi, per es., al tipo di conseguenze giuridiche per l’atto applicativo contrario un d.P.C.m., a seconda che si consideri quest’ultimo atto normativo (cui consegue un’illegittimità per violazione di legge) o atto amministrativo generale (cui consegue solo un’illegittimità per eccesso di potere).La questione più delicata da sciogliere resta, dunque, quella riguardante il carattere normativo (o meno) di questi particolari atti amministrativi; il che, da un lato, spiega la particolare cautela (se non parsimonia) osservata dalla Corte nel ‘dosare’ termini e concetti nell’economia della motivazione, e dall’altro implica che la relativa soluzione transiti per un esame analitico delle caratteristiche sostanziali di questi peculiari atti (esame in questo caso escluso dallo stesso tenore dell’ordinanza di rimessione)”, in questo senso Cfr. M. FRANCAVIGLIA, “Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021”, in www.diritticomparati.it. Cfr. M. RUBECHI, “I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare”, in www.federalismi.it



sanitaria⁶⁴ “rispetto ai quali si pongono quali provvedimenti attuativi di natura amministrativa generale non normativa anche perché volti a provvedere alla cura degli interessi pubblici specifici e non a porre regole di comportamento destinate a durare e a ripetersi nel tempo”⁶⁵. La Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 2021 ha espressamente confermato questa ricostruzione notando come, trattandosi di “atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle ‘ordinanze necessitate’ - a contenuto libero - seguito dal codice della protezione civile”, pertanto, “malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 non coincidono, infatti, con le ordinanze di protezione civile, l’emanazione delle quali compete pure al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018”. “Tutto ciò non toglie che mentre si perdeva il conto dei decreti-legge e dei d.p.c.m. adottati dal Governo, la crisi pandemica continuava ad essere affrontata “anche” mediante ordinanze di protezione civile, alcune di grandissima importanza: si è trattato, però, di provvedimenti presi dal Capo del

⁶⁴ Sembrerebbe “che le “convergenze parallele” che parrebbero condurre i diversi modelli normativi verso il «punto di transizione» della dichiarazione di emergenza siano orientate, più che verso un crocevia normativo, in direzione del vecchio paradigma dello «stato di necessità», il cui diritto di cittadinanza nello Stato costituzionale è, però, quantomeno discutibile e che, soprattutto, rischia sempre di aprire la strada a narrazioni ispirate dalla mitologia dello «stato di eccezione» La straordinaria capacità espansiva dei principi fondamentali della Costituzione, che ne consentono l’adattamento anche a contesti emergenziali imprevisti (ma non inimmaginabili), giustifica, del resto, quella sorta di *horror vacui* della democrazia costituzionale, che la rende refrattaria a interventi salvifici idonei a sacrificarne irrimediabilmente gli stessi principi di fondo. In altri termini, eventi concretamente imprevedibili ma astrattamente configurabili (come appunto una pandemia) non risultano ingestibili con le forme giuridiche vigenti ed entro le coordinate assiologiche dell’ordinamento costituzionale; in tal senso, come ha rilevato Paolo Carnevale, quello di cui si sta parlando è un «evento-situazione che, piuttosto che presentarsi in sé come sovversivo dell’ordinamento in quanto tale, mette direttamente a repentaglio un bene di assoluto pregio costituzionale, qual è la salute, individuale e collettiva, oggetto della specifica tutela *ex art. 32*. Ed è – si badi bene – proprio la salvaguardia di questo bene fondamentale ad aver imposto e ad imporre l’adozione di più o meno drastiche misure di compressione degli altri diritti costituzionali, del meccanismo di produzione normativa, delle dinamiche proprie della forma di governo, cioè in buona misura del sistema ordinamentale nel suo complesso». Non, dunque, di deroghe o sospensioni della Costituzione potrebbe parlarsi, a proposito dell’emergenza sanitaria, ma di una «smisurata, diffusa, inusitata, quanto a latitudine, operazione di macro-bilanciamento fra diritti costituzionalmente garantiti». Si tratta di una ricostruzione pienamente condivisibile, che mostra l’estraneità dei problemi suscitati dall’emergenza sanitaria rispetto alle questioni affrontate dalla dottrina dello «stato di necessità». Sarebbe meglio, dunque, una volta per tutte, sgombrare il campo della riflessione da tale paradigma, il quale rischia di alimentare una narrazione mitologica e di aprire le porte al ben più pericoloso feticcio dello «stato di eccezione», mistica rappresentazione di una «terra di nessuno fra il diritto pubblico e il fatto politico», condizione di vuoto assoluto nella quale, secondo Carl Schmitt, troverebbe espressione la decisione del vero sovrano”, in questo senso Cfr. A. MORELLI, “Le “convergenze parallele” dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale”, in www.nomos-leattualitàneldiritto.it

⁶⁵ Cfr. A. SAITTA, “Il codice della protezione civile e l’emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021”, in www.giurcost.org, 2021.



Dipartimento in stretta conformità allo schema previsto dall'art. 25 del codice e in parallelo ai vari decreti del Capo del Governo, adottati, invece, in esecuzione dei decreti-legge governativi"⁶⁶.

5. I poteri "intromissivi" del Capo dello Stato nella corrente stagione emergenziale e la attualità della teoria espositiana del Presidente della Repubblica "reggitore dello stato in tempo di crisi": con specifico riferimento alla possibile espansione della funzione e del ruolo presidenziali, segnatamente in sede di emanazione dei decreti legge.

Al Presidente della Repubblica spetterebbe sottoscrivere ed emanare formalmente il decreto legge - anche se secondo la prassi seguita i decreti legge sono registrati dalla Corte dei Conti⁶⁷ alla stregua di tutti gli altri atti governativi⁶⁸ - con un atto che è stato in qualche misura equiparato a quello della promulgazione della legge ordinaria. Anche se da un'attenta lettura degli articoli 77, 87 e 89 della Costituzione sembrerebbe che la facoltà di adottare decreti con forza di legge spetti solo al Governo, titolare del "potere legislativo potenziale"⁶⁹, e che il Presidente della Repubblica non abbia un potere sostanziale al pari della promulgazione nell'*iter legis*, ma nel caso dei decreti legge abbia la funzione di emanarli formalmente una volta che il Governo li abbia adottati sotto la sua esclusiva responsabilità, condizionata alla controfirma⁷⁰. Dunque, il Capo dello Stato non può partecipare alla determinazione del contenuto dell'atto deliberato dal Governo in quanto l'esercizio eccezionale della potestà legislativa rimane prerogativa esclusiva dell'Esecutivo⁷¹.

Nel nostro ordinamento non sono presenti norme che abilitino, in qualche modo, il Presidente della Repubblica ad esercitare un controllo sostanziale e neanche sono presenti norme che autorizzino lo stesso Presidente a rifiutare la firma rinviando il decreto con

⁶⁶ Cfr. A. SAITTA, "Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021", in *www.giurcost.org*, 2021.

⁶⁷ Tuttavia la Corte costituzionale, con la sentenza n. 406 del 1989, nota perché essa concludeva un aspro conflitto di attribuzioni sollevato dalla Corte dei Conti contro il Governo e il Parlamento a proposito della sottoposizione degli atti governativi con forza di legge al controllo della magistratura contabile, aveva posto l'accento sul potere di controllo spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti governativi di normazione primaria. La Corte, in quell'occasione, nel ribadire che l'esercizio della funzione legislativa da parte del Governo vede, in primo luogo, nel Parlamento il titolare dei controlli costituzionalmente necessari aveva però sottolineato con molta chiarezza come tra quei controlli andasse «*annoverato anche quello spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti del Governo aventi valore di legge ai sensi dell'art. 87, quinto comma della Costituzione*» controllo che – aggiungeva la Corte – «*è ritenuto di intensità almeno pari a quello spettante allo stesso Presidente sulle leggi ai sensi dell'art. 87, terzo comma, della Costituzione*». In questo senso detta affermazione non solo scioglie ogni dubbio sulla esistenza e, dunque, sulla piena legittimità del potere di controllo sull'emanazione di un decreto legge, ma lascia altresì chiaramente intendere come l'intensità di questo potere possa essere certamente più profonda ed estesa di quella concernente l'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge di origine governativa, Cfr. G. SERGES, "Il rifiuto di emanazione del decreto legge", in *www.astrid-online.it*

⁶⁸ Cfr. L. PALADIN, "Art.77", in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione – La formazione delle leggi*, Bologna, 1979, p.70

⁶⁹ Cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1984, p.317

⁷⁰ Cfr. G.F. CIAURRO, "Decreto legge", voce *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 7

⁷¹ Cfr. D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, p.105.



messaggio motivato perché tale meccanismo è disciplinato dall'art.74 Cost. e si riferisce soltanto alle leggi approvate dalle Camere che sono anche destinatarie del messaggio di rinvio nonché della facoltà di determinare in ogni caso la promulgazione riapprovando la legge. È da rilevare che l'emanazione intesa quale "atto dovuto" faccia riferimento solo a decreti perfetti sotto l'aspetto formale. Non rientrerebbero, secondo parte della dottrina⁷², in questa sfera gli atti che presentino dei vizi formali e che integrino gli estremi dei reati previsti dall'art.90 Cost., solo in questi casi il Presidente della Repubblica potrebbe operare il controllo sull'atto che gli viene sottoposto per l'emanazione, e dunque negarla solamente per gravissime cause di illegittimità, considerando che i provvedimenti da emanare devono essere sottoposti alla conversione in legge.

Non rappresenta certo una novità la constatazione che dietro l'attribuzione al governo del potere di adozione di decreti legge sul presupposto della straordinaria necessità ed urgenza si annidi uno degli strumenti più insidiosi per mettere a dura prova l'equilibrio dei poteri e per sottoporre a tensioni o a vere e proprie torsioni la forma di governo parlamentare⁷³. È noto, infatti, come, secondo la prevalente ricostruzione, la possibilità per il Presidente della Repubblica di rifiutare l'emanazione di un decreto legge dovesse riconoscersi solo di fronte all'ipotesi della radicale mancanza dei requisiti essenziali per la esistenza dell'atto, ovvero quando l'emanazione rischiasse di configurare le ipotesi di alto tradimento o di attentato alla Costituzione. Nel primo caso, si sosteneva che, piuttosto che di rifiuto di emanazione, dovrebbe più esattamente parlarsi di carenza del presupposto per l'esercizio del potere di emanazione, configurabile ad esempio di fronte ad atti non deliberati dal Governo nella sua collegialità, mentre nel secondo caso, al di là della questione concernente la qualificazione della emanazione come facoltà o come atto dovuto, il rifiuto avrebbe dovuto considerarsi, sempre, come pienamente ammissibile.

Ma, di là da queste ipotesi, l'opinione prevalente è quella che costruisce un potere presidenziale di controllo, in questa sede, in stretta analogia con la previsione dell'art. 74 Cost. e, tende ad ammettere, pertanto, negli stessi termini del rinvio presidenziale delle leggi, la possibilità di un veto sospensivo nel quale la differenza con il veto diretto ad interferire

⁷² "In effetti, è abbastanza diffusa l'opinione che un diniego assoluto di emanazione non si giustifichi altro che in ipotesi di nullità dell'atto, per mancanza di presupposti essenziali alla sua perfezione, o in quanto esso concreti un alto tradimento oppure un attentato alla Costituzione. Di recente, però, si è detto che il Capo dello Stato Cfr. G.F. CIAURRO, "Decreto legge", voce *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 7

⁷³ È sufficiente ricordare, al riguardo, le riflessioni di A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985, p. 257, i quali osservavano come «a partire dal quarto governo Andreotti (in piena "solidarietà nazionale") si è verificata una costante e patologica crescita dell'adozione dei decreti legge, che con gli ultimi governi ha raggiunto punte tali da far apparire la "decretazione d'urgenza" come la forma ordinaria di normazione e quella legislativa come la forma eccezionale. In breve, i principi tuttora scritti in Costituzione su questa materia, che non hanno un valore in sé concluso, ma si riflettono sulla stessa forma di governo parlamentare e sulla responsabilità politica, sono stati di fatto stravolti e addirittura rovesciati»; in termini in larga misura coincidenti L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 264, il quale, a conclusione dell'analisi degli aspetti problematici della decretazione rileva come «la disciplina costituzionale dei decreti legge risulta altamente problematica e viene messa in crisi tanto dalla prassi quanto dal complessivo ordinamento giuridico». In questo senso, G. SERGES, "Il rifiuto di emanazione del decreto legge", in *www.astrid--online.it*



con l'esercizio della funzione legislativa risiederebbe soltanto nella concreta possibilità di manifestarsi «nelle forme più diverse, sia riservate, sia rese manifeste»⁷⁴ a seconda che il Presidente sia indotto o meno a render palese il proprio intendimento, ovvero a manifestarlo attraverso strumenti meno formali e riservati. Un controllo, dunque, che non solo non trova alcun ostacolo nella assenza in Costituzione di una previsione simile a quella contenuta nell'art. 74 Cost., ma che deve ricondursi implicitamente al potere di subordinare l'emanazione alla ricorrenza di certe condizioni, perché, altrimenti, ne uscirebbe compromessa la stessa posizione di garanzia che la Costituzione affida al Presidente. Da qui la possibilità che nella sede dell'emanazione si possano utilizzare i medesimi poteri che si riconoscono nella sede del rinvio delle leggi, poteri che, pur avendo subito una graduale estensione sono stati, tuttavia, sempre saldamente ancorati, anche nella concreta prassi, a profili di legittimità costituzionale. E' pur vero che si è discusso della estensione anche a profili di merito, quanto meno del c.d. «merito costituzionale»⁷⁵, ma è anche vero che se la dottrina ha ritenuto di non poter distinguere tra ragioni di merito e ragioni di legittimità costituzionale la prassi, costante, si è incaricata di confermare come, nei casi in cui si sono adombrate ragioni di merito, queste non sono state mai disgiunte da robusti ancoraggi alla legittimità costituzionale.

Ciò che, insomma, sembra rappresentare la cifra caratteristica del potere di rinvio è il suo essere espressione di una potestà di garanzia complessiva ed unificante dell'insieme dei diritti costituzionali, un potere, quello del Capo dello Stato, nel quale la funzione di "controllo non è che un momento, caratterizzante ma non fondamentale, dell'eterogeneo insieme dei suoi compiti e delle sue facoltà"⁷⁶. Un ruolo, peraltro, che anche quando si fonda su rilievi di legittimità costituzionale, è pur sempre rimesso alla prudente discrezionalità del Presidente che può intervenire solo quando si configuri il concreto rischio che un atto, diretto ad essere immesso nell'ordinamento, incida sull'equilibrio delle istituzioni compromettendone, in qualche modo, il funzionamento.

Le valutazioni di legittimità costituzionale connesse all'esercizio di un simile potere non possono, d'altra parte, in alcun modo confondersi, o assimilarsi, a quelle affidate alla Corte costituzionale, ora perché esse sono frutto di una potestà esercitata discrezionalmente in casi, in qualche misura, eccezionali e di fronte a rischi di compromissione dell'equilibrio disegnato dalla Costituzione, mentre la Corte esercita istituzionalmente il potere di rimozione degli atti dal tessuto legislativo; ora perché esse si manifestano in via preventiva, mentre la Corte esercita il suo sindacato in via successiva e, prevalentemente, nella concretezza del contatto tra gli atti legislativi e la loro applicazione ai casi concreti.

È dunque evidente come non possa dubitarsi del riconoscimento di una simile attribuzione anche nella sede di emanazione dei decreti legge e, potrebbe dirsi, più in generale, nella sede di emanazione degli atti con forza di legge, considerato che le ragioni di

⁷⁴ In questo senso L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. del dir.*, vol., XXXV, Milano, 1986, p. 216

⁷⁵ Cfr. G. GUARINO, *Il Presidente delle Repubblica italiana*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1951, 959, ss.

⁷⁶ Cfr. L. PALADIN, *Op. cit.*,



garanzia del complessivo funzionamento ed equilibrio dei poteri affidate al Presidente possono presentarsi anche di fronte a questi atti.

Dato per scontato un potere di controllo del Presidente della Repubblica, resta da chiarire se sia possibile configurare una potestà presidenziale più intensa dinanzi ad atti, quali i decreti-legge, che sono i soli destinati a produrre effetti immediati e dinanzi ai quali anche lo stesso esercizio del potere di rinvio potrebbe rivelarsi del tutto infruttuoso. Dalla loro immediata immissione nell'ordinamento possono, infatti, derivare sia evidenti alterazioni dell'equilibrio dei diritti e delle facoltà (e, segnatamente, lesioni al potere giudiziario ed alle garanzie che questo potere rappresenta per i diritti costituzionali), sia effetti irreversibili incidenti su diritti costituzionali.

La risposta dovrebbe essere in senso positivo, quanto meno, in relazione al profilo della carenza assoluta dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, quale è quella che si è manifestata in occasione del decreto legge in questione. In questo caso lo strumento del rinvio si sarebbe configurato come un rimedio del tutto inutile. Quando l'assenza dei presupposti costituzionali per l'adozione della misura di urgenza si manifesta con l'intensità e la gravità di quel caso l'invito ad una riflessione o ad un ripensamento, attraverso lo strumento del rinvio, finirebbe per non poter sortire alcun effetto concreto. In altri termini, o i presupposti costituzionali sussistono *ex ante*, ovvero, se essi sono radicalmente assenti, la loro «costruzione» non può certo avvenire successivamente ad opera del Governo. Di fronte ad una simile situazione, l'unico efficace rimedio dinanzi ad un atto che si pone in così evidente contrasto con le condizioni poste dalla Costituzione, altro non può essere che un rifiuto assoluto, sempre preceduto, peraltro, da quegli atti di «leale collaborazione istituzionale» i quali sembrano proprio rappresentare lo strumento privilegiato perché una simile evenienza rimanga relegata ai margini estremi del contesto dei rapporti tra esecutivo e Presidente della Repubblica.

Del resto credo che una ricostruzione nei termini che si sono proposti finisca con l'affiorare anche dalla recente precisazione formulata dallo stesso Capo dello Stato quando ha sottolineato che l'autonoma ed esclusiva responsabilità rimane in capo al Governo in relazione *“alle scelte di indirizzo e di contenuto del provvedimento d'urgenza”*, mentre vanno ricondotti nell'alveo dei rapporti della collaborazione sia i *“profili di costituzionalità”* che quelli della *“coerenza e correttezza legislativa nel rapporto con l'attività parlamentare”*⁷⁷.

Uno dei più autorevoli costituzionalisti⁷⁸ italiani ha definito il Presidente della Repubblica l'organo costituzionale più "enigmatico" del nostro ordinamento giuridico.

La funzione ed il ruolo del Capo dello stato in Italia, in ottemperanza alla vigente forma di governo è quella che ha ad oggetto la esatta prossimità della "neutralità" e della posizione *super partes* dell'organo, ma anche l'individuazione dei margini d'intervento e dei limiti apponibili all'attività compositiva svolta dal Presidente della Repubblica. "Ciò, essenzialmente, per il fatto che l'esercizio dei poteri in discorso viene ricollegato a modalità e

⁷⁷ Cfr. G. SERGES, "Il rifiuto di emanazione del decreto legge", in *www.astrid-online.it*

⁷⁸ Cfr. L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. del dir.*, vol., XXXV, Milano, 1986, p. 216



forme di estrinsecazione tutt'altro che univoche e, invece, distanti (e differenziabili) quanto ai rispettivi contenuti⁷⁹”.

La teoria del *potere neutro*⁸⁰ non sembrerebbe particolarmente suggestiva nonostante il buon successo nella dottrina pubblicistica italiana. Essa lascia intendere l'idea di un organo "sapientemente silente", capace di praticare la prudenza, al di fuori o al di sopra del sistema politico, che non distribuisce "giudizi", ma è prodigo di "moniti" manifestati in modo che ottengano un consenso, quanto meno formale, pressoché unanime: insomma, come ancora si va sostenendo, il Presidente quale "grande e saggio persuasore", che sa tessere le fila anche sotto traccia allo scopo di perseguire obiettivi di coesione⁸¹.

Al contrario, si potrebbe ravvisare, nel tempo presente, una conferma della plausibilità – e della lungimiranza – della linea interpretativa espositiana⁸², in quanto anticipatrice di uno scenario che si potrebbe delineare – e che si è già in parte delineato – a seguito della emergenza pandemica: nel senso, cioè, che essa parrebbe rappresentare, segnatamente nei suoi possibili esiti "autoritari", quella condizione di progressiva disgregazione dei rapporti fra organi supremi dell'ordinamento e di persistente crisi politico-istituzionale che presuppone, sempre nella lettura espositiana, quella sorta di "reggenza"⁸³ del Capo dello stato, ovvero l'assegnazione di quell'insieme di poteri e il riconoscimento di quello *status* "salvifico"⁸⁴.

Tuttavia, la realistica ricostruzione sollecitata da Esposito è possibile "solo a condizione di tenere in debito conto il testo della Costituzione, che aveva tracciato in modo sintetico, ma molto efficace, i confini - appunto - realisticamente possibili (elastici quanto si vuole, ma pur sempre confini) dell'organo in uno Stato di partiti a forma di governo parlamentare (debolmente razionalizzata)"⁸⁵. Ciò si fonda sulla qualificazione, ai sensi dell'art. 87 Cost., del Presidente come "capo dello Stato" e "rappresentante dell'unità nazionale", ma ancora prima occorre soffermarsi sul fatto che "Al Capo dello Stato, qualunque sia o si ritenga la sua collocazione istituzionale nella forma di governo, spetta anche, quanto meno, una funzione di controllo e di garanzia della Costituzione, in qualità di «custode» o di «garante» di essa

⁷⁹ Cfr. P. STANCATI, "Della "neutralità" del Capo dello stato in tempo di crisi: sulla (presunta) "deriva presidenzialista" nella più recente evoluzione della forma di governo parlamentare in Italia, con precipuo raffronto all'esperienza weimariana", in *Costituzionalismo.it*, n.2/2013; Cfr. M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica italiana nelle recenti esperienze costituzionali. Aspetti problematici*, Napoli, 2013.

⁸⁰ Cfr. B. CONSTANT, *Principi di politica*, Editori Riuniti Universitari Press, Roma, 2020.

⁸¹ Cfr. D. TRABUCCO, "Il ruolo del Presidente della Repubblica durante l'emergenza sanitaria: tra irresponsabilità politica e responsabilità costituzionale", in *www.agerecontra.it*, 24 gennaio 2021.

⁸² Cfr. C. ESPOSITO, voce *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, p.236

⁸³ A questa linea interpretativa si contrappone la tesi sostenuta da Paolo Barile, che a sua volta riconosce al Capo dello stato, secondo la formula "indirizzo politico generale" o "indirizzo politico-costituzionale", un rilevante grado di apprezzamento, in specie nella risoluzione delle crisi di governo e, più in generale, nell'esercizio del potere di controllo "della attività della maggioranza", così Cfr. P. STANCATI, *Op. Cit.*; Cfr. P. BARILE, "I poteri del Presidente della Repubblica", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 307 ss..

⁸⁴ Cfr. P. STANCATI, *Op. Cit.*,

⁸⁵ Cfr. M. LUCIANI, "Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della costituzione)", in *Nomos*, n.1/2017.



nell'esercizio dei suoi diversi poteri"⁸⁶. La teoria secondo cui il Presidente della Repubblica sia inteso, in una forma di governo parlamentare, quale "reggitore dello stato in tempo di crisi"⁸⁷, è di chiara derivazione schmittiana⁸⁸. La teoria in parola rappresenterebbe, tuttavia, l'estraniamento della funzione presidenziale da quella "ordinaria" di arbitro e di garante del corretto svolgimento dei rapporti fra gli organi previsti dal potere di indirizzo politico. Sicché, insomma, detta teoria potrebbe giustificare ciò che sta accadendo in Italia in questo periodo storico in riferimento alle posizioni assunte dai Presidenti della Repubblica. In effetti, la figura del Capo dello Stato "starebbe divenendo, a tal stregua, soggetto titolare non solo di poteri di intermediazione o di composizione o di partecipazione, ma di diretta ed estesa 'intromissione' nelle vicende politiche"⁸⁹: attraverso il riconoscimento di un livello politico-decisionale di così elevato tenore attribuito al Capo dello stato anche e soprattutto da parte delle forze politiche presenti in Parlamento⁹⁰.

È da rilevare che in merito ai processi decisionali non può essere risolutivo un governo tecnico, per sua natura capace di esercitare funzioni politiche solo in termini parziali e ridotti in quanto caratterizzato, nella sua *ratio* istitutiva, dalla temporaneità ed eccezionalità che si ricollega ad uno "stato di necessità", al fine di ovviare alla emergenza indotta dal sopravvenire della crisi economica; o dell'emergenza sanitaria, o ancora dello stallo politico-istituzionale. Né potrebbe presumersi possedere tale attitudine un governo "di larga convergenza" o "delle larghe intese", in genere scarsamente capace a maturare al suo interno opinioni politiche distanti e radicalmente estranee le une alle altre e tali da non consentire, in causa degli inevitabili "equilibrismi" in cui è quotidianamente costretto, il perseguimento di una linea politico-programmatica di lungo respiro⁹¹.

In particolare, il problema della delimitazione concettuale della nozione di esternazione implica una necessaria individuazione dei comportamenti che caratterizzano tale potere e che ne circoscrivono l'ambito di pertinenza semantica. In questo senso è da rilevare una definizione ampia, comprendente nel fenomeno di esternazione "tutte quelle esternazioni pubbliche (destinate al pubblico) diverse da quelle costituzionalmente disciplinate"⁹² e una che concentra la peculiarità delle esternazioni sul carattere della pubblicità delle stesse, laddove esse vengono ad essere identificate con "le interviste attraverso i mezzi di comunicazione di massa, le lettere o i telegrammi inviate in certe occasioni e in ogni altro modo con cui il Capo dello Stato esprime pubblicamente le sue opinioni"⁹³.

Le norme di correttezza sono, dunque, norme che si originano parallelamente all'originarsi di un determinato assetto ordinamentale e seguono le vicende proprie di

⁸⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Op. Cit.*

⁸⁷ Cfr. C. ESPOSITO, *Op.Cit.*,

⁸⁸ Cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, trad. di A. Caracciolo, Milano, 1981, 203 ss.

⁸⁹ Cfr. P. STANCATI, *Op.Cit.*,

⁹⁰ Cfr. P. STANCATI, *Op. Cit.*;

⁹¹ In questo senso Cfr. P. STANCATI, *Op. Cit.*; Cfr. A. CATELANI, "Elezione diretta del Capo dello stato e rispetto della sovranità popolare", in *Rivista AIC*, n.4/2013.

⁹² Cfr. M. DOGLIANI, "Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica", in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, p. 223.

⁹³ Cfr. A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Roma-Bari, 1985, p.16.



quest'ultimo. Molto significativamente, già Santi Romano sosteneva che "assume rilevanza ai fini del diritto pubblico un tipo medio di uomo politico, che è per l'appunto l'uomo politico corretto"⁹⁴, dato che "il diritto costituzionale sente il bisogno di poggiarsi su una figura sotto certi aspetti simile a quella, che il diritto privato utilizza, del *bonus pater familias*". Pertanto, l'utilità delle norme di correttezza costituzionale risiede nella possibilità di essere utilizzate ai fini di ricerca scientifica per valutare la percezione che gli operatori costituzionali hanno del loro ruolo. A tal proposito la migliore dottrina non ha mancato di rilevare un particolare peso delle norme di correttezza costituzionale e dell'indirizzo politico nella valutazione dei comportamenti degli organi sovrani nell'articolazione dei loro rapporti. Difatti, per il Presidente della Repubblica e per la Corte costituzionale l'indirizzo politico è oggetto di prescrizione di norme di correttezza, nel senso che essi sono tenuti a farsi garanti del suo libero fluire, ma non possono pretendere di concorrere alla sua determinazione o alla sua implementazione⁹⁵. Tal presupposto appare tanto più valido dal momento che si discute se, nella stessa difesa di valori costituzionali, il Capo dello Stato non debba moderare le sue esternazioni quando quei valori siano espressi in principi costituzionali suscettibili di interpretazioni alternative, per la cui individuazione e precisazione la Carta costituzionale rimandi agli organi titolari dell'indirizzo politico. E ovvie sono le conseguenze che, in termini di correttezza debbono potersi trarre dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953, per il quale il controllo di legittimità della Corte su una legge o un atto avente forza di legge "esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento".

La realtà è che il Capo dello stato opera ed agisce all'interno di uno contesto in cui riesce con difficoltà ad acquisire dai protagonisti della scena politica elementi di supporto atti a conformare la propria azione, ma spesso è "delegato" da questi ultimi a inserirsi nella predisposizione e preparazione di quegli assetti di compromesso la cui determinazione sarebbe di pertinenza, per lo più esclusiva, delle soggettività politiche. In questo senso si giustifica "la "chiamata in causa" del Presidente della Repubblica in funzione, segnatamente, della *moral suasion* che questo può svolgere; la quale, a sua volta, discende dalla posizione assunta dall'organo e dalla sua riconosciuta autorevolezza"⁹⁶. L'incapacità di determinare, quindi, un "indirizzo politico di maggioranza" fa sì che esso rischi di trasformarsi in "indirizzo politico-costituzionale" o "generale" per il fatto che le scelte e le decisioni fra le più cariche di significato politico divengano di pertinenza di uno solo degli organi in questione.

Non è semplice dire se in questo indirizzo il controllo e la garanzia della Costituzione siano concepiti addirittura come attività legate da un rapporto di mezzo, quale il controllo, appunto la garanzia⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. S. ROMANO, "Diritto e correttezza costituzionale", in *Scritti Minori*, I, Milano, 1950, p.273.

⁹⁵ Cfr. S. BARTOLE, "Norme di correttezza e indirizzo politico", in AA. VV., *Norme di correttezza costituzionale convenzioni ed indirizzo politico*, Milano, 1999, p. 21.

⁹⁶ Cfr. P. STANCATI, *Op. Cit.*;

⁹⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Op. Cit.*;



Resta pur sempre il fatto che il Capo dello stato non agisce *ultra vires*. Egli si limita a presagire, al fine di responsabilizzare le forze politiche presenti in Parlamento, uno scenario e le conseguenze che deriverebbero da una crisi di governo, specialmente se la crisi è di tipo parlamentare. In tal caso si potrà pure sostenere che queste affermazioni facciano riferimento ad una esplicitazione di un "indirizzo politico di maggioranza" e non di un indirizzo "politico-costituzionale", nel senso che i comportamenti espressi dal Capo dello stato sarebbero funzionali alla prosecuzione e ulteriore stabilizzazione dei Governi in carica e all'attuazione delle linee programmatiche espresse dai Presidenti del Consiglio; tuttavia ciò conferma l'inevitabile confusione e sovrapposibilità dei due concetti nella attuale periodo di crisi e, più in generale, nei periodi di prolungata instabilità politico-istituzionale.

L'unica possibilità di legittimare, insomma, "i comportamenti "intromissivi" del Presidente della Repubblica è – si crede - quella che prende forza e significato dalla natura "negativa" ed "obbligata" dell'intervento presidenziale. Si vuol dire che la cennata lievitazione e traslazione della funzione presidenziale – dalla determinazione dell'"indirizzo politico-costituzionale" alla (vigorosa partecipazione nella) determinazione dell'"indirizzo politico di maggioranza" – in tanto "si tiene", e può reputarsi tollerabile dal punto di vista giuridico-costituzionale, in quanto il Capo dello stato agisca, appunto, in una situazione di vuoto quale quella sopra evidenziata; ovvero in quanto si possa affermare che è tal "vacuità", che si caratterizza per la assenza di certi ed incontrovertibili supporti da parte dei soggetti detentori della funzione d'indirizzo, che induce la omologazione (ed analogia) fra gli ambiti (e le relative scelte) ascrivibili all'"indirizzo politico di maggioranza" e quegli altri invece riconducibili all'"indirizzo politico-costituzionale"⁹⁸.

Il ruolo svolto in questa drammatica circostanza dal Presidente della Repubblica ha fatto emergere la rilevanza delle sue dichiarazioni, che si sono rivelate cruciali e determinanti sotto diversi aspetti. In primo luogo, per il rilievo conferito al sentimento dell'unità nazionale e alla sua stessa definizione; in secondo luogo, per il richiamo forte all'esigenza di una risposta collaborativa dello Stato e del sistema delle autonomie (soprattutto regionali) alle complesse questioni poste dall'emergenza sanitaria; ancora, per la presa di posizione in tema di correttezza dei procedimenti decisionali seguiti per fronteggiare l'emergenza, con la valorizzazione del ruolo del Parlamento⁹⁹. Insomma, le dichiarazioni del Capo dello Stato durante la pandemia hanno avuto la funzione di richiamare l'opinione pubblica e i decisori politici all'esigenza di preservare la coesione territoriale e l'equilibrio tra i poteri. Da quanto sostenuto si rileva l'importanza che in Italia continua a rivestire il ruolo del Presidente della Repubblica, quale organo *super partes*, in conformità al pensiero della Corte Costituzionale¹⁰⁰, previsto con una funzione di moderazione e di stimolo nei confronti degli altri poteri e dunque una Presidenza della Repubblica neutrale.

⁹⁸ Cfr. P. STANCATI, *Op. Cit.*,

⁹⁹ Cfr. G. BRUNELLI, "La pandemia e l'unità nazionale: il ruolo del Presidente della Repubblica", in *Diritto Virale – www.giure.unife.it*

¹⁰⁰ Corte Cost., sent.n.1/2013.



Quest'ultima è intesa al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e al di sopra di tutte le parti politiche¹⁰¹, con una funzione di moderazione e di stimolo nei confronti degli altri poteri. È necessario, poi, un parlamentarismo razionalizzato che, rendendo più fluida ed efficace la decisione politica, consenta di assicurare un assetto collaborativo tra i poteri, preservando anche la correttezza delle procedure di produzione del diritto. È evidente che un primo, decisivo, elemento di razionalizzazione deriverebbe dalla riforma del bicameralismo paritario, con una sola Camera che accorda e revoca la fiducia. Se il contesto politico consentisse comunque un confronto serio e non pretestuosamente conflittuale, si potrebbero intanto immaginare interventi sul diritto parlamentare, ad esempio differenziando per quanto possibile, anche attraverso regole convenzionali, il ruolo delle due Camere, laddove il disegno costituzionale lo consenta. Così il Senato, a fronte di un ridimensionamento procedurale nell'ambito della funzione legislativa, potrebbe "specializzarsi" nelle attività conoscitive e di indirizzo, in particolare in determinate materie. La stessa utilizzazione delle commissioni monocamerali d'inchiesta potrebbe coinvolgere, nei due rami del Parlamento, materie diverse, in un'ottica – appunto – di "specializzazione" funzionale. E forse l'unica via di uscita sarebbe quella prospettata proprio dalla teoria espositiva¹⁰².

In presenza, infatti, di maggioranze parlamentari deboli favorite anche dal sistema elettorale, il margine di intervento del Presidente della Repubblica si contraddistingue per un interventismo tale da attribuirgli un ruolo non secondario nella stessa determinazione dell'indirizzo politico¹⁰³.

In merito all'emanazione dei decreti legge nel periodo pandemico è da rilevare che se da un lato il Presidente della Repubblica è irresponsabile nell'esercizio delle proprie funzioni, ad eccezione ovviamente che per alto tradimento o attentato alla Costituzione, ai sensi dell'art. 90 Cost., dall'altro non dovrebbe venir meno la sua responsabilità costituzionale di adoperarsi affinché non siano posti in essere, magari da suoi comportamenti omissivi, violazioni della Costituzione. In occasione dell'emanazione dei decreti legge adottati dal Governo ai sensi dell'art. 77, comma 2, Cost, il Capo dello Stato è chiamato, come si diceva, non solo a rilevare l'eventuale "mancanza evidente" o "erronea valutazione"¹⁰⁴ dei presupposti giustificativi di straordinarietà, urgenza e necessità, ma anche a verificare le modalità di formulazione delle disposizioni normative in esso contenute, in modo che possibili limitazioni di diritti costituzionalmente garantiti siano proporzionalmente bilanciati.

Una delle ragioni potrebbe essere la eccessiva sollecitudine (e il mancato assoggettamento a controllo) nella emanazione dei decreti legge; laddove si ritenesse che il Presidente della Repubblica abbia, cioè, emanato un decreto legge palesemente illegittimo senza opporre alcuna obiezione; e ciò sia nei modi non formali del richiamo, del suggerimento o della *moral*

¹⁰¹ Corte Cost, sent n.1/2013.

¹⁰² Cfr. G. SILVESTRI (a cura di), *La figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985.

¹⁰³ Cfr. D. TRABUCCO, *Op. Cit.*

¹⁰⁴ Corte Costituzionale, Sentenza n. 29/1995



suasion espressa per il tramite del dialogo diretto con i membri del governo, e con il suo organo di vertice in specie, sia nei modi più estremi del rifiuto di emanazione. È da rilevare, comunque, che la intromissione più evidente, sempre indotta dalla emergenza pandemica, sia stata quella operata nella transizione Conte - Draghi. Nella formazione dell'ultimo governo, infatti, il comportamento del Presidente della Repubblica è stato, da più parti, censurato. Tale "intromissione" probabilmente è stata, nel caso di specie, più evidente delle altre palesatesi, ad esempio, nel corso della presidenza Napolitano. I governi Monti e successivi erano infatti certo governi tecnici e "governi del presidente" ma erano pur sempre formati senza particolari ostacoli posti dalle forze politiche e parlamentari e, addirittura, "implorati" da queste. Nella formazione del governo Draghi, in particolare, la "imposizione" del Presidente della Repubblica è apparsa, seppur indotta dalla necessità di far fronte alla emergenza pandemica con sollecitudine e urgenza, assai più significativa. Il che si evince dalle più accese e numerose critiche provenienti da parte consistente delle forze politiche sopra dette. Il Presidente della Repubblica nel suo discorso del 2 febbraio del 2021 evidenzia chiaramente le ragioni della non procrastinabilità di far luogo alla formazione di una nuova compagine governativa e, soprattutto, nega recisamente la possibilità di far luogo allo scioglimento anticipato e a nuove elezioni.

Ciò perché, in generale, nessun intervento, sia pure anche sul piano della *moral suasion*¹⁰⁵, in relazione alla "efficacia differita" dei decreti legge contenenti le misure di prevenzione attuate o modulate con successivi dpcm, potrebbe essere escluso da qualunque forma di controllo parlamentare¹⁰⁶.

La "vigilanza" del Presidente eviterebbe, allora, al Parlamento di essere coinvolto in un procedimento di conversione che, se portato a termine, determinerebbe l'approvazione di una legge caratterizzata dal medesimo "contenuto eversivo" del decreto originario e, dunque, non passibile di promulgazione¹⁰⁷.

La responsabilità "esclusiva" che l'art. 77 della Costituzione attribuisce al Governo della Repubblica è di ordine politico e giuridico, ma evidentemente non può assorbire le responsabilità proprie delle altre istituzioni di garanzia costituzionale. Relativamente al Parlamento, esso esprime unicamente atti di indirizzo, privi di qualunque dimensione giuridica vincolante, con la eventualità che, anche in ipotesi di orientamento politico divergente, questa non avrebbe forza per impedirne la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e la sua entrata in vigore. Fino a che punto questo uso dei dpcm possa continuare ad alterare la struttura policentrica del Governo non è ancora chiaro.

¹⁰⁵ Cfr. L. D'Andrea, "Ruolo garantista del Presidente della Repubblica ed il procedimento di formazione del governo Conte", in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2018.

¹⁰⁶ Il fatto che il provvedimento provvisorio possa fondarsi sull' "urgenza a provvedere", potendo produrre concretamente i suoi effetti in un secondo momento, non sarebbe utile, in senso assoluto ma solo "per qualche aspetto", in questo senso la Corte Costituzionale, Sentenza n. 17/2017 e Sentenza n. 171/2017.

¹⁰⁷ Cfr. E. BETTINELLI, "Il ruolo di garanzia effettiva del Presidente della Repubblica (in un sistema politico che deraglia...)", *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 21, 2012, p. 21 ss.

E' ciò che ha fatto il Presidente Mattarella¹⁰⁸ quando, come si è accennato, il 2 febbraio 2021 ha rivolto “un appello ai partiti perché conferiscano la fiducia a un governo di alto profilo che non si identifichi con alcuna formula politica”. Dunque, il Presidente della Repubblica in una situazione grave e difficile, “dilata al massimo” il suo margine temporale e scende in campo individuando e finanche “imponendo” – ovviamente entro i limiti consentiti dal vigente assetto costituzionale – una soluzione. Anche in questo caso troverebbe applicazione la teoria espositiana secondo la quale “nello stato di crisi il Quirinale si erge a supremo reggitore dello Stato”¹⁰⁹. Anche i poteri del Presidente del consiglio, che sembrano essere dilatati rispetto ai partiti, in realtà rispettano e rispecchiano quanto previsto all’art. 95 della nostra Carta perché il Presidente del Consiglio “dirige la politica generale del governo e ne è responsabile”¹¹⁰.

Il ritorno alla normalità deve essere “ad un’altra normalità”, altrimenti ci ritroveremo in una sorta di barbarie istituzionale. Forse l’attuazione della Costituzione, con la centralità della persona e il progetto di emancipazione e giustizia sociale, potrebbe essere un passo in questa direzione conferendo così al diritto costituzionale la forza per un progetto politico alternativo alla pervasività, alle istanze egemoniche, alle disuguaglianze e alla letalità del neoliberalismo¹¹¹.

¹⁰⁸ Cfr. A. RUGGERI, La rielezione di Mattarella al Quirinale, ovvero sia il crepuscolo della politica e della Repubblica, in *Consulta Online*, editoriale del 31 gennaio 2022, p. 1. Cfr. L. M. “TONELLI, La rielezione di Sergio Mattarella a Presidente della Repubblica: alcune brevi considerazioni”, in *www.Dirittifondamentali.it*, n.1/2022.

¹⁰⁹ Cfr. C. ESPOSITO, *Op. Cit.*,

¹¹⁰ Cfr. N. LUPO, I “governi tecnici”. Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica, in *Rass. parl.*, n. 1/2015, p. 57 s.; M. VOLPI, *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, 2017. Si potrebbe parlare, altrimenti, di un rafforzamento del ruolo del Presidente della Repubblica a seguito della rielezione di Mattarella. In riferimento al messaggio di reinsediamento del Presidente, che è ricco di indicazioni programmatiche, per non dire di indirizzo politico. Cfr. L. M. TONELLI, *Op. cit.*,

¹¹¹ Cfr. A. ALGOSTINO, “Covid-19 primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione”, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n.3/2020.

IL DELICATO EQUILIBRIO TRA LA TUTELA DELL'AMBIENTE E LA PROMOZIONE DELLE ATTIVITÀ ECONOMICHE NELLA PIANIFICAZIONE DELLO SPAZIO MARINO¹

Giulia Torta

Abstract: l'ambiente marino è costantemente esposto a molteplici pressioni per effetto delle attività umane in mare e a terra, dunque, è senza dubbio uno degli esempi più evidenti della complessità insita nella ricerca di un equilibrio tra le istanze della tutela dell'ambiente e quelle della pianificazione territoriale. La tutela dell'ambiente marino, infatti, richiede una gestione accurata dello spazio marittimo e costiero per garantire che l'utilizzo delle risorse disponibili sia compatibile con la preservazione degli ecosistemi e con le esigenze delle future generazioni. La strategia normativa posta in essere dal legislatore negli ultimi decenni non è riuscita, tuttavia, a migliorare concretamente la situazione del delicatissimo ambiente costiero, che risulta anzi peggiorata per effetto delle logiche di sfruttamento economico. Come emerge dalla pratica, infatti, a fronte di un'affermazione formale dell'esigenza di effettuare un bilanciamento ponderato delle contrapposte esigenze di sfruttamento e di protezione, e di un continuo richiamo al principio dello sviluppo sostenibile, la disciplina appare evidentemente sbilanciata nel favorire prioritariamente le istanze economiche. In questo contesto, la recente riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 può rappresentare l'occasione per riequilibrare effettivamente il rapporto tra i contrapposti interessi e fare in modo che, nella strategia di pianificazione e programmazione legislativa ed amministrativa, la tutela dell'ambiente abbia il giusto autonomo rilievo.

The marine environment is constantly subjected to multiple strain factors due to human activities at sea and on land, therefore, it is undoubtedly one of the clearest examples of the complexities linked to finding a balance between the needs of environmental protection and those of territorial planning. Indeed, the protection of the marine environment requires careful management of the maritime and coastal space to ensure that the use of available resources is compatible with the preservation of the ecosystems and with the needs of future generations. However, the regulatory strategy of the Italian legislator in recent decades has failed to concretely improve the situation of the extremely delicate coastal environment, which has worsened due to economic exploitation. Moreover, an analysis of the actual practices shows that despite the formal affirmation of the need to carry out a careful balancing of the opposing needs of exploitation and protection, and a continuous reference to the principle of sustainable development, the current discipline appears evidently unbalanced, favouring primarily economic actors. In this context, the recent constitutional reform of articles 9 and 41 may represent an opportunity to effectively rebalance the relationship between such opposing interests and ensure that

¹ Contributo destinato agli Scritti in onore di Filippo Salvia a cura di G. Corso e M. Immordino, Napoli, 2023.



environmental protection has a proper prominence in the legislative and administrative planning and programming strategy.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La progressiva evoluzione della tutela dell’ambiente marino – 2.1. Il panorama normativo internazionale – 2.2. Il contesto normativo europeo – 2.3. Il quadro giuridico nell’ordinamento italiano – 3. La pianificazione dell’uso dello spazio marittimo – 4. Conclusioni: la difficile identificazione di un compromesso tra esigenze diverse.

1. Premessa.

Nella produzione scientifica del Professor Filippo Salvia, lo studio delle discipline che regolano l’assetto del territorio, con particolare riferimento alle destinazioni ed alle modalità d’uso delle diverse parti del medesimo, ha senza dubbio rappresentato una delle linee di ricerca più prolifiche¹. Salvia, infatti, si è a lungo dedicato all’approfondimento dell’urbanistica (intesa come quell’insieme di norme con incidenza territoriale finalizzate ad ottimizzare i diversi usi del territorio, rendendoli compatibili e sinergici tra loro²) e delle materie ad essa “limitrofe”, regolate da normative speciali³ e preordinate alla cura di interessi considerati di particolare rilevanza sociale, cui l’ordinamento riserva una tutela rafforzata. Sotto il profilo della salvaguardia dell’ambiente e del patrimonio naturale, peraltro, Salvia ha sempre evidenziato come la complessa trama degli strumenti giuridici

¹ A testimonianza di ciò, si può richiamare il Manuale di diritto urbanistico da lui realizzato e giunto ormai alla quarta edizione (F. SALVIA, C. BEVILACQUA, N. GULLO, *Manuale di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 2022) e numerosi altri scritti dedicati al tema dell’urbanistica e della tutela dell’ambiente. Nell’ambito della vasta produzione scientifica di Salvia si vedano, in particolare: F. SALVIA, *Il Ministero dell’ambiente*, Roma, 1989; Id., *L’inquinamento: profili pubblicistici*, Padova, 1984; Id., *Disciplina sostanziale del potere di pianificazione*, in *Trattato di diritto del territorio* a cura di F. G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani, vol. I, Torino, 2018, 529 ss.; F. TERESI, F. SALVIA, G. COTTONE (a cura di), *Codice commentato della normativa della Regione siciliana sull’inquinamento*, Palermo, 1985; F. TERESI, F. SALVIA (a cura di), *Codice della legislazione urbanistica (Leggi – decreti – circolari)*, Palermo, 1968; F. SALVIA, F. TERESI, *Diritto Urbanistico*, Padova, 1986; F. SALVIA, F. TERESI, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Padova, 1973.

² Cfr. F. SALVIA, *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, in *Nuove autonome*, n. 3/2012, 426 e 427, ove l’Autore, riprendendo la costruzione di Stella Richter, propone una definizione di urbanistica che si focalizza sull’elemento teleologico. Secondo Salvia, infatti, “la finalità dell’urbanistica non è quella di soddisfare questo o quel determinato interesse che sul territorio trovi il suo momento materiale di incidenza, essa ha invece ad oggetto, almeno potenzialmente, tutti gli interessi che sul territorio devono trovare soddisfacimento, poiché la sua finalità è quella di ottimizzazione dell’uso del territorio...globalmente considerato, non azzerando le discipline esistenti, né trasformando in “urbanistica” tutto ciò che incontra.” Seguendo questa ricostruzione, dunque, “l’urbanistica potrebbe essere assimilata a una sorta di fascio luminoso capace di rendere visibili le diverse realtà presenti in un certo territorio e la trama viaria di uscita (in ciò si può far consistere essenzialmente la c.d. funzione ricognitiva dei piani urbanistici), per avviare un processo decisionale partecipato”.

³ Si tratta di normative ispirate da scopi prevalentemente economici (come nel caso della legislazione in tema di miniere, linee ferrate, porti ed aeroporti), o dalla necessità di introdurre tutele mirate (come nel caso della legislazione in tema di beni culturali, al paesaggio, all’ambiente ed alle aree naturali protette).



apprestati dal legislatore italiano per regolare l'utilizzo del territorio sia storicamente finalizzata, più che alla tutela della natura incontaminata, alla garanzia del perdurare di certi "rapporti equilibrati" tra uomo ed ambiente⁴. Nella ricostruzione promossa da Salvia, infatti, emerge chiaramente come l'obiettivo della disciplina urbanistica, e delle discipline ad essa limitrofe, sia l'introduzione di sistemi multipli di controllo delle trasformazioni territoriali, nell'ottica di una pianificazione articolata del territorio contraddistinta dalla necessità di coinvolgere attivamente le popolazioni locali.

Ciò premesso, è essenziale mettere in evidenza come, tra i vari ambienti naturali bisognosi di tutela, l'ambiente marino, che risulta costantemente esposto a molteplici pressioni per effetto delle attività umane in mare e a terra⁵, sia senza dubbio uno degli esempi più evidenti della complessità insita nella ricerca di un connubio equilibrato tra le istanze della tutela dell'ambiente e quelle della pianificazione territoriale. Per questa tipologia di patrimonio naturale, infatti, la tecnica della tutela attraverso l'imposizione di un divieto *tout court* si rivela, spesso, inefficace (ed anzi il più delle volte potenzialmente collidente con le necessità economiche delle popolazioni locali), mentre sembra più utile e proficua convogliare gli sforzi regolatori nel tentativo di individuare un compromesso ragionevole tra le necessità economiche delle comunità locali, da un lato, e le necessità ecologiche di conservazione degli ecosistemi e della biodiversità, dall'altro.

2. La progressiva evoluzione della tutela dell'ambiente marino.

La consapevolezza dell'importanza di tutelare l'ambiente marino con strumenti giuridici dedicati si è sviluppata gradualmente, di pari passo con l'evolversi della sensibilità collettiva sui temi ambientali, sia a livello internazionale sia a livello nazionale. Di conseguenza, il quadro normativo che ad oggi regola la tutela dell'ambiente marino si articola su più livelli e, per essere ricostruito correttamente, richiede all'interprete un'analisi pluriordinamentale.

2.1. Il panorama normativo internazionale.

L'ambiente marino, in senso lato, è stato oggetto di attenzione sin dalle prime dichiarazioni internazionali in materia di ambiente⁶. Attualmente, tra gli strumenti

⁴ Cfr. F. SALVIA, *Aree protette, proprietà e interessi ambientali*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3-4/2000, 637 ss.

⁵ Queste attività hanno provocato inquinamento, danni ai fondali marini, sfruttamento eccessivo, perdita di biodiversità, diffusione di specie non autoctone, rifiuti marini, rumore sottomarino, riscaldamento e acidificazione degli oceani.

⁶ La dottrina ha ricostruito come i primi mutui riconoscimenti della necessità di conservare le risorse del mare risalgano già alla metà dell'800, (cfr. F. FLORIO, *Mare*, Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XIX, 1990, 4 ss.), sebbene l'impegno degli Stati a prevenire l'inquinamento dei mari sia stato poi introdotto per la prima volta solo con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972 (*Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, adottata il 16 giugno 1972 dalla *United Nations Conference on the Human Environment*: si vedano, in particolare, i principi 7 e 22) a sancire, per la prima volta non solo al fine di tutelare la salute umana, ma anche direttamente al fine di tutelare le risorse marine viventi e la vita marina. Per una ricostruzione organica dell'evoluzione storico-normativa della tutela internazionale del mare si veda G. RAK, *Profili di protezione ambientale del mare*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* a cura di P. Dell'Anno, E. Picozza, vol. III, Padova, 2015, 609 ss. Per un approfondimento più ampio sull'evoluzione della tutela dell'ambiente a livello internazionale, invece, si rinvia a: A.



internazionali che fanno esplicito riferimento alla necessità della sua protezione si annoverano: la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (CNUDM), firmata a Montego Bay nel 1982 (definita anche la “costituzione dei mari”⁷); la Carta Mondiale della Natura del 1982⁸; l’Agenda 21⁹; il documento finale della Conferenza di Johannesburg del 2002¹⁰; il documento “The future we want” del 2012¹¹; il Piano “Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development by 2030” del 2015¹².

Per la protezione delle specie, degli *habitat* e della biodiversità marina, inoltre, sono stati adottati negli anni diversi accordi multilaterali ad applicazione sia globale sia regionale, che hanno attenzionato, di volta in volta, determinati aspetti degli ambienti marini. La Convenzione di Ramsar del 1971¹³, ad esempio, ha introdotto una normativa per la tutela delle zone umide che costituiscono l’*habitat* degli uccelli acquatici e palustri ed è stata concepita per applicarsi alle acque del mare che sono inquadrabili, appunto, come zone umide, ovvero distese d’acqua marina la cui profondità, con la bassa marea, non eccede i sei metri¹⁴; la Convenzione di Washington del 1973¹⁵, invece, ha l’obiettivo di limitare il

LANCIOTTI, *La tutela del mare*, in *La tutela dell’ambiente nel diritto internazionale ed europeo* a cura di R. Giuffrida, F. Amabili, Torino, 2018, 164 ss.; M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in *Trattato di diritto dell’ambiente* a cura di P. Dell’anno, E. Picozza, vol. I, Padova, 2015, 9 ss.; D. ADDIS, *The protection and preservation of the marine environment*, in *Aspetti normative e gestionali delle aree marine protette* a cura di G. Tellarini, Bologna, 2012, 57 ss.

⁷ G. RAK, *Profili di protezione ambientale del mare*, cit., 616. Per un approfondimento sulla CNUDM si rinvia a D. FREESTONE (a cura di), *The 1982 Law of the Sea Convention at 30: success, challenges and new agendas*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law, Special Issue*, vol. XXVII, 2012; V. STARACE, *La protezione dell’ambiente marino nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, in *Diritto internazionale e protezione dell’ambiente marino* a cura di V. Starace, Milano, 1983, 804 ss.

⁸ *World Charter of Nature*, approvata con la Risoluzione A/RES37/7 dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 28 ottobre 1982. Questa Carta enuncia principi che si applicano a tutte le aree del pianeta, imponendo una gestione delle risorse che non arrechi danno all’integrità delle stesse e degli ecosistemi.

⁹ L’Agenda 21 è un ampio ed articolato programma di azione scaturito dalla Conferenza sull’ambiente e lo sviluppo delle Nazioni Unite (UNCED), altrimenti noto come *Summit* della Terra, tenutosi a Rio de Janeiro nel giugno del 1992. Il capitolo 17, per l’appunto, è dedicato a mari, oceani ed aree costiere.

¹⁰ La Conferenza di Johannesburg del 2002 A/CONF.199/20 (*World Summit on Sustainable Development* - WSSD, anche nota come “*Summit* mondiale sullo sviluppo sostenibile”, o come “Rio+10”), convocata un trentennio dopo la conferenza di Stoccolma del 1972, afferma che oceani, mari, isole e aree costiere sono componenti essenziali e parte integrante dell’ecosistema della terra e la loro protezione richiede, dunque, una cooperazione effettiva tra molteplici organismi e azioni esistenti, nonché una gestione integrata e multidisciplinare anche a livello nazionale. Si veda, inoltre, la conseguente Risoluzione A/RES/57/253 dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 21 febbraio 2003.

¹¹ Risoluzione A/RES/66/288 dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite dell’11 settembre 2012.

¹² Si tratta di un Piano d’Azione (Risoluzione A/RES/70/1 dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 21 ottobre 2015) adottato dalle Nazioni Unite nel corso del *Summit* sullo sviluppo sostenibile tenutosi a settembre 2015 a New York ed il cui Goal 14 è, appunto, “to conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development”.

¹³ *Convention on wetlands of international importance especially as waterfowl habitat*, conclusa a Ramsar il 2 febbraio 1971.

¹⁴ Articolo 1 della Convenzione di Ramsar.

¹⁵ *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, conclusa a Washington D.C. il 3 marzo 1973.



commercio internazionale di specie minacciate o protette includendo, tra esse, anche numerose specie marine sia animali sia vegetali. Nel 2015, inoltre, anche l'Agenda 2030 promossa dalle Nazioni Unite¹⁶ ha dato rilievo alle esigenze di tutela degli ambienti marini identificando come Obiettivo 14 la preservazione e l'utilizzo sostenibile degli oceani, dei mari e delle risorse marine¹⁷. In una prospettiva regionale, poi, alla tutela del mar Mediterraneo è stata dedicata un'attenzione particolare al fine di dare il giusto rilievo alle sue peculiarità storiche e naturali¹⁸. Il Mediterraneo, infatti, è un mare antico e ricco di ecosistemi locali fragili e pieni di fascino, la cui tutela deve essere pianificata sulla base delle caratteristiche proprie di un mare semichiuso¹⁹, in cui l'uso che ciascuno Stato fa del proprio mare o territorio costiero incide inevitabilmente e direttamente sugli utilizzi degli altri Stati, oltre che sul patrimonio naturale in generale reso più vulnerabile dalla maggiore difficoltà di procedere ad un'autodepurazione²⁰. Nella consapevolezza di queste necessità, dunque, al Mar Mediterraneo sono stati specificatamente dedicati a livello internazionale alcuni strumenti giuridici *ad hoc*, che si inseriscono nella cornice normativa stabilita dal "Mediterranean Action Plan" (MAP) del 1975²¹, dalla Convenzione di Barcellona del 1976²² (poi

¹⁶ Risoluzione delle Nazioni Unite A/RES/70/1 approvata dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015.

¹⁷ Per un approfondimento si rinvia alla ricostruzione offerta da G. ZAMIGNAN, A. C. ALMEIDA, R. G. PEREIRA DA SILVA, L. H. B. GAIVIZZO, D. N. SOAERS, C. H. SAITO, *Agenda 2030: inter-relações sistêmicas entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*, in *Desenvolvimento e meio ambiente*, n. jul.-dez./2022, 543 ss.; D. TREMBLAY, F. FORTIER, J.F. BOUCHER, O. RIFFON, C. VILLENEUVE, *Sustainable development goal interactions: an analysis based on the five pillars of the 2030 agenda*, in *Sustainable Development*, n. 6/2020, 1584 ss.; A. ANDRIES, S. MORSE, R. J. MURPHY, J. LYNCH, E. R. WOOLLIAMS, *Using data from earth observation to support Sustainable Development Indicators: an analysis of the literature and challenges for the future*, in *Sustainability*, n. 3/2022, 1191 ss.; M. KOSTETCKAIA, M. HAMETNER, *How Sustainable Development Goals interlinkages influence European Union countries' progress towards the 2030 Agenda*, in *Sustainable Development*, n. 5/2022, 916 ss.

¹⁸ Cfr. SoED 2020. *State of the Environment and Development in the Mediterranean*, United Nations Environment Programme, Mediterranean Action Plan (Barcelona Convention System) e Plan Bleu, Nairobi, 2020.

¹⁹ La Convenzione di Londra sulla prevenzione dell'inquinamento causato da navi (anche nota come MARPOL 73/78, poiché in essa convergono due trattati internazionali del 1973 e del 1978) ha qualificato il Mediterraneo come "zona speciale", intendendosi come tale un'area marina che, per riconosciute ragioni tecniche relative alla delicatezza ecologica ed alla natura ed intensità del traffico marittimo, richiede l'adozione di speciali strumenti per la prevenzione dell'inquinamento marino.

²⁰ Il dovere di cooperazione tra gli Stati rivieraschi nei mari chiusi e semichiusi è affermato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (CNUDM), firmata a Montego Bay nel 1982 ed entrata in vigore internazionalmente il 16 novembre 1994 (ratificata e resa esecutiva dall'Italia con la legge 2 dicembre 1994 numero 689).

²¹ Il MAP è stato istituito nel 1975 come accordo ambientale multilaterale nel contesto del Programma Marittimo Regionale del Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (*Regional Seas Programme of the United Nations Environment Programme - UNEP*).

²² *The Barcelona Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean*, adottata il 16 febbraio 1976 ed entrata in vigore il 15 aprile 1978. Le parti contraenti vincolate dal testo della Convenzione internazionale sono, ad oggi, 22 (21 Paesi che si affacciano sul Mar Mediterraneo - compresi 8 paesi dell'Unione: Croazia, Cipro, Francia, Grecia, Italia, Malta, Slovenia e Spagna - e l'Unione Europea). Gli obiettivi che la Convenzione mira a perseguire sono: garantire una gestione sostenibile delle risorse naturali marine e costiere; integrare l'ambiente nello



modificata nel 1995²³), dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Barcellona relativo alle Aree Specialmente Protette e la Biodiversità in Mediterraneo del 1995²⁴, e dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Barcellona relativo alla gestione integrata delle zone costiere del 2008²⁵.

È doveroso tuttavia rilevare che, ad oggi, sebbene le fonti internazionali di tipo consuetudinario e convenzionale siano numerose, la tutela offerta dal diritto internazionale si scontra con i limiti stessi dell'ordinamento di riferimento e, dunque, con i problemi legati all'effettività delle singole norme. È proprio per questo motivo, quindi, che l'Unione Europea gioca un ruolo centrale nella tutela dell'ambiente marino, giacché essa, pur muovendosi in un ambito sovranazionale, è invece in grado di attuare politiche supportate da strumenti giuridici capaci di avere un'efficacia anche diretta negli ordinamenti nazionali.

2.2. Il contesto normativo europeo.

L'Unione Europea (UE) è parte contraente di molti accordi multilaterali in materia di ambiente e aderisce sia alla Convenzione di Barcellona sia alla CNUDM, ma ha anche elaborato una sua disciplina giuridica per la tutela dell'ambiente marino negli Stati membri. Sebbene l'ambiente marino non sia espressamente menzionato nei trattati istitutivi, infatti, sono diverse le materie di competenza dell'Unione con le quali è possibile stabilire una connessione, soprattutto se si prende spunto dagli elenchi presenti negli articoli tre, quattro e sei del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)²⁶.

sviluppo sociale ed economico; proteggere l'ambiente marino e le zone costiere attraverso la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento e, per quanto possibile, l'eliminazione dell'inquinamento, sia terrestre sia marino; proteggere il patrimonio naturale e culturale; rafforzare la solidarietà tra gli Stati rivieraschi del Mediterraneo; contribuire al miglioramento della qualità della vita. Per un approfondimento sulla Convenzione di Barcellona e i suoi Protocolli, si rinvia a: I. SISTO, *La Convenzione di Barcellona sulla protezione del mare Mediterraneo contro l'inquinamento e i suoi tre protocolli*, in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino* a cura di V. Starace, Milano, 1983, 282 ss.

²³ Le modifiche principali hanno riguardato, tra le altre cose: l'estensione del campo d'applicazione geografico della convenzione al litorale; l'applicazione dei principi di tutela ambientale che si sono nel frattempo affermati a livello internazionale in occasione della Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 (il principio di precauzione, il principio «chi inquina paga», la protezione e preservazione della diversità biologica), la promozione degli studi d'impatto; la lotta all'inquinamento dovuto a movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi; l'accesso all'informazione e la partecipazione del pubblico.

²⁴ *Protocole relatif aux Aires Spécialement Protégées et à la Diversité Biologique en Méditerranée*, adottato il 10 giugno 1995 a Barcellona, ma entrato in vigore il 12 dicembre 1999. GUCE L 322/3 del 14 dicembre 1999.

²⁵ *Protocol on Integrated Coastal Zone Management in the Mediterranean*, adottato il 21 gennaio 2008 a Madrid, ma entrato in vigore solo il 24 marzo 2011. GUUE L 034 del 4 febbraio 2009. Doveroso segnalare, in proposito, che, in occasione della COP 21 tenutasi a Napoli il 5 dicembre 2019, è stato adottato il documento "*Common Regional Framework for Integrated Coastal Zone*", che rappresenta uno strumento strategico per garantire la concreta implementazione del Protocollo entro il 2027.

²⁶ Agli esordi della politica ambientale della Comunità Europea, infatti, tali norme hanno offerto importanti occasioni per l'adozione di normative finalizzate, in tutto o in parte, alla tutela del mare e del suo ambiente, pur rimanendo, tuttavia, sempre inquadrate come interventi circoscritti. È questo il caso, ad esempio, della legislazione in materia di inquinamento idrico provocato da scarichi di sostanze pericolose (direttiva del Consiglio 76/464/CEE), nonché della c.d. direttiva *habitat* (direttiva



L'inizio del nuovo millennio, peraltro, ha segnato un cambio di passo nella politica legislativa europea e la nuova prospettiva normativa ha trovato il suo compimento prima nell'adozione del Sesto Programma di azione in materia di ambiente (2002-2012)²⁷ e, successivamente, nell'adozione della Direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino del 2008 (*Marine Strategy Framework Directive - MSFD*)²⁸, la quale rappresenta, ancora oggi, il principale strumento giuridico dell'UE per proteggere l'ambiente marino europeo.

Il Sesto Programma di azione in materia di ambiente ha sancito le direttrici generali della politica ambientale comunitaria nel decennio 2002-2012, allo scopo di assicurare un livello elevato ed armonizzato di protezione dall'ambiente pur nel rispetto del principio di sussidiarietà, imprescindibile presupposto per adattare le politiche alla diversità di situazioni tra le varie regioni dell'UE. Tale programma, inoltre, in linea con le dichiarazioni internazionali sull'ambiente, è stato esplicitamente fondato sul principio "chi inquina paga", sul principio di precauzione, sull'azione preventiva e sul principio di riduzione dell'inquinamento alla fonte. Il Programma, tuttavia, si rivolgeva in senso lato alla tutela dell'ambiente e solo pochi incisi erano dedicati specificatamente alla tutela dell'ambiente marino, al cui riguardo esso si limitava ad affermare, in termini generici, che tra gli obiettivi e le aree di azione prioritarie per l'ambiente naturale e la diversità biologica era necessario annoverare anche la conservazione ed il ripristino in maniera appropriata, nonché l'utilizzo in modo sostenibile, delle zone umide, degli ecosistemi marini, ivi compresi i fondali marini, degli estuari e le zone costiere, con particolare attenzione ai siti aventi un alto valore di diversità biologica²⁹.

La MSFD, invece, rappresenta uno strumento giuridico dal contenuto molto più definito, che ha l'obiettivo di introdurre nell'ordinamento europeo alcune norme specificatamente finalizzate a tutelare gli ecosistemi marini, mantenendoli sani, produttivi e resilienti,

92/43/CEE, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche) che ha rappresentato il primo strumento giuridico promotore di un approccio non più semplicemente rivolto alla conservazione delle singole specie o di singoli siti naturali minacciati, quanto piuttosto finalizzato alla tutela della biodiversità intesa come insieme complesso di specie animali, vegetali e di ecosistemi che non è possibile circoscrivere artificialmente: cfr. R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* a cura di P. Dell'Anno, E. Picozza, vol. I, Padova, 2015, 152 ss.

²⁷ Decisione 1600/2002/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente. GUUE L 242, del 10 settembre 2002.

²⁸ Direttiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino. GUUE L 164/19, del 25 giugno 2008. Per un commento alla Direttiva si vedano: J. VAN LEEUWEN, L. VAN HOF, J. VAN TATENHOVE, *Institutional ambiguity in implementing the European Union Marine Strategy Framework Directive*, in *Marine Policy*, vol. 36, 2012, 636 ss.; X. I. LOIZIDOU, M. LOIZIDES, D. L. ORTHODOXOU, *Marine Strategy Framework Directive: innovative and participatory decision-making method for the identification of common measures in the Mediterranean*, in *Marine Policy*, vol. 84, 2017, 82 ss.; J. VAN TATENHOVE, J. RAAKJAER, J. VAN LEEUWEN, L. VAN HOOFF, *Regional cooperation for European seas: governance models in support of the implementation of the MSFD*, in *Marine Policy*, vol. 50, 2014, 364 ss.; J. LEEUWEN, J. RAAKJAER, L. VAN HOOFF, J. VAN TATENHOVE, R. LONG, K. OUNANIAN, *Implementing the Marine Strategy Framework Directive: a policy perspective on regulatory, institutional and stakeholder impediments to effective implementation*, in *Marine Policy*, vol. 50, 2014, 325 ss.

²⁹ Articolo 6, commi 1 e 2, Decisione 1600/2002/CE.



preservando la biodiversità e garantendo un uso più sostenibile delle risorse marine, a beneficio delle generazioni attuali e future. Per raggiungere questi obiettivi ambiziosi, dunque, la direttiva ha introdotto il concetto di “Buono Stato Ecologico” – BSE (*Good Environmental Status* - GES)³⁰ delle acque marine ed ha delineato un elenco di undici “descrittori qualitativi”³¹ per valutare il BSE di ciascun ecosistema. Al momento della sua adozione, inoltre, l’aspetto più innovativo della Direttiva quadro risiedeva senz’altro nell’adozione di un approccio ecosistemico alla gestione delle attività umane in grado di avere impatto sull’ambiente marino e, di conseguenza, nella introduzione di una strategia normativa tesa a realizzare una compenetrazione tra i concetti di protezione ambientale ed uso sostenibile delle risorse naturali tipiche di ciascun ecosistema e le esigenze delle popolazioni locali.

Il percorso per raggiungere gli obiettivi individuati dalla Direttiva quadro del 2008 è stato sin da subito articolato in due cicli consequenziali di implementazione³² (*First implementation*

³⁰ Come chiarito dall’articolo 3, paragrafo 5), della Direttiva quadro, per “Buono Stato Ecologico” (BSE) si deve intendere lo “stato ecologico delle acque marine tale per cui queste preservano la diversità ecologica e la vitalità di mari ed oceani che siano puliti, sani e produttivi nelle proprie condizioni intrinseche e l’utilizzo dell’ambiente marino resta ad un livello sostenibile, salvaguardando in tal modo il potenziale per gli usi e le attività delle generazioni presenti e future, vale a dire: a) la struttura, le funzioni e i processi degli ecosistemi che compongono l’ambiente marino, assieme ai fattori fisiografici, geografici, geologici e climatici, consentono a detti ecosistemi di funzionare pienamente e di mantenere la loro resilienza ad un cambiamento ambientale dovuto all’attività umana. Le specie e gli habitat marini sono protetti, viene evitata la perdita di biodiversità dovuta all’attività umana e le diverse componenti biologiche funzionano in modo equilibrato; b) le proprietà idromorfologiche e fisico-chimiche degli ecosistemi, ivi comprese le proprietà derivanti dalle attività umane nella zona interessata, sostengono gli ecosistemi come sopra descritto. Gli apporti antropogenici di sostanze ed energia, compreso il rumore, nell’ambiente marino non causano effetti inquinanti.” Per chiarire ulteriormente il contenuto del concetto di “Buono Stato Ecologico”, poi, il 17 maggio 2017 la Commissione Europea ha adottato una Decisione sul Buono Stato Ecologico delle acque marine (Commission Decision (EU) 2017/848 of 17 May 2017 *laying down criteria and methodological standards on good environmental status of marine waters and specifications and standardised methods for monitoring and assessment, and repealing* Decision 2010/477/EU. GUUE L 125/43 del 18 maggio 2017), contenente una serie di criteri e *standard* metodologici ulteriori per la determinazione del Buono Stato Ecologico e l’indicazione di metodi standardizzati per il monitoraggio e la valutazione delle acque marine. Questa Decisione della Commissione sostituisce un precedente strumento giuridico elaborato dalla Commissione nel 2010 (2010/477/EU: *Commission Decision of 1 September 2010 on criteria and methodological standards on good environmental status of marine waters*) che, tuttavia, non aveva prodotto i risultati sperati, come evidenziato dalla stessa Commissione nella sua relazione del 2014 (*Report from the Commission to the Council and the European Parliament. The first phase of implementation of the Marine Strategy Framework Directive 2008/56/EC. The European Commission’s assessment and guidance* /* COM/2014/097 final */).

³¹ L’elenco dei descrittori qualitativi è contenuto nell’allegato I della Direttiva quadro 2007/56/CE, a cui si rinvia.

³² Ciascun ciclo di implementazione è costituito da cinque fasi successive basate sull’approccio ecosistemico. Secondo quanto previsto dalla Direttiva quadro, le cinque fasi sono: 1) Valutazione iniziale dello stato dell’ambiente marino, dell’impatto delle attività antropiche e degli aspetti socioeconomici dell’utilizzo dell’ambiente marino e dei costi del suo degrado, condotta sulla base degli “elenchi indicativi di elementi dell’ecosistema, pressioni antropogeniche e attività umane pertinenti per le acque marine”, contenuti nell’allegato III della Direttiva (art. 8); 2) Determinazione del “Buono Stato Ecologico” (BSE) sulla base degli undici descrittori qualitativi di cui all’allegato I



*cycle 2012-2017*³³ e *Second implementation cycle 2018-2023*³⁴) nell'ambito dei quali ciascuno Stato Membro è stato chiamato a predisporre ed attuare, in collaborazione con altri Stati membri che condividono la stessa regione geografica o sotto-regione marina, una strategia marina appropriatamente modulata sulle caratteristiche e sulle esigenze delle proprie acque marine, da rivedere ed aggiornare ogni 6 anni in base al principio della "gestione adattativa"³⁵.

Nel giugno 2020 (anno in cui era inizialmente previsto dalla MSFD il raggiungimento del BSE), la Commissione, in ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 20 della MSFD, ha adottato una Relazione sul primo ciclo di implementazione³⁶; da questa Relazione è emerso che, sebbene il quadro dell'UE per la protezione dell'ambiente marino continui ad essere, ancora oggi, uno dei più completi ed ambiziosi al mondo, un rimodellamento della normativa sia ormai improcrastinabile. È risultato infatti evidente come, durante il primo ciclo di implementazione della Direttiva quadro, la perdita di biodiversità non si sia arrestata ed il "Buono Stato Ecologico" degli *habitat* e delle specie non sia ancora assicurato.

Per migliorare l'attuazione della Direttiva quadro, nelle more del rimodellamento normativo previsto dall'articolo 23 entro il 2023³⁷, dunque, la Commissione ha proposto vari suggerimenti, tra cui si annoverano, da un lato, una ridefinizione del concetto di BSE per

della Direttiva quadro (art. 9); 3) Definizione dei Traguardi Ambientali (Target) e degli indicatori ad essi associati (art. 10); 4) Elaborazione dei Programmi di Monitoraggio per la valutazione continua dello stato ambientale delle acque marine, in funzione dei traguardi ambientali adottati (art. 11); 5) Elaborazione di uno o più Programmi di Misure, finalizzati a conseguire o mantenere il BSE (art. 13).

³³ Cfr. Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. *Prima fase di attuazione della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino (2008/56/CE). Valutazione e orientamenti della Commissione europea.* COM(2014) 49 final, Bruxelles, 20 febbraio 2014; Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. *Valutazione dei programmi di monitoraggio condotti dagli Stati membri a norma della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino.* COM(2017) 3 final, Bruxelles, 16 gennaio 2017; Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. *Valutazione dei programmi di misure condotti dagli Stati membri a norma della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino.* COM(2018) 562 final, Bruxelles, 31 luglio 2018.

³⁴ Cfr. *Comunicazione della Commissione sulle raccomandazioni per Stato membro e per regione concernenti le relazioni aggiornate al 2018 di cui agli articoli 8, 9 e 10 della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino (2008/56/EC).* GUUE C 118/01 del 14 marzo 2022; Commission staff working document. *Accompanying the document. Communication from the Commission. Commission Notice on recommendations per Member State and region on the 2018 updated reports for Articles 8, 9 and 10 of the Marine Strategy Framework Directive (2008/56/EC),* SWD(2022) 55 final, Bruxelles, 11 marzo 2022.

³⁵ Secondo la ricostruzione offerta da Wilhere la gestione adattativa (*Adaptieve management*) può essere definita come un processo di acquisizione sistematica e successiva applicazione di informazioni affidabili, al fine di migliorare l'efficacia della gestione nel tempo. Si veda, sul punto, G. F. WILHERE, *Adaptive management in habitat conservation plans*, in *Conservation Biology*, n. 1/2002, 20 ss. Nell'ambito della tutela ambientale, la gestione adattativa consiste nella scelta di un approccio flessibile che, per massimizzare l'efficacia di una strategia, si mostra permeabile al cambiamento nelle condizioni locali o all'evolversi della ricerca scientifica apportando periodicamente le correzioni opportune per consentire di raggiungere, in concreto, l'obiettivo prestabilito.

³⁶ Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. *Sull'attuazione della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino (direttiva 2008/56/CE),* (COM)2020 259 final, Bruxelles, 25 giugno 2020.

³⁷ A tal fine, la Commissione ha già provveduto a pubblicare, l'8 aprile 2021, una tabella di marcia ed il 22 luglio 2021 ha avviato la consultazione pubblica che è rimasta aperta al feedback fino al 21 ottobre 2021.



garantire la coerenza nella valutazione delle attività attuate dai singoli Stati membri e, dall'altro lato, una maggiore integrazione delle politiche.

Nell'ottica della Commissione, in altri termini, le istituzioni europee devono puntare sempre più su politiche fondate su un approccio olistico, che tenga conto di tutti i possibili aspetti di ciascuna politica legislativa e, di conseguenza, sia in grado di ridurre i fattori di pressione sulla natura. È proprio in quest'ottica, del resto, che si muovono le recenti politiche nell'ambito del *Green Deal* europeo³⁸ - che delinea l'ambizione a lungo termine dell'Unione di diventare, entro il 2050, il primo continente con un'economia sostenibile ad impatto climatico zero - alcune delle quali potrebbero avere particolari implicazioni per l'ambiente marino, come nel caso del Piano d'Azione per l'inquinamento zero³⁹ e la nuova strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2030⁴⁰. La cornice offerta dal *Green Deal* europeo, quindi, rappresenta il

³⁸ *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, the European Green Deal*, COM/2019/640 final, 11 dicembre 2019. Il *Green Deal* europeo è uno strumento poliedrico a largo spettro che individua le priorità dell'agenda politica e legislativa europea mettendo al centro dei futuri interventi normativi l'esigenza di intervenire per garantire la salute e la qualità della vita dei cittadini attraverso, tra l'altro, la protezione della biodiversità e degli ecosistemi, la riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo, la promozione dell'economia circolare, il miglioramento della gestione dei rifiuti, la sostenibilità dell'economia blu e dei settori della pesca. Per un approfondimento sul *Green Deal* europeo, si rinvia a: D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2022, 297 ss.; M. ONIDA, *Il Green Deal Europeo*, in *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea* a cura di P. Manzini, M. Vellano, Padova, 2021, 257 ss.; M. L. ANTONIOLI, *Lessons on sustainable development in EU law*, Roma, 2020, 105 ss.; L. KRÄMER, *Planning for Climate and the Environment: the EU Green Deal*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, n. 3/2020, p. 267 ss.; L. LIONELLO, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *Jus-Online*, n. 2/2020, 105 ss.; M. C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *www.rivista.eurojus.it*, n. 4/2020, 54 ss.; P. CUCCUMILE, *Il "Green Deal" europeo*, in *Rivista giuridica ambientediritto.it*, n. 1/2021, 1 ss.

³⁹ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Pathway to a Healthy Planet for All, EU Action Plan: 'Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil'*, COM/2021/400 final, 12 maggio 2021. Questo *Action Plan* mira a ridurre, entro il 2050, l'inquinamento di aria, acqua e suolo a livelli considerati non più dannosi per la salute e gli ecosistemi naturali e ciò si traduce nella previsione di obiettivi chiave da raggiungere già entro il 2030. Questi obiettivi includono, tra l'altro, il miglioramento della qualità dell'acqua attraverso la riduzione del 50% dei rifiuti di plastica in mare e del 30% delle microplastiche rilasciate nell'ambiente. Doveroso rimarcare, inoltre, che il Piano d'Azione ha anche lo scopo di rafforzare la leadership verde, digitale ed economica dell'UE, nella consapevolezza della necessità di mantenere una diretta correlazione tra salubrità del pianeta ed equità sociale e, dunque, di integrare la prevenzione dell'inquinamento in tutte le pertinenti politiche dell'UE così da intensificare l'attuazione della pertinente legislazione dell'UE ed identificare possibili lacune da colmare.

⁴⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. EU Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives*. COM(2020) 380 final, Bruxelles, 20 maggio 2020. L'Unione europea aveva adottato, già nel 2011, una prima strategia per la biodiversità (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020*, COM(2011) 244 definitivo, Bruxelles, 3 maggio 2011), tesa a potenziare quanto già previsto dalla direttiva *habitat*. La nuova strategia dell'UE per la biodiversità per il 2030, adottata a maggio 2020,



contesto ottimale per immaginare anche una revisione della normativa che tutela l'ambiente marino europeo, attraverso l'introduzione di un quadro normativo più solido ed innovativo, che sia effettivamente in grado di mantenerlo pulito e sano, garantendone, al contempo, un uso sostenibile.

2.3. Il quadro giuridico nell'ordinamento italiano.

L'Italia è membro dell'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO - International Maritime Organization) istituita a seguito dell'adozione della Convenzione internazionale marittima di Ginevra del 1948 e nel diritto italiano trovano applicazione gli accordi conclusi a livello internazionale – come la Convenzione di Barcellona del 1976 per la protezione del mare Mediterraneo contro l'inquinamento⁴¹, i Protocolli addizionali alla Convenzione di Barcellona, e la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (CNUDM) firmata a Montego Bay nel 1982 – e, in quanto Stato membro dell'UE nell'ordinamento italiano esplicano effetti, più o meno diretti, anche le Direttive, i Programmi, i Piani d'Azione, le Convenzioni e le politiche europee sopra richiamate. Ciò premesso, tuttavia, il quadro normativo si caratterizza, a livello nazionale, anche per la presenza di norme interne che completano il quadro giuridico ed istituiscono forme di tutela specifiche per l'ambiente marino italiano.

Lo stato attuale della normativa interna sulla tutela dell'ambiente marino è senza dubbio composito e richiede all'interprete uno sforzo ricostruttivo per comprendere la portata della tutela effettivamente garantita dall'Italia alle sue risorse naturali marine e costiere. Per molto tempo, la presenza di una disciplina speciale del demanio marittimo, contenuta nella Parte Prima del Codice della navigazione⁴², ha focalizzando l'attenzione sulla fascia costiera e le sue acque in quanto *res* inquadrabili nella categoria del demanio statale⁴³. In questo contesto, dunque, la salvaguardia ambientale del mare era rimessa indirettamente all'amministrazione, che tentava di assicurarla attraverso uno scrupoloso e ponderato esercizio del proprio potere concessorio ed autorizzatorio⁴⁴.

La progressiva ed inarrestabile maturazione della prospettiva ambientale, tuttavia, ha inevitabilmente superato questa impostazione.

tuttavia, compie un ulteriore passo avanti ed è più attenta alle esigenze di tutela dell'ambiente marino. Essa, infatti, mira a rafforzare la protezione degli ecosistemi, ponendo in essere apposite strategie per ripristinarli, ove necessario, e per raggiungere il "Buono Stato Ecologico". La nuova strategia, peraltro, ambisce anche a promuovere l'ampliamento delle aree protette e l'istituzione di aree protette in modo più rigoroso per consentire la ricostituzione degli *habitat* degradati e degli *stock* ittici. Nell'ambito di questo piano la Commissione ha avanzato una proposta per l'adozione di una normativa dedicata specificatamente al ripristino dello stato naturale fisiologico (cd. *Nature Restoration Law - Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on nature restoration*, COM(2022) 304 final, Bruxelles, 22 giugno 2022) e che è attualmente in fase di valutazione.

⁴¹ Ratificata nell'ordinamento nazionale a mezzo della legge 25 gennaio 1979, numero 30.

⁴² Approvato con Regio Decreto del 30 marzo 1942, numero 327, e successivamente oggetto di plurime modifiche ed integrazioni.

⁴³ Cfr. N. GRECO, B. MURRONI, *Demanio marittimo, zone costiere, assetto del territorio*, Bologna, 1980.

⁴⁴ Cfr. F. FRACCHIA, A. GIANNELLI, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 2/2011, 154.



La legge 31 dicembre 1982 numero 979⁴⁵ che introduce nell'ordinamento "Disposizioni per la difesa del mare" ha dunque avuto il grande merito di qualificare espressamente, per la prima volta, la protezione dell'ambiente marino in senso lato come una finalità pubblica (e, di conseguenza, come una competenza amministrativa⁴⁶) e di individuare obblighi e divieti puntuali, nonché procedimenti amministrativi veri e propri, finalizzati univocamente alla salvaguardia del mare. Peraltro, se è vero che tale disciplina è rimasta inattuata nella parte in cui si prevedeva l'introduzione di un quadro programmatico generale per la difesa delle coste dall'inquinamento e per la tutela dell'ambiente marino, il Titolo V della disciplina del 1982, dedicato all'istituzione delle "riserve marine", ha avuto invece successo ed è stato implementato nell'ordinamento italiano.

Le riserve naturali marine disciplinate dalla legge n. 979/1982, dunque, sono ad oggi definite dall'articolo 5 come ambienti marini perimetrabili, dati dalle acque, dai fondali e dai tratti di costa prospicienti, dalla dimensione identificabile, che presentano un rilevante interesse per le caratteristiche naturali, geomorfologiche, fisiche, biochimiche (con particolare riguardo alla flora e alla fauna marine e costiere) e per l'importanza scientifica, ecologica, culturale, educativa ed economica che rivestono (art. 25). Tali ambienti marini necessitano di essere tutelati attraverso la previsione di un regime giuridico di tutela speciale e differenziata⁴⁷, perciò le riserve naturali marine sono state considerate dalla giurisprudenza costituzionale, sin dalla loro introduzione, parte integrante a tutti gli effetti del sistema dei parchi e delle riserve naturali⁴⁸. Qualche anno più tardi, poi, anche la legge 6 dicembre 1991 numero 394, "legge quadro sulle aree protette"⁴⁹, è intervenuta in tema di ambiente marino modificando parzialmente quanto disposto alla legge del 1982. Oltre alle variazioni terminologiche ed alla razionalizzazione della classificazione delle aree naturali protette⁵⁰, nonché alle modifiche introdotte relativamente al procedimento amministrativo di creazione e di gestione di tali aree⁵¹, però, l'innovazione probabilmente più significativa introdotta

⁴⁵ GU Serie Generale n.16 del 18-01-1983 - Supplemento Ordinario.

⁴⁶ Cfr. G. RAK, *Profili di protezione ambientale del mare*, cit., 668 ss. La legge n. 979 del 1989, peraltro, è stata ampiamente discussa dalla dottrina dell'epoca come si evince dai contributi di D. GAETA, *La difesa del mare nel diritto italiano*, in *Diritto marittimo*, 1984, 811 ss.; A. XERRI, *Tutela dell'ambiente marino*, in *Novissimo digesto*, vol. VII, Torino, 1987, 917 ss.

⁴⁷ Per un approfondimento sull'evoluzione normativa che ha caratterizzato le aree marine protette, si rinvia a: L. PETRELLI, *Quale futuro per le aree marine protette italiane?*, in *Rivista giuridica ambientediritto.it*, n. 2/2021, 1 ss.; G. GRAZIA, *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»*, Milano, 2011; F. CAFFIO, *Glossario di diritto del mare. Diritto e geopolitica del Mediterraneo allargato*, V ed., in *Rivista marittima*, supplemento novembre 2020, 137 ss.

⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 15 novembre 1988 numero 1031.

⁴⁹ GU Serie Generale n.292 del 13 dicembre 1991 - Supplemento Ordinario n. 83.

⁵⁰ Dal punto di vista tipologico la legge quadro n. 394/1991 distingue le aree naturali protette in: parchi nazionali e regionali (art. 2, commi 1 e 2), costituiti da aree terrestri, fluviali, lacuali, o marine che contengono uno o più ecosistemi intatti o anche parzialmente alterati da interventi antropici; riserve naturali (art. 2, comma 3), costituite da aree terrestri, fluviali, lacuali o marine che contengono una o più specie naturalistiche rilevanti della flora o della fauna, ovvero presentino uno o più ecosistemi importanti per le diversità biologiche o per la conservazione delle risorse genetiche.

⁵¹ Posto che, come disposto dall'articolo 20, alle riserve marine si applicano le disposizioni del Titolo V della legge n. 979/1982 in quanto compatibili con la nuova normativa nel 1991, gli articoli 18 e 19 introducono alcune novità concernenti il procedimento di istituzione, le modalità di gestione e le



della legge quadro del 1991 è stata rappresentata dall'accostamento tra l'obiettivo della salvaguardia del patrimonio naturalistico delle aree protette (incluse quelle marine) e la valorizzazione socioeconomica in una prospettiva di sviluppo sostenibile⁵².

Nell'ottica promossa dalla legge quadro, infatti, si riconosce che le aree protette possono assumere un ruolo propulsivo dell'economia locale e lo sviluppo sostenibile diventa la chiave di lettura della disciplina delle aree marine protette, le quali, già nel decreto istitutivo, devono appunto individuare, tra le proprie finalità, la promozione di uno sviluppo socioeconomico compatibile con la rilevanza naturalistica dell'area, anche privilegiando le attività tradizionali locali già presenti.

Dopo il 1991, il legislatore ha apportato solo piccole modifiche procedurali e finanziarie⁵³ all'impianto normativo cristallizzato dalle leggi n. 979/1982 e n. 394/1991 e, sebbene la legge delega⁵⁴ al governo per l'adozione del codice dell'ambiente⁵⁵ avesse maglie molto larghe, potenzialmente in grado di legittimare un intervento normativo di sistematizzazione della disciplina delle aree naturali protette, si è scelto di non inserire la materia in questione nell'impianto del testo unico ambientale. Anche nel 2010, inoltre, quando il decreto legislativo n. 190⁵⁶ ha recepito nell'ordinamento italiano la Direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino 2008/56/CE, attribuendo al Ministero dell'Ambiente (n.d.r. oggi Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica) la competenza sull'implementazione di tutte le misure necessarie per la tutela delle coste e del mare e per il conseguimento del "Buono Stato Ambientale" degli ecosistemi marini e costieri⁵⁷, non si è

attività soggette a divieti e limitazioni. L'articolo 36, inoltre, istituisce una nuova serie di aree marine di reperimento che vanno a rinfoltire l'elenco già stilato dall'articolo 31 della legge n. 979/1982.

⁵² L'articolo 1 della legge 6 dicembre 1991 numero 934, che stabilisce le finalità e l'ambito di applicazione della legge quadro, afferma infatti, al comma 4, che nei territori sottoposti al regime di tutela possono essere promosse la valorizzazione e la sperimentazione di attività produttive compatibili.

⁵³ Il riferimento è all'articolo 2 della legge 9 dicembre 1998 n. 426, all'articolo 8 della legge 23 marzo 2001 n. 83, e agli articoli 8 e 9 della legge 31 luglio 2002 n. 179.

⁵⁴ Legge 15 dicembre 2004 n. 308, Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione. (GU Serie Generale n.302 del 27-12-2004 - Supplemento Ordinario n. 187).

⁵⁵ Decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, Norme in materia ambientale. (GU Serie Generale n.88 del 14-04-2006 - Supplemento Ordinario n. 96).

⁵⁶ Decreto legislativo 13 ottobre 2010 n. 190, attuazione della direttiva 2008/56/CE che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino. (10G0212) (GU Serie Generale n.270 del 18-11-2010).

⁵⁷ Al fine di tutelare la rappresentanza è previsto che, per la definizione della strategia da porre in essere, il Ministero si avvalga di un Comitato Tecnico composto da Amministrazioni Centrali e Regionali, dall'Unione Province d'Italia e dall'Associazione Nazionale Comuni Italiani. Alla luce della complessità tecnico-scientifica degli adempimenti richiesti per l'attuazione della Direttiva quadro, inoltre, è stato sottoscritto uno specifico atto convenzionale che assicura al Ministero il supporto scientifico da parte dell'Istituto Superiore per la Protezione Ambientale (ISPRA). La sinergia tra il Ministero, il Comitato Tecnico e l'ISPRA ha prodotto, di recente, l'aggiornamento della determinazione del "Buono Stato Ambientale" delle acque marine e con la definizione dei traguardi ambientali (Decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 15 febbraio 2019. GU n. 69 del 22 marzo 2019) e l'adozione del nuovo Programma di Monitoraggio per la valutazione continua dello stato ambientale delle acque marine per il secondo ciclo di



sfruttata l'occasione per introdurre una normativa più armonica e sistematizzare il panorama normativo che rimane, ad oggi, caratterizzato da contorni frastagliati⁵⁸. Peraltro, come previsto dalla Direttiva quadro, anche per l'Italia il primo passaggio per procedere alla corretta implementazione della Direttiva (e dunque alla predisposizione di una valida strategia per la salvaguardia del mare) è stato rappresentato dall'effettuazione di una valutazione iniziale dello stato ambientale (che tenesse conto della stima dell'impatto e delle pressioni delle attività antropiche sull'ambiente marino). Tuttavia, come è stato opportunamente rilevato dalla dottrina che si è occupata del tema, la valutazione in questione non è stata imparziale nel ricostruire effettivamente lo stato ambientale del mare italiano poiché, oltre alla misurazione di elementi più prettamente scientifici (legati allo stato fisico dei luoghi) era inclusa nella valutazione anche la ponderazione dei risvolti sociali ed economici connessi alle prospettive di sfruttamento dell'ambiente marino e, dunque, evidentemente, la valutazione di quest'ultimo aspetto fosse ben più plasmabile rispetto alla prima.⁵⁹

3. La pianificazione dell'uso dello spazio marittimo.

Dalla ricostruzione appena elaborata emerge chiaramente come la tutela dell'ambiente marino richieda una gestione accurata dello spazio marittimo e costiero per garantire che l'utilizzo delle risorse disponibili sia compatibile con la preservazione degli ecosistemi e con le esigenze delle future generazioni.

A livello sovranazionale, il punto di riferimento normativo è senza dubbio rappresentato, per quanto specificatamente concerne il Mediterraneo, dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Barcellona sulla gestione integrata delle zone costiere del Mediterraneo (*Integrated Coastal Zone Management in the Mediterranean - ICZM Protocol*), sottoscritto a Madrid il 21 gennaio 2008⁶⁰, il cui obiettivo è quello di realizzare "a healthy Mediterranean

implementazione della Strategia Marina (Decreto del Ministero della Transizione Ecologica del 2 febbraio 2021. GU del 23 febbraio 2021).

⁵⁸ Dall'esame della normativa vigente la dottrina ha formulato un quadro classificatorio che pare composto da quattro diverse tipologie di aree marine protette: le riserve naturali marine (ex art. 25 l. n. 979/1982), i parchi nazionali marini (ex art. 2, c. 1, l. n. 294/1991), le aree marine protette istituite sulla base di specifiche disposizioni di legge (ad esempio i Parchi sommersi di Baia e Gaiola istituiti dall'art. 114, c. 10, l. n. 388/2000), e le aree marine protette istituite sulla base di convenzioni o accordi internazionali (ad esempio le aree specialmente protette di importanza mediterranea – ASPIM – istituite ai sensi del Protocollo della Convenzione di Barcellona o il Santuario dei mammiferi marini previsto dalla l. n. 391/2001 di ratifica ed esecuzione dell'accordo internazionale di Roma del 25 novembre 1999 tra Italia, Francia e Principato di Monaco): cfr. G. GRAZIA, *Le aree marine protette nell'ordinamento interno. Modelli, elementi costitutivi e vincoli di tutela e gestione*, in *Aspetti normativi e gestionali delle aree marine protette* a cura di G. Tellarini, Bologna, 2012, 153 ss.

⁵⁹ F. FRACCHIA, A. GIANNELLI, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, cit., 165.

⁶⁰ Per un commento si rinvia a T. SCOVAZZI, *Il Progetto di Protocollo mediterraneo sulla gestione integrata delle zone costiere*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 2/2006, 355 ss.; E. BOSCOLO, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2011, 40 ss.



with marine and coastal ecosystems that are productive and biologically diverse, contributing to sustainable development for the benefit of present and future generations”⁶¹.

La Gestione Integrata delle Zone Costiere, secondo la definizione cristallizzata dall’articolo 2 del Protocollo ICZM, è un processo dinamico per la gestione e l’uso sostenibile delle zone costiere, che tiene conto allo stesso tempo della fragilità degli ecosistemi e dei paesaggi costieri, della diversità delle attività e degli usi, delle loro interazioni, della vocazione marittima degli stessi e del loro impatto su entrambe le componenti marine e terrestri.

La creazione di strategie di pianificazione della gestione integrata, dunque, va identificata come un’importante risorsa per: ridurre i danni diretti ed indiretti per l’ambiente, in conseguenza sia di processi naturali (quali erosione e inondazioni), sia di attività umane (come, ad esempio, il sovraffollamento turistico e l’eccessivo consumo del suolo); mitigare l’eccessivo sfruttamento delle risorse naturali costiere, preservando ecosistemi costieri unici insieme ai loro *habitat* e specie; migliorare i risultati dei settori economici delle zone costiere, sia attraverso la massimizzazione degli investimenti e del turismo, sia puntando sulla coesione sociale ed l’innalzamento della qualità della vita delle comunità costiere⁶².

Conformemente all’articolo 18 del Protocollo ICZM, ciascuno Stato è tenuto a predisporre apposite strategie nazionali di gestione integrata delle zone costiere per promuovere uno sviluppo sostenibile, che si fondi su un approccio integrato teso a migliorare sia la qualità dell’ambiente, sia le prestazioni economiche e sociali⁶³. Per poter modulare correttamente le rispettive strategie nazionali, peraltro, il Protocollo ICZM identifica, all’articolo 6, alcuni principi generali cui dovrà informarsi l’azione di revisione dello strumentario giuridico-amministrativo: l’obbligo di verifica preventiva della capacità di carico delle zone costiere; l’attivazione di un coordinamento istituzionale intersettoriale effettivo dei vari servizi amministrativi e autorità regionali e locali competenti per le zone costiere; il coinvolgimento delle popolazioni locali e degli *stakeholder* per rendere il procedimento che porta all’adozione dei vari atti amministrativi di pianificazione e programmazione inclusivo e trasparente.

La tendenza emersa sul piano internazionale con l’introduzione del Protocollo ICZM è stata condivisa anche a livello europeo ove è da tempo condivisa la necessità di attenzionare la complessità della pianificazione dell’uso dello spazio marittimo, caratterizzato dalla compresenza di molteplici interessi economici in concorrenza tra loro per l’utilizzo dei medesimi spazi e delle medesime risorse che, tuttavia, rappresentano al contempo anche parti dell’ambiente marino da tutelare.

⁶¹ United Nations Environment Programme / Mediterranean Action Plan (UNEP/MAP), *Mid-Term Strategy 2016-2021*.

⁶² Mediterranean Action Plan (MAP/UNEP) e Priority Actions Programme Regional Activity Centre (PAP/RAC), *Common regional framework for integrated coastal zone management*, Split, 2019. Documento adottato con la Decisione IG.24/5 in occasione del 21 Meeting COP21 svoltosi a Napoli dal 2 al 5 dicembre 2019.

⁶³ Cfr. Priority Actions Programme Regional Activity Centre (PAP/RAC) e Mediterranean Action Plan (MAP/UNEP), *National ICZM Strategy Guidelines. Guidelines for the preparation of National ICZM Strategies required by the Integrated Coastal Zone Management (ICZM) Protocol for the Mediterranean*, Split, 2015.

Per armonizzare la pianificazione degli spazi marini degli Stati membri, dunque, pur senza intaccare il potere di ciascuno di essi di identificare le priorità d'uso del proprio mare, l'Unione nel 2002 ha adottato un'apposita Raccomandazione sulla gestione integrata delle zone costiere in Europa, *Integrated Coastal Zone Management (ICZM)*⁶⁴ – seguita ed integrata, diversi anni più tardi, da due Comunicazioni – e, nel 2014, ha adottato la Direttiva quadro sulla pianificazione dello spazio marittimo⁶⁵.

La prima Comunicazione⁶⁶, datata settembre 2012, ha identificato esplicitamente il mare e le coste come motori dell'economia ed ha introdotto il concetto di "crescita blu", ovvero "un'iniziativa tesa a valorizzare il potenziale inutilizzato degli oceani, dei mari e delle coste in termini di crescita e di occupazione [... che] può contribuire alla competitività internazionale dell'Unione, all'utilizzo efficace delle risorse, alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di nuove fonti di crescita, tutelando la biodiversità, proteggendo l'ambiente marino e salvaguardando in tal modo i servizi offerti da ecosistemi marini e costieri sani e in grado di resistere alle crisi"⁶⁷. Per realizzare la crescita blu, si sostiene nella Comunicazione, occorre investire in una "economia blu" basata su cinque "catene di valore" interdipendenti, individuate come possibili fonti di crescita sostenibile e occupazionale: l'energia blu; l'acquacoltura; il turismo marittimo, costiero e di crociera; le risorse minerali marine; la biotecnologia blu.

Sulla scia della prima Comunicazione, poi, la Comunicazione del 2014⁶⁸ si è focalizzata sulle prospettive di sviluppo del turismo costiero e marittimo, individuato come la più grande attività marittima d'Europa, ed ha invocato la necessità di proporre una strategia europea capace di migliorare la sostenibilità e la competitività del settore. Tra i vari obiettivi di questa nuova strategia si promuoveva, tra l'altro, anche il rafforzamento della sostenibilità, nella consapevolezza che il turismo dipende dalla salute dell'ambiente e dall'uso sostenibile del capitale naturale.

Nella sua seconda Comunicazione, tuttavia, la Commissione Europea metteva anche in evidenza che lo sfruttamento economico del capitale naturale a scopo turistico ricreativo, se non correttamente regolamentato, rappresenta un potenziale (ma realistico) rischio per l'ambiente destinato a subire pressioni di vario tipo dannose, tra l'altro, per la tutela della biodiversità.

Nella Comunicazione del 2014, quindi, evidenziando la stretta connessione tra mantenimento di un "Buono Stato Ecologico" delle acque costiere e marine e la prosperità del turismo, la Commissione sottolineava la necessità di offrire prodotti attraenti e sostenibili

⁶⁴ Raccomandazione 2002/413/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2002 relativa all'attuazione della gestione integrata delle zone costiere in Europa. GUUE L 148 del 6 giugno 2002.

⁶⁵ Direttiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo. GUUE L 257, del 28 agosto 2014.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Crescita blu. Opportunità per una crescita sostenibile dei settori marino e marittimo*, COM(2012) 494 final, Bruxelles, 13 settembre 2012.

⁶⁷ Cit. COM(2012) 494 final, 3.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Strategia europea per una maggiore crescita e occupazione nel turismo costiero e Marittimo*. COM(2014) 86 final, Bruxelles, 20 febbraio 2014.



che si traducano in un'esperienza turistica unica e personalizzata, anche grazie alla valorizzazione del patrimonio marino, costiero, subacqueo e culturale.

La Direttiva quadro sullo spazio marittimo del 2014, infine, ha imposto agli Stati membri di elaborare piani di gestione dello spazio marittimo con l'obiettivo di promuovere la coesistenza e la sostenibilità delle attività e degli usi pertinenti, ma non ha dato particolare rilievo agli aspetti di tutela dell'ambiente marino che rimane, dunque, ad oggi ancora regolata dalla disciplina introdotta dalla Direttiva quadro per la protezione dell'ambiente marino del 2008, che rappresenta il perno dell'intera politica comunitaria in materia. In questo contesto, purtroppo, l'Italia, che ha recepito la Direttiva 2014/89/UE con il decreto legislativo 17 ottobre 2016 numero 201, non è stata in grado di mantenersi al passo con le tabelle di marcia previste dall'UE e non ha presentato il piano per la gestione nazionale del proprio spazio marittimo⁶⁹.

4. Conclusioni: la difficile identificazione di un compromesso tra esigenze diverse.

Il rapporto tra l'uomo e il mare si è profondamente trasformato col tempo e i nuovi usi del mare, sia pubblici sia privati, sono tali da dar potenzialmente luogo a significativi problemi di conflittualità, sia nell'ottica della tutela delle risorse, sia nell'ottica della corretta gestione degli spazi.

Il legislatore, dunque, anche alla luce delle evoluzioni ambientali dettate dal progredire inesorabile del cambiamento climatico, ha l'arduo compito di individuare un equilibrio, invero assai delicato, tra contrapposte sollecitazioni, predisponendo tutti gli strumenti procedurali e di pianificazione adatti a consentire all'amministrazione, di volta in volta competente, di operare un ponderato bilanciamento degli interessi coinvolti⁷⁰. In questo conteso, emerge chiaramente come le aree marine protette rappresentino un caso paradigmatico della difficoltà concreta di individuare un equilibrio soddisfacente tra le aspirazioni imprenditoriali allo sfruttamento delle risorse naturali e le esigenze di salvaguardia e valorizzazione delle risorse medesime.

Nell'ordinamento italiano, infatti, le aree marine protette rappresentano, oggi, strumenti fondamentali di gestione territoriale, fungendo da rifugio per la biodiversità minacciata e sostenendo la resilienza degli ecosistemi. Allo stesso tempo, però, sono numerosi gli studi che evidenziano come le aree marine protette generino anche numerosi benefici socioeconomici poiché in grado di favorire, tra l'altro, le attività tradizionali già presenti sul

⁶⁹ Cfr. WWF. *Realizzare la pianificazione dello spazio marittimo attraverso l'approccio ecosistemico*, Position paper, 2021. L'ONG, peraltro, segnala, oltre ai notevoli ritardi nell'adozione dei piani, anche un coinvolgimento ed una partecipazione degli *stakeholders* spesso carente. Per un approfondimento dottrinale, si rinvia a E. BOSCOLO, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2011, 40 ss.; F. FRACCHIA, *La gestione integrata delle coste*, in *Climate change: la risposta del diritto* a cura di F. Fracchia, M. Occhiena, Napoli, 2010, 345 ss.; M. ORLANDO, *Piani strategici e politiche di gestione integrata della fascia costiera in Sicilia*, in *Territori costieri* a cura di G. Abbate, A. Giampino, M. Orlando, V. Todaro, Milano, 2009, 309 ss.

⁷⁰ S. AMOROSINO, *La valorizzazione del paesaggio e del patrimonio naturale*, in *Il patrimonio naturale tra tutela, valorizzazione e fruizione. Il turismo sostenibile. Atti del Convegno – Ustica, 18-20 giugno 2009* a cura di W. Cortese, Palermo, 2010, 29 ss.

territorio, la creazione di nuove attività compatibili con gli obiettivi di salvaguardia ambientale (come il turismo ecosostenibile) e la ricostituzione degli *stock* ittici⁷¹.

Il compromesso individuato dal legislatore consiste nella suddivisione in zone dei relativi territori costieri e marini cui far corrispondere un diverso regime di tutela in ragione delle caratteristiche dell'ambiente e della situazione socioeconomica di contesto. Di conseguenza, le aree marine protette sono divise al loro interno in almeno tre zone, denominate A, B e C, delimitate da coordinate geografiche e riportate nella cartografia allegata al decreto istitutivo di ciascuna area marina protetta pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, cui rispettivamente corrispondono: aree di riserva integrale, interdette a tutte le attività che possano arrecare danno e/o disturbo all'ambiente marino; aree di riserva generale, dove sono consentite e regolamentate solo una serie di attività che, a parere dell'autorità di gestione dell'area marina protetta, permettono la fruizione dell'ambiente mantenendo l'impatto negativo sull'ecosistema più basso possibile; aree di riserva parziale, dove sono consentite le attività di fruizione e l'uso sostenibile del mare giudicate di modesto impatto ambientale dall'autorità di gestione.

L'analisi che precede, tuttavia, mette in evidenza come questa strategia normativa, posta in essere dal legislatore negli ultimi decenni, non sia servita, sinora, a migliorare nei fatti la situazione del delicatissimo ambiente costiero, che risulta anzi peggiorata per effetto delle logiche di sfruttamento economico⁷². A fronte di un'affermazione formale dell'esigenza di effettuare un bilanciamento ponderato delle contrapposte esigenze di sfruttamento e di protezione, e di un continuo richiamo al principio dello sviluppo sostenibile⁷³, infatti, la pratica appare evidentemente sbilanciata nel favorire prioritariamente le istanze economiche.

I tentativi di tutelare l'ambiente marino paiono, anzi, essere percepite quasi come un ostacolo⁷⁴ di fronte al dilagare di quella che Salvia identificava come la "Sindrome Sedara"⁷⁵.

⁷¹ M. DI VENOSA, M. MANIGRASSO (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione dei territori*, Roma, 2022; M. ANNESSE, L. CHIAPPERINO, *L'area protetta come dotazione territoriale per una rinnovata fruizione della costa*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, n. 132/2021, 51 ss.

⁷² Cfr. AEA Segnali 2021. *La natura in Europa*, Copenhagen, 2021; AEA, *The European environment – state and outlook 2020. Knowledge for transition to a sustainable Europe*, Luxembourg, 2019; UN Environment/MAP, *Regional Action Plan on sustainable consumption and production in the Mediterranean*, Atene, 2017; SoED 2020. *State of the Environment and Development in the Mediterranean*, cit.

⁷³ Sul principio dello sviluppo sostenibile esiste una bibliografia quasi sterminata: valga qui richiamare, a titolo esemplificativo, i contributi di F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente* a cura di G. Rossi, Torino, 2021, 181 ss.; F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* a cura di P. Dell'Anno, E. Picozza, , vol. I, Padova, 2012, 559 ss; G. TELLARINI, *Lo sviluppo sostenibile nelle aree marine protette*, in *Aspetti normativi e gestionali delle aree marine protette* a cura di G. Tellarini, Bologna, 2012, 33 ss.; F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1998, 235 ss.

⁷⁴ F. SALVIA, *La difficile coesistenza tra usi e tutela dell'ambiente costiero* in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2015, 23 ss.

⁷⁵ Spiega Salvia che si tratta di una "patologia" "che comincia a manifestarsi nel secolo XIX con l'avvento della nuova borghesia e che si è andata diffondendo sempre più sino ai nostri giorni, con effetti talvolta devastanti. il clinico che l'ha descritta più efficacemente è un mio illustre conterraneo; G. Tomasi di Lampedusa. Annota l'A.: quando don Calogero Sedara (borghese rappresentativo della nuova Italia) "mette piede" per la prima volta nel salone del Principe di Salina rimane abbagliato alla vista di quegli ori ... Ma, dopo un attimo di smarrimento, si riprende; e da homo economicus (qual



Del resto, proprio come don Calogero Sedara, il famoso personaggio del Gattopardo di Tomasi di Lampedusa, che trovandosi davanti a qualcosa di bello non riusciva a limitarsi ad un giudizio estetico, ma si lascia pervadere immediatamente da tensioni manageriali, allo stesso modo, la continua insistenza delle fonti internazionali, europee e nazionali sulle enormi potenzialità del patrimonio naturale in termini di sviluppo economico per giustificare la protezione promuove una retorica controproducente. Il risultato concreto, infatti, è sostanzialmente contrario rispetto a quello desiderabile poiché si genera una frammentazione della tutela che in linea teorica si vorrebbe garantire all'ambiente naturale, che diventa effettiva solo in quelle frazioni delle aree protette che sono ricomprese nelle zone di riserva integrale tipo A.

In altri termini, tale retorica, da un lato, è potenzialmente in grado di sviare gli interpreti ed i legislatori dalla necessità di tutelare il patrimonio naturale per il suo valore intrinseco e non solo come fattore produttivo da utilizzare per la promozione del turismo e della crescita economica e, dall'altro lato, tende a focalizzare l'attenzione principalmente sulle potenzialità economiche del patrimonio naturale ingenerando una confusione tra mezzi e fini della normativa.

Fortunatamente, nell'ultimo anno il quadro normativo italiano si è notevolmente arricchito grazie alla recente modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione operata con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (in GU 22 febbraio 2022, n.44). Sebbene, infatti, nella Costituzione fosse già presente un riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente e degli ecosistemi⁷⁶, per effetto di questa modifica si è ampliata la tutela offerta dall'articolo 9 (fino a ricomprendere espressamente la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali anche nell'interesse delle future generazioni) ed è stato ampliato anche il dettato dell'articolo 41 (ai sensi del quale la salute e l'ambiente assurgono oggi a paradigmi da tutelare al pari della sicurezza, della libertà e della dignità umana, fungendo così da limite all'iniziativa economica pubblica e privata)⁷⁷.

era), comincia subito a ... far di conto, chiedendosi ad alta voce quanto quel salone era potuto costare in termini di ... salme di frumento. Il Principe – annota ancora l'A. – si allontanò disgustato". F. SALVIA, *Aree protette, proprietà e interessi ambientali*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3-4/2000, 643.

⁷⁶ La legge di revisione costituzionale numero 3 del 18 ottobre 2001 recante modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (GU n.248 del 24-10-2001), infatti, aveva modificato il testo dell'articolo 117, secondo comma, lettera s) della Costituzione individuando la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi come materia affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

⁷⁷ La ricerca di un nuovo equilibrio nel bilanciamento tra i valori è oggetto di numerosi recenti scritti, tra cui si segnalano, in particolare, R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 7/2022, 31 ss.; 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, 187 ss.; V. ONIDA, *Ambiente in Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, 1 ss.; C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in *Rivista giuridica dell'Edilizia*, n. 2/2022, 119 ss.; R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, 441 ss.; 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*, n.3/2021, 285 ss.; Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2021, 109 ss.



La nuova formulazione dei due articoli costituzionali, quindi, è indubbia testimonianza dell'importanza assunta dalla tematica ambientale nell'ordinamento italiano e si muove nell'ottica di colmare una lacuna valoriale e di ingrandire, proporzionatamente, il nucleo dei diritti fondamentali della persona e della comunità della Repubblica⁷⁸.

Sotto il profilo della libertà di iniziativa economica, inoltre, il legislatore costituzionale si allinea alla giurisprudenza della Corte costituzionale (la quale già da anni affermava la necessità di verificare la compatibilità della libertà in questione con la tutela dell'ambiente)⁷⁹, e pare accogliere, e finalmente cristallizzare, l'idea che l'ambiente costituisca un patrimonio da tutelare in via autonoma rispetto alla quantità ed all'importanza delle iniziative antropiche che eventualmente possono in esso esplicarsi.

Per ciò che concerne la tutela dell'ambiente marino, pertanto, questa riforma costituzionale può rappresentare finalmente l'occasione per riequilibrare effettivamente il rapporto tra i contrapposti interessi e fare in modo che, nella strategia di pianificazione e programmazione legislativa ed amministrativa, la tutela dell'ambiente abbia il giusto autonomo rilievo.

Per evitare che il monito di Salvia continui ad essere ancora tristemente ed incredibilmente attuale nonostante la novità costituzionale, tuttavia, è doveroso sottolineare che questo risultato può essere raggiunto unicamente se alle novità introdotte nel testo costituzionale si accompagna anche un'impostazione concettuale che rivisita il contenuto del principio dello sviluppo sostenibile, archiviando definitivamente la visione dell'ambiente come mera *res*.

Conseguentemente, sotto il profilo concreto, tale nuova impostazione deve anche prevedere un rimodellamento della tipica suddivisione in zone caratterizzate dalla previsione di un regime di protezione gradualmente sempre più affievolito. Se, infatti, è certamente necessario ampliare l'estensione delle aree marine protette esistenti ed istituirne di nuove, è altrettanto essenziale che, nell'ambito di quelle già esistenti, si favorisca una maggiore estensione delle aree di riserva integrale rispetto alle aree di riserva generale e parziale, ristabilendo il delicato equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione delle attività economiche nella pianificazione dello spazio marino, garantendo l'effettività della tutela e potenziando l'efficacia della pianificazione.

⁷⁸ Camera dei deputati. Discussioni sulle linee generali, resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 574 di lunedì 11 ottobre 2021.

⁷⁹ Cfr. Corte costituzionale 31 maggio 1996 numero 186; Id. 17 marzo 2006 numero 116; Id. 14 giugno 2011 numero 190.

I LIMITI COSTITUZIONALI DEL DIRITTO DI CIRCOLAZIONE.

I CASI DELLA PANDEMIA E DELLE POLITICHE SULLA MOBILITÀ E CIRCOLAZIONE STRADALE.

Matteo Carrer*

Abstract

L'articolo approfondisce il diritto di circolazione di cui all'art. 16 della Costituzione, commentando innanzitutto il testo della Carta fondamentale così come interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare, vengono presi in considerazione due esempi recenti di intervento del legislatore sulla libertà di circolazione: il primo relativo alla normativa emanata per contrastare la diffusione del Covid-19; il secondo relativo alle politiche di mobilità e di circolazione stradale. Nel primo caso, si è assistito alla compressione del diritto di circolazione in funzione del contrasto alla pandemia, nel secondo caso il diritto di circolazione è utilizzato come elemento strumentale per indirizzare comportamenti sociali relativi alla mobilità nel bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti. Il contributo si sofferma, in conclusione, sul significato della clausola del divieto al legislatore di limitare la circolazione per "per ragioni politiche" nonché sul concetto e sull'estensione dei limiti per la definizione del diritto di circolazione.

The article explores the right to move freely within the territory of the Italian Republic (art. 16 of the Constitution). It deals with some key issue: first of all, the text of the Italian Constitution as interpreted by constitutional doctrine and jurisprudence. Second, it considers two recent examples from the legislation about the right to move freely: one is related to the legislation about Covid-19 pandemic; the second one is related to mobility and road traffic policies. The spread of Covid-19 disease led the Government to minimize the right to move because of the fight against the pandemic. About traffic and mobility regulations, the right to move is used as an instrument to influence social behaviors. In conclusion, the contribution is about the meaning of the clause prohibiting the legislator from limiting the right to move for "political reasons".

Parole chiave

Diritto di circolazione; pandemia Covid-19; limiti ai diritti costituzionali; bilanciamento dei diritti; mobilità urbana

Keywords

Right to move freely; Covid-19 pandemics; urban mobility; constitutional rights

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica e struttura dell'esame. - 2. L'art. 16 Cost. e il diritto di circolazione. - 2.1. Il dibattito in Assemblea costituente. - 2.2. La distinzione con la libertà personale. - 2.3. I limiti costituzionali. - 3. La libertà di circolazione nel diritto UE. - 4. Il caso della pandemia da Covid-19. - 4.1. Ricostruzione della normativa in tema di libertà di circolazione. - 4.2.1. Le misure adottate nella primavera del 2020 allo scoppio della pandemia. - 4.2.2. Il cd. coprifuoco. - 4.2.3. Le certificazioni verdi Covid-19 nel loro impatto sulla circolazione. - 4.3. La libertà di circolazione e la pandemia. - 5. Il caso delle politiche sulla mobilità e la circolazione dei mezzi. - 5.1. Il precedente dell'Austerità e le *rationes*



dell'intervento attuale. - 5.2. Interventi sulla mobilità. Il ruolo e la latitudine delle incentivazioni. - 5.3. Il trasporto pubblico locale e i mezzi di categoria M2 e M3. - 5.4. Politiche di mobilità relative ai divieti di circolazione. - 6. Conclusioni. - 6.1. Elementi per una definizione di «ragioni politiche». - 6.2. La strumentalità e il contenuto dell'avverbio liberamente. - 6.3. Il concetto di limite come aspetto definitorio del diritto di circolazione. Quale ruolo per lo Stato?

1. Premessa metodologica e struttura dell'analisi.

L'articolo 16 della Costituzione italiana riconosce ai cittadini il diritto di circolare liberamente sul territorio nazionale. La breve formulazione costituzionale, organizzata in due commi, contiene, nonostante le non molte parole utilizzate, la garanzia di più di un diritto. Più nel dettaglio, dall'art. 16 Cost. si fanno discendere il diritto di circolazione, quello di soggiorno e, al comma secondo, il diritto di espatrio e di rientro nel territorio nazionale.

L'unità logica dei diritti elencati è evidente, in quanto hanno sempre a che fare con lo spostamento delle persone sul territorio nazionale, anche oltrepassandone i confini, tuttavia si tratta di diritti citati in modo distinto che diviene opportuno trattare in modo altrettanto distinto, per quanto i rapporti tra gli uni e gli altri permettano senza difficoltà una ricostruzione unitaria¹.

Le presenti note sono dedicate ad un aspetto specifico nello studio del diritto di circolazione, ovvero i limiti che questo incontra nell'applicazione. La Costituzione è chiara nel porre un limite e controlimite: «ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche.»

¹ *Ricercatore RTDB in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Bergamo.

Come è il caso dei commenti organici all'articolo costituzionale. Si vedano almeno: L. CASTELLI, *Articolo 16*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2021, vol. I, p. 123; G. DEMURO, *Commento all'art. 16 della Costituzione in Commentario alla Costituzione* a cura di A. Celotto, M. Olivetti, R. Bifulco, Utet, Torino, 2006, p. 372 ss; L. PRINCIPATO, *La libertà di circolazione e soggiorno e la libertà di espatrio ed emigrazione*, in M. Benvenuti, R. Bifulco, *Trattato di diritto costituzionale. I diritti e i doveri costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2022, vol. III, pp. 100 ss.; C. MAINARDIS, *Art. 16*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 127 ss.; U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1989, vol. III, p. 76 ss.; U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, VI, p. 1 ss.; G. AMATO, *Art. 16*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 114 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 171 ss.; G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, circolazione*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di) *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2001, Vol. I, p. 291 ss. Cfr anche: C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 683 ss.; M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. VII, p. 14 ss.; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Cedam, Padova, 1956, vol. V, pp. 398 ss.; L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, p. 938 ss.; M. GALIZIA, *Libertà di circolazione e soggiorno*, in P. Barile (a cura di) *La pubblica sicurezza*, Neri Pozza, Milano, 1967, pp. 546 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992.



Il limite costituzionale è rappresentato dai motivi di sanità o sicurezza. Il contro-limite (o, se si vuole, il non-limite) sono le ragioni politiche, autentico argine voluto dal costituente a possibili forme di compressione del diritto in esame.

L'attenzione vuole proprio concentrarsi su questi limiti alla luce di quanto avvenuto di recente - ovviamente in riferimento al momento in cui si scrive - in termini di restrizione della possibilità di muoversi sul territorio nazionale in conseguenza della pandemia da Covid-19². Si è presentato nella realtà un caso paradigmatico, quasi scolastico nella sua esemplarietà (senza dimenticare, a monte di ciò, che è stato innanzitutto un caso drammatico dal punto di vista umano e sociale), dove una malattia particolarmente insidiosa si è presentata sul territorio nazionale, capace di diffondersi con particolare contagiosità proprio in funzione dei contatti interpersonali.

Un secondo aspetto di interesse è quello delle restrizioni e degli incentivi alla circolazione di determinate categorie di mezzi in considerazione delle politiche sulla mobilità urbana ed extraurbana. Poiché, come si vedrà, la Costituzione pone il limite della sanità e della sicurezza, i due casi di studio saranno utili proprio a definire con un chiaro appoggio alla normativa e all'evoluzione del contesto come sono stati declinati i limiti costituzionali.

Particolare attenzione verrà dedicata al controlimite voluto dalla Carta fondamentale, o, se si vuole, il limite che il costituente pone ai limiti declinabili dal legislatore: come anticipato, la restrizione per ragioni politiche. La dottrina, che peraltro non cessa di occuparsi del tema di cui si sta trattando³, non è solita approfondire questo specifico punto e

² Una puntualizzazione terminologica: secondo la pagina ufficiale del Ministero della Salute, *Il nuovo coronavirus cambia nome, non più 2019-nCoV ma SARS-CoV-2*, disponibile in www.salute.gov.it/portale/news, aggiornata al 13 febbraio 2020, «2019-nCoV [è il nome de] il nuovo coronavirus isolato in Cina all'inizio dell'epidemia. Nei giorni scorsi il virus ha però cambiato nome: l'International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV) ha classificato il nuovo coronavirus denominandolo Sars-CoV-2 ed è con questo nome che lo European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) si riferisce al nuovo coronavirus sul suo sito. Individuato anche il nome per la malattia che deriva dall'infezione da Sars-CoV-2: il direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha annunciato l'11 febbraio che è stata denominata ufficialmente COVID-19». Dunque, Sars-CoV-2 è il nome del virus, COVID-19 il nome della malattia. Di fatto e nell'uso comune, la distinzione tra nome del virus e nome della malattia non si applica. Si utilizzerà nel prosieguo la dizione Covid-19 a meno che la fonte che si sta citando letteralmente non utilizzi una formulazione diversa.

³ Le limitazioni di cui alla normativa per il contrasto alla pandemia, che si analizzeranno *infra*, hanno dato impulso a molte recenti riflessioni: G.P. DOLSO, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in G.P. Dolso, M.D. Ferrara, D. Rossi (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del covid-19*, Trieste, 2020, pp. 263 ss.; ID., *Libertà di circolazione ed emergenza sanitaria*, in *Ambienteditto*, 4/2020, p. 1 ss.; ID., *Circolare liberamente. Principi, interpretazioni e disciplina costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, p. 1 ss.; C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*, 4/2020, p. 95 ss.; G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, pp. 566 ss.; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 1/2020, spec. pp. 424 ss.; S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, in www.magistraturaindipendente.it, 18 aprile 2020, spec. par. 5; A. CANDIDO, *Necessitas non habet legem? Pandemia e limiti alla libertà di circolazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, p. 376 ss.; G. SALVADORI, *Il periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del Covid-19*, in *Gruppo di Pisa*, 2020, p. 306 ss.; L. MARILOTTI, *Contenimento del contagio, limitazioni domiciliari e salute*



configurare quali siano e in cosa consistano i limiti (intesi come contorni, delimitazioni) del diritto in esame e, ancor più, dell'accennato limite ai limiti.

Questi, dunque, sono i punti di particolare attenzione. Tuttavia, per una migliore e più completa collocazione degli stessi, è opportuno dedicare qualche riflessione anche ad alcuni aspetti generali e metodologici del diritto in esame, affrontando anche il diritto di circolazione nel contesto dell'UE.

2. L'art. 16 Cost. e il diritto di circolazione.

Come anticipato, l'art. 16 della Carta fondamentale enuncia, tra gli altri, il diritto di circolazione, che abbina all'avverbio "liberamente". *Ogni cittadino, dice il testo costituzionale, può circolare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale.* Il diritto di circolazione, dunque, ha un confine proprio ed intrinseco che è quello del territorio nazionale. Si tratta di un limite costruttivo, che deriva da una precisa scelta costituzionale, quella di scindere un'unità ideale - tema su cui si tornerà immediatamente - cioè disporre di sé nel muoversi nello spazio, in diversi diritti: la libertà personale, di cui all'art. 13 Cost., il diritto di circolare, dunque di muoversi; il diritto di soggiornare, dunque di restare in un luogo, per un tempo più o meno lungo (entrambi all'art. 16, co. 1° Cost.); e il diritto di espatriare, cioè uscire dal territorio della Repubblica e rientrarvi, come si esprime il secondo comma del medesimo art. 16.

Per quanto la distinzione sia sottile, attendendo alla stessa unità logica fondamentale, è giuridica, in quanto discende dal testo della Costituzione, e permette di approfondire il tema senza le inevitabili complicazioni che possono discendere da un'analisi onnicomprensiva di tutti i diritti citati dall'articolo in esame.

Come noto, lo Statuto albertino conteneva una disposizione, l'art. 26, volta alla tutela della libertà personale, che era perciò "guarentita". Il co. 2° dell'art. 26 disciplinava in particolare le restrizioni della libertà personale: «niuno può essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive». Dall'art. 26 «la prevalente dottrina considerava come aspetti la libertà personale in senso stretto, la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà dell'industria e del lavoro»⁴. Si trattava di un'evidente estensione della lettera statutaria, in funzione di una garanzia più ampia che sarebbe stata ricompresa *in nuce* nella dizione "libertà personale"⁵.

psicofisica nell'attività di polizia sanitaria anti-coronavirus, in Federalismi, 1/2021, p. 214 ss.

⁴ M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 15.

⁵ Piuttosto inspiegabilmente, U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 1, scrive che «lo Statuto albertino tutelava espressamente la libertà di circolazione, o meglio di locomozione» e, nonostante nel testo dell'art. 26 non si rinveniva tale contenuto, ne aggiunge un supposto testo dell'art. 26 dello Statuto: «la libertà personale importa la facoltà di andare, restare, partire, viaggiare; quindi di emigrare in paese estero, sia definitivamente che a tempo». L'errore - poiché di errore si tratta - è probabilmente dovuto al testo di L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale. Lezioni*, a cura di E. Brusa, Eugenio e Filippo Cammelli editori, Firenze, 1869, Vol. I, a p. 34 dove si legge: «la libertà individuale importa» e, a parte "individuale" invece di "personale" contiene la medesima formulazione. Poiché il paragrafo successivo si apre dicendo «dall'articolo 26 sovraccitato [...]» si poteva erroneamente intendere che le righe immediatamente sopra riportassero il testo dello statuto, il quale invece non viene citato dal Casanova letteralmente nemmeno nelle pagine precedenti. La parafrasi, evidentemente opera del Casanova, è comunque interessante, sia pure vagamente desueta nella forma. Si può altresì credere che l'errore di Goldoni ne abbia indotti altri, es. A. CANDIDO, *Necessitas non habet*, cit., p. 376.



La scelta della Costituzione repubblicana è diversa. L'art. 13 garantisce la libertà personale, l'art. 16 la libertà di circolazione e soggiorno, di espatrio e rientro, mentre altre norme si occupano del diritto al lavoro e della libertà di iniziativa economica. Se pur manca un articolo costituzionale espressamente dedicato alla libertà di stabilimento, essa si può ricavare come combinato disposto delle norme esistenti nel senso specifico di libertà di decidere in quale punto del territorio nazionale iniziare una attività economica. Dunque, una volta delineato e limitato il tema alla circolazione all'interno del territorio nazionale, è interessante definire in cosa consista più esattamente il diritto in questione.

La Costituzione lo attribuisce, quanto al soggetto, a ogni cittadino, pertanto il soggetto sono le persone fisiche.

Quanto al contenuto in relazione all'oggetto, si è già implicitamente declinata la versione più semplice e lineare: il diritto di muoversi fisicamente nello spazio e dunque portare sé stessi in luoghi diversi sottoposti alla sovranità della Repubblica italiana. Non a caso, anche nella giurisprudenza costituzionale, viene a volte chiamato "diritto di locomozione"⁶. Secondo la giurisprudenza del giudice delle leggi, il diritto in esame sarebbe l'equivalente «di portarsi da un luogo ad un altro con un qualunque mezzo di trasporto»⁷. Poiché in quel contesto si trattava proprio della circolazione con mezzi si può ampliare la definizione, portarsi da un luogo ad un altro con qualunque mezzo di trasporto o anche senza mezzi di trasporto (con le sole proprie forze).

Oppure, ancora: *andare, venire, partire, restare*. Una formulazione forse arcaica⁸ ma efficace nel dettagliare ciò in cui consiste il diritto di circolare. Si potrebbe aggiungere il "rimanere", senonché per motivi metodologici fermarsi e restare in un luogo non come accidente di uno spostamento ma come scopo dell'azione in sé corrisponde al soggiorno, garantito ugualmente dall'art. 16 Cost. ma avente coordinate concettuali diverse.

Il diritto di circolazione è garantito «nel suo duplice significato di divieto di discriminazioni tra i cittadini che non siano consentite dalla Costituzione, e di obbligo di rimuovere gli ostacoli»⁹ che eventualmente si frappongano a una libera circolazione.

Soggetto obbligato è «lo Stato nell'esercizio della sua potestà d'impero [sic]. [...] Non solo l'obbligo di astenersi da indebiti divieti della libertà di circolazione e soggiorno dei suoi cittadini ma anche, per quanto riguarda specificamente la circolazione, quello di non sottrarre all'uso, a scopo di circolazione, quelle parti del territorio ove essa può effettivamente avere luogo, cioè le strade, le acque interne, il mare territoriale, lo spazio aereo sottoposto alla sua sovranità»¹⁰. Si collega a questo preciso punto il tema della circolazione su strada: «per quanto riguarda l'uso dei diversi mezzi di circolazione [...] possono però emergere limitazioni ulteriori derivanti da interventi di politica economica riconducibili al 2° e 3° co. dell'art. 41 Cost.»¹¹, mentre altrove si nota che le vie di comunicazioni soddisfano molte esigenze e sono sottoposte a varie discipline. La libertà di circolazione «non può applicarsi a tutte le discipline in questione, perché, se così fosse, [...] consisterebbe, anzitutto,

⁶ Anche dalla giurisprudenza costituzionale, es. sent. 127/2022.

⁷ Sent. 6/1962.

⁸ L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, cit., p. 34.

⁹ M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 17.

¹⁰ M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 19.

¹¹ U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno*, cit., p. 79



in un singolare e invadente diritto a che ogni bene atto a circolare fosse destinato a tale fine, con i soli limiti ispirati a motivi di sanità o di sicurezza»¹².

Tra l'impossibilità (e anzi l'assurdità) di riconoscere sempre e comunque a tutti indistintamente il diritto di transitare nello stesso momento, con qualsiasi mezzo e senza alcuna forma di regolazione o limite per le medesime strade ed escludere la circolazione stradale dal diritto di circolazione vi è un profilo interessante su cui si avrà modo di tornare ampiamente, cioè il carattere essenzialmente strumentale della libertà in esame.

A tale proposito, taluni ritengono¹³ che la libertà di circolazione sia collegata - almeno dal punto di vista funzionale - alla libertà economica. Circolare, dunque, non corrisponderebbe soltanto a muoversi, viaggiare, bensì a portare con sé la totalità dei propri interessi. È evidente che chi si sposta lo fa per un motivo, e dunque ha un interesse, non fosse altro che la volontà apodittica di spostarsi. Il punto, qui, consiste nell'insistere sul motivo dello spostamento. «Motivo» è la parola che la Costituzione utilizza allorché definisce i limiti e ulteriormente nell'art. 16, co. 1° Cost. è utilizzata la parola «ragioni». Si tornerà sul tema poiché interessano particolarmente le definizioni dei «limiti»¹⁴ e delle «ragioni politiche»¹⁵.

La Costituzione torna una seconda volta nel suo testo sul tema della libertà che qui interessa, in particolare all'art. 120 co. 1°. Ribadire il concetto è, altresì, un argomento per dedurre l'indipendenza del diritto di circolazione rispetto ad altri diritti costituzionalmente garantiti che pure concettualmente sono confinanti. Il primo comma dell'art. 120 è indirizzato agli enti regionali e stabilisce che «la Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale»¹⁶.

Ancora una volta, in poche parole sono garantiti diritti diversi. Interessa qui il solo aspetto della circolazione delle persone, ma è evidente che il tema si ricollega anche alla circolazione delle cose, cui l'art. 16 Cost. non fa cenno. L'approccio dell'articolo che appartiene al Titolo V della parte seconda, come lecito aspettarsi, è differente sia per il destinatario della previsione costituzionale - la sola Regione - sia per il contenuto, che riguarda aspetti economici¹⁷. Non vi

¹² G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 120.

¹³ M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 14.

¹⁴ Parr. 2.3. e 6.3.

¹⁵ Par. 6.1.

¹⁶ M. BELLETTI, *Art. 120*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008.

¹⁷ Ci si potrebbe domandare allora se sarebbe lecito allo Stato istituire dazi tra le Regioni o adottare provvedimenti che ostacolino la circolazione delle cose. Quanto alle persone e al diritto al lavoro, sarebbe d'obbligo rinviare perlomeno alla disciplina contenuta negli artt. 4 e 16. Sul primo interrogativo, la risposta potrebbe essere positiva ma non nel senso di arbitrari limiti, bensì nel senso di una gestione differenziata del territorio. Almeno gli artt. 44, co. 2° relativo alla montagna e l'art. 119, co. 5°, riformato nel 2022 secondo il quale «la Repubblica riconosce le peculiarità delle Isole e promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità», permettono trattamenti differenziati in ragione della geografia. Poiché il tema è ampio, si rinvia a: A. MITROTTI, *Sui sentieri metodologici per lo studio "giuridico" delle zone montane nella repubblica italiana*, in *Diritti regionali*, n. 2/2022, p. 23 ss.; B. DI GIACOMO RUSSO, L. SONGINI (a cura di), *La specificità montana. Analisi giuridica ed economica*, Editoriale scientifica, Napoli 2015; C. LOSAVIO, G. PERNICIARO, *Analisi della normativa inerente ai territori montani*, Roma, ottobre 2017, paper ISSiRFA (Istituto di Studi sui Sistemi Regionali, Federali e sulle Autonomie "Massimo Severo Giannini"); M. CARRER, *Percorsi costituzionali*



è dubbio, per restare aderenti al tema, che il legislatore regionale non possa ostacolare la libera circolazione delle persone e la specificazione dell'“in qualsiasi modo” mette potenzialmente fuori da ogni dubbio che una Regione possa intervenire sul punto¹⁸. Si puntualizza che la certezza dell'affermazione è solo potenziale perché la pandemia da Covid-19 ha avuto modo di influire anche su questo. In ogni caso, però, la competenza legislativa è statale, come ha stabilito la sent. 37/2021 della Corte costituzionale¹⁹, che riconduce la materia delle misure anti-pandemiche alla profilassi internazionale (art. 117, co. 2°, lett q).

2.1. Il dibattito in Assemblea costituente.

Una ricostruzione del dibattito svoltosi in Assemblea costituente²⁰ è indubbiamente interessante ma, come si vedrà nel prosieguo, fornisce soltanto limitati spunti per chiarire i casi applicativi che la vita istituzionale della Repubblica mette all'ordine del giorno.

In verità, la discussione sull'articolo di cui si sta trattando non è stata particolarmente approfondita e la parte più interessante ai fini del presente studio si è tenuta in una seduta di sottocommissione e, come noto, le sedute delle sottocommissioni sono riportate solo in forma sintetica. Colpisce l'attenzione il parallelo utilizzato dall'on. Ugo Della Seta (Partito repubblicano) nella seduta pomeridiana del 28 marzo 1947 il quale rilevò che «vedere consacrato in una Costituzione il diritto della libertà di circolazione mi fa quasi la stessa impressione come se fosse consacrato il diritto del cittadino a respirare». Esprime stupore

per le zone montane, FrancoAngeli, Milano, 2021, spec. p. 165 ss.; F.C. PALERMO, *Principi costituzionali per una fiscalità della montagna*, in *Queste istituzioni*, 1/2022, p. 181 ss.

¹⁸ Più ampie considerazioni in G.P. DOLSO, *Libertà di circolazione*, cit., p. 12 nonché in C. C. SAGONE, *La libertà di circolazione*, cit.; G. DEMURO, *La democrazia regionale nell'emergenza pandemica: quali fallimenti della forma dello Stato?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, p. 927 ss.; U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2020, p. 536 ss.; M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Biodiritto*, 20 marzo 2020, p. 1 ss.; E. BALBONI, *Autonomie o centralismo contro il coronavirus*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, p. 373 ss.

¹⁹ B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi*, paper, 21 aprile 2021; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consultaonline*, Studi 2021/I, p. 329 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 *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 10 ss.; 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 Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 87 ss.; 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, p. 1 ss.; R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti Regionali*, 2/2021, p. 418 ss.; 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 Quaderni Costituzionali*, 2/2021, p. 311 ss.; A. MAZZOLA, *Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*, in *Consultaonline*, Studi e Contributi, 2021/II, p. 572 ss.; 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 *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2021, p. 231 ss.; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021, p. 102 ss.

²⁰ Su cui v. anche anche G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 117, in nota, U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 6. Il commento più ampio in G. DEMURO, *Art. 16*, cit., pp. 373-374.



l'on. Della Seta, come se quello di circolazione fosse un diritto così fondamentale e basilare che persino l'inclusione nel testo della Costituzione voglia significare quasi il dominio da parte del diritto di una questione tanto connaturata alla persona umana.

Riguardo ai limiti, è l'on Vincenzo Tieri (Fronte dell'uomo qualunque) che nella seduta del 26 marzo 1947 osserva: «Va bene la sanità, come abbiamo già osservato.

Ma la sicurezza? Qui entriamo in un campo dove le definizioni non sono mai troppe.

O in sede costituzionale non se ne parla, e sarebbe meglio non parlarne; o, se se ne vuol parlare in sede costituzionale, bisogna dar lumi al legislatore, delimitare chiaramente i suoi poteri, rassicurare il cittadino sulla impossibilità di sconfinamenti arbitrari. Anche con la successiva precisazione che la libertà di circolazione e di soggiorno non può in nessun caso esser limitata per ragioni politiche, stiamoci attenti ai trucchi e ai tranelli cui possono prestarsi i cosiddetti mezzi di difesa sociale.»

Troppo o troppo poco. Sembrano questi i due estremi in cui si muove la discussione in Assemblea costituente. Da un lato, pare eccessivo regolamentare la libertà di circolazione, dall'altro sembrano non bastare mai le rassicurazioni costituzionali e i limiti da imporre al legislatore. Pur se non emerge a chiare lettere in Assemblea costituente, ciò discende dal carattere strumentale della libertà di circolazione. Si tornerà sul punto.

Come si anticipava, la discussione più articolata su quello che diventerà l'art. 16 della Carta fondamentale si trova agli atti della seduta del 20 settembre 1946 della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, la quale discuteva l'articolo allora numerato come settimo della proposta dei relatori La Pira e Basso.

Significativamente, gli interventi non si concentrano sulla formulazione costituzionale del diritto, bensì sui limiti. Quando il Presidente della Sottocommissione Umberto Tupini pone in discussione la parte dell'articolo che - nella formulazione originale dei proponenti - recitava «salvo i limiti imposti dalla legge per motivi di sanità o di ordine pubblico», l'on. Roberto Lucifero (Blocco nazionale della libertà, poi Partito liberale) propose che «si dica semplicemente: "salvo i casi di guerra, di epidemie e di pubbliche calamità". Sono i tre casi in cui si possono inibire movimenti di popolazione per ragioni sostanziali che non sono "ad personam"», mentre l'on. Palmiro Togliatti osservò «che quando si stabilisce che le autorità possano porre i limiti che vogliono per ragioni di ordine pubblico, si dà la possibilità alle autorità stesse di fare qualsiasi cosa. Propone perciò che l'espressione sia modificata nel modo seguente: "salvo i limiti disposti dalla legge, in circostanze eccezionali"».

Si discusse sulla formulazione più appropriata: ordine pubblico o "sicurezza pubblica" (on. Grassi), o "circostanze eccezionale" (on. Togliatti) in quanto, a detta di quest'ultimo «se si lascia la facoltà alla polizia, questa potrà inibire la circolazione dei cittadini per motivi di ogni genere» e non basta dire che i limiti siano imposti dalla legge perché «gli italiani sono stati sempre ingannati dalla legge».

L'on. Basso, uno dei proponenti, e relatore, si dichiarò favorevole alla locuzione «salvo i limiti imposti con carattere generale dalla legge [poiché] con questo chiarimento si intenderà dire che le autorità esecutive non possono porre limiti contro una determinata persona o determinate categorie.» L'insistenza sulla generalità delle misure è chiara: «il Presidente Tupini fa osservare che questa specificazione sottrae il cittadino ad ogni arbitrio di natura personale».



È l'on. Mastrojanni (Fronte dell'uomo qualunque) ad andare completamente controcorrente e a introdurre un aspetto di grande interesse proprio per la costruzione dei limiti: egli «fa osservare che, limitando la facoltà della legge ai tre casi previsti nella proposta dell'onorevole Lucifero [guerra, epidemie, pubbliche calamità], si verrebbe a togliere alle autorità di pubblica sicurezza la possibilità di rinviare al proprio domicilio, con foglio di via obbligatorio, le persone che siano, per un motivo o per un altro, indesiderabili, come nei casi di accattonaggio, prostituzione, ecc. Occorre tener presente che l'esercizio di una coercizione del genere da parte delle autorità di pubblica sicurezza risponde indubbiamente ad uno scopo di utilità e di necessità per l'umana convivenza». Mastrojanni ebbe - in un certo senso - il coraggio di ritenere utile e necessario coercire alcune categorie "indesiderabili, per un motivo o per un altro".

Per logica conseguenza, egli «ritiene perciò che la dizione "per motivi di sanità e di ordine pubblico" debba rimanere. Accetterebbe la specificazione dell'onorevole Lucifero, purché comprendesse anche i casi di ordine pubblico». La polemica sarebbe, di nuovo, illuminante sui reali limiti voluti dai costituenti se non provvedesse proprio l'on. Lucifero a stemperare i toni. «Lucifero ritiene di interpretare anche il pensiero dell'onorevole Togliatti dichiarando di preoccuparsi che i diritti del cittadino possano essere limitati proprio per ragioni di pubblica sicurezza. Quando venga introdotto questo concetto, si sa perfettamente che uso larghissimo ne può fare il potere esecutivo. Ciò che si vuole impedire è proprio questo. Se si tollera che, per motivi di ordine pubblico e per ragioni di pubblica sicurezza, si possano porre limitazioni alla libertà, si stabilisce la possibilità dell'arbitrio». Conclude che «le osservazioni dell'onorevole Mastrojanni non ricadono in questi casi. Le disposizioni di pubblica sicurezza riguardanti il foglio di via scaturiscono da altre ragioni», anticipando di fatto quelle che saranno le distinzioni tra la libertà personale e la libertà di circolazione²¹.

Infine, è l'on. Aldo Moro a proporre un emendamento che risulterà particolarmente interessante per l'analisi. Egli propose «che si aggiunga l'espressione: "In nessun caso la legge può limitare questa libertà per motivi di carattere politico". Si dovrebbe cioè chiarire il senso di "ordine pubblico", in modo che sia stabilita una tutela di fronte alla delinquenza comune, ma non per motivi di carattere politico». Si tratterebbe, nelle intenzioni del proponente, di una specificazione e non di un contro-limite di carattere generale. La proposta verrà approvata ma non prima che si registri un'osservazione dell'on. Concetto Marchesi (Partito comunista). Ad attenta lettura, l'osservazione è interpretabile in due modi diversi: «Marchesi dichiara che accetterebbe la proposta dell'onorevole Moro, se non sapesse, per lunghissima esperienza, che ad un certo punto l'avversario politico diventa un delinquente comune e quindi la legge lo colpisce come tale. Per quanto riguarda le parole "ordine pubblico" e "pubblica sicurezza", ricorda che questi due termini hanno una tristissima storia, ed hanno portato con sé una serie infinita di arbitrii a danno di cittadini che certo non erano meritevoli di tale trattamento». Le due letture sono - purtroppo - in senso diametralmente opposto e non vi sono elementi testuali per dedurre quale delle due sia preferibile. Nel primo

²¹ In dottrina si ritiene che «dall'esame dei lavori costituenti emerge anche in modo esplicito che con questa disposizione costituzionale si intendeva legittimare anche due tipiche misure di prevenzione, come il rinvio al Comune di residenza e l'obbligo di residenza; al tempo stesso, però, in sede di dibattito sulla libertà personale ci si riferì anche in generale alle "misure di polizia restrittive della libertà personale a carico di persone socialmente pericolose"»: U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno*, cit., p. 77-78.



senso, l'on. Marchesi sarebbe sarcastico e ipotizzerebbe che l'avversario politico *viene fatto diventare* delinquente comune dal regime di turno, che poi lo persegue come tale. Una vera criminalizzazione del dissenso, declassandolo da questione politica a banale delinquenza. Nel secondo senso l'on. Marchesi sarebbe serio e ipotizzerebbe che il delinquente motivato da ragioni politiche prima o poi diventa delinquente comune e come tale va fermato. Nel primo caso la garanzia voluta dall'on. Moro sarebbe inutile, nel secondo superflua. Sembrerebbe da preferirsi la seconda lettura, in quanto se la garanzia fosse stata considerata inutile o insufficiente l'on. Marchesi si sarebbe peritato di rimediare con una controproposta. Mentre nel secondo la contrarietà è totale e si giustifica da sé. Tuttavia, è proprio la parte politica dell'on. Marchesi, proprio per ragioni partitiche, quella che aveva sofferto limitazioni politiche durante il regime fascista ed è impossibile che ne avesse dimenticato le circostanze. Se si preferisse la prima interpretazione, l'on. Marchesi non avrebbe effettuato controproposte ritenendo che, in ogni caso, sarebbero state rigettate o non avrebbero potuto fare da argine.

In conclusione, dai lavori in Assemblea costituente si ricavano tre elementi strutturali su cui si incanala la discussione: il carattere fondamentale della libertà di circolazione; i limiti generali, non *ad personam*; la declinazione delle "ragioni politiche" come sostanzialmente diverso dalla delinquenza comune.

2.2. La distinzione con la libertà personale.

Un problema notevolissimo è quello della distinzione tra la libertà personale e la libertà di circolazione.

Si tratta di un tema sopra il quale si è confrontata la migliore dottrina dall'approvazione della Costituzione repubblicana in poi²² e, bisogna ammetterlo, senza riuscire a trovare una posizione univoca. E non perché manchino le ipotesi, come si vedrà subito.

Innanzitutto, sarebbe persino possibile non leggere una separazione tra le due libertà di cui all'art. 13 e all'art. 16 Cost. bensì una sostanziale continuità. Quasi all'opposto di quanto avveniva per lo Statuto albertino, dove da un'unica disposizione venivano ricavate due libertà. In questo senso la Corte costituzionale ha rammentato che l'art. 16 Cost. possa essere «inteso quale proiezione del citato art. 13» (sent. n. 6/1962); tuttavia, a ben guardare la disposizione degli argomenti, il Giudice delle leggi non afferma quanto riportato come punto di diritto, bensì concede che "anche se" fosse inteso come proiezione, il ragionamento che porta avanti nel caso di specie non sarebbe cambiato. Dunque, si può valorizzare la dizione costituzionale²³ e ritenere i due diritti concettualmente vicini, in un certo senso complementari, ma distinti.

Si ritiene che il problema non possa essere affrontato in via induttiva, bensì possa essere affrontato soltanto in via deduttiva. L'affermazione merita più ampio commento: anche senza scomodare Aristotele e Bacone, l'*Organon* e il *Novum organum*²⁴, per induzione si

²² Si rimanda alla dottrina citata alla nota 1, che dedica spazio alla distinzione tra i due concetti, a volte nell'ottica di un commento complessivo a entrambi gli articoli.

²³ E i rinvii che la stessa Carta fondamentale fa: sono collegati all'art. 16 sia l'art. 35, co. 4° che l'art. 120, co. 1°.

²⁴ Cfr. di recente le interessanti considerazioni di G. GIGLIONI, E. TROGRIC, C. CRIGNON, S. PARAGEAU, *Lire, penser, vivre. Les interactions entre inductio et instauratio dans le Novum Organum de Francis Bacon*, in *Archives de philosophie*, 2021, Vol. 1, p.17 ss.

intende in questo caso trovare un ordine e una separazione tra libertà personale e libertà di circolazione a partire dalle diverse previsioni del legislatore, riconducendo all'una o all'altra garanzia oppure all'una e all'altra disciplina. Per deduzione, invece, il metodo opposto, che distingue a priori tra le libertà di cui all'art. 13 e di cui all'art. 16 Cost. e da lì fa discendere la distinzione tra le diverse fattispecie previste dal legislatore ordinario.

Ricostruire la distinzione partendo da diverse teorie è ben fattibile. Le opzioni presentate sono diverse.

In dottrina, vi è chi ritiene «che, quando uno di tali provvedimenti impone un obbligo positivo di circolare o soggiornare solo entro una data circoscrizione territoriale, esso limita la libertà personale, mentre, se contiene esclusivamente un obbligo negativo di non circolare o soggiornare in determinate parti del territorio, limita la libertà di circolazione e di soggiorno»²⁵.

Quanto al Giudice delle leggi, «la giurisprudenza della Corte costituzionale al riguardo non sembra concedere margini di dubbio: può essere colta in più sentenze l'affermazione secondo cui la libertà personale attiene alla libertà fisica»²⁶. Già con la sent. 11/1956 la Corte costituzionale, ragionando sull'art. 13 Cost. riteneva che «la libertà personale si presenta come diritto soggettivo perfetto nella misura in cui la Costituzione impedisce alle autorità pubbliche l'esercizio della potestà coercitiva personale». La sentenza 68/1964 individua di nuovo nella «degradazione giuridica» del destinatario del provvedimento «uno degli aspetti di restrizione della libertà personale ai sensi dell'art. 13 della Costituzione». Di recente, e su uno dei due temi che verranno approfonditi, la sentenza 127/2022 sembra tracciare una distinzione univoca tra i due diritti. «Nella giurisprudenza costituzionale, il nucleo irriducibile dell'*habeas corpus*, tutelato dall'art. 13 Cost. e ricavabile per induzione dal novero di atti espressamente menzionati dallo stesso articolo (detenzione, ispezione, perquisizione personale), comporta che il legislatore non possa assoggettare a coercizione fisica una persona, se non in forza di atto motivato dell'autorità giudiziaria, o convalidato da quest'ultima entro quarantotto ore, qualora alla coercizione abbia invece provveduto l'autorità di pubblica sicurezza»²⁷. La Corte ritiene che «l'impiego della forza per restringere la capacità di disporre del proprio corpo [...] è quindi precluso alla legge dalla lettera stessa dell'art. 13 Cost., se non interviene il giudice, la cui posizione di indipendenza e imparzialità assicura che non siano commessi arbitri in danno delle persone».

Da ciò discende che «qualora, pertanto, il legislatore intervenga sulla libertà di locomozione, indice certo per assegnare tale misura all'ambito applicativo dell'art. 13 Cost. (e non dell'art. 16 Cost.) è che essa sia non soltanto obbligatoria (tale, vale a dire, da comportare una sanzione per chi vi si sottragga), ma anche tale da richiedere una coercizione fisica».

Il Giudice delle leggi porta tre esempi che trae dalla propria giurisprudenza, secondo la quale «un mero ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio, la cui esecuzione sia affidata alla collaborazione spontanea di chi lo riceve, afferisca alla libertà di circolazione, ma che, diversamente, ove l'ordine comporti la traduzione fisica della persona, esso debba essere assistito dalle garanzie di cui all'art. 13 Cost. (sentenze n. 2 del 1956 e n. 45 del 1960).

²⁵ M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 16.

²⁶ U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 2. Sembra criticare questa posizione G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 116 laddove ritiene che la soluzione della Corte collochi in un "limbo" costituzionale determinate norme, come sospese tra l'art. 13 e l'art. 16 Cost.

²⁷ Tutte le citazioni dal punto 4 del considerato in diritto.



Parimenti, il respingimento dello straniero con accompagnamento coattivo alla frontiera, a differenza dell'ordine di espulsione, restringe la libertà personale in ragione di tale "modalità esecutiva" (sentenza n. 275 del 2017; in precedenza, sentenza n. 222 del 2004)». Ancora, «ha ricondotto all'art. 13 Cost. l'esecuzione di un prelievo ematico nel corso di un procedimento penale «quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva» (sentenza n. 238 del 1996), ma ha invece escluso l'applicabilità di tale disposizione costituzionale al test alcolemico, ove proposto a chi sia sospettato di aver guidato in stato di ebbrezza, considerato che la persona, pur commettendo reato in caso di rifiuto ingiustificato, «non subisce coartazione alcuna, potendosi rifiutare in caso di ritenuto abuso di potere da parte dell'agente» di pubblica sicurezza (sentenza n. 194 del 1996)».

In sintesi l'«assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale», mentre la mancanza di coercizione fisica sposta la garanzia sull'art. 16 Cost. o eventualmente su altri diritti costituzionalmente tutelati diversi dalla libertà personale. Si parla qui di *deminutio* della persona. Si tornerà sul tema.

Ancora, si potrebbe distinguere la libertà personale come forma teorica di disposizione di sé e la libertà di circolazione come libertà concreta, pratica, di movimento²⁸. Decidere cosa fare di sé e averne la possibilità sarebbe libertà personale, muoversi nello spazio libertà di circolazione. Oppure, ancora, evidenziare i "cerchi concentrici"²⁹ che la Costituzione pone dall'art. 13 all'art. 16 (e oltre, in un certo senso) e ritenere che la libertà personale è la libertà di disporre di sé, poi la Carta fondamentale cita la libertà di domicilio, poi quella di corrispondenza (cioè la libertà di restare in un luogo ma comunicare con persone in altri luoghi) e infine la libertà di spostarsi fisicamente, prodromica alla libertà di riunione, inattuabile senza la precedente.

Dunque, e solo per ipotesi, la libertà di circolazione potrebbe riguardare specificamente i viaggi e gli spostamenti oltre casa propria. Il domicilio come libertà di disporre della propria casa e la circolazione come libertà di uscire sullo spazio pubblico, quello stesso spazio che l'art. 17 Cost. prende in considerazione per le riunioni che debbono essere preavvisate all'autorità.

Oppure, per formulare un'ipotesi differente, la libertà personale potrebbe essere il *genus* cui appartengono poi le diverse *species* delle libertà di domicilio, di circolazione, di soggiorno e di espatrio.

In ultimo, si potrebbe ritenere che la libertà di circolazione abbia una dimensione collettiva e quella personale, come stabilisce il nome stesso, individuale. Questa possibilità potrebbe essere offerta da un'osservazione relativa al testo costituzionale, allorchè si parla nell'art. 16 Cost. di limitazioni "in via generale". Generalità che non può riguardare provvedimenti specifici contro il singolo: «sarebbe ravvisabile una restrizione della libertà personale laddove venisse circoscritta la facoltà di movimento (e di soggiorno) di singoli individui ben determinati; di contro, misure destinate ad una pluralità indistinta di soggetti rientrerebbero nell'alveo della libertà di circolazione»³⁰.

²⁸ G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 114 richiama, ma sembrando contrario, una distinzione - tutta interna - tra libertà di circolazione in senso astratto e in senso concreto.

²⁹ Secondo G. DEMURO, *Art. 16*, cit., p. 375 la libertà in esame «pur rientrando nel cerchio più ampio della libertà di autodeterminazione, definisce quella particolare relazione che collega la persona ad un determinato territorio».

Tutte queste distinzioni presentano alcuni spunti di possibile interesse ma presentano altresì non trascurabili problemi definitori: in particolare, nessuna risolve appieno quanto si è osservato sulla sostanziale unità del fatto della vita che sta alla base della qualificazione giuridica. Il punto di partenza è la sostanziale unità del fenomeno che sta alla base. Non è il caso di ricordare qui che il diritto, in casi simili, è una forma di interpretazione della realtà. E il fenomeno di fatto da cui si ragiona è uno: ovvero la disponibilità di sé da parte della persona medesima. Il tema si può estendere con facilità, ma parte da questo specifico punto. Ebbene, disporre di sé significa senza dubbio decidere del proprio corpo anche rispetto alla posizione geografica. Quando si ammette che disporre di sé significa anche muoversi (e non vi sono particolari dubbi su questa affermazione), spostarsi nello spazio non ha un limite preciso: significa muoversi nella stanza in cui ci si trova; percorrere la proprietà, o la casa, lo spazio che si ha a disposizione; significa anche muoversi all'esterno, percorrere vie e strade, attraversare borghi e città, fiumi e cieli e raggiungere qualsiasi luogo sottoposto alla sovranità della Repubblica (e oltre, se non fosse che si cade nella libertà di espatrio). Ecco, dunque, che la continuità del gesto - si pensi ad una persona che si sveglia, cioè prende coscienza di sé, si alza, si muove in casa, poi esce e compie un viaggio - pone problemi di separazione all'analisi giuridica.

Come separare i momenti o le azioni? Ecco perché la risposta si è cercata nella deduzione. Pre-conoscendo come distinguere, è possibile procedere, in caso contrario l'operazione è problematica. Interessa qui in particolare, per ovvie ragioni di autorevolezza interpretativa, la posizione della Corte costituzionale, che distingue in base alla coercibilità e alla *deminutio* della posizione del singolo. Se è la forza che distingue la libertà di circolazione da quella personale, diventa interessante valutare quali forme di costrizione siano tipizzanti nell'uno o nell'altro senso.

2.3. I limiti costituzionali.

In coerenza con l'impostazione di garanzia dei diritti, la Costituzione - come si anticipava - prevede che il legislatore possa porre un limite alla libertà di circolazione, altrimenti caratterizzata dall'avverbio "liberamente". Il limite consiste nella possibilità che una legge restringa la possibilità di circolare in via generale per motivi di sanità o di sicurezza.

Secondo la dottrina, si tratta di riserva di legge, che per alcuni è relativa³¹, per altri assoluta³² e, per altri ancora, rinforzata³³. La contraddizione c'è e non si può ricondurre a sintesi. Il vero punto di discussione è la possibilità per l'amministrazione di intervenire con atti di valore inferiore alla legge. Si sostiene che dai lavori preparatori «risulta in maniera inequivoca che si volle lasciare alle autorità di pubblica sicurezza la possibilità di rinviare al proprio domicilio le persone, in un modo o nell'altro, pericolose per la sanità o sicurezza pubblica. [...] Deve pertanto concludersi, sul punto, che all'autorità amministrativa sia

³⁰ Così, ma solo nel senso di riportare la tesi, non di preferirla alle altre: A. MOLFETTA, *Dalle elaborazioni dottrinali alla giurisprudenza della Corte costituzionale: elementi di continuità nella sentenza n. 127 del 2022 sulla quarantena da Covid-19*, in *Corti supreme e salute*, 2/2022, p. 5.

³¹ M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 20.

³² U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno*, cit., p. 78;

³³ G. DEMURO, *Art. 16*, cit., p. 377, anche ID., *La democrazia regionale*, cit., p. 930.



consentito adottare»³⁴ i provvedimenti opportuni³⁵. Del resto, la puntualizzazione costituzionale delle previsioni “in via generale” «non equivale a “limitazioni stabilite con leggi generali”, ma sembra piuttosto indicare non solo che la legge debba valere per un complesso indefinito di persone o di oggetti, ma anche che il legislatore, pur dovendo stabilire esso stesso le ipotesi generali in cui è lecito limitare la libertà dei cittadini, rimane però libero di affidare all’autorità amministrativa il compito di specificare tali ipotesi con atti normativi secondari»³⁶. Come si vede, in molti casi le posizioni convergono, sia pure non in maniera totalmente uniforme: «quale che sia l’interpretazione circa la natura della riserva di legge, certamente l’art. 16 ammette l’intervento di provvedimenti amministrativi esecutivi»³⁷.

Le ragioni per le quali la Costituzione consente una limitazione della libertà di circolazione sono esplicitate: il testo costituzionale parla di «motivi di sanità e di sicurezza». La premessa per entrambi i limiti è che non solo siano stabiliti dalla legge ma anche «in via generale», dizione che si può interpretare a prima lettura come la necessità che non si tratti di provvedimenti *ad personam*, su cui interviene l’art. 13 Cost., e che non siano provvedimenti discriminatori nemmeno per categorie.

Sul primo punto, «esso starebbe a dire, in altre parole, che la libertà di circolazione può essere limitata in nome di una pericolosità alla sanità e alla sicurezza ravvisata non nella persona dei suoi titolari, ma nell’accesso di chicchessia all’area vietata»³⁸ e, ancora, che possa applicarsi a «solo quelle restrizioni fatte derivare da obiettive esigenze di sicurezza o sanità, senza richiedere apprezzamenti sulle qualità morali dei destinatari»³⁹. Secondo un’altra posizione, in verità non così difforme, «con questa espressione si [è] voluto semplicemente ribadire in modo esplicito e solenne i divieti sia di leggi regionali in materia, che di discriminazioni di gruppo o personali, che pure sarebbero comunque deducibili dagli artt. 120 e 3 Cost.»⁴⁰.

³⁴ U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 6.

³⁵ «Il problema è che, in tale modo, la Corte conclude nel senso della conformità a Costituzione del riferimento non solo alle persone “pericolose per l’ordine e la sicurezza pubblica”, ma anche per quelle pericolose per la “pubblica moralità”. È ben vero che nella motivazione si cerca di temperare l’assunto negando rilevanza alle “convinzioni intime del cittadino, di per sé stesse incoercibili”, e così pure alle “teorie in materia di morale, la cui manifestazione [...] è libera”; “ma - si soggiunge - i cittadini hanno diritto di non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali, quando queste risultino pregiudizievoli anche alla sanità, indicata nell’art. 16 della Cost., o creino situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune”, con il che sembra che il perimetro del limite si allarghi oltre quanto ragionevolmente implicato da una lettura del testo della Costituzione». Così nella ricostruzione di G.P. DOLSO, *Libertà di circolazione*, cit., p. 5. Cfr. anche la sent. 23/1964 secondo la quale il sistema delle misure di prevenzione «corrisponde a una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli artt. 13, 16 e 17 della Costituzione».

³⁶ M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 20.

³⁷ A. CANDIDO, *Necessitas non habet*, cit., p. 377.

³⁸ G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 115. *Contra*, U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 6, secondo il quale non si potrebbe parlare di pure aree poiché «qualora questa tesi fosse accolta, non si spiegherebbe logicamente l’ultima parte del 1° co. dell’art. 16 Cost., secondo cui nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche: tale locuzione sembra infatti dare per scontata l’esistenza di limiti personali». Nel contempo, però, la locuzione sulle ragioni politiche fa *divieto* al legislatore, dunque si potrebbe contro-argomentare che se nessuna restrizione è concessa per motivi politici allora nessuna restrizione è concessa per questioni personali, e non il contrario.

³⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1967, vol. II, p. 961.

⁴⁰ U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno*, cit., p. 78.



La preoccupazione è che «le ragioni di sanità e sicurezza, ove intese in senso largo, potrebbero condurre a svuotare sostanzialmente il significato del dettato costituzionale; dovrebbero ritenersi compresi in esse i soli casi in cui la piena libertà di soggiorno o circolazione possa ledere la sicurezza in modo immediato e diretto»⁴¹. In modo più dettagliato, si può dire che riguardo al limite della sicurezza si riscontrano due indirizzi diversi. Secondo il primo, più ampio, partendo dalla giurisprudenza costituzionale secondo la quale si intende “sicurezza” «quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale» (Corte cost. 2/1956), allora la nozione «comprende dunque i concetti di ordine, sicurezza pubblica e pubblica moralità»⁴².

Nell’ottica della nozione più restrittiva si intendono per sicurezza i «poteri di prevenzione dei reati»⁴³

Più lineare la definizione di sanità come «ogni provvedimento relativo alla tutela della salute fisica e psichica dei cittadini e della loro incolumità»⁴⁴. A scanso di equivoci, si intende non che qualsiasi provvedimento di sanità possa consentire limitazioni alla libertà in esame, ma, al contrario, che ogni limitazione che faccia riferimento alla salute deve essere valutata sotto il limite costituzionale della sanità. Il caso di una malattia infettiva sembra essere paradigmatico di un motivo sanitario che, a tutela della salute pubblica, limiti temporaneamente (fino a guarigione o fino a fine dell’isolamento di quarantena) il diritto di circolare liberamente.

Si domanda autorevole dottrina: «la non inerenza alla personalità accomuna il fatto di essere o meno vaccinati contro certe malattie e di avere o meno in un certo luogo la propria attività lavorativa. Possono essere usati entrambi per limitare la libertà di circolazione?»⁴⁵. La risposta, che nel contributo citato appare essere positiva nel primo caso e negativa nel secondo, più che valutata in astratto, merita di essere calata in un caso concreto, quello della pandemia da Covid-19⁴⁶.

Il primo comma dell’art. 16 Cost. si chiude con un’ultima frase, che si è qualificato come contro-limite, ovvero come limite alla possibilità del legislatore di porre limiti alla libertà di circolazione: le “ragioni politiche”. Di nuovo, «detto in estrema sintesi l’astratta possibilità che la legge permetta l’emanazione di provvedimenti *ad personam* viene evitata dal “contro-limite” che vieta ogni restrizione per ragioni politiche. In tale prospettiva la legge può disporre limitazioni [...] non attinenti alla personalità morale o alle opinioni politiche dei soggetti»⁴⁷. Senonchè, seguendo questa impostazione, la “via generale” e le “ragioni politiche” tenderebbero a sfumare in un concetto unitario.

⁴¹ U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 5.

⁴² M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 20.

⁴³ U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno*, cit., p. 78

⁴⁴ U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno*, cit., p. 78

⁴⁵ G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 118.

⁴⁶ Cui verrà interamente dedicato il par. 4.

⁴⁷ G. DEMURO, *Art. 16*, cit., p. 378.



Per approfondire il discorso⁴⁸, sarebbe incostituzionale una legge che faccia divieto generale di spostamento, ad esempio, agli iscritti a un determinato partito politico. Il caso è chiaro, ma scolastico. Il legislatore che volesse ottenere un simile risultato, ad esempio per impedire di organizzare una manifestazione di protesta contro il Governo e la maggioranza che lo sostiene, difficilmente sceglierebbe una via di quel tipo, di certo incostituzionale ma anche inefficace, poiché fermerebbe gli iscritti tesserati e non i simpatizzanti. Lungi dal dare suggerimenti in tal senso, sarebbe più efficace privare della libertà personale gli organizzatori (azione che avrebbe argine nell'art. 13 Cost.) o silenziare i canali di informazione o stampa (limitando la libertà di cui all'art. 21 Cost.).

Il cenno ai simpatizzanti, però, apre uno scorcio sul problema della adesione politica come adesione ideale, che va al di là dell'adesione formale a un partito o a un'associazione politica. Anche l'idea tale per cui il diritto di circolazione sia funzionale al diritto di riunione, nella forma di una manifestazione politica, torna all'attenzione.

Si pensi, sempre a titolo di esempio, ad una protesta di settore, come ne sono accadute. I camionisti o i tassisti che manifestano viaggiando a bassa velocità lungo arterie stradali. Il Governo, per tutta risposta, fa divieto ai mezzi pesanti piuttosto che ai taxi di rifornirsi ai distributori. Nessuna limitazione alla libertà di manifestazione e forse nemmeno alcuna limitazione diretta alla libertà di circolazione, ma un'evidente manovra politica. Oppure si pensi a una manifestazione che si svolge in un certo giorno della settimana in una determinata piazza cittadina: l'autorità sospende tutte le corse e fermate del servizio pubblico locale dirette a quella piazza e fa divieto di parcheggio di auto private in un certo raggio. Di nuovo, nessuna limitazione diretta della protesta politica, ma si converrà - pur nella banalità degli esempi - che si tratta di una "ragione politica" che muove tanto i manifestanti quanto la reazione governativa.

Questi sono casi evidenti di ragioni politiche che muovono gli spostamenti, altri più articolati possono essere sviluppati e lo saranno nel prosieguo⁴⁹.

Si ritiene, infine, che un ulteriore limite derivi dalla guerra⁵⁰. L'art. 78 Cost. prevede che «le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari». Poiché l'art. 11 Cost. vuole che «l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali» nella drammaticità degli eventi sarebbe fisiologico - anche se non assolutamente necessario - che la

⁴⁸ Secondo E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biodiritto*, 18 marzo 2020, «l'art.16 Cost. deve essere adottata "in via generale", cioè non con riferimento a categorie determinate (gli zingari o gli immigrati) e solo per motivi di sicurezza e sanità (non ad esempio per motivi politici o di politica economica ad esempio per combattere, come voleva il regime fascista, l'urbanesimo)» p. 9. Dunque, secondo l'Autore le ragioni politiche intangibili sarebbero quelle... governative. Il che pone dei problemi teorici poiché tutte le scelte governative sono politiche, in ultima analisi. La legge contro l'urbanesimo era pensata per ostacolare la libertà di circolazione e soggiorno del singolo, non in quanto la circolazione fosse motivata da ragioni politiche afferenti al singolo. In questo senso, non è importante la ragione per cui la norma ostacola la libertà di circolazione (ad esempio, se per puro arbitrio o per una certa politica industriale del legislatore), è rilevante per determinare l'incostituzionalità che lo faccia al di fuori dei motivi di sanità e sicurezza. Piuttosto, la Costituzione non consente che il legislatore vieti al singolo uno spostamento che sia motivato politicamente.

⁴⁹ Spec. par. 6.1.

⁵⁰ Per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004, 215 e ss. e di recente, M. CAVINO, *Il governo della guerra*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2022, p. 753 ss.



guerra riguardi la difesa del territorio nazionale⁵¹, da cui la necessità di misure di limitazione della libertà di circolazione sul territorio interessato dalle operazioni militari e possibili ulteriori limitazioni sul resto del territorio. La limitazione della libertà di circolazione per dichiarazione di guerra sarebbe certamente influenzata di fatto dall'andamento dei combattimenti, come distruzioni di vie di comunicazione, snodi ferroviari, ponti stradali e quant'altro, oltre che, *ça va sans dire*, il fatto che i civili non avrebbero alcun motivo ragionevole, letteralmente a prezzo della vita, per raggiungere luoghi pericolosi o circolarvi liberamente, per riprendere l'espressione dell'art. 16 Cost. Residuano anche eventuali altre limitazioni non strettamente collegate alla zona dei combattimenti, come la requisizione di tutti i carburanti per lo sforzo bellico. Al di là delle considerazioni ipotetiche su scenari di questo tipo, giuridicamente - come si vedrà - le strade possono essere sottratte alla circolazione per esigenze militari e il Governo potrebbe avere i poteri necessari a disciplinare anche limiti a questo diritto attraverso l'art. 78 Cost.

La guerra porrebbe una forma violenta di dominio dello spazio conteso, con ciò che ne segue in termini di letterale distruzione di qualsiasi forma di giuridicità proprio in conseguenza dell'uso della forza nella forma più pesante di cui dispone lo Stato. Per questa ragione, il tema si allontana immediatamente dalla presente trattazione.

3. La libertà di circolazione nel diritto UE.

La libertà di circolazione è uno dei pilastri su cui si reggono le regole comunitarie, le quali si impostano proprio sulla libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali⁵².

A seguito dell'evoluzione subita dall'ordinamento dell'UE dai primi Trattati al momento in cui si scrive, il fondamento giuridico del diritto di circolazione delle persone nell'Unione si rintraccia in tre fonti: l'articolo 3, paragrafo 2, del trattato sull'Unione europea (TUE); l'articolo 21 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE); i titoli IV e V della Parte terza del TFUE (artt. 45 e ss.) e l'articolo 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza)⁵³.

Secondo l'art. 3, par. 2 del TUE «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima». Secondo l'art. 21, par. 1 TFUE «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di

⁵¹ B. PEZZINI, *Per un ordine della sovranità disarmata*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, p. 65 ss.

⁵² Senza pretese di esaustività, si veda almeno: S. SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2011; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Giuffrè, Milano, 2012; G. ORLANDINI, *Libertà di circolazione e dimensione sociale europea: storia di un'integrazione mancata*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2017, p. 655 ss.; G. BONATO, *La libertà di circolazione e soggiorno nell'Unione europea e la tutela dell'ordine pubblico*, in *Italies. Culture, civilisation, société*, 2010, Vol.14, p. 233 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Il Mulino, Bologna, 2009; S. LECLERC (éditeur), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 40-41; P. GILLIAUX, *Les entraves à la libre circulation des personnes*, in *Cahiers de droit européen*, n. 3-4, 2008, pp. 408 ss.; M. CONDINANZI; A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁵³ Per una disamina più articolata, G. DEMURO, *Art. 16*, cit., p. 379.



soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi».

Il par. 2 dà indicazioni riguardo alla competenza ad adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di circolazione e soggiorno, che spetta al Parlamento europeo e al Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria. Il par. 3 specifica, poi, che «agli stessi fini enunciati al paragrafo 1 e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tale scopo, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può adottare misure relative alla sicurezza sociale o alla protezione sociale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo».

L'art. 45 della Carta di Nizza è dedicato espressamente alla "libertà di circolazione e di soggiorno" e prevede che «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» (par. 1) e che «la libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro» (par. 2). Ciò che si nota immediatamente nella lettura delle disposizioni è l'assenza di un quadro articolato di limiti. Il solo art. 21, par. 1 TFUE contiene un riferimento all'esistenza di limiti, facendo «salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi». Del resto, l'ottica delle norme comunitarie è diversa da quelle nazionale, per almeno due ordini di ragioni: primo, l'attenzione dell'UE nasce dalla politica economica e a questa è rivolta⁵⁴. Secondo, i trattati sono consapevolmente posti non in sostituzione bensì in sommatoria rispetto alle Costituzioni nazionali. Per tali ragioni, l'apposizione di limiti specifici non è funzionale rispetto alla volontà di favorire gli spostamenti (e, con essi, il mercato unico) e, ulteriormente, rischia di andare oltre le competenze dell'UE.

Di conseguenza, la garanzia della libertà di circolazione nell'UE, che la dottrina⁵⁵ ritiene essere stata frutto anche dell'intervento della Corte di Giustizia nel suo percorso di sviluppo⁵⁶, ha conosciuto una disciplina unitaria con l'approvazione della direttiva 2004/38/CE⁵⁷.

⁵⁴ A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea, parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 71-72, ritiene che «il diritto all'ingresso e al soggiorno in Stati membri diversi da quello di appartenenza veniva riconosciuto solo in quanto costituiva un presupposto indispensabile per l'esercizio, in tali Stati, di un'attività lavorativa».

⁵⁵ Per tutti, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, p. 370 ritiene che il ruolo della giurisprudenza comunitaria sia stato determinante per la costruzione del mercato unico. *Adde* S. GIUBBONI, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Biblioteca "20 Maggio"*, 2/2008, p. 90 ss.

⁵⁶ Si vedano, recentemente, sull'art. 45 della Carta di Nizza, i casi C-490/20 *V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*; C-718/19, *Ordre des barreaux francophones et germanophones and Others v. Conseil des ministres*; C-719/19, *FS v. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*; C-220/20; C-206/19 *SIA „KOB“ v. Madonas novada pašvaldības Administratīvo aktu strīdu komisija*; C-673/16; C-40/11 *Yoshikazu Iida v. Stadt Ulm*; C 430/10 *Hristo Gaydarov v. Direktor na Glavna direksia 'Ohranitelna politsia' pri Ministerstvo na vatrešnite raboti*; C-434/09 *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*; C-145/09 *Land Baden-Württemberg v Panagiotis Tsakouridis*; C 162/09 *Secretary of State for Work and Pensions v Taous Lassal*.

⁵⁷ M. DI FILIPPO, *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l'ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell'attuazione della direttiva 2004/38/CE*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2, 2008, p. 425 ss.



Per l'Italia, l'adeguamento alla nuova disciplina è avvenuto con il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 "Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri". L'atto si applica «a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari [...] che [lo] accompagnano o raggiungano» (art. 3, co. 1).

È interessante la disciplina delle limitazioni, che riguardano, nell'ottica dell'ordinamento italiano rispetto al diritto comunitario, i cittadini di Stati membri dell'UE che si trovano in Italia. L'art. 20 d.lgs. 30/2007 ritiene che il diritto di ingresso e soggiorno dei cittadini dell'Unione o dei loro familiari «può essere limitato con apposito provvedimento solo per: motivi di sicurezza dello Stato; motivi imperativi di pubblica sicurezza; altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza». Si tratta di un'elencazione diversa da quella costituzionale, basata proprio sul concetto di cittadinanza: il cittadino italiano è "naturalmente" risiedente in Italia, il cittadino straniero ha comunque un'altra Patria cui fare riferimento.

Secondo il co. 2 del medesimo art. 20 d.lgs. cit. «i motivi di sicurezza dello Stato sussistono quando la persona da allontanare appartiene ad una delle categorie di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152⁵⁸, e successive modificazioni, ovvero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali». I motivi imperativi di sicurezza sono definiti dal successivo co. 3 e sussistono «quando la persona da allontanare abbia tenuto comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica» valutando anche le condanne comminate.

Il d.lgs. 30/2007 non permette provvedimenti «motivati da ragioni di ordine economico, né da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato che rappresentino una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza», escludendo che la presenza di condanne penali sia da sola causa di allontanamento (art. 20, co. 4). È previsto che «i provvedimenti di allontanamento sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità» (art. 20, co. 4) e che «nell'adottare un provvedimento di allontanamento, si tiene conto della durata del soggiorno in Italia dell'interessato, della sua età, della sua situazione familiare e economica, del suo stato di salute, della sua integrazione sociale e culturale nel territorio nazionale e dell'importanza dei suoi legami con il Paese di origine»⁵⁹. I provvedimenti nei riguardi dello straniero sono essenzialmente *ad personam* e quindi, come si nota, incidono sulla libertà personale, pur in una dimensione di circolazione.

Riguarda, invece, la libertà di circolazione come disciplina generale, sociale, la previsione dell'art. 8 dell'art. 3: «le malattie o le infermità che possono giustificare limitazioni alla libertà

⁵⁸ Che è stato abrogato dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

⁵⁹ Osserva G. BONATO, *La libertà di circolazione*, cit., p. 233 che «il fattore temporale della durata del soggiorno si pone a vantaggio del cittadino migrante: con il decorso del tempo la sua posizione giuridica si rafforza e, correlativamente, si riduce il potere di emanare una misura di allontanamento per lo Stato ospitante».

di circolazione nel territorio nazionale sono solo quelle con potenziale epidemico individuate dall'Organizzazione mondiale della sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini italiani. Le malattie che insorgono successivamente all'ingresso nel territorio nazionale non possono giustificare l'allontanamento».

Secondo l'art. 21 «il provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, qualunque sia la loro cittadinanza, può altresì essere adottato quando vengono a mancare le condizioni che determinano il diritto di soggiorno dell'interessato ai sensi degli articoli 6, 7 e 13 [cioè le disposizioni che riguardano il diritto di soggiorno per meno o più di tre mesi] e salvo quanto previsto dagli articoli 11 e 12 [cioè i casi di decesso o partenza del lavoratore e i casi di divorzio e annullamento del matrimonio]. L'eventuale ricorso da parte di un cittadino dell'Unione o dei suoi familiari al sistema di assistenza sociale non costituisce automaticamente causa di allontanamento, ma deve essere valutato caso per caso.» Di nuovo, si tratta di provvedimenti personali, così come personali sono i ricorsi avverso i provvedimenti di allontanamento di cui all'art. 22 e le norme di cui all'art. 20-*bis* riguardanti il Procedimento penale pendente a carico del destinatario del provvedimento di allontanamento.

È interessante notare la configurazione della libertà di circolazione dei lavoratori aventi cittadinanza di stati membri dell'UE e dei loro familiari: prevista in generale come diritto di circolazione, è limitata altrettanto in generale. Tuttavia il provvedimento di limitazione si risolve in un atto che ha più attinenza con la limitazione della libertà personale che con la restrizione della libertà di circolazione, salvo quei casi - come la sanità - che coinvolgono tutti i soggetti indipendentemente dalla cittadinanza. In tal caso, la competenza spetta allo Stato nazionale il quale non opererà distinzioni tra cittadini e non cittadini. Per quanto la disciplina della libertà di circolazione comunitaria sia di sicuro interesse nella ricostruzione della normativa sul diritto in questione, essa non ha una collocazione propria, ma accede ad altri diritti costituzionalmente garantiti. Per il cittadino che va a lavorare all'estero, rileva la libertà costituzionale di espatrio, resa burocraticamente più facile e con maggiori garanzie di opportunità effettive dalla disciplina comunitaria. Per il cittadino comunitario in Italia, il godimento della libertà di circolazione ha un significato quanto ad una situazione particolare di "condizione giuridica dello straniero"⁶⁰ (per usare l'espressione dell'art. 10 Cost.), ma non differisce dai limiti che la Costituzione attribuisce a *tutti* con riguardo alla libertà personale (comprensiva di limitazioni garantite con riserva di giurisdizione) e che attribuisce ai cittadini italiani per quanto riguarda la libertà di circolazione in senso stretto⁶¹.

⁶⁰ Secondo M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 18 «trattandosi di una libertà civile, è da ritenersi che la norma costituzionale si applichi anche ai non cittadini, a meno che il legislatore ordinario non disponga diversamente, nei limiti in cui ciò gli è consentito». Note in relazione alla posizione dello straniero sul territorio italiano quanto alla libertà di circolazione si trovano in U. GOLDONI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 5. V. altresì P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19, 20 maggio 2020.

⁶¹ J. ZILLER, *Europa, coronavirus e Italia*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19, p. 4-5, si domanda esplicitamente se «la chiusura delle frontiere è la fine dell'Unione europea?» e risponde che «la libera circolazione delle persone significa soprattutto che i cittadini europei hanno il diritto di essere e di rimanere in qualsiasi paese dell'Unione e che non dovrebbero essere discriminati perché non sono cittadini del paese in cui si trovano. Questo non è cambiato con la crisi del coronavirus, come



4. Il caso della pandemia da Covid-19.

4.1. Il quadro generale.

Quando, nel febbraio del 2020, si è presentata in Italia la patologia generata dal nuovo virus Sars-CoV-2, il Governo, che aveva già dichiarato lo stato d'emergenza nazionale alla fine del mese precedente⁶², ha iniziato a prendere misure inusitate che hanno coinvolto la vita quotidiana di tutti i consociati. Vale qui la pena ricordare soltanto alcuni punti fondamentali che non si mettono in discussione, piuttosto si riportano nella loro essenzialità.

Il primo punto è che il virus Sars-CoV-2 è stato, nelle sue diverse varianti, un virus trasmissibile per via aerea. La trasmissione poteva avvenire anche senza un contatto stretto con la persona infetta, ma, appunto, soltanto rimanendo fisicamente nei pressi di un portatore della malattia.

In secondo luogo, per quanto rapida nel suo percorso, la malattia si è caratterizzata per un periodo di incubazione tale per cui una persona poteva essere contagiosa pur non avvertendo personalmente sintomi e la stessa malattia poteva presentarsi in modo asintomatico, con persone formalmente ammalate ma senza avvertirlo e, nei primi mesi, senza nemmeno alcun test facilmente disponibile per poter accertare il proprio stato momentaneo. Ancora, è stato da subito evidente che la malattia non si comportava allo stesso modo con tutti: alcune categorie (in particolare, anziani e persone con altre patologie concomitanti) risultavano più soggette alla forma grave rispetto ad altre.

Il secondo punto è che la sindrome da Covid-19 si è dimostrata grave nei suoi effetti: molte persone hanno dovuto ricorrere a cure ospedaliere particolarmente gravose, come il ricovero in terapia intensiva.

Il terzo punto degno di attenzione è stato l'assenza di una terapia specifica ed efficace, nell'immediatezza dello scoppio della pandemia e, per la verità, anche nel periodo seguente.

In sintesi - e ovviamente senza entrare in dettagli della scienza medica - è stata una malattia dalla diffusione rapidissima, con un contagio facile e dalla grande capacità diffusiva, con un decorso intenso se non grave per non poche persone. Ancora, è stata difficile da curare. Insomma, un vero incubo dal punto di vista della gestione sanitaria.

ben sanno gli stranieri comunitari che (come me) vivono in Italia»

⁶² Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.



A livello generale, le possibili scelte attuate dai diversi Governi sono state varie⁶³. In Italia si è scelto fin da subito un meccanismo drastico finalizzato a impedire la diffusione del virus e, poste le caratteristiche di fatto che si sono appena elencate, la via per impedire la circolazione virale è consistita nell'impedire la circolazione delle persone, nella convinzione che se le persone non si fossero incontrate tra loro il virus non sarebbe stato trasmesso.

Non è questo il luogo per stabilire né se la misura sia stata adeguata né se sia stata efficace. Ciò che conta è che il Governo ha immediatamente limitato la circolazione da e verso alcuni Comuni considerati focolaio virale. Limitazione che è stata poi estesa all'intero territorio nazionale. In seguito, è stato disposto un autentico coprifuoco, con il divieto di circolare in un certo orario notturno. Ancora, è stato creato un meccanismo a zone di colori diversi, corrispondenti al territorio delle Regioni in cui, in base a determinati parametri di sanità, era possibile o non era possibile svolgere alcune attività e muoversi.

Quello che si è indicato come terzo punto, cioè la difficoltà se non l'impossibilità di trovare e adottare una cura specifica ed efficace per coloro che sviluppavano la malattia ha influito, nell'anno 2021, su un'altra scelta di politica sanitaria. Il Governo ha ritenuto che, essendo appunto impossibile la cura nel senso specificato, lo strumento di prevenzione cardine fosse il vaccino, che era stato nel frattempo sviluppato dall'industria farmaceutica⁶⁴.

⁶³ Le possibili reazioni governative si sono indirizzate in tre "modelli": la chiusura delle attività; non chiudere e lasciare circolare il virus; contenere i contagi con un sistema intenso di tracciamenti e controlli. La Repubblica popolare cinese, la prima ad affrontare il Covid-19, ha optato per la chiusura (cd. modello cinese), la Corea del Sud ha optato per i controlli (cd. modello coreano), la Gran Bretagna ha annunciato inizialmente che non avrebbe imposto restrizioni (cd. modello britannico, poi svedese). Con lucida sintesi G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, p. 13-14 pone a confronto i modelli. «L'approccio britannico mette sui due piatti della bilancia la vita del "nonno" e la "carcerazione domiciliare" di una generazione di bambini e adolescenti (gli untori)» mentre «l'implementazione dell'opposto modello (conteniamo il contagio per salvare tutti i salvabili), che trova il suo paradigma nel sistema cinese, richiede invece l'applicazione di misure severissime di restrizione delle libertà personali, e anzi esigerebbe, per essere coerentemente effettuato, il dispiegamento di una vera e propria dittatura». Nell'alternativa, «l'Italia sceglie la seconda per tre ragioni: quella culturale [...] di sensibilità precristiana, contadina e mediterranea per la famiglia». Seconda ragione, «sul piano politico, sia dal grave disordine istituzionale, ove i livelli decisionali si sovrappongono e ostacolano reciprocamente, come s'è palesato nel conflitto tra Stato e Regioni all'apertura della crisi epidemiologica; sia dalle preoccupazioni elettorali di tutti i partiti; sia dalla fragile legittimazione dello Stato, antico problema italiano» e, terza ragione «sul piano politico-operativo, dalla incapacità delle classi dirigenti, nelle quali decenni di selezione alla rovescia e abitudine a scaricare responsabilità, scelte e relative motivazioni sulle spalle dell'Unione Europea hanno indotto una forma mentis che induce sempre a imboccare la linea di minor resistenza».

Sulla "modellistica": D. DE FALCO, M.L. MADDALENA, *La politica del tracciamento dei contatti e dei test per covid-19 alla luce delle ultime direttive OMS: nessun ostacolo giuridico impedisce di utilizzare il "modello coreano" anche in Italia*, in *Federalismi*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 28 marzo 2020; M. CARDONE, M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19. L'Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto*, in *Nomos*, 1/2020, p. 1 ss.

⁶⁴ In realtà, più di un vaccino è stato posto in commercio. E, di nuovo per completezza, il Governo ha puntato l'attenzione sulla campagna vaccinale come rimedio e soluzione ancora prima che fossero disponibili concretamente i vaccini medesimi. In dottrina, *ex multis*: R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione Giustizia*, settembre 2021, p. 2; N. ROSSI, *Il diritto di vaccinarsi. Criteri di priorità e ruolo del Parlamento*, in *Questione Giustizia*, 4 aprile 2021; Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi*



Il tema si è dunque spostato sulla campagna di vaccinazione, a diversi livelli: da un lato, convincere le persone a vaccinarsi; dall'altro restringere l'accesso a determinati luoghi e attività (poi anche per l'accesso al luogo di lavoro) alle persone che fossero "immuni" dalla malattia. Immunità che poteva essere legalmente presunta sostanzialmente in tre modi: essendo guariti di recente dalla malattia; avendo dimostrato con uno specifico test, svolto letteralmente poche ore prima, di non avere in corpo il virus; essendosi vaccinati. È il meccanismo, su cui si tornerà subito, del cd. "green pass", che ha visto diverse formulazioni, tra cui anche alcune dove l'equivalenza tra le tre evenienze descritte non era totale, il cd. *green pass* rafforzato o *super green pass*, che escludeva il test.

Ancora una volta, si sospende qualsiasi considerazione sull'aspetto propriamente politico, sull'efficacia tecnica medica e persino sulla compatibilità di esse con disposizioni costituzionali diverse da quella che si sta valutando⁶⁵ e l'efficacia di queste misure. Si omette, altresì, qualsiasi considerazione sulla decisione del Governo di spingere in quel modo e in quel contesto sulla campagna vaccinale, anche se si tornerà sul carattere strumentale della libertà di circolazione in sede di conclusioni. Importa, qui, solo il fatto che siano state implementate nell'ordinamento tutta una serie di restrizioni alla libertà di circolazione - per motivi legati alla pandemia, o meglio alle misure di prevenzione della diffusione del virus - che hanno un indubbio impatto sulla norma costituzionale che interessa⁶⁶. Dal divieto

nelle politiche vaccinali anti Covid-19, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, p. 210; A. NATO, *L'accesso equo ai medicinali e il rapporto tra Big Pharma e poteri pubblici nella governance globale della salute*, in *Diritto pubblico*, 3/2021, p. 915 ss.; V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuridici e regolatori*, in *DPCE online*, 2/2020, p. 2309 ss.; C. D'ORAZI, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, 3/2021, p. 1 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra facoltà e obbligo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Federalismi*, 18/2021, p. 71 ss.; P. MACI, *L'obbligo vaccinale per il personale scolastico. Note a margine dei d.l. 111 e 172 del 2021*, in *Federalismi*, 1/2022, p. 41 ss. Prima della normativa Covid: M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Diritto pubblico, comparato ed europeo*, 2/2017, p. 455 ss.

⁶⁵ La maggior parte delle critiche in dottrina sono giunte sul piano del principio di legalità e del principio di legalità costituzionale. Cfr. E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà essere più come prima"?*, in *Federalismi*, 27 maggio 2020; L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. *Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid, 23 marzo 2020, p. 1 ss.

⁶⁶ Come riconosciuto, *incidenter tantum*, dallo stesso Presidente del Consiglio in un'intervista alla stampa una volta terminata la sua esperienza di governo. Draghi, nel rispondere alla domanda sulle scelte più difficili nel periodo di governo ha fatto riferimento «alla scelta di attuare tra i primi in Europa il *green pass* e l'obbligo vaccinale. Sapevo che erano limitazioni delle libertà individuali, ma erano necessarie per garantire a tutti il diritto alla salute, soprattutto ai più fragili. Mi fa piacere vedere oggi che la Corte Costituzionale concordi in pieno con l'impostazione del governo». A. POLITO, *Draghi: «L'Italia ha dimostrato di farcela. Serve coesione e dialogo»*, in *Corriere della sera*, 24 dicembre 2022. Non è qui il caso di approfondire la dichiarazione, soprattutto perché pone una continuità di visione politica tra la Corte costituzionale e il Governo ("concorde impostazione"), continuità che non può darsi e non può nemmeno ipotizzarsi in senso tecnico, giuridico, tra organi imparagonabili nell'espressione dell'indirizzo politico. Non è nemmeno possibile commentare *funditus*, proprio in quanto dichiarazioni alla stampa, quello che appare essere un bilanciamento (o forse un consapevole *sbilanciamento*) tra diritti costituzionalmente garantiti effettuato direttamente dal Governo (o forse solo



generalizzato di allontanarsi dalla propria abitazione al divieto di entrare in determinati luoghi se non in possesso di *green pass*, il comune denominatore è stato prevenire la diffusione del virus attraverso la limitazione o il controllo degli spostamenti delle persone. Su questo aspetto specifico è opportuno concentrare l'attenzione.

4.1. Ricostruzione della normativa in tema di libertà di circolazione.

Compiere una ricostruzione della normativa ispirata dalla pandemia da Covid-19 è un'operazione di non poca complessità, anche limitatamente alla libertà di circolazione. Alla luce del quadro generale appena tratteggiato, si può entrare più nello specifico e delineare almeno le linee fondamentali delle misure disposte per contrastare la diffusione della malattia proprio in relazione all'art. 16 Cost.

A tal proposito, tutti (o quasi) i decreti-legge adottati ponevano in premessa - accanto al rituale cenno agli artt. 77 e 87 della Costituzione - la seguente: «visto l'articolo 16 della Costituzione, che consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie». Curiosamente, non il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, poi abrogato, il primo di tutta la catena della decretazione d'urgenza pandemica.

4.2.1. Le misure adottate nella primavera del 2020 allo scoppio della pandemia.

Il punto da cui si vuole partire per un *excursus* ragionato è il d.p.c.m. 23 febbraio 2020, intitolato "Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" con il quale il Presidente del Consiglio decretava varie misure incidenti sulla libertà di circolazione⁶⁷. Segnatamente, all'art. 1 il divieto di allontanamento dai Comuni segnalati nell'allegato⁶⁸ da parte «di tutti gli individui comunque presenti negli stessi» (lett. a); il divieto di accesso nei medesimi comuni (lett. b); la sospensione di viaggi di istruzione scolastici (lett. e); la «sospensione dei servizi di trasporto di merci e di persone, terrestre, ferroviario, nelle acque interne e pubblico locale, anche non di linea, con esclusione del trasporto di beni di prima necessità e deperibili» (lett. m); e, infine, la «sospensione dello svolgimento delle attività lavorative per i lavoratori residenti o domiciliati, anche di fatto, nel comune o nell'area interessata, anche ove le stesse si svolgano fuori dal Comune o dall'area indicata», che equivale al divieto di recarsi al lavoro fuori dal Comune (lett. o).

da un suo esponente) e che, posto così, pare escludere completamente il Parlamento come organo e la legge come strumento. Considerazioni possibili ma che andrebbero oltre le stesse affermazioni rilasciate sulla stampa.

⁶⁷ Ricorda M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020 p. 3-4, che i primi atti limitativi della libertà di circolazione sono state due ordinanze del 21 febbraio «la prima, d'intesa con il Presidente della giunta della regione Lombardia, e con efficacia limitata al territorio dei comuni interessati dal focolaio, stabiliva il divieto di entrata e di uscita dallo stesso territorio, e disponeva la sospensione di tutte le attività, lavorative, ludiche, sociali (le manifestazioni comprese quelle religiose) e di tutte le attività educative ad esclusione della frequenza di corsi universitari con modalità telematica; la seconda, con efficacia su tutto il territorio nazionale, imponeva alle autorità sanitarie competenti di applicare la misura della quarantena, con vigilanza attiva, per quattordici giorni, a quanti avessero avuto contatti con persone infette».

⁶⁸ Nella Regione Lombardia: Bertonico; Casalpusterlengo; Castelgerundo; Castiglione D'Adda; Codogno; Fombio; Maleo; San Fiorano; Somaglia; Terranova dei Passerini. Nella Regione Veneto: Vò.



Ulteriore forma di limitazione non del diritto di spostarsi, bensì della *libertà* dello spostamento, che si presuppone comprenda il fatto di non doverne rendere conto ad alcuno, l'art. 2 del medesimo d.p.c.m. prevedeva che «gli individui che dal 1° febbraio 2020 sono transitati ed hanno sostato nei comuni di cui all'allegato 1 al presente decreto sono obbligati a comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, ai fini dell'adozione, da parte dell'autorità sanitaria competente, di ogni misura necessaria, ivi compresa la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva».

Il 1° marzo 2020 veniva adottato un ulteriore d.p.c.m. e il 7 marzo veniva annunciata dal Presidente del Consiglio in conferenza stampa un'estensione del blocco alla circolazione, preceduta da una "fuga di notizie" (una circolazione non autorizzata della bozza di provvedimento) che avrebbe portato quella stessa sera molte persone a spostarsi prima dell'entrata in vigore delle restrizioni⁶⁹, che puntuali arrivarono l'8 marzo 2020 con un ulteriore d.p.c.m., il quale «allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanco-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia», adottava, all'art. 1, comma 1, lett. a), la seguente disposizione: «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui sopra, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza».

Il 22 marzo 2020 con un nuovo d.p.c.m. veniva «fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati in comune diverso da quello in cui si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute», impedendo persino il rientro presso il proprio domicilio. Seguiranno poi ordinanze dei sindaci e anche dei Presidenti di Giunta regionale con cui si arriverà a quantificare in 200 metri la distanza massima di allontanamento dalla propria abitazione per svolgere attività fisica o per accompagnare all'esterno gli animali da compagnia⁷⁰.

La primavera del 2020 è il momento insieme più drammatico e con le maggiori restrizioni, la cui ricostruzione è molto difficile sia per la quantità di norme approvate sia per le diverse

⁶⁹ Sui giornali si parlò di "fuga" dal nord verso il sud, con ovvio timore di diffusione del contagio: S. DE RICCARDIS, M. PISA, *Coronavirus, la Lombardia diventa "zona rossa": fuga da Milano sui treni notturni, poi in stazione torna la calma*, in *milano.repubblica.it*, 8 marzo 2020; *Coronavirus, l'assalto ai treni per il Sud nel timore della paralisi*, in *lastampa.it*, 8 marzo 2020. Ulteriori indagini giornalistiche riferirono in un secondo tempo che «durante quel sabato [il 7 marzo] si diressero al sud in 835 ma la maggior parte di loro usò aereo e macchina, con buona probabilità ben prima che trapelassero i dettagli sul decreto del Governo. Furono "solo" 166 quelli che salirono su un treno contro i 414 che scelsero di volare e i 257 che optarono per l'autostrada. La vera fuga in realtà era già avvenuta. Il 23 febbraio per l'esattezza», quando, secondo i dati di monitoraggio delle utenze telefoniche, «da Milano andarono via in 9149», così J. D'ALESSANDRO, *Coronavirus, l'illusione della grande fuga da Milano. Ecco i veri numeri degli spostamenti verso sud*, in *larepubblica.it*, 23 aprile 2020. In dottrina ne accenna A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *Biodiritto*, 14/03/2020, p. 3 parlando di «di un diritto e di una politica che non sono andati semplicemente a rimorchio della paura, ma che hanno creato paura e disorientamento».

⁷⁰ Ad esempio: ordinanza n. 521 del 4 aprile 2020 per la Regione Lombardia; ordinanza n. 33 del 20 marzo 2020 per la Regione Veneto.



provenienze (d.l.; d.p.c.m.; ordinanze di diversa tipologia) e la sovrapposizione pressoché quotidiana.

Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 recante “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”, il quale, proprio in considerazione - tra gli altri - dell'art. 16 Cost., pone delle limitazioni alla libertà di circolazione⁷¹. Ai sensi dell'art. 1, co. 1 «per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso, possono essere adottate, secondo quanto previsto dal presente decreto, una o più misure tra quelle di cui al comma 2, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus».

L'accenno al 31 luglio 2020 è poi divenuto un riferimento al 31 marzo 2022 a seguito di successive modifiche, dando un'idea chiara del fatto che le limitazioni in parola siano state reiterate per oltre due anni, sia pure con alterne vicende. Al comma 2 appena citato vengono citate molte misure che «possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» tra le quali sono di interesse per la libertà di circolazione quelle di cui alle lettere a), b), c), d), e), o) e q). La lettera a) cita esattamente la «limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo 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. Ai soggetti con disabilità [...] è consentito uscire dall'ambiente domestico con un accompagnatore qualora ciò sia necessario al benessere psico-fisico della persona e purché siano pienamente rispettate le condizioni di sicurezza sanitaria»; la lettera b) incide sullo spostamento con la «chiusura al pubblico di strade urbane, parchi, aree da gioco, ville e giardini pubblici o altri spazi pubblici»; la lett. c) parla di «limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o regionali, nonché rispetto al territorio nazionale». La lett. d) è più specifica e non riguarda la generalità dei consociati bensì l'«applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che entrano nel territorio nazionale da aree ubicate al di fuori del territorio italiano»; così come la lett. e) fa «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena, applicata dal sindaco quale autorità sanitaria locale, perché risultate positive al virus». Misure, queste ultime, certamente incidenti sulla libertà di circolazione ma anche, o forse prima, sulla libertà personale.

La limitazione passa anche attraverso una deroga⁷² all'art. 120 Cost. nel momento in cui la lett. o) art. cit. permette «di disporre o di demandare alle competenti autorità statali e regionali la limitazione, la riduzione o la sospensione di servizi di trasporto di persone e di merci, automobilistico, ferroviario, aereo, marittimo, nelle acque interne, anche non di linea,

⁷¹ F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020, p. 1 ss.

⁷² F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali*, cit.



nonché di trasporto pubblico locale; in ogni caso, la prosecuzione del servizio di trasporto delle persone è consentita solo se il gestore predispone le condizioni per garantire il rispetto di una distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio». Infine, alla lett. q) è determinata la «sospensione dei viaggi d'istruzione, delle iniziative di scambio o gemellaggio, delle visite guidate e delle uscite didattiche comunque denominate, programmate dalle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado sia sul territorio nazionale sia all'estero», che impatta sul diritto di circolazione e su quello di espatrio, entrambi garantiti dall'art. 16 Cost.

Tale strumentario, insieme alle altre possibili misure elencate dalle lettere non richiamate, configura la versione giuridica di quello che con termine inglese è stato definito "lockdown" e che nella sua traduzione italiana più lineare, "confinamento" rende alla perfezione la misura e la profondità delle misure prese. Per la prima volta nella storia della Repubblica, che è la storia della Costituzione, muoversi e circolare diventa l'eccezione e non la regola. Un'eccezione che soffre pochissime alternative, giustificate «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, co. 2 lett. a d.l. 25/2020). Oltretutto, da dimostrare attraverso un'autocertificazione appositamente compilata.

Le previsioni di "specifiche ragioni" sono una compressione pressoché totale del diritto in esame, in funzione di un altro diritto costituzionale, quello alla salute, individuale e collettiva. Nelle parole dell'allora Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte⁷³, un «equilibrio nel bilanciamento dei diritti e delle garanzie. Quando - come in questa stagione di emergenza - sono in gioco il diritto alla vita e il diritto alla salute, beni che oltre a vantare il carattere fondamentale costituiscono essi stessi il presupposto per il godimento di ogni altro diritto»⁷⁴.

Non ha avuto grande diffusione l'app Immuni, scaricabile su *smartphone* e che avrebbe dovuto contribuire al tracciamento dei contatti secondo il "modello coreano"⁷⁵. Lo scarso utilizzo ne ha condizionato l'esito insufficiente che taluni ritengono «si debba al concorrere con l'app governativa di numerose omologhe applicazioni di conio regionale, che i cittadini hanno scaricato pregiudicando così la strategia nazionale di *contact tracing*»⁷⁶.

Il d.l. 16 maggio 2020, n. 33, recante "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19" all'art. 1 dispone che «a decorrere dal 18 maggio 2020, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli articoli 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19» appena richiamato, aggiungendo però che «tali misure possono essere adottate o reiterate, ai sensi degli stessi articoli 2 e 3, solo con riferimento a specifiche aree del territorio medesimo

⁷³ Il 30 aprile 2020, alla Camera dei Deputati, nell'informativa prevista dal d.l. 19/2020.

⁷⁴ Osserva A. BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *www.diritticomparati.it*, 1 maggio 2020 che la posizione del PdCM presuppone una visione dei diritti di questo tipo: «la compressione di alcuni di questi è definitiva e non ristorabile (la salute e la vita certamente rientrano tra questi), mentre in altri casi la compressione di un diritto non ne determina un sacrificio definitivo. I diritti del primo tipo sono palline di cristallo, molto fragili, mentre i diritti del secondo tipo sono delle palline antistress, che recuperano la loro forma originaria in pochi secondi».

⁷⁵ D. DE FALCO, M.L. MADDALENA, *La politica del tracciamento*, cit.

⁷⁶ G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, p. 118.



interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica». Una cessazione al contempo generale ma non assoluta.

In ogni caso, il seguente co. 2 prevede che «fino al 2 giugno 2020 sono vietati gli spostamenti, con mezzi di trasporto pubblici e privati, in una regione diversa rispetto a quella in cui attualmente ci si trova, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; resta in ogni caso consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza» e che, come aggiunge il co. 3, «a decorrere dal 3 giugno 2020, gli spostamenti interregionali possono essere limitati solo con provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, in relazione a specifiche aree del territorio nazionale, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico effettivamente presente in dette aree». Il co. 4 ripete le medesime misure per l'estero.

Sulle disposizioni di confinamento per quarantena, il d.l. 33/2020⁷⁷ prevedeva il «divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell' autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus COVID-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata» (art. 1, co. 6) e applicava al mancato rispetto una sanzione penale: «salvo che il fatto costituisca reato punibile ai sensi dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 6, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265» (art. 2, comma 3). È su questo aspetto che si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. 127/2022 già citata, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale⁷⁸.

Nella primavera del 2020 la Repubblica rimane un Paese letteralmente chiuso, in cui le libertà previste dall'art. 16 Cost. sono concretamente limitate in funzione dell'emergenza pandemica. Di nuovo, non è questa la sede per domandarsi se misure così gravose abbiano funzionato nel periodo del quale si sta ricostruendo la normativa: si può ricordare come valutazione oggettiva che il diritto di circolazione è stato compresso sino ad essere sostanzialmente annullato.

Si collocano qui i reiterati Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri con cui venivano declinate le misure di contrasto alla pandemia. Infatti, le norme aventi valore di legge citate sopra non disponevano direttamente la limitazione degli spostamenti e delle attività, bensì aprivano a una norma di grado inferiore la possibilità di prevedere e modulare nel concreto la disciplina ritenuta necessaria. Non interessa in questa sede nemmeno il complesso discorso sul valore normativo dei d.p.c.m. nel sistema delle fonti⁷⁹ e nemmeno

⁷⁷ Sul tema M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il coronavirus*, in F. S. Marini, G. Scaccia (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 39 ss.

⁷⁸ A commento A. MOLFETTA, *Dalle elaborazioni dottrinali alla giurisprudenza*, cit., p. 363 ss.; M. FERRARA, *La quarantena obbligatoria come «istituto che limita la libertà di circolazione, anziché restringere la libertà personale»* (Corte Cost., sent. n. 127/2022) e il ruolo della Corte Costituzionale nella fase di metabolizzazione dell'emergenza, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2022, p. 337 ss.

⁷⁹ Oltre ai contributi citati già citati v.: A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 558 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia da "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 112 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, 6/2020, p. V ss.; R.



interessa la valutazione fattane dalla Corte costituzionale, successivamente investita del tema⁸⁰. Dal punto di vista del limite alla libertà di circolazione, si può ben rilevare come le previsioni dei d.p.c.m. siano autenticamente marginali, nel senso di letterale ultimo anello di una catena dispositiva che parte dalla Costituzione e ad essa ritorna: fuori di generalizzazione, dalla garanzia del diritto alla sua limitazione. Equilibri, bilanciamenti che vanno valutati a livello della Carta fondamentale, tanto più che è pacifica che la limitazione c'è stata ed è altrettanto pacifico che le norme appena citate - e quelle che verranno commentate subito *infra* - non sono state considerate contrarie a Costituzione dal giudice delle leggi.

Il meccanismo delle “zone” di cui si è già vista l'eventualità di blocchi totali della circolazione è stato utilizzato nuovamente, stavolta attribuendo all'intero territorio delle diverse Regioni una denominazione secondo diversi colori, bianco, giallo, arancione e rosso, abbinando a ciascuno una situazione calcolata su indicatori numerici relativi ai contagi, all'occupazione dei posti letto in ospedale e così via. La collocazione in colori era utile a declinare misure restrittive. Secondo l'art. 16-*sexies* del d.l. 2/2021 «con ordinanza del Ministro della salute [...] sono individuate le regioni che si collocano nella zona bianca [...] all'interno delle quali cessano di applicarsi le misure determinate ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 [...] e le attività sono disciplinate dai protocolli individuati con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri [*sic*⁸¹]. Con i medesimi decreti possono essere adottate, in relazione a determinate attività particolarmente rilevanti dal punto di vista epidemiologico, specifiche misure restrittive».

CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, p. 656 ss.

⁸⁰ Sulla sentenza 198/2021: A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online*, 2021/III, p. 841 ss.; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi*, 25/2021, p. 80 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Diritti Comparati*, 10 gennaio 2022; A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *www.giustiziainsieme.it*; A. MORELLI, *Le “convergenze parallele” dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: “stato di emergenza” e “stato di necessità” alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2021, p. 1 ss.; M. RUBECHI, *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi*, 27/2021, p. 175 ss.; A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2022, p. 9 ss.; M. VITTORI, *I decreti-legge e i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria tra riserva di legge, tipizzazione del contenuto dei provvedimenti e bilanciamento dei diritti (riflessioni non ancora desuete a margine di Corte costituzionale sent. n. 198/2021)*, in *Consulta online*, 2022/III, p. 1345 ss.

⁸¹ La norma commette forse un certo errore di scarto tra soggetti e verbi: «sono individuate le Regioni all'interno delle quali cessano di applicarsi le misure e le attività sono disciplinate» (corsivo aggiunto). Ci si aspetterebbe forse un “mentre” invece della “e” o un'altra formulazione che stacchi gli effetti derivati da “ordinanza del Ministro della salute” e quelli derivanti da “d.p.c.m.”.



Le caratteristiche che determinavano il passaggio da un colore di zona all'altro erano piuttosto articolate⁸² e, come ovvio, le "misure restrittive" potevano riguardare anche questioni che non attengono direttamente alla libertà di circolazione in senso stretto.

4.2.2. Il cd. coprifuoco.

Un'ulteriore forma di limitazione alla libertà di circolazione è stata dovuta all'istituzione del cosiddetto "coprifuoco". Il d.l. 8 maggio 2021, n. 65 "Misure urgenti relative all'emergenza epidemiologica da COVID-19" all'art. 1 prevede «limiti orari agli spostamenti».

Nel dettaglio, «dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 6 giugno 2021, in zona gialla, i limiti orari agli spostamenti di cui ai provvedimenti adottati in attuazione [della normativa già richiamata sopra] hanno inizio alle ore 23:00 e terminano alle ore 5:00 del giorno successivo, fatti salvi gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative, da situazioni di necessità ovvero per motivi di salute» (co. 1). «Dal 7 giugno al 20 giugno 2021, in zona gialla, i limiti orari agli spostamenti di cui al comma 1 hanno inizio alle ore 24:00 e terminano alle ore 5:00 del giorno successivo» (co. 2) fatta salva la possibilità di limiti diversi stabiliti con ordinanza del Ministro della salute (co. 3). Il coprifuoco non si applica alla zona bianca (co. 5) ed era previsto terminare in zona gialla dal 21 giugno 2021.

Una limitazione chiara, oggettiva, addirittura delineata con precisi limiti orari. Poiché è evidente che la circolazione virale non segue particolari fasce orarie, si conviene che si tratta di misure che vanno ad incidere sui comportamenti dei consociati. Poiché si tratta di una fascia notturna e poiché sono escluse le comprovate esigenze lavorative, l'intento era limitare le attività di svago, che sono anche attività di incontro sociale.

Un ulteriore importantissimo passaggio è quello dell'introduzione della certificazione verde, cd. *green pass*. Il Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 "su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19" aveva previsto che gli Stati producessero documenti coordinati che agevolassero il riconoscimento di persone "non contagiose"⁸³.

⁸² È l'articolo 16-*septies* a dare le denominazioni dettagliate. La lunga e dettagliata norma si basa su tre indicatori: l'incidenza dei contagi, l'occupazione dei posti letto per pazienti affetti da Covid-19 e l'occupazione dei posti letto in terapia intensiva per la medesima malattia. In zona bianca l'incidenza dei contagi è inferiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti per tre settimane consecutive oppure è superiore a tale soglia ma i posti letto occupati sono meno del 15% e in terapia intensiva meno del 10%; in zona gialla l'incidenza dei contagi è tra 50 e 150 casi ogni 100.000 abitanti, oppure superiore se il tasso di occupazione dei letti è inferiore al 30% o in terapia intensiva è inferiore al 20%; in zona arancione l'incidenza è superiore a 150 casi ogni 100.000 abitanti e non ricorrono le altre condizioni per essere in zona bianca o gialla, cioè i tassi di occupazione dei letti sono superiori a quanto previsto per la zona gialla; infine in zona rossa rimane l'incidenza di 150 casi per 100.000 abitanti ma l'occupazione dei posti letto è superiore al 40% e (stavolta le clausole devono coesistere) in terapia intensiva è superiore al 30%. È evidente che questi numeri hanno significati diversi sia in considerazione della popolazione regionale sia della capienza degli ospedali.

⁸³ E. CIRONE, *Le fonti del diritto dell'Unione in materia di salute pubblica alla prova dell'emergenza sanitaria: alcune riflessioni sulle misure di contrasto della pandemia e sul "certificato digitale COVID-19 UE"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, p. 652 ss. Cfr., prima della pandemia, con S. GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale. Un riesame critico*, in *Politiche Sociali*, 7/2016, p.



Negli abituali articolati “considerando” iniziali, il Regolamento 2021/953 illustra da sé il ragionamento che sta alla base del certificato verde. Partendo dal presupposto che «ogni cittadino dell’Unione ha il diritto fondamentale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. La direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio stabilisce le modalità di esercizio di tale diritto» (così il considerando n. 1), il Regolamento ammette che «in conformità del diritto dell’Unione, gli Stati membri possono limitare il diritto fondamentale alla libera circolazione per motivi di sanità pubblica. Tutte le restrizioni alla libera circolazione delle persone all’interno dell’Unione attuate per limitare la diffusione del SARS-CoV-2 dovrebbero basarsi su motivi specifici e limitati di interesse pubblico, vale a dire la tutela della salute pubblica, come sottolineato nella raccomandazione (UE) 2020/1475. È necessario che tali limitazioni siano applicate conformemente ai principi generali del diritto dell’Unione, segnatamente la proporzionalità e la non discriminazione. Tutte le misure adottate dovrebbero pertanto essere strettamente limitate nella portata e nel tempo, in linea con gli sforzi volti a ripristinare la libera circolazione all’interno dell’Unione, e non dovrebbero andare al di là di quanto strettamente necessario per tutelare la salute pubblica» (considerando n. 6).

A fronte di questo contrasto tra il diritto di circolazione e la sua concreta limitazione avvenuta per motivi di sanità da parte di - quasi - tutti gli Stati, il Regolamento apre ad una soluzione che appoggia sulla scienza: «in base alle evidenze mediche attuali e tuttora in evoluzione, le persone vaccinate o che hanno avuto di recente un risultato negativo a un test per la COVID-19 e le persone che sono guarite dalla COVID-19 nei sei mesi precedenti sembrano comportare un rischio ridotto di contagiare altre persone con il SARS-CoV-2. La libera circolazione delle persone che, secondo solidi dati scientifici, non costituiscono un rischio significativo per la salute pubblica, per esempio perché sono immuni da SARS-CoV-2 e non possono trasmetterlo, non dovrebbe essere soggetta a restrizioni, poiché queste ultime non sarebbero necessarie a conseguire l’obiettivo di tutelare la salute pubblica» (considerando n. 7). Ecco, dunque, la soluzione: far circolare coloro che non costituiscono un rischio per la salute pubblica.

Poiché «misure unilaterali atte a limitare la diffusione del SARS-CoV-2 potrebbero causare perturbazioni significative dell’esercizio del diritto di libera circolazione e ostacolare il corretto funzionamento del mercato interno, compreso il settore del turismo, in quanto le autorità nazionali e i servizi di trasporto di passeggeri, quali linee aeree, treni, pullman e traghetti, potrebbero trovarsi di fronte a una vasta gamma di formati diversi di documenti attestanti non solo la vaccinazione anti COVID-19 dei titolari del certificato, ma anche i risultati dei loro test e la guarigione» (considerando n. 9), ecco che la soluzione è un certificato unificato riconoscibile in tutti i Paesi membri.

4.2.3. Le certificazioni verdi Covid-19 nel loro impatto sulla circolazione.

Il d.l. 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” aveva previsto all’art. 9 le “certificazioni verdi Covid-19” rilasciate per avvenuta vaccinazione, avvenuta guarigione ed effettuazione di test rapido

169 ss.

antigenico che dovevano servire per consentire spostamenti in entrata o uscita dai territori ricadenti in zona arancione o rossa; rimanere nelle sale d'attesa degli ospedali per accompagnatori di pazienti non Covid; consentire uscite temporanee alle persone ospitate in strutture residenziali e socioassistenziali; assistere a spettacoli dal vivo; entrare a fiere e congressi; partecipare a feste conseguenti a cerimonie civili o religiose; derogare ai divieti di spostamento da e per l'estero o a obblighi di sottoporsi a misure sanitarie come la quarantena (nei viaggi).

Il d.l. 23 luglio 2021, n. 105 recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche" richiama ancora una volta l'art. 16 Cost. e, nonostante il diritto comunitario sembri considerare il certificato verde una forma di facilitazione degli spostamenti⁸⁴, all'art. 3 "Impiego certificazioni verdi COVID-19" imposta l'utilizzo in Italia in questo modo: il nuovo art. 9-bis del d.l. 52/2021 prevede che «è consentito in zona bianca esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi COVID-19, di cui all'articolo 9, comma 2, l'accesso ai seguenti servizi e attività» che la norma stessa elenca.

Dunque, il *green pass* diventa preconditione non tanto per circolare come atto in sé, bensì per accedere ad una gamma di attività e servizi che diverrà entro poco tempo sempre più ampia. Ed è previsto (art. 3, co. 4 d.l. cit.) che «i titolari o i gestori dei servizi e delle attività di cui al comma 1 sono tenuti a verificare che l'accesso ai predetti servizi e attività avvenga nel rispetto delle prescrizioni».

Può essere utile ricordare come queste misure sono state illustrate nella conferenza stampa governativa con cui si è dato atto dell'adozione delle nuove misure.

L'allora Presidente del Consiglio, Mario Draghi, il 22 luglio 2021 ha dichiarato che «il *green pass* è una misura con cui gli italiani possono continuare a esercitare le proprie attività, a divertirsi, a andare al ristorante, a partecipare a spettacoli all'aperto, al chiuso, con la garanzia, però, di ritrovarsi tra persone che non sono contagiose.

In questo senso è una misura che, nonostante abbia chiaramente delle difficoltà di applicazione, dà serenità, non che toglie serenità». Ha poi aggiunto due considerazioni. La prima: «l'appello a non vaccinarsi è un appello a morire, sostanzialmente. Non ti vaccini, ti ammali, muori. Oppure fai morire.

Non ti vaccini, ti ammali, contagi, lui, lei muore. Questo è. Secondo. Senza vaccinazione bisogna chiudere tutto, di nuovo»⁸⁵.

⁸⁴ Come attesta la sintesi riportata sul sito ufficiale governativo: «la Certificazione verde COVID-19 nasce per facilitare la libera circolazione in sicurezza dei cittadini nell'Unione europea durante la pandemia di COVID-19. Attesta di aver fatto la vaccinazione o di essere negativi al test o di essere guariti dal COVID-19» <https://www.dgc.gov.it/web/faq.html>.

⁸⁵ Draghi: "Appello a non vaccinarsi è appello a morire", 23 luglio 2021, in <https://www.rainews.it/archivio-rainews/articoli/Draghi-conferenza-stampa-green-pass-covid-variante-delta-ca93a3f4-1891-434b-adc5-8b590814bc9d.html> e, ancora da fonte giornalistica, Draghi: "L'appello a non vaccinarsi è l'appello a morire. Senza protezione si deve chiudere tutto di nuovo" 22 luglio 2021 <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/07/22/lappello-a-non-vaccinarsi-e-lappello-a-morire-draghi-gela-salvini-senza-protezione-si-deve-chiudere-tutto-di-nuovo-video/6270717/>



Bisogna ricordare che la campagna di vaccinazione, iniziata con piccoli numeri negli ultimi giorni dello stesso 2020⁸⁶, era arrivata a pieno regime proprio nell'estate del 2021⁸⁷ e - come già ricordato sopra - la convinzione dell'esecutivo (granitica nella volontà quanto politica nei presupposti⁸⁸) era che il vaccino fosse lo strumento principe per uscire dalla pandemia. La convinzione è ben espressa dal passaggio del Presidente del Consiglio appena ricordato, sicuramente semplificante e condensato ad uso della stampa, ma pienamente ricognitivo della politica governativa, la quale può certamente trovare espressione sintetica. I passaggi sono più articolati e si possono così ricostruire: la circolazione del Covid-19 è indistinguibile dalla circolazione delle persone, tale per cui l'unico modo per arrestare il primo è bloccare fisicamente la circolazione delle seconde. Tuttavia, il vaccino produce immunità in chi lo riceve. Pertanto, da un lato bisogna incentivare al massimo la campagna di vaccinazione, e nel frattempo si possono far circolare le persone che hanno ricevuto il vaccino (o che dimostrano di non essere contagiose con un test o perché hanno immunità naturale in quanto sono appena guarite). Ne consegue che non c'è alternativa né alla vaccinazione né alla circolazione dei soli immuni, anzi le restrizioni all'accesso a determinati servizi possono essere un invito indiretto a procedere al più presto alla vaccinazione⁸⁹ e - ma è la stessa cosa - le restrizioni all'accesso garantiscono che le persone che accedono a quei servizi non diffondano il virus. Passaggi chiari sebbene non tutti scontati, che non seguono una concatenazione logica pura, sillogistica, bensì che partono e arrivano a premesse e conclusioni politiche (e in minor parte medico-politiche).

È certo ed evidente che la politica governativa relativa al *green pass* si sia abbinata all'obbligo vaccinale. Si tratta di due strumenti diversissimi dal punto di vista della loro stessa essenza e della giuridicità, della formulazione, del senso e della costruzione delle norme. Si tratta, però, di strumenti gemelli nell'obiettivo da raggiungere.

L'obbligo vaccinale, prima disposto per le professioni sanitarie⁹⁰, poi per i lavoratori della scuola, delle forze dell'ordine⁹¹, poi dell'università e per tutti coloro che avevano compiuto 50 anni⁹², comporta come conseguenza che sia necessario sottoporsi a vaccinazione, a meno

⁸⁶ *Vaccine day, le prime vaccinazioni in Italia*, 27 dicembre 2020, notizia rintracciabile sul portale del Ministero della Salute, in <https://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus>.

⁸⁷ In dottrina, sulla distribuzione dei vaccini, v. G. BATTARINO, *Prime riflessioni su un criterio di distribuzione dei vaccini anti-Sars-Cov-2 costituzionalmente fondato*, in *Questione Giustizia*, 24 novembre 2020.

⁸⁸ Senza voler provare troppo dalle affermazioni riportate nelle dichiarazioni alla stampa, la convinzione che l'alternativa fosse tra vaccino e chiusura, porta a vedere come opzione fondamentale, essenziale e inevitabile, un provvedimento che è un'eccezione: è una scelta che non si discute nel merito, ma che presenta due opzioni, dunque essenzialmente politica nella sua dimensione di scelta. Se già il Premier avesse detto (a puro titolo di esempio) che l'alternativa è tra vaccino e maggiori contagi si poteva credere a un rapporto causa-effetto naturalistico.

⁸⁹ I. SPADARO, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi*, 29/2021, p. 50 ss.

⁹⁰ Con d.l. 1 aprile 2021, n. 44, "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici".

⁹¹ Con d.l. 26 novembre 2021, n. 172 "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali".

⁹² Con d.l. 7 gennaio 2022, n. 1 "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore".



di subire la sospensione dal lavoro o dalla professione e, per gli ultracinquantenni, una sanzione di 100 euro. Dunque, una norma che richiede un comportamento imponendolo.

Dall'altra parte, le norme che prevedevano l'estensione del *green pass* a moltissime attività e, contestualmente, la riduzione della possibilità di ottenere la certificazione verde a due sole condizioni: vaccino, appunto, e recente guarigione dalla malattia.

La norma, dunque, incentiva un comportamento senza imporlo⁹³. Interviene anche sulla libertà di circolazione, sia pure in via indiretta. Nel momento in cui il *green pass* viene richiesto per accedere a servizi di viaggio, cioè per salire su autobus, treni, navi ed aerei, si comprime la libertà di spostamento: vero è che di norma residuano altre modalità di spostamento (auto privata, bicicletta, semplicemente a piedi) ma è evidente che precludere certi modi di viaggiare significa modificare il senso stesso dello spostamento. Basti pensare alla differenza tra attraversare tutta la città a piedi invece di usare la metropolitana; o attraversare l'Italia in macchina invece che in aereo. In certi casi, poi, non esiste concretamente alcuna alternativa a un preciso e determinato modo di spostarsi con i mezzi: è il caso del traghetto auto Sicilia-Calabria, dei collegamenti tra piccole isole e continente, che puntualmente sono stati fatti oggetto di previsioni specifiche⁹⁴.

Dall'altra parte, se anche la circolazione in senso stretto è garantita liberamente, l'impossibilità di accedere a luoghi e servizi rende - ancora una volta - privo di senso il viaggio. Potersi muovere ma non entrare in un hotel (cosa che incide sul diritto di soggiorno di cui all'art. 16 Cost. e che solo *ratione materiae* non occupa le presenti riflessioni); visitare una città e non poter entrare in nessun museo o in nessun ristorante, e così via.

Si tornerà sul punto, ma già è dimostrato che il condizionamento dell'accesso ai luoghi costituisce condizionamento anche dello spostamento in sé.

Il *green pass* è una forma di controllo incomparabile sotto il profilo dello strumentario giuridico rispetto alla prima forma di zona rossa, quella del febbraio 2020 in cui le strade d'accesso ai comuni isolati venivano presidiate fisicamente dalle forze dell'ordine o delle ordinanze con cui si limitava a 200 metri il raggio di percorribilità dello spazio esterno all'abitazione; ma, pur nella incomparabilità, è una misura che ha lo scopo dichiarato di impedire l'accesso a una serie di luoghi. Da cui il venir meno di quello che si rammentava in principio essere lo scopo dello spostarsi, con l'eccezione della circolazione che abbia come scopo la mera circolazione, con mezzi consentiti, senza fermarsi in alcun posto e senza avere altra meta se non il viaggio. Indipendentemente dalla valutazione partitica o giuridica sulle politiche governative, si crede vi siano sufficienti elementi per scorgere in queste norme una limitazione indiretta (remota, se per accesso ai luoghi, o vicina, se per accesso a certi mezzi o servizi di trasporto) della libertà di circolazione⁹⁵.

⁹³ È la cd. *nudge theory*: R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano, 2009. Con un taglio giuridico, cfr. A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021 e G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *ildirittodelleconomia.it*, n. 1/2022; A. CANDIDO, *La nudge regulation. Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, in *Amministrazione in cammino*, maggio 2012, p. 1 ss.

⁹⁴ È l'art. 4, co. 1, lett. c), n. 1 del d.l. 26 novembre 2021, n. 172 ad estendere l'uso del *green pass* «per i collegamenti marittimi nello Stretto di Messina e di quelli impiegati nei collegamenti marittimi da e per l'arcipelago delle Isole Tremiti», prima esenti.

⁹⁵ Cfr. A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021, p. 432 ss.; contra R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione*



Con interventi successivi il *green pass* diventa indispensabile per accedere a scuole, università, mezzi di trasporto interregionali (d.l. 6 agosto 2021, n. 111); mense; tutti i luoghi di lavoro pubblici e privati (d.l. 21 settembre 2021, n. 127); alberghi e mezzi di trasporto locale e regionale, infine accesso a locali dove si offrono servizi alla persona, banche, poste, uffici pubblici, attività commerciali (eccettuate quelle che vendono beni essenziali) dal 15 febbraio 2022⁹⁶.

Nel contempo, in coerenza con la politica vaccinale del Governo, si ampliano anche i luoghi dove si accede con *green pass* rafforzato (cd. *super green pass*), da guarigione e vaccinazione e non più quello ottenibile da tampone. Dal 6 gennaio 2022 diviene obbligatorio per cinema e teatri, bar e ristoranti, palestre e piscine, Rsa e strutture sanitarie; dal 10 gennaio per mezzi di trasporto pubblico, alberghi, fiere e congressi, feste, ristorazione all'aperto, sport e piscine anche all'aperto; dal 15 febbraio per accedere ai luoghi di lavoro da parte delle persone con più di 50 anni.

Si arriva al punto che il d.p.c.m. 21 gennaio 2022 individua le «esigenze essenziali e primarie per il soddisfacimento delle quali non è richiesto il possesso di una delle Certificazioni verdi COVID-19»⁹⁷. Se accedere e percorrere la pubblica via non è di per sé sottoposto al possesso del *green pass*, tuttavia si vede come vi sia una limitazione oggettiva e puntuale dei luoghi cui non si può accedere senza tale certificazione. Da che si deduce pianamente una limitazione che coinvolge anche la libertà di circolazione.

Ancora una volta, nulla ostacola che si possa ritenere tale limitazione “giusta”, dando a questa parola un senso valoriale e nulla ostacola che, su un diverso piano, si possa considerare tale limitazione compatibile con il testo della Carta fondamentale⁹⁸. Nel frattempo, il punto di merito che si raggiunge è riconoscere che la limitazione vi sia stata. Il secondo punto di merito su cui si può convergere è che l'estensione del *green pass*⁹⁹ e il suo

contro il Covid-19, ritiene che il *green pass* «deve essere visto non come un elemento che determina una limitazione delle libertà, bensì come uno strumento che, con l'intento certamente anche di incentivare la vaccinazione spontanea, determina le condizioni in presenza delle quali determinati diritti, anche fondamentali, possano essere esercitati in sicurezza, evitando situazioni che possano causare una diffusione del virus» in *Questione giustizia.it*, 6.9.21, spec. p. 11. Si crede, però, che quest'ultimo Autore arrivi a tali conclusioni accreditando una serie di elementi di fatto che si discuteranno *infra* (nota 154).

⁹⁶ Con d.l. 7 gennaio 2022, n. 1 “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore”.

⁹⁷ Racchiuso in nove interessanti punti che qui si sintetizzano. Negozi di commercio di: prodotti alimentari e bevande; prodotti surgelati; animali domestici e alimenti per essi; carburante per autotrazione; articoli igienico-sanitari; medicinali; articoli medicali e ortopedici; ottica; combustibile per uso domestico e per riscaldamento.

⁹⁸ «Che il *green pass* operi una distinzione tra chi è in possesso della certificazione e chi no è indubbiamente vero, che tale distinzione sia discriminatoria è del tutto discutibile. Soprattutto è discutibile che tale distinzione violi il principio di uguaglianza, nel suo significato di indiscutibile principio che impone di trattare in maniera eguale le situazioni uguali e in maniera diversa quelle differenti»: A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del governo*, in *Federalismi*, 21/2021, p. IX.

⁹⁹ Ai sensi dell'art. 5 del d.l. 24 dicembre 2021, n. 221 il *green pass* base era così concepito: «fino al 31 marzo 2022, [...] è consentito sull'intero territorio nazionale esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi COVID-19 da vaccinazione [...] l'accesso ai seguenti servizi e attività, nel rispetto della disciplina della zona bianca e dei protocolli e delle linee guida adottati [...]». In sintesi, le attività erano: mense e catering; concorsi pubblici; corsi di formazione pubblici e privati.



rafforzamento¹⁰⁰ (cioè non riconoscere il tampone come ragione per il rilascio) siano stati funzionali a spingere verso la vaccinazione. Le tre alternative originarie erano: tampone, con validità temporale limitatissima (48h o 72h); guarigione con validità semestrale; vaccinazione con validità variata nel tempo dalle norme ma sostanzialmente illimitata. Se già il tampone era gravoso (in quanto richiedeva spesa e impegno per rinnovare costantemente il *green pass*), toglierlo ha limitato le opzioni e ha spinto alla vaccinazione, facilmente ottenibile, ponendo come alternativa soltanto contagiarsi e guarire. Alternativa, quest'ultima, tecnicamente fattibile ma problematica, in quanto presuppone che un soggetto sano voglia ammalarsi (con esiti di fatto imprevedibili) al solo fine di ottenere il rilascio del *green pass*. Se la ricostruzione può apparire pedante, serve a giustificare senza lasciare adito a dubbi che la limitazione indiretta della libertà di circolazione è stata funzionale a favorire, in via altrettanto indiretta, l'adesione alla campagna di vaccinazione.

È fuori di dubbio altresì che la limitazione sia stata pensata non per coloro che si erano già vaccinati, bensì per coloro che non l'avevano fatto o non avevano intenzione di farlo. Si parla, infatti, di misure adottate a circa un anno dall'inizio della campagna vaccinale. Vi era tutto il tempo perché chi lo desiderava si recasse ai centri vaccinali: per costoro il rilascio del *green pass* è stato solo una formalità burocratica e altrettanto una formalità (al più una complicazione di fatto) era esibire il documento a richiesta all'ingresso dei luoghi. Diversa, invece, la posizione di coloro che non volevano aderire alla campagna vaccinale, limitati nei movimenti e dunque spinti a riconsiderare quella che - giusta o sbagliata che fosse - era una posizione di principio¹⁰¹ in funzione delle limitazioni disposte.

Se si condividono questi passaggi argomentativi, si vede come il punto si risolva in uno scontro di volontà: quella governativa e quella individuale. La seconda può avere i caratteri della "ragione politica"¹⁰². Alla luce di quanto visto sopra, sui limiti generali alla libertà di circolazione, la domanda è di particolare interesse: per una risposta circostanziata, si rinvia alle conclusioni del presente lavoro¹⁰³.

4.3. La libertà di circolazione e la pandemia.

¹⁰⁰ Ai sensi dell'art. 5-bis del d.l. 24 dicembre 2021, n. 221 il *green pass* rafforzato era così concepito: «fino al 31 marzo 2022, sull'intero territorio nazionale, è consentito esclusivamente ai soggetti in possesso delle certificazioni verdi COVID-19 da vaccinazione o guarigione, cosiddetto *green pass* rafforzato, l'accesso ai seguenti servizi e attività, nel rispetto della disciplina della zona bianca e dei protocolli e delle linee guida». Le attività citate erano, in sintesi: ristorazione, alberghi, musei, piscine e palestre, sagre e congressi, feste, cerimonie pubbliche, spettacoli, sale da ballo e da gioco, centri termali, culturali e ricreativi.

¹⁰¹ Si dice "di principio" poiché un'impossibilità a ricevere la vaccinazione (ad esempio, per questioni mediche) doveva risultare in un'esenzione.

¹⁰² «Tutto ciò richiede comunque due precisazioni. La prima è che indubbiamente il Governo poteva scegliere tra introdurre l'obbligo vaccinale ovvero operare attraverso strumenti diversi, come il certificato Covid, che, comunque presuppongono o la vaccinazione ovvero il sottoporsi costantemente ad accertamenti antigenici. Non è dunque di scelta illegittima che occorre discutere, ma soltanto di scelta "politica". Non vi è dubbio, infatti, che questa è stata una scelta politica», A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale*, cit., p. VII.

¹⁰³ Par. 6.3.



L'esperienza della gestione della pandemia da Covid-19 ha mostrato che l'Esecutivo¹⁰⁴ ha limitato la libertà di circolazione secondo entrambe le diagonali in cui essa si sostanzia, le ascisse e le ordinate logiche della libertà in esame: da un lato, la quantità; dall'altro la modalità. Sul lato della quantità, la libertà di spostamento è stata ridotta ai minimi termini. È accaduto quanto ipotizzato da attenta dottrina: «quelli che sembravano casi scolastici per dimostrare come la restrizione progressiva dell'area nella quale un cittadino può circolare e soggiornare liberamente possa condurre a situazioni di fatto non difformi da alcune forme di vera e propria detenzione»¹⁰⁵. Si sottolinea che la situazione è di fatto e non di diritto¹⁰⁶.

Il *lockdown*, il confinamento, limita lo spostamento della persona fino alla sua stessa casa. Lo spazio vivibile è puramente quello domiciliare. Modulazioni intermedie si sono viste nelle loro varie fasi: limitazioni di tempo, col divieto di circolare a determinati orari; di spazio, col divieto di uscire dalla "zona" uniformemente colorata, cioè dalla Regione, o di poter circolare tra zone aventi colori uguali; limitazioni di circolazioni generali o particolari¹⁰⁷.

Dal lato delle modalità, si sono visti sia interventi che mirano alla limitazione della libertà di circolazione in senso proprio, stretto, sia interventi che modulano indirettamente le modalità di spostamento attraverso la possibilità o la non possibilità di accedere a luoghi o servizi.

Si può ben dire, da un punto di vista puramente oggettivo, che la libertà di circolazione è stata contagiata dal Covid-19 e, almeno in certi momenti, ha persino avuto la peggio sul virus¹⁰⁸. Poiché un agente virale non ha alcun effetto su un diritto di libertà, è chiaro che, fuori d'immagine, si è trattato di una politica di contrasto alla pandemia che ha scelto (indubbiamente tra gli altri) la strada giuridica della limitazione del diritto in esame.

Gli scopi sono stati chiari ed evidenti. I risultati non si commentano in questa sede. Dal punto di vista della costruzione argomentativa che si sta portando avanti, si è giunti a un risultato chiaro, cioè la piena disponibilità della libertà di circolazione rispetto agli strumenti di contrasto alla pandemia da Covid-19, ma, in generale e secondo la dizione costituzionale, ai motivi di sanità.

¹⁰⁴ Non si dimentica il ruolo del Parlamento nella produzione delle fonti, tuttavia, non solo si rileva una perdita di centralità del legislativo nel processo decisionale bensì rilevano una rinnovata e precisa centralità, non esente da spunti problematici, del PdCM: A. MANZELLA, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi*, 19/2022, p. 145 ss.; A. SAPORITO, *Il diritto alla salute alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Queste istituzioni*, 4/2022, p. 67 ss.

¹⁰⁵ U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno*, cit., p. 81.

¹⁰⁶ Secondo C. SAGONE, *La libertà di circolazione*, cit., p. 101: «È dunque evidente, accogliendo questa prospettiva ermeneutica [quella della Corte costituzionale, già richiamata ed espressa da ultimo nella sent. 127/2022], che le misure limitative adottate negli ultimi mesi [*id est*, nella primavera del 2020] nei confronti di soggetti sottoposti all'obbligo di quarantena non rientrano nell'alveo dell'art.13 Cost.».

¹⁰⁷ Compresse limitazioni "ibride": per effetto dell'art. 5 del d.l. 26 novembre 2021, n. 172 la zona gialla e arancione era come se fosse bianca per chi disponeva del *green pass* rafforzato ma la misura è durata brevissimo tempo, dato che d.l. 221/2021 (24 dicembre) avrebbe ampliato l'utilizzo del *green pass* rafforzato a scapito del base. Una misura di avvicendamento che si struttura come una stretta progressiva.

¹⁰⁸ Per utilizzare l'espressione di A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1/2020, p. 368 ss. e di D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, 2/2020, p. 1 ss.



5. Il caso delle politiche sulla mobilità e la circolazione dei mezzi.

5.1. Il precedente dell'Austerità e le *rationes* dell'intervento attuale.

Tra il 1973 e il 1974 si ebbe la cd. *Austerità*, consistente in provvedimenti con cui il Governo¹⁰⁹ di allora vietò la circolazione dei mezzi privati nei giorni festivi¹¹⁰. È rimasto noto come "domeniche a piedi" e, dal punto di vista delle fonti, un decreto-legge intervenne solo per sanzionare i comportamenti non conformi (d.l. 23 novembre 1973, n. 741). Tale atto con forza di legge, significativamente, non cita l'art. 16 Cost. in premessa e, anzi, interviene «ritenuta la necessità e l'urgenza di comminare sanzioni per la inosservanza di divieti di circolazione nei giorni festivi», divieti peraltro fissati da provvedimenti non aventi forza di legge¹¹¹.

In dottrina vi furono alcuni commenti su quei provvedimenti¹¹², che lasciarono il segno dal punto di vista della memoria collettiva della Nazione. Il quadro attuale è per certi aspetti simile ma più articolato.

Innanzitutto, bisogna definire il contesto: della circolazione in senso generale e anche della contiguità tra la libertà di circolazione in senso ampio e la regolamentazione dei luoghi fisici dove si circola si è già detto¹¹³. L'epoca attuale conosce moltissimi mezzi di trasporto. Ulteriormente, conosce anche molteplici forme di alimentazione di tali mezzi. Nella regolamentazione del traffico - stradale, aereo, navale - si incontrano molte esigenze: la circolazione come entità astratta senza dubbio alcuno, ma anche la sicurezza pubblica e quella dei singoli, il tema dell'inquinamento prodotto dai veicoli (in particolare dai loro motori a combustione), l'iniziativa economica quando si tratta di trasporto come forma di impresa, la disciplina di servizi pubblici. A monte, poi, vi sono i relevantissimi interessi sulla produzione industriale dei mezzi di trasporto, sulla costruzione di strade e infrastrutture e così via.

Moltissime istanze convergono nella complessiva regolamentazione del traffico veicolare. Dal punto di vista che qui interessa, la mobilità non è un elemento sganciato dalla libertà di circolazione, anzi ne è un aspetto intrinseco.

5.2. Interventi sulla mobilità. Il ruolo e la latitudine delle incentivazioni.

¹⁰⁹ L'esecutivo era il quarto guidato da Mariano Rumor, su cui L.A. CARUSO, *I Governi Rumor IV e V e l'attuazione della Costituzione, tra referendum abrogativo e Regioni ordinarie*, in B. Caravita, F. Fabrizzi, V. Lippolis, G.M. Salerno (a cura di), *La nascita dei Governi della Repubblica*, Giappichelli, Torino, 2022, vol. I, p. 467 ss.

¹¹⁰ Insieme, peraltro, ad ulteriori misure per il risparmio di energia: secondo la sintesi in prima pagina del quotidiano *Eco di Bergamo* del 23 novembre 1974 «le misure in vigore dal 2 dicembre; gli aumenti del costo del carburante da oggi; distributori chiusi dal mezzogiorno di sabato al lunedì mattina; cento chilometri all'ora sulle strade extraurbane, 120 sulle autostrade; i programmi TV termineranno alle 22.45; cinema e teatri chiusi alle 23; ristoranti e bar alle 24; orario continuato negli uffici pubblici; chiusura anticipata di un'ora (al massimo alle 19) per i negozi; l'Enel ridurrà la tensione elettrica dalle 21 alle 7 del mattino; verrà dimezzata l'illuminazione delle città».

¹¹¹ Ricostruisce brevemente la questione G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 124 in nota.

¹¹² S. CASSESE, *La regolamentazione pubblica del traffico (fondamento e tecniche legislative)*, in *L'automobile domani*, Atti della XXXI Conferenza del traffico e della circolazione (Stresa, 26-29 settembre 1974), 1974, p. 91 ss.; M. MAZZIOTTI, *Petrolio e libertà*, in *Dir. e soc.*, 1974, p. 155 ss.

¹¹³ Par. 2.



L'art. 6 del Codice della strada (d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285) rubricato "regolamentazione della circolazione fuori dei centri abitati" prevede che «il prefetto, per motivi di sicurezza pubblica o inerenti alla sicurezza della circolazione, di tutela della salute, nonché per esigenze di carattere militare può, conformemente alle direttive del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sospendere temporaneamente la circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti sulle strade o su tratti di esse. Il prefetto, inoltre, nei giorni festivi o in particolari altri giorni fissati con apposito calendario, da emanarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, può vietare la circolazione dei veicoli adibiti al trasporto di cose. Nel regolamento sono stabilite le condizioni e le eventuali deroghe» (co. 1).

Anche l'ente proprietario della strada può, con ordinanza, «disporre, per il tempo strettamente necessario, la sospensione della circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti per motivi di incolumità pubblica ovvero per urgenti e improrogabili motivi attinenti alla tutela del patrimonio stradale o ad esigenze di carattere tecnico» oppure «stabilire obblighi, divieti e limitazioni di carattere temporaneo o permanente per ciascuna strada o tratto di essa, o per determinate categorie di utenti, in relazione alle esigenze della circolazione o alle caratteristiche strutturali delle strade, con particolare riguardo a quelle che attraversano siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO)» (co. 4, lett. a e b).

Al successivo art. 7 "regolamentazione della circolazione nei centri abitati" è stabilito che nei centri abitati, con ordinanza del sindaco del Comune si possa «limitare la circolazione di tutte o di alcune categorie di veicoli per accertate e motivate esigenze di prevenzione degli inquinamenti e di tutela del patrimonio artistico, ambientale e naturale, conformemente alle direttive impartite dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti» (lett. b) oppure «prescrivere orari e riservare spazi per i veicoli di categoria N¹¹⁴ [...], utilizzati per il carico e lo scarico di cose» (lett. g); «istituire le aree attrezzate riservate alla sosta e al parcheggio delle autocaravan (lett. h); «riservare strade alla circolazione dei veicoli adibiti a servizi pubblici di trasporto, al fine di favorire la mobilità urbana» (lett. i).

Si tratta di provvedimenti che incidono sulla libertà di circolazione, ma solo in modo puntuale e quindi parziale. Chiusa una strada, è verosimile pensare che ve ne sia un'altra percorribile, istituita un'area vietata al traffico, vi sarà un altro modo o un altro mezzo per giungervi. Fatto divieto di spostarsi con una certa tipologia di mezzi o in un certo giorno, residuano altri mezzi o altri giorni per circolare. Restano come limiti più sensibili solo i divieti generalizzati per tutti i veicoli e non temporanei, come il divieto prefettizio «per motivi di sicurezza pubblica o inerenti alla sicurezza della circolazione, di tutela della salute, nonché per esigenze di carattere militare» o il divieto comunale «per accertate e motivate esigenze di prevenzione degli inquinamenti e di tutela del patrimonio artistico, ambientale e naturale». Vero che questi limiti sono più estesi ma, prescindendo dalla considerazione tale per cui sono coinvolti anche altri diritti costituzionalmente garantiti, in riferimento alla libertà di circolazione si osserva che: primo, i limiti che pone il legislatore al prefetto sono quelli che pone la Costituzione al legislatore; secondo, il sindaco è tenuto a muoversi per accertate e motivate esigenze, dunque l'arbitrio è limitato dall'eventuale controllo giurisdizionale.

¹¹⁴ Sono i veicoli per trasporto di cose.



Da questo *excursus* si vede come la limitazione alla libertà di circolazione non sia in discussione nella sua essenza bensì soltanto nelle modalità. Il comune che istituisce un'area a traffico limitato o una zona pedonale o limitazioni temporanee non discute il diritto di locomozione, disciplina più semplicemente il traffico tra le vie. Quanto alle limitazioni generali si torna al tema già affrontato sopra, ad esempio in relazione alle prime limitate "zone rosse" pandemiche. Fanno parte della medesima categoria di limitazioni e bilanciamenti al tempo stesso tutte le norme che stabiliscono controlli e procedure per autorizzare alla circolazione i mezzi (collaudi, revisioni, assicurazioni) o per la guida degli stessi (dalle patenti ai dispositivi di sicurezza).

Autorevole e risalente dottrina osservava che attraverso la disciplina della circolazione stradale «non si può limitare in via indiretta la possibilità di movimento della persona»¹¹⁵. Il tema che si analizza qui non riguarda la "possibilità" ma la "modalità", con l'ulteriore attenzione al confine tra le due. Si è parlato, di circolazione come limiti particolari - e tutto sommato limitati - a raggiungere con un veicolo a motore alcune strade o parti dei centri abitati, ma la rete di norme che si sta creando va ben oltre.

Diverse norme hanno l'ambizione di ridisegnare complessivamente il parco mezzi pubblico e privato. Tra queste, la legge di bilancio per l'anno 2022 (legge 30 dicembre 2021, n. 234, in particolare l'art. 1, co. 392) ha istituito un fondo per la mobilità sostenibile in attuazione della strategia europea "Fit for 55" che si può tradurre come "Pronti per il 55%", nel senso che «con la normativa europea sul clima il conseguimento dell'obiettivo climatico dell'UE di ridurre le emissioni dell'UE di almeno il 55% entro il 2030 diventa un obbligo giuridico. I paesi dell'UE stanno lavorando a una nuova legislazione per conseguire tale obiettivo e rendere l'UE climaticamente neutra entro il 2050»¹¹⁶. Il fondo ha una dotazione di 2 miliardi di euro dal 2023 al 2034 ed è finalizzato a tra l'altro «rinnovo del parco autobus del trasporto pubblico locale, all'acquisto di treni ad idrogeno sulle linee ferroviarie non elettrificate, alla realizzazione di ciclovie urbane e turistiche, allo sviluppo del trasporto merci intermodale su ferro, all'adozione di carburanti alternativi per l'alimentazione di navi ed aerei e al rinnovo dei mezzi adibiti all'autotrasporto».

Un altro esempio è dato dalle campagne di bonus: la legge di bilancio per il 2019 (legge 30 dicembre 2018, n. 145) un bonus per chi acquistava dal 1° marzo 2019 al 31 dicembre 2021 un'auto nuova a basse emissioni (elettrica o ibrida), con o senza rottamazione dell'usato. Tale *ecobonus* è stato finanziato nuovamente dal D.p.c.m. 6 aprile 2022 per il 2022, 2023 e 2024¹¹⁷, sempre per auto, moto e piccoli veicoli da trasporto cose.

Il d.l. 14 ottobre 2019, n. 111¹¹⁸ all'art. 2 ha previsto quello che chiama "Programma sperimentale buono mobilità": rivolto ai residenti nei comuni interessati da procedura europea per sfioramento dei limiti di inquinamento dell'aria riconosceva a fronte della

¹¹⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 963.

¹¹⁶ <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>

¹¹⁷ *Rectius*, si tratta di un nuovo bonus, non di un esatto rifinanziamento del precedente descritto, ma si può considerare l'effetto una continuazione, se non una proroga in senso stretto, delle misure precedenti.

¹¹⁸ «Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229».



rottamazione di una vettura o un motociclo, «un “buono mobilità” pari ad euro 1.500 per ogni autovettura e ad euro 500 per ogni motociclo rottamato da utilizzare, entro i successivi tre anni, per l’acquisto, anche a favore di persone conviventi, di abbonamenti al trasporto pubblico locale e regionale, nonché di biciclette anche a pedalata assistita» (art. 2)¹¹⁹. Quanto ai risultati, «sono stati 558.725 gli acquisti di biciclette e monopattini sovvenzionati con i 215 milioni di euro previsti dal Programma sperimentale per la mobilità sostenibile [...]. In totale sono 590.188 gli utenti [...]. Di questi, 257.949 hanno beneficiato del buono mobilità per l’acquisto di un mezzo di trasporto ecosostenibile e 300.776 hanno ottenuto il rimborso di un acquisto già effettuato in precedenza»¹²⁰.

L’intento è chiaro: incentivare i residenti in aree urbane a cambiare mezzo. Da un veicolo a motore a una bicicletta¹²¹, oppure al trasporto pubblico. Proprio in tema di biciclette è intervenuta la l. 11 gennaio 2018, n. 2 “Disposizioni per lo sviluppo della mobilità in bicicletta e la realizzazione della rete nazionale di percorribilità ciclistica” e ha il dichiarato obiettivo di «di promuovere l’uso della bicicletta come mezzo di trasporto sia per le esigenze quotidiane sia per le attività turistiche e ricreative, al fine di migliorare l’efficienza, la sicurezza e la sostenibilità della mobilità urbana, tutelare il patrimonio naturale e ambientale, ridurre gli effetti negativi della mobilità in relazione alla salute e al consumo di suolo, valorizzare il territorio e i beni culturali, accrescere e sviluppare l’attività turistica» (art. 1, co. 1). Per quanto la legge non sia un atto dotato di motivazione, quella appena citata è vicina ad essere una spiegazione completa e teleologicamente indirizzata. La mobilità - si presuppone, con mezzi a motore - ha effetti negativi, mentre la bicicletta non presenta “effetti collaterali”.

Ci si può domandare come il legislatore intenda promuovere gli obiettivi che dichiara. La risposta sono la «Rete ciclabile nazionale “Bicitalia”» (art. 3), l’impegno delle Regioni che «predispongono e approvano con cadenza triennale, in coerenza con il piano regionale dei trasporti e della logistica e con il Piano nazionale della mobilità ciclistica, il piano regionale della mobilità ciclistica» (art. 5), il «Biciplan», strumento con cui «i comuni non facenti parte di città metropolitane e le città metropolitane predispongono e adottano [...] piani urbani della mobilità ciclistica, denominati «biciplan», quali piani di settore dei piani urbani della mobilità sostenibile (PUMS)» (art. 6) e disposizioni che permettono, ad esempio, ai Comuni di prevedere «in prossimità di aeroporti, di stazioni ferroviarie, di autostazioni, di stazioni metropolitane e di stazioni di mezzi di trasporto marittimi, fluviali e lacustri, ove presenti, la realizzazione di velostazioni, ossia di centri per il deposito custodito di biciclette, l’assistenza tecnica e l’eventuale servizio di noleggio». Dalla lettura delle norme si vede bene come l’intento sia promuovere l’utilizzo della bicicletta come mezzo “extraurbano”, abbandonabile - pare - solo per volare, navigare o viaggiare su rotaia. A questo punto, però, non ci si può non domandarsi se la realizzazione di una fitta rete di vie ciclabili, inevitabilmente

¹¹⁹ Poi integrato dal d.l. 34/2020.

¹²⁰ <https://www.mite.gov.it/comunicati/bonus-mobilita-il-bilancio-del-programma-sperimentale-2020>.

¹²¹ Cfr. le esperienze di altri Paesi europei riportate in: J. ALMAB, T. KOGLIN, *(In)capacity to implement measures for increased cycling? Experiences and perspectives from cycling planners in Sweden*, in *Journal of Urban Mobility*, Volume 2, December 2022; L. SCHWARZA, A. KELERB, J. M. KRISPC, *Improving urban bicycle infrastructure-an exploratory study based on the effects from the COVID-19 Lockdown*, in *Journal of Urban Mobility*, Volume 2, December 2022; E. PÉREZ JIMÉNEZ, *Estudio de la movilidad en el área metropolitana de Murcia. Diagnóstico de la situación actual y propuestas para fomentar el uso de la bicicleta*, Universitat Politècnica de València, 2022.



alternativa a quella stradale, non sia a sua volta consumo di territorio ed è anche opportuno chiedersi in che modo la mobilità ciclistica sia soluzione «per le esigenze quotidiane» ovviamente non in riferimento agli spostamenti in città nel più classico tragitto casa-ufficio, bensì a quelli più articolati. Ad esempio: da casa all'asilo dei figli, da questo all'ufficio, dall'ufficio al supermercato e ritorno a casa con la spesa e magari di nuovo i bambini piccoli ritirati alla scuola d'infanzia. Oppure lo spostamento casa-lavoro dove il lavoro è fisicamente impegnativo e il luogo dove si svolge è a qualche decina di chilometri dall'abitazione. Si aggiunga il tempo invernale e un orario molto mattiniero o molto serotino. Oppure, si valuti lo spostamento di un lavoratore avanti negli anni o non in ottima forma fisica. Si vede come ognuno di questi aspetti costituisca già un punto che difficilmente l'incentivo dato dalla legge 2/2018 può colmare. E, se basta così poco per non raggiungere gli obiettivi dichiarati dal legislatore, ci si può domandare quali possano o debbano essere i passi seguenti o alternativi.

Ancora, il d.l. 17 maggio 2022, n. 50 "Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina" all'art. 3 concede un credito d'imposta per gli autotrasportatori «per l'acquisto del gasolio impiegato dai medesimi soggetti in veicoli, di categoria euro 5 o superiore». A fronte di un generalizzato e notevole aumento del prezzo del carburante che si verificava proprio nei giorni dell'adozione del d.l. 50/2022, lo Stato sceglieva di favorire soltanto le imprese che utilizzano mezzi di una certa categoria ambientale, dunque imprese "virtuose" limitatamente all'acquisto dei veicoli.

L'art. 35 del medesimo d.l. destina 79 milioni di euro per buoni di acquisto «di abbonamenti per i servizi di trasporto pubblico locale, regionale e interregionale ovvero per i servizi di trasporto ferroviario nazionale». Il fine dichiarato è «di mitigare l'impatto del caro energia sulle famiglie, in particolare in relazione ai costi di trasporto per studenti e lavoratori» ma ciò non esclude, anzi supporta, la possibilità che questo bonus influenzi la scelta di usare mezzi pubblici invece che privati.

Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 187 "Attuazione della direttiva (UE) 2019/1161 che modifica la direttiva 2009/33/CE relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada" interviene dettando «misure volte a promuovere e stimolare il mercato dei veicoli a ridotto impatto ambientale e a basso consumo energetico, nonché a potenziare il contributo del settore dei trasporti alle politiche dell'Unione europea in materia di ambiente, di clima e di energia» (art. 1, co. 1), ma, al di là delle formulazioni tecniche, chiede alle amministrazioni che procedano ad appalti di servizi pubblici di trasporto passeggeri ma anche di altri trasporti (rifiuti, postali) di tenere conto della classe di emissione delle flotte di veicoli. I parametri sono di complessa ricostruzione ma la richiesta è di utilizzare veicoli poco inquinanti e per nulla inquinanti (cioè elettrici) dal 2026. Al netto della parte relativa al trasporto passeggeri, questa norma influisce su altre libertà, come quella di iniziativa economica, ma si inserisce nel contesto di una radicale revisione dei mezzi in circolazione.

È stata temporanea e collegata alla pandemia da Covid-19 la misura prevista dal d.l. 25 maggio 2021, n. 73 "Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali" all'art. 51 co. 7 con cui si istituiva un fondo di 50 milioni di euro per l'anno 2021 destinato a contributi in favore di pubbliche



amministrazioni e istituti scolastici che avessero nominato un “*mobility manager*” al fine di «al fine di consentire una più efficace distribuzione degli utenti del trasporto pubblico di linea, nonché di realizzare un più idoneo raccordo tra gli orari di inizio e termine delle attività economiche, lavorative e didattiche e gli orari dei servizi di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, tenuto conto delle misure di contenimento».

5.3. Il trasporto pubblico locale e i mezzi di categoria M2 e M3.

Disposizioni aventi valore di legge sono intervenute sulla circolazione di una particolare categoria di mezzi, quelli adibiti al trasporto pubblico locale ed appartenenti alle categorie M2 e M3. In sostanza, gli autobus del trasporto urbano e di linea. Nell’Austerità degli anni ‘70 i mezzi del trasporto pubblico e a noleggio erano gli unici autorizzati a circolare. Nel contesto della pandemia, il servizio di trasporto pubblico locale è stato ridotto al minimo ma è rimasto presente come servizio fondamentale. In questo caso l’attenzione non va al servizio o al trasporto, bensì ai singoli mezzi.

Già la legge di stabilità del 2015 (l. 23 dicembre 2014, n. 190, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato) all’art. 1, co. 232 aveva disposto che «a decorrere dal 1° gennaio 2019, su tutto il territorio nazionale è vietata la circolazione di veicoli a motore categorie M2 ed M3 alimentati a benzina o gasolio con caratteristiche antinquinamento Euro 0», facendo salve soltanto i veicoli storici e quelli destinati a usi particolari, entrambi da regolamentare con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Lo scrupolo della normativa nell’includere i veicoli M2 ed M3 a benzina è forse eccessivo, poiché i motori che muovono i mezzi pesanti moderni sono tutti a gasolio. Il divieto è totale e riguarda tutti gli autobus pre-normativa ambientale delle emissioni, cioè Euro 0. È superfluo ricordare che questa previsione pone dei limiti al mercato di tali veicoli, che, dove ancora efficienti, sono destinati all’esportazione in Paesi dove i limiti anti-inquinamento siano meno stringenti¹²², o, in numeri limitatissimi, alla conservazione come mezzi storici.

Non altrettanto avviene con veicoli di categoria N2 e N3, cioè trasporto merci sopra le 3,5 e le 12 t rispettivamente, i quali, cioè, non incontrano un divieto parallelo, pur essendo dotati dei medesimi motori ed essendo ben più numerosi. Bisogna aggiungere per completezza che il co. 233 della medesima legge ricordata dispone che «a decorrere dal 1° gennaio 2015 il credito d’imposta relativo all’agevolazione sul gasolio per autotrazione degli autotrasportatori [...] non spetta per i veicoli di categoria Euro 0 o inferiore». Pur non godendo di quei benefici fiscali, l’azienda trasporto merci può usare un veicolo Euro 0 mentre l’azienda di trasporto persone no. La ragione di tale differenza, appunto considerando che i camion in circolazione sono molti più degli autobus, non è di semplice ricostruzione. Si può ipotizzare che gli autobus sono più propensi a circolare in città rispetto ai camion, dunque vietarne la circolazione significa alleggerire l’inquinamento nei centri urbani¹²³; si può pensare che è proprio il numero contenuto a favorire un provvedimento che inevitabilmente poneva in difficoltà tutte le aziende che avevano in flotta veicoli di quella tipologia: meglio iniziare dai pochi autobus che porre sostanzialmente fuori mercato e fuori

¹²² Elemento che, in astratto, fa riflettere sullo spostamento dell’inquinamento verso altri Paesi, inevitabilmente più poveri.

¹²³ Ma questo non sarebbe necessario in quanto le azioni di contrasto alla circolazione dei veicoli inquinanti prese già dai singoli Comuni, v. *infra*.



utilizzo i numerosi autocarri. Ancora, si può pensare che sia un provvedimento in un certo senso educativo: poiché gli autobus portano passeggeri, tutti i passeggeri imparino e siano consapevoli che i veicoli maggiormente inquinanti non si possono usare. Iniziando, come provvedimento generale, dagli autobus. Si vedrà poi che anche le auto delle prime categorie inquinanti hanno difficoltà di circolazione. Si nota, incidentalmente, che soltanto la prima delle spiegazioni addotte avrebbe un substrato oggettivo, mentre la seconda e la terza rendono il provvedimento sostanzialmente dimostrativo.

Se la l. 190/2014 vietava la circolazione a tutti gli autobus Euro 0, il d.l. 10 settembre 2021, n. 121 “Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell’Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali” all’art. 4, co. 3-*bis* dispone un cronoprogramma per il divieto di circolazione «di veicoli a motore delle categorie M2 e M3, adibiti a servizi di trasporto pubblico locale, alimentati a benzina o gasolio con caratteristiche antinquinamento [:] Euro 1 a decorrere dal 30 giugno 2022, Euro 2 a decorrere dal 1° gennaio 2023 ed Euro 3 a decorrere dal 1° gennaio 2024» facendo sempre salvi i veicoli storici o ad usi particolari determinati con decreto ministeriale¹²⁴. Da ultimo il d.l. 198/2022 ha posticipato il termine di utilizzabilità dei veicoli Euro 2, parificandolo a quello dei veicoli Euro 3.

Rimangono esclusi dalla applicabilità della norma i veicoli non destinati al trasporto pubblico locale, dunque per altri servizi o da noleggio (e fatti salvi sempre i limiti territoriali che si affronteranno). L’onere ricade sulle aziende di trasporto pubblico locale che, come noto, sono legate a contratto con il settore pubblico e, soprattutto, godono di finanziamenti per l’acquisto dei mezzi. Si ipotizza, infatti, che il posticipo operato dal decreto “milleproroghe” di fine 2022, che ha allungato la vita utile degli autobus Euro 2, fosse dovuto proprio alla situazione problematica in cui si sarebbero trovate non poche aziende di trasporto locale escludendo dalle flotte i mezzi immatricolati tra il 1997 e il 2000. I quali non sono recentissimi, sono di certo più anziani dell’età media dei veicoli del trasporto pubblico locale (10,4 anni), ma restano ancora presenti e utilizzati.

Al momento in cui si scrive non è dato sapere se il divieto per i mezzi Euro 3 a partire dal 2024 subirà rinvii. La norma, al tempo in cui si scrive, esclude gli autobus immatricolati tra il 2001 e il 2004, con il relativo impatto sulle flotte di trasporto pubblico locale¹²⁵. Opportunamente, il co. 3-*ter* del d.l. 121/2021 dispone: «al fine di contribuire al rinnovo, per

¹²⁴ Peraltro giunto con decreto 24 gennaio 2022 “Casi di esclusione dal divieto di circolazione previsti dall’articolo 4, comma 3-bis del decreto-legge 10 settembre 2021, n. 121, convertito nella legge 9 novembre 2021, n. 156, per i veicoli a motore con caratteristiche antinquinamento Euro 1, Euro 2 ed Euro 3, delle categorie M2 e M3, adibiti a servizi di trasporto pubblico locale, alimentati a benzina o gasolio, di interesse storico e collezionistico conformi al decreto 17 dicembre 2009.”

¹²⁵ Secondo i dati del ministero, i veicoli Euro 2 del trasporto pubblico locale sono 3.067, gli Euro 3 8.523. Ciò significa che se i 13 milioni di euro stanziati (5 per il 2022, 7 per il 2023) dovessero servire a sostituire tutti i 11.590 autobus si avrebbe poco più di 1.100 euro per autobus, mentre un autobus nuovo costa centinaia di migliaia di euro, ancor di più se dotato di motori diversi da quello a ciclo diesel. E i cofinanziamenti previsti dall’art. 6 del Piano Strategico Nazionale Mobilità Sostenibile - PSNMS escludono la finanziabilità di mezzi diesel. I dati sono tratti da: <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/trasporto-pubblico-locale-procede-la-sostituzione-di-autobus-verso-mezzi-meno>.



l'acquisto di mezzi su gomma ad alimentazione alternativa da adibire ai servizi di trasporto pubblico locale, è autorizzata la spesa di 5 milioni di euro per l'anno 2022 e di 7 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2023 al 2035». È lo stesso Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a riconoscere che «con l'entrata in vigore del provvedimento si intende quindi non solo ridurre l'inquinamento atmosferico a tutela della salute pubblica ma allo stesso tempo realizzare quanto previsto dal Piano strategico nazionale della mobilità sostenibile per il rinnovo del parco autobus di Regioni e città metropolitane con mezzi a basso impatto». Ricorda anche che - su tutt'altra scala rispetto alle poche unità di milioni di euro del co. 3-ter appena citato «il Piano prevede lo stanziamento di 3,7 miliardi di euro nel periodo 2019-2033 (2,2 miliardi per le Regioni e 1,5 miliardi di euro per le Città metropolitane) per il ricambio del parco autobus di trasporto pubblico locale e regionale con vetture elettriche, a metano e a idrogeno»¹²⁶. Di nuovo, è la comunicazione ufficiale del Ministero che colloca la *ratio* politica del d.l. 121/2021 e dei suoi obiettivi, che gli ottimisti potrebbero chiamare ambiziosi e i pessimisti frettolosi (*absit iniuria verbis*, e con la doppia formulazione si evitano considerazioni valoriali in entrambi i sensi): «il decreto ha previsto, infatti, al fine di contribuire al raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione del pacchetto europeo "Fit for 55%", il progressivo divieto di circolazione dei veicoli maggiormente inquinanti e dunque anche i mezzi del trasporto pubblico locale devono adeguarsi ai limiti imposti sulle emissioni. In particolare, la disposizione prevede che su tutto il territorio nazionale sia vietata la circolazione di veicoli a motore delle categorie M2 e M3 alimentati a benzina o gasolio di classe Euro 1 dal 30 giugno 2022, per Euro 2 a decorrere dal 1° gennaio 2023 e per Euro 3 a decorrere dal 1° gennaio 2024»¹²⁷.

In conclusione dell'analisi dedicata agli autobus, si potrebbe obiettare che la normativa appena commentata pone un limite a un diritto costituzionalmente garantito, ma si tratta della libertà di iniziativa economica più che della libertà di circolazione, che resterebbe garantita da altre tipologie di veicoli oppure da altri mezzi della flotta di trasporto pubblico locale. Ciò è vero ma, in un'ottica più ampia, non si può dimenticare che si tratta di un servizio pubblico e che si tratta di una tipologia di mezzi esclusa progressivamente dalla circolazione sulla base del solo criterio antiinquinamento. Con ciò non si vuole sostenere in nessun modo la configurabilità del diritto (con tutti i crismi della giuridicità e dell'esigibilità) del singolo a circolare sulla rete del trasporto urbano in servizio di linea con un autobus Euro 0, ma è lecito domandarsi perché così tante risorse pubbliche vengano impiegate nel rinnovo dei mezzi, perché si preferiscano certe alimentazioni ad altre (con ovvie conseguenze sul mercato) e in generale perché sia premura del decisore politico spingere non solo verso un rinnovo della flotta ma verso un rinnovo specificamente indirizzato. Combattere l'inquinamento, come è in premessa, ma forse non solo.

Il punto è, senza dubbio, la volontà di circolare (*rectius*, di *far circolare*, senza dimenticare l'ipotizzato scopo educativo) in città con il trasporto pubblico *in un certo modo*. Non come

¹²⁶ Entrambe le citazioni in <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/dal-1-gennaio-2019-stop-circolazione-pullman-e-bus-euro-0#:~:text=31%20dicembre%202018%20%2D%20A%20partire,della%20legge%20di%20Stabilit%C3%A0%202015.>

¹²⁷ <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/trasporto-pubblico-locale-procede-la-sostituzione-di-autobus-verso-mezzi-meno#:~:text=In%20particolare%2C%20la%20disposizione%20prevede,dal%201%C2%B0%20gennaio%202024.> Il testo non riporta, per ovvie ragioni di aggiornamento, il rinvio sopra richiamato al 2024 per i mezzi Euro 2.



sarebbe più conveniente per le aziende di trasporto, non per minimizzare i costi, bensì per raggiungere certi obiettivi politici di mobilità. Se gli autobus diventano l'avanguardia di un influsso dei pubblici poteri sul modo di muoversi dei consociati, allora il tema è interessante per il diritto di circolazione. Poiché l'UE è al momento determinata a porre fine al commercio di veicoli leggeri nuovi (auto e furgoni) con motore a combustione entro il 2035, l'impatto di politiche regolatorie delle categorie di mezzi circolanti sulle abitudini di ciascun cittadino non è lontano¹²⁸.

5.4. Politiche di mobilità relative ai divieti di circolazione.

Si accennava poco sopra alle difficoltà di circolazione che incontrano i mezzi delle prime categorie antinquinanti¹²⁹. Una dettagliata ricostruzione della normativa e degli atti amministrativi generali conseguenti eccede i limiti di questa ricostruzione, tuttavia si possono compiere alcune osservazioni riguardo il contesto normativo cui si fa riferimento.

Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 155, recante "Attuazione della direttiva 2008/50/CE relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa", ha istituito un sistema di monitoraggio e di controllo della qualità dell'aria secondo articolati dettami tecnici e ha stabilito «i valori limite per le concentrazioni nell'aria ambiente di biossido di zolfo, biossido di azoto, benzene, monossido di carbonio, piombo e PM10; i livelli critici per le concentrazioni nell'aria ambiente di biossido di zolfo e ossidi di azoto; le soglie di allarme per le concentrazioni nell'aria ambiente di biossido di zolfo e biossido di azoto; il valore limite, il valore obiettivo, l'obbligo di concentrazione dell'esposizione e l'obiettivo nazionale di riduzione dell'esposizione per le concentrazioni nell'aria ambiente di PM2,5 e i valori obiettivo per le concentrazioni nell'aria ambiente di arsenico, cadmio, nichel e benzo(a)pirene» (art. 1, co. 2), nonché i «i valori obiettivo, gli obiettivi a lungo termine, le soglie di allarme e le soglie di informazione per l'ozono» (art. 1, co. 3).

Per quanto riguarda i PM10, il limite di 50 µg/m³ non deve essere superato per più di 35 giorni all'anno, dato che può essere raggiunto velocemente nel corso dell'anno solare¹³⁰ e l'esperienza dimostra che può venire facilmente superato¹³¹. Una sintesi esaustiva è offerta

¹²⁸ Si veda la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2019/631 per quanto riguarda il rafforzamento dei livelli di prestazione in materia di emissioni di CO₂ delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi, in linea con la maggiore ambizione dell'Unione in materia di clima.

¹²⁹ Una annotazione semantica: non si utilizza, volutamente, la formulazione "veicoli più inquinanti", di routine nel linguaggio giornalistico e della comunicazione (per tutti: *Roma, smog fuori controllo: stop ai veicoli più inquinanti nella fascia verde (pronta la stretta sui diesel Euro 3). Chi può circolare*, in *Il Messaggero*, 3 novembre 2022; *Scatta lo stop ai veicoli più inquinanti: ecco cosa succede*, in *Il Giornale*, 1 settembre 2022) in quanto il "più" o "meno" inquinante è un problema relazionale che non ha senso collegare, anche in via indiretta, a un disvalore.

¹³⁰ A 50 giorni dall'inizio dell'anno 2022, i giornali riportavano che la città di Milano aveva già terminato i giorni "concessi": per tutti, *Smog: Milano ha già "bruciato" i 35 giorni bonus del 2022*, www.milanotoday.it, 21 febbraio 2022.

¹³¹ «Sono già in codice rosso Torino, Milano e Padova che si trovano fuori dai limiti di legge, rispettivamente con 69, 54 e 47 giornate di sfioramento. Codice giallo, invece, per Parma (25), Bergamo (23), Roma (23) e Bologna (17) che hanno già consumato la metà dei giorni di sfioramento. A seguire, le città di Palermo e Prato (15), Catania e Perugia (11) e Firenze (10) che sono già in doppia cifra», secondo i dati autunnali presentati da Legambiente e riportati dai giornali: *I dati di Legambiente: "Emergenza smog cronica in 13 città italiana"*, in *La Repubblica*, 17 ottobre 2022. Il preciso dato legislativo



dall'ordinanza dirigenziale "Misure di limitazione alla circolazione veicolare per il contenimento degli inquinanti atmosferici da applicare fino al 2023" del Comune di Venezia¹³², la quale premette al contenuto che «le Regioni del Bacino Padano (Veneto, Emilia Romagna, Lombardia e Piemonte) presentano specifiche condizioni orografiche e meteorologiche (con scarsità di venti, instaurarsi di frequenti situazioni e di inversione termica, ecc.) che favoriscono la formazione e l'accumulo nell'aria di inquinanti». Una situazione oggettiva che ha portato, però, a una situazione di inadempimento delle regole comunitarie di cui il d.lgs. 155/2010 è espressione e ha indotto «già in data 19 dicembre 2013 [...] tra le varie regioni e le amministrazioni statali, [la sottoscrizione di] un accordo di programma per l'adozione coordinata e congiunta di misure per il miglioramento della qualità dell'aria nel bacino in parola».

La procedura di inadempimento ha nel frattempo portato la Corte di Giustizia dell'UE a condannare l'Italia con sentenza del 12 maggio 2022, C-573/19, per la violazione delle regole europee in materia di inquinamento atmosferico. Il giudice comunitario ha dichiarato e statuito che l'Italia «è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti», non avendo provveduto affinché non fosse superato, in modo sistematico e continuato, il valore limite annuale fissato per il biossido di azoto (NO₂) nelle seguenti zone: dal 2010 al 2018 negli agglomerati di Torino, Bergamo, Brescia, Genova, Firenze, Roma; dal 2010 al 2012 nell'agglomerato di Catania e ancora in due zone indicate da codici che corrispondono alle vicinanze di Milano (IT0309) e alle vicinanze di Messina (IT1914).

Le Regioni sono intervenute con atti diversi, come ovvio considerata la competenza regionale sul punto¹³³, con provvedimenti che hanno in comune la possibilità di impedire la circolazione - ed ecco tornati al punto della libertà in esame - di determinate categorie di mezzi.

Sia concesso procedere per *exempla*. Nella Regione Lombardia «sono in vigore le misure strutturali permanenti per ridurre le emissioni inquinanti in atmosfera. In particolare, sono in vigore tutto l'anno le limitazioni della circolazione per i veicoli più inquinanti - benzina euro 0 e 1, diesel euro da 0 a 3 - nei 209 Comuni di Fascia 1 e nei 361 Comuni di Fascia 2»¹³⁴. I Comuni di "fascia 1", rintracciabili su un elenco sono comuni vicini alle città capoluogo di provincia, mentre i comuni di "fascia 2" sono comuni di provincia di minore dimensione. Peraltro, le limitazioni si stringono gradualmente, in quanto «dal 1° ottobre 2022 sono in vigore nel semestre invernale le limitazioni alla circolazione per i veicoli euro 4 diesel (delibera di Giunta Regionale n. 6545 del 20 giugno 2022) nei 209 Comuni di Fascia 1 e nei 5

permette - ma l'approfondimento di questo tema porterebbe lontano - di individua una vera e propria condizione di illegalità dell'aria, cui seguono valutazioni giornalistiche - che si rimettono al lettore - su «livelli degli inquinanti off-limits, traffico congestionato e misure antismog insufficienti».

¹³² https://www.comune.venezia.it/sites/comune.venezia.it/files/ordinanze/20210909_546_Limitazioni%20al%20traffico%20anni%202021-2023.pdf

¹³³ La Regione Veneto è intervenuta con provvedimento della Giunta Regionale nr. 2283 del 10/12/2016 e n. 2811 del 30/12/2013 per ratificare l'accordo del 19 dicembre 2013, cui ha fatto seguito un accordo di programma del 2013, un protocollo di intesa del 2015, e l'approvazione con deliberazione n. 90 del 19 aprile 2016 da parte del Consiglio Regionale dell'aggiornamento del Piano Regionale di Tutela e Risanamento dell'Atmosfera.

¹³⁴ <https://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/DettaglioRedazionale/servizi-e-informazioni/cittadini/Tutela-ambientale/Qualita-dell-aria/misure-di-limitazione-per-qualita-aria/misure-di-limitazione-per-qualita-aria>



Comuni di Fascia 2 con oltre 30.000 abitanti (Varese, Lecco, Vigevano, Abbiategrasso e S. Giuliano Milanese)».

A livello di ente locale, sempre procedendo per esempi, il Comune di Reggio Emilia¹³⁵ ha impedito dal 1° ottobre al 31 dicembre 2022, dal lunedì al venerdì dalle ore 8,30 alle 18,30 e in tutte le domeniche (domeniche ecologiche) la circolazione per i veicoli a benzina Euro 0, Euro 1, Euro 2; diesel Euro 0, Euro 1, Euro 2, Euro 3; benzina/metano e benzina/gpl Euro 0 e Euro 1; ciclomotori e motocicli Euro 0 e Euro 1. Dal 1° gennaio al 30 aprile 2023 le limitazioni sono estese ai veicoli diesel Euro 4 con i medesimi limiti di tempo. Si vede bene come la circolazione con quei mezzi non è del tutto vietata, residuando la possibilità di viaggiare fuori dal tipico orario d'ufficio (8,30-18,30), il che esclude tutta una serie di spostamenti di *routine* per qualsiasi persona e qualsiasi esigenza. I proprietari dei veicoli elencati non sono certo impossibilitati a muoversi, sono semplicemente invitati a circolare con modalità e mezzi diversi oppure a cambiare auto.

Il Comune di Milano ha adottato una politica di restrizioni di accesso per alcune tipologie di veicoli organizzata in due "aree" denominate Area C¹³⁶, che corrisponde in sostanza al perimetro del centro storico ed è Zona a traffico limitato, ed Area B¹³⁷, che «include gran parte del territorio cittadino e della popolazione residente, ed è delimitata da 186 varchi d'accesso»¹³⁸. All'interno di Area B, che corrisponde quasi all'intero comune di Milano non possono circolare una lunga serie di veicoli¹³⁹ dal lunedì al venerdì dalle 7:30 alle 19:30. Il Comune ha previsto ulteriori progressivi divieti di circolazione fino al 2030 che porteranno a regole sempre più restrittive fino a impedire totalmente la circolazione dei mezzi diesel e consentire soltanto i mezzi a benzina più recenti, oltre a elettrici e ibridi. La scelta del capoluogo lombardo è certamente orientata politicamente¹⁴⁰ ed è ovvio che chiedi a coloro che soprattutto per lavoro si spostano nel territorio comunale da fuori (i cd. pendolari) di rivedere le loro abitudini di mobilità, acquistando automezzi compatibili con gli obblighi,

¹³⁵ <https://www.comune.re.it/argomenti/mobilita/progetti/provvedimenti-per-la-qualita-dellaria/limitazione-della-circolazione/limitazioni-base-1-10-2021-30-04-2022>

¹³⁶ Deliberazione di Giunta Comunale n. 1617/2018 e successive modifiche e integrazioni.

¹³⁷ D.G.C. n. 2075/2018 del 23.11.2018.

¹³⁸ Così le Domande chieste più di frequente (cd. F.A.Q.) <https://www.comune.milano.it/aree-tematiche/mobilita/area-b>

¹³⁹ Secondo un'infografica rintracciabile in <https://www.comune.milano.it/documents> la scansione dei divieti è la seguente: 25 febbraio 2019: benzina euro 0, diesel euro 0, 1, 2, 3 e gasolio/GPL - gasolio/metano euro 0, 1, 2; moto e ciclomotori 2 tempi euro 0 e 1; 1 ottobre 2019: diesel euro 4 persone; moto e ciclomotori a gasolio euro 0 e 1; 1 ottobre 2020: benzina euro 1, diesel euro 4 merci e diesel 0,1,2,3,4 con FAP omologato euro 4 installato dopo 30.04.2018; 1 ottobre 2022: benzina euro 2 persone e diesel euro 5 persone; 1 ottobre 2024: benzina euro 2 merci e diesel euro 5 merci e diesel 0,1,2,3,4 con FAP omologato euro 4 installato entro 30.04.2019; moto e ciclomotori a due tempi euro 2, gasolio euro 2, quattro tempi benzina euro 0 e 1; 1 ottobre 2025: benzina euro 3, diesel leggeri euro 6 A, B, C acquistati dopo il 31.12.2018, moto e ciclomotori a due tempi euro 3, gasolio euro 3, benzina 4 tempi euro 2; 1 ottobre 2028: benzina euro 4, diesel euro 6 A, B, C acquistati entro il 31.12.2018, moto benzina 4 tempi euro 3; 1 ottobre 2030: diesel euro 6 D-TEMP, D; diesel euro 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6 speciali o macchine di servizio con FAP oppure con dichiarazione di impossibilità a mettere il FAP; ciclomotori e moto a due tempi euro 4, gasolio euro 4 e 5.

¹⁴⁰ E come tale è stata contestata. Per tutti: *La protesta contro Area B fuori dal comune di Milano*, in *milanotoday.it*, 19 novembre 2022, <https://www.milanotoday.it/politica/protesta-areab-2022.html>; *Area B a Milano, dopo le proteste arriva la mozione: "Provvedimento classista, va sospeso"*, in *ilgiorno.it*, 22 ottobre 2022.



utilizzando i mezzi pubblici¹⁴¹ ma anche cambiando occupazione o luogo di lavoro o residenza. È di tutta evidenza che tale scelta non può non avere conseguenze sulla mobilità dei comuni dell'hinterland¹⁴².

Milano ha aderito al C40 *Climate Leadership Group*, «una rete globale di grandi città che operano per sviluppare e implementare politiche e programmi volti alla riduzione dell'emissione di gas serra e dei danni e dei rischi ambientali causati dai cambiamenti climatici, con sede a Londra»¹⁴³, la quale ha - tra i diversi obiettivi - collaborare con «con città e sindaci per implementare e ampliare soluzioni di trasporto innovative e ambiziose»¹⁴⁴. Se ci si domanda cosa siano tali soluzioni innovative e ambiziose, aggettivi valutativi dal significato valoriale, si legge che «le azioni ad alto impatto in questo settore includono: rendere il trasporto pubblico, gli spostamenti a piedi e in bicicletta l'opzione preferita per più spostamenti; implementazione di restrizioni sui veicoli ad alto inquinamento in una parte significativa di una città; segnalare la fine delle auto e dei camion alimentati a benzina e diesel promuovendo l'uso di alternative a emissioni zero»¹⁴⁵ nell'ovvia convinzione - che qui non si discute nel merito - che il trasporto produca una quota significativa dell'inquinamento e che l'inquinamento stesso possa essere ridotto promuovendo la circolazione con mezzi elettrici. Si segnala soltanto che tratta di passaggi non immediatamente scontati: per fare solo un esempio, se il divieto di transito in un Comune produce più traffico nei Comuni vicini il livello di inquinamento non è diminuito è semplicemente spostato e c'è l'eventualità che le correnti d'aria redistribuiscano di nuovo gli inquinanti uniformemente.

In ogni caso, e al di là del merito, si vede confermato come l'istituzione di divieti di circolazione di determinati veicoli non sia funzionale all'obiettivo di ridurre il traffico, che sarebbe un obiettivo diretto, e nemmeno a risparmiare carburante, come con l'Austerità degli anni '70, il quale sarebbe un obiettivo quasi diretto, nel senso che non è impossibile che a fronte di un divieto intermittente il viaggio pianificato per un giorno venga spostato in un altro, riducendo quindi solo una quota del totale; ma, in modo molto più articolato, si conferma come il divieto di circolazione sia parte di un piano più ampio di revisione della

¹⁴¹ È interessante un'ulteriore intenzione di limitazione (al momento in cui si scrive) approvata con odg in Consiglio comunale sempre nel Comune di Milano per limitare la velocità massima dei veicoli a 30 km/h in tutte le vie cittadine: C. BALDI, *Tutta Milano «zona 30» dal 1° gennaio 2024: approvato l'ordine del giorno in consiglio comunale*, in *milano.corriere.it*, 10 gennaio 2023; *Tutta Milano a 30 km/h da gennaio 2024, è polemica. Salvini: "La gente vorrebbe lavorare"*, in *Il giorno*, 10 gennaio 2023. Non si tratta di una limitazione alla circolazione, bensì alla modalità di circolazione e si inserisce perfettamente in quel contesto ampio che si è descritto.

¹⁴² Ovviamente è indirizzata da una valutazione politica e polemica, ma l'osservazione di un sindaco dell'hinterland riportata dalla stampa rende l'idea: «I pendolari saranno costretti a usare i Comuni dell'hinterland come autorimessa per poi raggiungere il luogo di lavoro con il trasporto pubblico» *Tassisti, sindaci, polizia, artigiani: ormai è un coro di proteste*, in *quattroruote.it*, 2 ottobre 2022.

¹⁴³ Così la pagina *Cos'è C40 Climate Leadership Group* in <https://www.comune.venezia.it/it/content/c40-cities-e-connecting-delta-cities>.

¹⁴⁴ «C40's transport teams work with cities and mayors to implement and scale up innovative and ambitious transport solutions» <https://www.c40.org/what-we-do/scaling-up-climate-action/transportation/>.

¹⁴⁵ «High impact actions in this sector include: Making transit, walking and cycling the preferred option for more trips; Implementing restrictions on high polluting vehicles in a significant part of a city; Signalling the end of petrol and diesel powered cars and trucks by promoting the use of zero emission alternatives».



mobilità, a sua volta piano più ampio di revisione delle abitudini, il quale a sua volta è parte di un piano più ampio di scelta sull'ordine e l'intensità dei valori e dei beni giuridici da tutelare¹⁴⁶.

Peculiare è il "servizio MoVe-In" Monitoraggio Veicoli Inquinanti che, in cambio dell'installazione di una "scatola nera" che trasmette i dati dei chilometri percorsi alla Regione e, in cambio, permette alle auto che non potrebbero circolare di farlo, sia pure con limiti di chilometraggio¹⁴⁷.

Il controllo diviene presupposto della circolazione, sia pure limitatamente al veicolo e non al suo utilizzatore. Ciò si ricollega in modo interessante alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2020) 767 relativo alla *governance* europea dei dati (Atto [*sic*, meglio sarebbe Legge] sulla *governance* dei dati), chiamato all'inglese "Data Governance Act"¹⁴⁸, il quale introduce il concetto di «altruismo dei dati» al considerando n. 35, inteso come la messa a disposizione volontaria e senza compenso, attraverso il consenso, di dati personali per finalità di interesse generale. L'elenco è ampio, ma tra i dati altruisti insieme all'assistenza sanitaria, alla lotta ai cambiamenti climatici, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche europee, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, o delle politiche pubbliche¹⁴⁹ vi è proprio il «miglioramento della mobilità». Il problema definitorio è nel concetto di "miglioramento". Si può convenire che non è oggettivo, poiché il miglioramento è sempre relazionato a un obiettivo. Si può pensare che il tragitto "migliore" sia quello più rapido, o più efficiente, o meno inquinante, ma non si può escludere che il proprietario di un'auto tragga grande piacere dall'utilizzarla tutti i giorni per recarsi al lavoro, così come l'appassionato di treni viaggerà volentieri su tutti i convogli a sua disposizione a costo di allungare il tragitto, mentre colui che soffre di nausea da viaggio aborrirà qualsiasi trasferimento su mezzi pubblici. La miglioria per l'uno non è miglioria per l'altro e se si obietta che si tratta di mere preferenze personali¹⁵⁰, si consideri il miglioramento della frequenza dei mezzi (dunque, ce ne vorrebbero di più in linea) rispetto al miglioramento/minimizzazione dei costi per

¹⁴⁶ Con una certa sicurezza M. TSAVACHIDIS, Y. LEPETIT, *Re-shaping urban mobility - Key to Europe's green transition*, in *Journal of Urban Mobility*, Volume 2, December 2022 scrivono che «future urban spaces will no longer be dominated by roads and streets designed primarily for traditional types of vehicles». Sicurezza nel senso che le città sono "dominate" dalle strade forse a partire dal cardo e dal decumano dell'accampamento romano. In ogni caso, ecco l'obiettivo: «to boost the swift deployment of green, user-centric, integrated mobility solutions for people and goods, private and public stakeholders need to ensure that novel mobility solutions are designed around people's needs and offer all citizens access to a new generation of clean, safe, affordable, and equitable travel options while reducing private car use and boosting the use of alternative modes of transport, especially active mobility».

¹⁴⁷ In Lombardia, previsto con delibera di Giunta Regionale n. 2055 del 31 luglio 2019 e successive modifiche e integrazioni (da ultimo, la delibera n. 6545 del 20 giugno 2022 che ha disposto l'adesione al servizio per i veicoli Euro 4).

¹⁴⁸ IMMC.COM%282020%29767%20final.ITA.xhtml.1_IT_ACT_part1_v2.docx (europa.eu)

¹⁴⁹ Sul tema P. AURUCCI, *Protezione e libera circolazione dei dati personali nel contesto della ricerca medica in Italia. Risposte istituzionali ad un necessario nuovo bilanciamento*, in *Queste istituzioni*, 4/2022, p. 173 ss.

¹⁵⁰ G. PRAVETTONI, *La mente impressionabile: come utilizzare le spinte gentili per fare scelte salutari*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2/2020, p. 501, ritiene che «il decisore è spesso un soddisfacentista, non sceglie l'opzione migliore, ma quello che lo soddisfa maggiormente» (il decisore in questo contesto è colui che prende le decisioni, cioè il singolo, non è il decisore politico).



l'utente finale, rispetto ancora al miglioramento della velocità di trasferimento piuttosto che al miglioramento/azzeramento delle emissioni.

Si inizia a intravedere un aspetto che verrà ripreso nelle conclusioni: la massa di provvedimenti legislativi sulla mobilità, sulle restrizioni alla circolazione e sugli incentivi a scegliere determinati mezzi per spostarsi (da utilizzare o da comperare) non è neutrale. Si può obiettare che tali interventi sono esattamente concepiti per non essere neutrali, bensì per migliorare la qualità dell'aria, aumentare la sicurezza dei viaggi, rendere meno trafficate le città; si può aggiungere che non sono neutrali nemmeno con riguardo alle politiche industriali su settori importanti come la produzione di auto, di mezzi pesanti, sul settore terziario dei trasporti e, ancora, sul diritto di iniziativa economica. Non sono neutrali e - in coerenza con quanto espresso in apertura - non si fa questione dell'efficacia di tali misure, le quali hanno l'indubbia ambizione (ed è, questo, un termine valoriale) di regolamentare un sistema complesso come quello della circolazione in modo da ottenere risultati migliorativi (di nuovo, è valoriale) sotto tutti gli aspetti considerati. Ambizione che non si può non ritenere notevolissima, in particolare se raggiunta tramite meccanismi indiretti di stimolo, divieto e guida rispetto alla complessità e profondità che si sono viste come elementi propri del settore. Si diceva che, all'analisi oggettiva e non valorialmente indirizzata, si tratta di provvedimenti i quali, nel loro complesso, condizionano, influenzano, guidano la libertà di circolazione. Del resto, forgiare la mobilità significa indirizzare i comportamenti dei consociati. Poiché in principio si è visto che è diritto del cittadino circolare, cioè andare, venire, partire, viaggiare e che il diritto di circolazione è inestricabilmente connesso - oltre che allo spostamento della persona come corpo fisico - al movimento e alla circolazione degli interessi e delle posizioni che a questa persona fanno capo, ne discende che la regolamentazione della mobilità con l'intensità e le modalità viste accede al tema che qui interessa, cioè le limitazioni al diritto di circolazione. Ancora una volta, il tema riguarda la tipologia di limite: poiché la Costituzione cita, oltre alla sanità, la sicurezza, questa forma di condizionamento della libertà di circolazione non pare attenersi alla sicurezza in senso stretto. Già si è detto della sicurezza stradale, ma non è questo il caso, in quanto l'intervento attraverso benefici e divieti è relativo alle politiche di mobilità. Ecco, dunque che torna il tema delle politiche: sono le politiche della mobilità espressione di quelle "ragioni politiche" che la Costituzione fa divieto al legislatore di considerare come valide forme di limitazione della libertà che qui interessa? Sia consentito, per la seconda volta, rinviare la risposta alle conclusioni, per trattare l'argomento compiutamente.

6. Conclusioni

Non è raro che lo studio approfondito della normativa contribuiscano all'amplificazione dei dettagli, come una lente di ingrandimento che, soffermandosi sull'oggetto dell'analisi, ne rilevi i più minuti dettagli e ne sveli funzionamenti, meccanismi e persino aporie che possono sfuggire alla prima lettura. In questo caso, accanto all'ingrandimento sulle singole norme, è opportuno prestare attenzione al quadro d'insieme o, se si preferisce restare nell'immagine dell'approfondimento analitico, scomporre l'attuazione dell'art. 16 Cost. in una pluralità di norme tutte attinenti al diritto in esame ma a diversi livelli di vicinanza. Da un lato norme che incidono sullo spostamento, norme limitanti, norme temporalmente limitate; dall'altro norme che non incidono sullo spostamento ma sulle sue modalità, norme incentivanti, divieti indiretti.



Lo strumentario a disposizione del legislatore è sterminato e l'analisi di due casi diversi tra loro ed estesi dal punto di vista delle situazioni di fatto non aiuta la sintesi. Anche la tendenza all'iperproduzione normativa, così caratteristica della contemporaneità, amplia a dismisura la quantità di norme da prendere in considerazione quando si valutano fenomeni complessi. Di certo, la libertà di circolazione è un fenomeno complesso in quanto tocca molteplici aspetti concreti. Quest'ultima, che potrebbe apparire una conclusione, era già evidente in premessa, allo studio anche solo teorico della libertà di circolazione in generale.

Ecco che per contribuire a un'analisi autenticamente più approfondita della norma costituzionale, terminata anche la ricognizione della normativa applicativa, o forse soltanto relativa, all'art. 16 Cost., è opportuno tornare al livello superprimario ed enucleare alcuni aspetti di dettaglio. In particolare, cosa siano o in cosa possano consistere le "ragioni politiche"; quale significato dare all'avverbio "liberamente" che la Carta fondamentale abbina alla circolazione; quale contesto ricostruire per la strumentalità della libertà di circolazione rispetto agli altri diritti e doveri costituzionali che inevitabilmente incrocia e infine a chi e come spetti la disponibilità dei limiti.

6.1. Elementi per una definizione di «ragioni politiche».

Nella ricostruzione sopra effettuata, si sono rinviate per ben due volte altrettante domande che aprivano a trattare quel tratto della disposizione costituzionale che più è rimasta in ombra nel commento dell'art. 16 Cost., ovvero che «nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche».

La prima domanda - ammesso e concesso, a fini di discussione, che le limitazioni del *green pass* producessero uno scontro tra la volontà governativa e quella individuale - poneva la questione se la posizione di chi non voleva aderire alla campagna vaccinale costituisse un'opzione politica¹⁵¹, come tale non discriminabile e non assoggettabile a limitazione di circolazione.

Da un lato, pare che essa sia una autentica posizione politica. Aderire a una campagna vaccinale significa disporre di sé stessi, con ciò che ne consegue in termini di valori, obiettivi e idee. Il più entusiasta dei sostenitori e il più convinto degli oppositori seguono una propria scala interna di posizioni che sarebbe riduttivo ricondurre di per sé a una posizione corretta e una errata. È, appunto, la scelta politica a rendere coerente o non coerente la scelta personale con quella dell'amministrazione o della legislazione. In questo senso, dunque, *in nuce* e limitatamente a sé stessi la scelta è politica, base per contribuire con metodo democratico alla costruzione delle scelte pubbliche.

Dall'altro lato, pare che quella dei cd. *no-vax*¹⁵² non possa dirsi una scelta politica. Se lo fosse, si dovrebbe ammettere che una scelta personale possa avere conseguenze negative per

¹⁵¹ Cosa sia la politica è problema definitorio essenzialmente filosofico. Senza approfondire il significato in modo specifico, si può convenire che in prima battuta la politica sia la arte e la scienza di governare uno Stato. È questa la definizione da Aristotele in poi. "Politica" è anche, in senso estensivo, l'«insieme dei provvedimenti adottati o delle proposte avanzate in merito a un problema specifico» (A. GABRIELLI, *Grande dizionario di italiano*, Hoepli, Milano). La politica, in questo senso (che peraltro non esclude il primo citato) è l'arte e la scienza di scegliere, di portare argomenti e idee ai fini di prendere una decisione. Idee politiche spettano al singolo e ovviamente vanno composte nella collettività. Né possono essere ridotte a unità nemmeno sotto l'egida della scienza, cfr. M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *BioLaw Journal*, 1/2016, p. 81 ss.



la collettività. Poiché il *green pass* è stato posto per “garantire di trovarsi tra persone non contagiose” (per riprendere l’espressione del Presidente del Consiglio citata), il singolo può al massimo scegliere di non proteggere sé stesso e rischiare per sé la malattia, ma non può esporre altri al pericolo di contagio ed essere vettore di una patologia che si estende proprio per via orale e proprio entrando a contatto con altre persone (infette anche inconsapevolmente). Il dovere di solidarietà di cui all’art. 2 Cost.¹⁵³ e la salute come “interesse della collettività” (art. 32 Cost.) impediscono di leggere come legittima opzione politica una scelta non solidale e contraria alla collettività.

Questa seconda impostazione pare preferibile in astratto, ma dipende dalle premesse. Escludere dalla politicità la scelta significa considerarla non solo debolmente argomentata o errata nelle conclusioni, bensì insostenibile. Non una opzione sbagliata nel merito, ma una non-opzione. Il punto dolente di quanto sopra si riscontra nella contrarietà del comportamento di chi non si vaccina al diritto alla salute come interesse della collettività: si è posto come ipotesi che il non-vaccinato sia pericoloso per sé e per gli altri. Si ponga (a fini meramente speculativi) l’ipotesi che il non-vaccinato sia pericoloso solo per sé, cioè che possa rischiare l’infezione ma non possa contagiare i vaccinati. Oppure si ponga l’ipotesi che anche i vaccinati possano contagiarsi tra loro e ammalarsi (ipotesi particolarmente forte poiché negherebbe le convinzioni su cui si è costruita la politica governativa nel caso di specie, pertanto la si ammetta a fini puramente speculativi). In ultimo, si ammetta l’opzione tale per cui sottoporsi a vaccinazione comporta dei rischi¹⁵⁴ da effetto avverso¹⁵⁵. Cambiando le

¹⁵² Si tratta di una etichettatura non neutrale: G. GOBO, B. SENA, *Oltre la polarizzazione “pro-vax” versus “no-vax”*. *Atteggiamenti e motivazioni nel dibattito italiano sulle vaccinazioni*, in *Salute e Società*, 2019, p. 176 ss.

¹⁵³ Il carattere fondamentale del principio in questione è stato affrontato da molteplici contributi in dottrina. Si rimanda almeno a: S. TROILO, *Il principio di solidarietà tra Stato, Regioni e Unione europea: uno sguardo alla sua declinazione in Lombardia*, in *Consultaonline*, 2022/III, p. 1382 ss.; G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, Bologna, 2022; F. CROCI, *Solidarietà tra stati membri dell’Unione europea e governance economica europea*, Giappichelli, Torino, 2020; S. RODOTÀ, *Solidarietà, un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2016; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, p. 45 ss.; S. MABELLINI, *La “declinazione sussidiaria” del principio di solidarietà... ovvero un passe-partout per il principio dell’equilibrio di bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 32 ss.; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 1 ss.; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Giuffrè, Milano, 2012; D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un’introduzione*, Giappichelli, Torino, 2012; M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un’idea*, Giuffrè, Milano, 2012; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2007; B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2005; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, p. 1 ss.

¹⁵⁴ Si pensi anche al caso di un’alternativa etica del seguente tipo: la previsione è che per la malattia moriranno 3 persone ogni 100, mentre per risultati avversi da vaccini moriranno sicuramente 2 persone ogni 100 ma in compenso tutti potranno circolare senza timore di contagio. Si è detto di una “previsione” per la malattia e di una “certezza” per le cause avverse: si valuti come gli scenari cambiano anche solo modificando questi presupposti.

¹⁵⁵ La Corte costituzionale sent. 5/2018 (commentata da A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consultaonline*, 2018/I, p. 87 ss.; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p.



premesse cambiano anche le conseguenze. In questo senso, non aderire alla campagna vaccinale riguadagnerebbe una dimensione politica. Ciò potrebbe dimostrare che la dimensione politica c'è ma viene compressa dalle scelte normative. Le quali a loro volta sono chiare ma, appunto, dipendono dalle premesse. Né valga un'obiezione fondata sul contrasto al crimine. A chi ipotizzasse che persino il furto sia un'"opzione politica" e che si possa di conseguenza costruire un'intera società sul furto (o su qualsiasi altro reato), si può obiettare un conto è la repressione di un comportamento che indubitabilmente nella società di riferimento costituisce un disvalore (nell'esempio, rubare, ma vale anche per il reato di epidemia, art. 438 c.p.) un conto è condizionare *ex post* le scelte attraverso una politica di stimoli e incentivi che gradualmente divengono obblighi e sanzioni¹⁵⁶. Per parafrasare il linguaggio costituzionale (art. 25, co. 2°), punire in forza di una legge che sia entrata in vigore dopo il fatto regolamentato.

Ridurre il dissenso a criminalità comune è esattamente il punto focale su cui si muove, per impedire che ciò avvenga, il contro-limite delle ragioni politiche di cui all'art. 16 Cost.

Dunque, sarebbe da preferire la prima ipotesi: la posizione di contrarietà alle politiche vaccinali è una posizione politica. Con ciò non si vuole argomentare sul merito (che può restare avversato), bensì soltanto sul metodo: è una posizione funzionale a prendere scelte pubbliche, metodologicamente legittima se non reca concretamente danno alla società (nel qual caso sarà il comportamento in danno a essere sanzionabile e non la convinzione intima).

I due casi portati sono proprio funzionali alla diversità delle condizioni fondamentali che li muovono. Se nel caso delle restrizioni pandemiche il fondamento è il contrasto ad una forma virale inattesa, pericolosa e diffusiva, dunque si possono richiamare le categorie

1 ss.) ha precisato che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria». Cfr. anche S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnicoscientifiche in materia sanitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, p. 355 ss.

¹⁵⁶ È interessante il ragionamento che compie L. MARILOTTI, *La strategia vaccinale italiana anti-coronavirus dall'approvvigionamento alla somministrazione*, in *Federalismi*, n. 22/2022, p. 258: in premessa, pone degli interrogativi sul *green pass* come strumento di "spinta gentile". «È, quindi, possibile domandarsi se lo strumento *green pass* non abbia, addirittura, cagionato effetti negativi per il buon andamento della campagna vaccinale: infatti, se il cittadino percepisce la sensazione di essere eterodiretto, egli può essere portato a disobbedire come forma (anche inconsapevole) di autodifesa e, forse, può essere compresa in tal modo la così nutrita e agguerrita sacca di *no vax* nonostante i pesantissimi danni socio-economici derivanti dall'assenza di un *green pass*» (si crede di interpretare nel senso di danni a loro stesso carico, ma non è escludibile che si intenda che vi sarebbero stati dei danni senza l'adozione del *green pass* come misura). La soluzione proposta dall'Autore, sia pure posta in forma dubitativa, è la seguente: «ci si può chiedere, comunque, se non sarebbe stato più trasparente e coraggioso verso i cittadini disporre direttamente un obbligo vaccinale generalizzato, presentando la vaccinazione come una sorta di trattamento sanitario obbligatorio collettivo, necessario per sradicare il pericolo del virus». Depurato dalle valutazioni valoriali (l'"agguerrita sacca", la scelta "trasparente e coraggiosa"), quantomeno a titolo speculativo ci si può domandare se non possa residuare libertà di scelta. Cioè se sia opportuno (o naturale, o consequenziale) che lo Stato, dove non riesca a convincere, debba obbligare. Se premessa è la sensazione di "eterodirezione" del cittadino, l'obbligo è esattamente la conferma dell'"eterodirezione". Si tornerà *infra* sui limiti.



dell'emergenza¹⁵⁷ e della necessità e urgenza, il caso delle limitazioni in funzione di influire sulla mobilità non hanno il medesimo carattere. In astratto si potrebbe ricondurre la questione ad un'ulteriore emergenza¹⁵⁸, quella dei cd. cambiamenti climatici, ma il dato normativo così come ricostruito non va in quel senso, cioè di un intervento non rinviabile e impreveduto, anzi vi sono elementi per dire che si tratta proprio di una programmazione a lungo termine, prevedibile e pianificata. Si può obiettare altresì che le misure di mobilità sono diverse, almeno in estensione e dettaglio, da quelle pandemiche e sul punto si può senz'altro convenire, senza però poter ammettere che *non* si tratti di limitazioni¹⁵⁹.

Di nuovo, ci si può domandare se sia una "ragione politica". È evidente che si tratta proprio di una scelta politica: politica è la mobilità cittadina, politica è la scelta di taluni sindaci, politico è l'indirizzo assunto dal legislativo nel promuovere le moltissime misure che si sono descritte. Si potrebbe dare alla scelta sulla mobilità il significato di un'opinione personale espressa sulla base di una valutazione generale delle alternative? Da un lato, parrebbe di sì, poiché scegliere con quale mezzo spostarsi, con che modalità, tipologia è espressione di una libera scelta. Di nuovo, contribuire con metodo democratico¹⁶⁰ alla

¹⁵⁷ «A voler essere fedeli alla lettera e allo spirito della Costituzione, tutto questo ha un nome: colpo di Stato. Intendiamoci, il pericolo è stato tale che c'era poco da fare e queste misure sono giustificate. Giustificate, necessarie ma [...] pericolose, piaccia o no. Abbiamo introdotto nel nostro ordinamento la sospensione di fatto di ogni garanzia costituzionale, per decisione del governo e della sua maggioranza parlamentare». Così A. GIANNULI, *Coronavirus: globalizzazione e servizi segreti. Come la pandemia ha cambiato e cambierà il mondo*, Ponte alle grazie, Milano, 2020, p. 98. L'affermazione iniziale è molto decisa, ma poi sfuma la nettezza nella considerazione che le misure siano state necessitate. Comparabile F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali*, cit., p. 9: se «la Costituzione non consentisse al decreto-legge e alla legge di conversione di disporre in deroga non solo alle fonti primarie, ma anche alle fonti costituzionali, la previsione tradirebbe la sua *ratio* ispiratrice, che è appunto quella di ricondurre "a sistema" le situazioni imprevedibili», da cui si deduce (si crede, senza forzare le parole dell'Autore) che il d.l. emergenziale contrario a Costituzione non sarebbe incostituzionale bensì "in deroga".

¹⁵⁸ In riferimento all'emergenza Covid-19 ma in estensione verso il futuro domanda G.P. DOLSO *Libertà di circolazione ed emergenza*, cit., p. 26: «Se tutto ciò è vero [cioè che per il Covid si sia trattato di evento imprevedibile ed eccezionale] in relazione ad un fenomeno che è scientificamente esaminabile (e di fatto esaminato in tutte le sue sfaccettature, seppure con esiti per nulla univoci) *quid iuris* quando si trattasse di altra tipologia di emergenza (anche solo percepita) non certo misurabile con criteri scientifici?»

¹⁵⁹ Si potrebbe obiettare la scientificità delle misure: non l'arbitrio del legislatore, bensì la ponderazione della scienza porterebbero alle limitazioni. L'argomento però (ovviamente ancora senza entrare nel merito, che diventa dirimente) prova troppo: anche davanti alla più stringente scelta legislativa "scientifica" c'è un'opzione politica. Dunque, o si riconduce il punto alla ragionevolezza, tema ben noto su cui *infra*, oppure sarebbe onere di chi sostenga la assoluta ineluttabilità dell'opzione scientifica dimostrare che la discrezionalità politica debba cedere il passo.

¹⁶⁰ In subordine, ci si può domandare se il "metodo democratico" non comporti per definizione l'adesione alla scelta della maggioranza, ovviamente una volta che la maggioranza si è espressa e non prima. Il tema non è certo nuovo, basti riferirsi alle sempre attuali considerazioni di E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Adelphi, Milano, 1977 (ma prima ed. 1927). Ciò porta a due domande: la prima: l'adesione alla scelta della maggioranza significa cambiare le proprie intime convinzioni oppure adeguare i comportamenti? Se si cambiano le convinzioni, il dibattito democratico viene progressivamente prosciugato dalla maggioranza, se invece si adeguano i comportamenti, rimane spazio per il dissenso. La seconda domanda: in che modo viene presa la scelta da parte della maggioranza? In molti casi, si tratta di una scelta presa da una parte politica, che è sì maggioranza ma



determinazione delle scelte pubbliche. Da un lato, parrebbe di no, in quanto significherebbe dare giuridicità all'opzione del singolo di utilizzare qualunque mezzo, anche molto inquinante, di dare corpo giuridico al rifiuto "ideologico" di utilizzare una determinata categoria di mezzi, come chi si rifiutasse per principio di prendere il treno o di guidare una macchina elettrica, pur potendo farlo.

Ancora una volta, la questione è di prospettiva. Qualcuno potrebbe scegliere di possedere ed utilizzare un mezzo molto inquinante e qualcuno potrebbe effettivamente detestare (o simmetricamente apprezzare) per motivi propri - anche discrezionali o arbitrari - un determinato modo di spostarsi e determinate forme di mobilità. Il punto sono gli spazi concessi dall'ordinamento. Per quanto il proprietario del mezzo inquinante (magari perché storico) possa avere piacere a utilizzarlo tutti i giorni, altro è delimitarne orari o modalità, altro è impedirgli completamente il possesso o l'uso. Altro è ridisegnare le città per una mobilità "diversa", anche se per ipotesi "migliore", altro è contemperare le esigenze lasciando spazio a libere opzioni¹⁶¹.

che non esclude contestazioni. Tale parte politica potrebbe da un lato condurre gradualmente a consolidarsi una certa opinione (attraverso un movimento di autentica propaganda che crei la maggioranza o attraverso scelte graduali), dall'altro potrebbe fare scelte non reversibili o difficilmente reversibili (per fare un esempio, non solo trasformando una intera città in ZTL, bensì riattrezzando ogni via a spazio verde e ciclabile con aiuole, sentieri e altre modifiche che rendano impossibile la circolazione dei veicoli a motore). A titolo di esempio, si legga quanto segue: «alla luce dell'incapacità del diritto ambientale di arrestare il degrado del pianeta e di proteggere la salute dei cittadini, si è sentito forte il bisogno d'innovare rapidamente l'ordinamento dei diversi Stati membri. [...] Da questo prezioso laboratorio, capace di selezionare casi di studio virtuosi e di creare nuovi modelli giuridici di tutela ecologica e di *governance* territoriale, sono state elaborate delle *best practices* adottate in diverse aree mondiali. In particolare, alcune recenti proposte di cambiamento ecologico si sono basate, non più su una visione antropocentrica, ma ecocentrica (*deep ecology*), ponendo cioè l'integrità ecologica al centro del diritto, al posto cioè del dominio umano sulla Natura. La terra non dovrebbe appartenere più all'uomo, ma sarà l'uomo ad appartenere ad essa» (G. CHIOLA, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos*, 2/2022, p. 2). Senza voler in nessun modo forzare l'analisi, è evidente da quanto riportato che il diritto, anche costituzionale (persino come riforma costituzionale), segue le necessità delle *best practice* e le esigenze della *deep ecology* e quindi guida la società al cambiamento che serve. Solo incidentalmente si nota che tali necessità ed esigenze che non sono frutto di una selezione democratica ma sono evidenti da sé: non è la società che sceglie il diritto e controlla gli effetti ma sono gli obiettivi (condivisibili o meno, qui non importa) che presuppongono il diritto che guida la società. In ultimo, a titolo di esempio di utilizzo di strumenti legislativi per promuovere posizioni si veda l'art. 8, co. 1, del d.l. 172/2021 il quale prevede che «al fine di promuovere un più elevato livello di copertura vaccinale, il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri elabora un piano per garantire i più ampi spazi sui mezzi di comunicazione di massa per campagne di informazione, formazione e sensibilizzazione sulla vaccinazione anti SARS-CoV-2».

¹⁶¹ La teoria dei *nudge*, spinte gentili, offre interessantissimi spunti. Da un lato il *nudge* dovrebbe essere neutrale, ma è evidente che ci deve essere una scelta alla base: «chi disegna il *nudge* non può decidere a priori che cosa sia il bene o il male per una persona. A risolvere questo problema però interviene l'analisi empirica, che dovrebbe sempre precedere l'ideazione di un *nudge*: quando non è più che evidente, bisognerebbe sempre sondare qual è la preferenza della maggioranza delle persone prima di applicare un *nudge*» L. SAVADORI, *Nudge: opportunità o moda passeggera?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2/2020, p. 369. Per risolvere il problema vi può essere la tentazione di credere che lo Stato (o comunque il decisore pubblico) intervenga per il bene comune di *default*. N. CAVAZZA, *Il nudge e le tattiche di persuasione*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2/2020, p. 405, «Ora, stabilire quanto queste



Il punto costituzionale sta nella profondità e nella durata delle limitazioni (che sono restrizioni della libertà). Il “comunque” e il “per sempre” pongono un’ipoteca sulla libertà. Libertà che non sarebbe più tale se fosse interamente guidata dal legislatore. Nel contempo, le “ragioni politiche” individuano uno spazio residuale, intangibile al decisore politico, dove non può esserci coercizione sulle opinioni personali.

Una osservazione testuale dalla Costituzione fa discendere una differenza tra la specificità dei “motivi” che muovono il legislatore e la genericità delle “ragioni” che residuano al singolo¹⁶². La differenza c’è, poiché tutte le ragioni sono motivi ma non è vero il contrario, nel senso che il motivo (per il limite) deve essere più pregnante della ragione (che vale per il contro-limite).

Ritiene attenta dottrina che «in realtà il problema va affrontato con elastici criteri di ragionevolezza, che tengano conto della natura strumentale della libertà di circolazione, la quale serve per spostarsi da un luogo all’altro in tempi e modi ragionevoli per poter fare ciò che si deve o si vuole fare, e della diversità delle situazioni in cui possono trovarsi soggetti diversi, in ragione delle aree in cui vivono e delle caratteristiche dei percorsi che hanno a disposizione per muoversi»¹⁶³ e si aggiunge che «non costituiscono invece minaccia alla sicurezza né le manifestazioni di natura sociale o politica, né, per quanto concerne la morale, le manifestazioni di teorie morali e, tanto meno, le convinzioni intime dei cittadini»¹⁶⁴.

A parere di chi scrive, si hanno ragioni politiche ogniqualvolta la limitazione della libertà di circolazione intercetta convinzioni personali. È evidente che non qualsiasi idea e nemmeno qualsivoglia ostinazione improvvisa o bizzarra possa ergersi a “ragione politica”, ma nemmeno si può togliere qualsiasi spazio alla valutazione *in foro interno* o derubricare il dissenso a comportamento illecito o potenzialmente tale. È necessario, come si diceva sopra, l’uso di elastici e fondati criteri di ragionevolezza. Ad esempio - e in generale persino rispetto agli esempi portati - nel momento in cui il decisore politico abbia intenzione di rivoluzionare la mobilità oppure di introdurre un obbligo vaccinale fondato su valutazioni politiche, l’utilizzo strumentale della limitazione alla libertà di circolazione diviene un problema anche di rilievo costituzionale per il contro-limite che la stessa Carta fondamentale ha posto sin dal principio.

In verità, il criterio di ragionevolezza non presenta particolari problemi di apertura costituzionale a soluzioni nuove o inesplorate, poiché è lo stesso art. 3 Cost. a impedire

ricadute siano socialmente desiderabili è una questione politica che le istituzioni sono ben legittimate a dirimere. In Italia, questa critica ci sembra forse mal posta perché l’esistenza di un sistema sanitario nazionale e di altre forme strutturali e consolidate di *welfare* pubblico ci hanno abituati a ritenere del tutto normale che lo stato pensi al bene dei cittadini». Si tratta di una semplificazione innegabile: F. DEL MISSIER, *Nudging. Una prospettiva critica*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2/2020, p. 427: «La regola della maggioranza nel caso del *nudging* può quindi rappresentare una scorciatoia molto problematica. In secondo luogo, la maggioranza delle persone (o chi la rappresenta) potrebbe non decidere nel suo migliore interesse, o addirittura nell’interesse della propria specie se considerate le generazioni presenti e future (si consideri ad esempio, l’impatto delle miopi decisioni politiche degli anni passati sulle crisi ecosistemiche e climatiche attuali, pur essendo da tempo disponibili le informazioni necessarie per decidere diversamente)». Come si vede, concorda sulle difficoltà di scegliere l’opzione “migliore” sia chi vorrebbe “di più” che chi vorrebbe “di meno”, segno inequivocabile di una opzione politica.

¹⁶² M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 21.

¹⁶³ G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 124.

¹⁶⁴ M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., p. 20.



discriminazioni fondate sulle «opinioni politiche». È qui che giunge il tema della “tirannia” dei diritti.

Come osserva il massimo giudice amministrativo¹⁶⁵: «la logica dei cc.dd. diritti tiranni e, cioè, di diritti che non entrano nel doveroso bilanciamento con eguali diritti, spettanti ad altri, o con diritti diversi, pure tutelati dalla Costituzione, e pretendono di essere soddisfatti sempre e comunque, senza alcun limite, è del resto estranea ad un ordinamento democratico, perché “il concetto di limite è insito nel concetto di diritto” (Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1). Tale logica è stata espressamente sempre ripudiata anche dalla Corte costituzionale che, come noto, ha chiarito che tutti i diritti tutelati dalla Costituzione - anche quello all’autodeterminazione - si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri perché, se così non fosse, si verificherebbe “la illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette”» (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85).

Ogni diritto può essere tiranno: l’autodeterminazione, la libertà di circolazione, il diritto alla salute¹⁶⁶, la tutela dell’ambiente e così via. Per la libertà di circolazione, ciò corrisponde a trattare della sua più volte evocata strumentalità. È qui, ulteriormente, che torna il tema dei limiti. Insiti nel concetto di diritto, secondo l’insegnamento del Giudice delle leggi appena richiamato. Per la libertà di circolazione, il limite come aspetto definitorio.

6.2. La strumentalità e il contenuto dell’avverbio liberamente.

Per la seconda volta, non è l’induzione bensì la deduzione a poter dare delle risposte di sistema. *Contra factum non valet argumentum*, dicevano gli antichi e, nel caso presente, il fatto (che si ritiene argomentato nelle pagine che precedono) è che lo Stato (nel senso di apparato nel suo complesso, se si vuole, ai sensi dell’art. 114 Cost. la Repubblica) ha limitato e limita il diritto di circolazione in modo molto minuto e vario, direttamente e indirettamente¹⁶⁷.

Al tempo in cui si scrive, è presto per sapere se il potere giurisdizionale fornirà ulteriori spunti di riflessione. Il potere esecutivo e il potere legislativo, ciascuno a suo modo e nelle

¹⁶⁵ Cons. Stato n.7045 del 2021, punto 42.9.

¹⁶⁶ *Contra* D. MORANA, *Il fondamentale diritto alla salute nell’emergenza pandemica: princeps o tiranno?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2022 secondo la quale vi sono ragioni per vedere «le indicazioni costituzionali che inducono a circoscrivere e delimitare la sua possibile bilanciabilità con altri diritti (e interessi) costituzionali. Per così dire, una bilanciabilità dimezzata o temperata per volontà costituzionale» p. 841. Secondo F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi*, osservatorio emergenza Covid-19, 22 aprile 2020 «anche, dunque, ad affermare - del tutto condivisibilmente - la superiorità - che si trae dalla sua espressa “fondamentalità” - del diritto alla salute e, dunque, a ritenere che la tutela della salute giustifichi l’introduzione di limitazioni agli altri diritti costituzionali, non si può negare che la Costituzione imponga comunque l’osservanza di garanzie procedurali». Diversa la posizione di M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020.

¹⁶⁷ Quanto alla pandemia, parla di «sospensione quasi totale di libertà, possibilità di vita, attività» A. D’ALOIA, *Costituzione ed emergenza*, p. 3; di «conclamato stato di emergenza costituzionale e [in cui] stiamo sperimentando la sospensione della gran parte delle garanzie costituzionali connesse ai diritti di libertà individuali» parla V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritti all’epoca del coronavirus*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020. Concorda G.P. DOLSO, *Libertà di circolazione ed emergenza*, cit., p. 22. Quanto alla mobilità, si rinvia alle osservazioni presentate sopra.



forme viste, si sono già espressi. Anche l'intervento della Corte costituzionale non è stato - finora, e salvo smentite - di particolare argine¹⁶⁸.

Finora, si sono rigorosamente escluse le motivazioni di merito nel computo del calcolo degli equilibri e delle scelte. La riflessione teorica lo consente, ma l'applicazione pratica non lo permette. Il bilanciamento tra diritto è un bilanciamento concreto, dunque se lo si vuole trattare in pura teoria si può sviluppare soltanto per linee generali e mai nel dettaglio. In ogni caso, però, non si discutono in nessun modo le motivazioni che hanno mosso le decisioni politiche e legislative, proprio perché l'attenzione è rivolta a contribuire allo studio della norma costituzionale attraverso casi concreti piuttosto che alla soluzione dei casi concreti. Dunque, consapevoli che solo scendendo nel dettaglio si possono trovare ulteriori profili e altrettanto consapevoli che le conclusioni vogliono essere generali e non solo relative ai casi trattati, ci si può porre la seguente domanda metodologica: la libertà di circolazione è nella piena disponibilità dello Stato? Poiché si viene da una lunga disamina del testo costituzionale, la domanda può essere ulteriormente declinata a seconda del punto di partenza. Si crede di aver dimostrato che una compressione del diritto in questione vi sia stata e vi sia in entrambi i casi citati. Qualcuno potrebbe concludere che il sistema abbia rispettato le previsioni sul punto della Carta fondamentale e qualcuno potrebbe concludere che, al contrario, non vi sia stato (quantomeno pieno) rispetto delle norme superprimarie¹⁶⁹.

Il dato comune, però, è la compressione. E, al netto della vicinanza ai fatti che ancora preclude una analisi completamente a freddo, che si condivida o meno l'operato del Governo e del Parlamento, si crede di poter giungere a questa conclusione parziale: si tratta di limitazione.

Si vede come il punto, in definitiva, sia costituzionale nel senso più completo del termine. Ecco la riformulazione più completa della domanda appena posta: che si tratti di un bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti o di un intervento autenticamente *extra ordinem* ed emergenziale, la modulazione della libertà di circolazione è pienamente nelle mani dello Stato?

La risposta, come si diceva, non viene dalla induzione attraverso lo studio delle norme, bensì dalla concezione a monte dei poteri e dei limiti dello Stato. Nel caso si risponda di sì, è evidente che le scelte operate dal legislatore sarebbero tutte legittime. Non solo quelle commentate, bensì qualsiasi. Di conseguenza, l'avverbio "liberamente" contenuto nel testo dell'art. 16 Cost. significherebbe «in osservanza delle norme legislative». *Sub lege libertas*, si potrebbe dire, ma con la consapevolezza che non si tratterebbe più di una riserva di legge, bensì di una rimessione al legislatore della disciplina, con conseguente affidamento sostanziale al legislatore anche dei limiti espressi in Costituzione.

¹⁶⁸ Al punto che l'allora p.d.c.m. Draghi nell'intervista del 24 dicembre citata poteva osservare con piacere come la Corte «concordi [oggi] in pieno con l'impostazione del governo [di allora]». In dottrina si sostiene che «la fase attuale sembra caratterizzarsi per una metabolizzazione istituzionale del diritto della pandemia, di cui è protagonista la Corte costituzionale con le decisioni nn. 37 e 198 del 2021, con la n. 127 del 2022 qui osservata e, da ultimo, con l'ord. 22 sempre del 2022»: M. FERRARA, *La quarantena obbligatoria*, cit. p. 352.

¹⁶⁹ Ad esempio, argomenta nel senso di non vedere alcun problema di riconducibilità all'art. 16 Cost. delle restrizioni Covid D. MORANA, *Il fondamentale diritto*, cit., spec. 845.

Dal punto di vista costituzionale, in sintesi, tutto si appoggia - vero Atlante - sull'avverbio che si è più volte citato come completamento e caratteristica del diritto di circolazione: quel "liberamente" che la Costituzione snocciola senza la solennità, ad esempio, dell'art. 13 co. 1° e l'"inviolabilità" ivi citata o dell'art. 24 secondo il quale «*tutti hanno il diritto*». Dopo aver ragionato estesamente sui limiti del diritto di circolare, si torna in conclusione non tanto a dettagliare singole fattispecie limitanti bensì a discutere del valore prioritario del *liberamente* che ad esso viene associato.

Se è vero che in epoca fascista la limitazione è stata utilizzata «per tutelare, se non gli interessi di una parte politica, quanto meno il mantenimento dell'assetto sociale allora esistente»¹⁷⁰ si deve ammettere che anche al tempo presente la medesima limitazione ha l'obiettivo di far procedere (per usare terminologia costituzionale, condurre "al progresso materiale o spirituale") la società. E, se si limita o, peggio, nega l'opzione delle "ragioni politiche" già presentata, si vede come la determinazione degli obiettivi e l'indicazione della direzione del progresso sia tutta politica, anzi persino di *parte politica*¹⁷¹.

Non si vede con quali argomenti il "liberamente" possa essere ricondotto al dominio di politiche legislative. Resta difficile dare un contenuto positivo, esplicito, ma al contrario si può concludere che significhi "in modo non restrittivo, lasciando ai singoli decisione e autonomia", con i limiti costituzionali di sanità e sicurezza e con il contro-limite delle ragioni politiche. Un significato pieno e non residuale, che non si debba ricavare negli interstizi delle minute decisioni del potere pubblico.

Vi è un ulteriore aspetto da prendere in considerazione. La libertà di circolazione ha dimostrato avere un carattere strumentale. Ci si può domandare se abbia anche un *valore* strumentale, volendo distinguere nel carattere un accidente e nel valore una sostanza.

La stessa irrinunciabile centralità della circolazione, dell'andare, venire, restare, partire che la rende di difficilissima distinzione rispetto alla libertà personale può trasformare i limiti concreti ad essa posti come limiti e modi per influire su comportamenti sociali. È sempre vero che ci si sposta per un motivo: persino il viaggio per puro diletto ha la sua ragione, il diletto medesimo. Influire sui motivi del viaggio comporta inevitabilmente influenzare non solo lo spostamento bensì le premesse e le conseguenze dello spostamento medesimo. Fuori di generalizzazione, fermare le persone per fermare il contagio; limitare gli spostamenti con determinate categorie di mezzi per favorire comportamenti sociali.

La risposta a questa questione può ricavarsi *a contrario*. In nessun punto si è rinvenuto alcuno a sostenere che la libertà di circolazione avesse significato in quanto funzionale ad altre libertà o, perché no, ad altri doveri. Persino nello Statuto albertino, dove non era prevista esplicitamente, la dottrina ne ha ricavato un'identità autonoma. Dunque, solo negando autonomia concettuale si avrebbe un valore strumentale. In tutti gli altri casi, residua il solo carattere strumentale. Ancora una volta, il ragionamento inclina verso i limiti, che si possono a questo punto complessivamente considerare.

¹⁷⁰ U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno*, cit., p. 77.

¹⁷¹ Secondo A. BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti*, cit., «il *precautionary constitutionalism* ipotizzato nel dibattito statunitense è, in questo senso, un inquietante ossimoro, e l'unico approdo di una applicazione protratta ed unilaterale del principio di precauzione è uno "stato di precauzione", angosciante deriva a cui le democrazie di massa sono esposte».



6.3. Il concetto di limite come aspetto definitorio del diritto di circolazione. Quale ruolo per lo Stato?

Se si condividono le affermazioni fin qui poste e argomentate, si vede come il diritto di circolazione abbia una lineare capacità espansiva. Lo conferma quanto detto sul suo carattere essenziale, lo si deduce dai lavori in Assemblea costituente, lo si nota discutendo della sua strumentalità. Il diritto di circolare liberamente è racchiuso, come si è argomentato, nell'avverbio "liberamente". Il concetto di "circolazione" è chiaro e la libertà intesa come assenza di limiti (che non siano espressamente previsti) ne è il corollario.

Da questa considerazione consegue che il tema sono i limiti. Il diritto di circolare liberamente è definito in modo fondamentale dai limiti che vengono posti. Vi sono forse diritti che si caratterizzano maggiormente per il loro contenuto, per le categorie, i soggetti cui sono applicati o applicabili. Se è certo che tutti i diritti sono definiti nei loro confini¹⁷², questo è particolarmente vero nel diritto in esame.

In questo senso, sul quale non si vuole insistere come terminologia, i limiti differiscono dalle limitazioni. Delle seconde si è argomentato ampiamente quanto allo spessore che hanno assunto, ricostruendo la normativa che ne ha fornito e ne fornisce confine diretto e indiretto. Dei primi è tempo di parlarne in modo generale, nel senso di quali siano i confini generali che ha a disposizione il decisore politico nel trattare la materia che qui interessa.

Sia permesso ribadire la domanda già posta: il diritto di circolazione è nella piena disponibilità dello Stato? La risposta è valorialmente neutrale e può essere positiva oppure negativa. Formule di stile potrebbero suggerire che il testo costituzionale "preso sul serio" conduce a non annullare il significato del diritto in esame, sia pure in condizioni di emergenza o sia pure in forma di condizionamento indiretto, quindi parziale, e in bilanciamento con altri diritti e doveri costituzionali: si tratta di formule di stile. Tornano gli argomenti che si sono esplicitati parlando delle "ragioni politiche", del significato dell'avverbio "liberamente" e della "strumentalità", si può validamente argomentare che serva una riflessione sul diritto di circolare liberamente in senso di ritenerlo non sottoposto e non sottoponibile a strumentalizzazioni che, se non sconfinano nell'arbitrio, quantomeno lo considerano nella disponibilità totale del decisore politico.

Nel frattempo, bisogna raffrontare l'analisi con ciò che è avvenuto e con ciò che sta avvenendo. Una lettura estesa (o semplicemente *più* estesa) della libertà dovrebbe condurre in senso diverso, se non opposto, rispetto alle politiche relative alla mobilità intraprese da lungo tempo e con quella complessità di strumenti normativi che si è vista. Beninteso, non si tratterebbe di negare gli altri diritti e interessi coinvolti, ma di perseguirli con politiche differenti. Fuori di generalizzazione, senza passare da condizionamenti, *nudge theory*, incentivi e divieti che riguardino la circolazione.

Il caso dell'emergenza pandemica e il caso delle politiche di mobilità dimostrano, al contrario, come legislativo ed esecutivo - e, si crede, più il secondo del primo - considerino di avere nella propria disponibilità il diritto di circolazione. Già tempo addietro la dottrina ha rilevato che «un confine sicuramente invalicabile è rappresentato dalla necessità che non giungano ad essere tanto pervasivi da investire qualunque spostamento sul territorio nazionale e da cancellare così il fisiologico rapporto fra la libertà e il suo limite. Supererebbe

¹⁷² «Il concetto di limite è insito nel concetto di diritto» (sent. 1/1956 della Corte cost., richiamata dal Cons. Stato sent. n. 7045 del 2021).

quel confine, ad es., l'istituzione di un passaporto interno da esibirsi all'ingresso di ogni città, anche se lo giustificassero motivi di sanità e di sicurezza»¹⁷³. Parole che sembrano ricavate dall'emergenza pandemica, mentre la precedono di molti anni, e parole applicabili anche agli interventi sulla mobilità, che non prevedono un "passaporto" bensì l'adesione comportamentale e valoriale a una certa politica sui trasporti e spostamenti al di fuori della quale, allo stesso modo, è precluso (sia pure non coattivamente) l'ingresso in ogni città. Come ricordato, la Corte costituzionale ha individuato nella *deminutio* della posizione giuridica del singolo un discrimine tra l'art. 13 e l'art. 16 Cost.: la coercibilità fisica dei provvedimenti va di pari passo con la distinzione. Nessuna osservazione è stata svolta sulla coercizione della volontà, strumento altrettanto potente e, se si vuole, metodo molto più adatto e gradito alle imposizioni nello Stato moderno occidentale¹⁷⁴ che rifugge manifestazioni di forza muscolare nell'esercizio dei poteri obbligatori e preferisce ottenere risultati comparabili attraverso l'utilizzo di poteri più sfumati ma altrettanto rigorosi¹⁷⁵.

Ecco, infine, che per ragionare della libertà di circolazione è necessario ragionare di come viene concepita la libertà di circolazione¹⁷⁶, non solo e non tanto per il singolo bensì come fenomeno sociale che il diritto ha il compito di studiare. E anche questa è una conclusione e anzi è una conclusione costituzionale, poiché permette di leggere, contestualizzare nonché applicare e vedere applicata la Carta fondamentale. Spetta alla riflessione teorica sulle

¹⁷³ G. AMATO, *Art. 16, cit.*, p. 119.

¹⁷⁴ G. MESSINA, *Stato costituzionale democratico e governo dell'emergenza. rilievi su una condizione eccezionale*, in *Società e diritti*, 14/2022, p. 137 «la questione di cosa distingue le democrazie da regimi autoritari. In via di approssimativa risposta, appare chiaro che la distinzione si basa prima di tutto sull'effettivo rispetto di principi e valori che determinano la consistenza democratica della vita pubblica, nelle relazioni tra consociati e nella relazione con le istituzioni giuridiche. Tale rispetto si manifesta nell'agire amministrativo non solo attraverso la salvaguardia di tali assunti della vita democratica nei provvedimenti normativi e amministrativi ma anche nella conformità procedurale delle decisioni governative efficaci nei confronti del tessuto sociale (governato)».

¹⁷⁵ M. GALLETI, *Il volto manipolatorio del paternalismo libertario. Spinte gentili ed etica della manipolazione*, in *Iride*, 3/2020, p. 525 ss. «anche una distorsione del coinvolgimento pratico con il mondo di queste persone per il loro bene potrebbe assumere toni morali negativi proprio perché prevede l'utilizzo di mezzi che implicano l'adozione di un atteggiamento obiettivo nei loro confronti: significa mutare la prospettiva e assumere che il manipolatore veda cittadini, lavoratori e consumatori non come agenti da rispettare, ma come pazienti da gestire».

¹⁷⁶ Non a caso, in più occasioni la dottrina si spende sulla necessaria visione unitaria che muove le forze sociali. Giuridicamente può essere un richiamo ai doveri e si tratta di una condivisione di volontà: «nel complesso, pur vigilando sui comportamenti incoscienti o irresponsabili di alcuni membri della cittadinanza, si può, riteniamo, dare apprezzamento dell'autoresponsabilità largamente mostrata dai cittadini, i quali, nelle attuali circostanze, sembrano (ci pare, i commenti su questo si diversificano) uniformarsi a un principio tra i più fondamentali della Costituzione: in effetti oggi *sono più che mai tenuti*, a norma dell'art. 54.1 della Costituzione, a essere fedeli alla Repubblica e osservare la Costituzione e le leggi» (corsivo aggiunto) U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 1/2020, p. 463; concorda A. CANDIDO, *Necessitas non habet*, cit., p. 378: «Senza dimenticare infine il richiamo al buon senso della collettività, nella consapevolezza che la stagione dei diritti tipica dello Stato sociale per una volta deve lasciare spazio alla stagione dei doveri, primo tra tutti quello solidaristico». Con identico linguaggio A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale*, cit., p. IX: «i doveri caratterizzano come i diritti le diverse "stagioni costituenti" e proprio la loro individuazione è un tentativo, spesso riuscito, di compattare le comunità e dare valore e sostanza alla stessa idea di comunità». V. anche E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità*, cit., p. 1 ss.



categorie del diritto pubblico, e costituzionale in particolare, porre l'accento sulle questioni che riguardano l'ordinamento giuridico e la sua evoluzione. In questo senso, essere consapevoli di come i diritti vengono attuati e vissuti è già un risultato. del mercato.

I “SILENZI PAESAGGISTICI”: RIFLESSIONE SUL RAPPORTO TRA PARERE SOPRINTENDENTIZIO E ART. 17 BIS L. N. 241/1990.

Gianluigi Delle Cave *

ABSTRACT. È sempre attuale la *querelle* sull’annosa questione dell’applicabilità dell’istituto del c.d. “silenzio assenso” tra amministrazioni, di cui all’art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, al procedimento di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica disciplinato dall’art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 (“Codice dei beni culturali e del paesaggio”). Non a caso, il tema è, oggi, tutt’altro che superato, offrendo il dibattito dottrinale e pretorio al giurista-lettore diversi, interessanti, spunti di riflessione; ciò non solo quanto agli effettivi orientamenti articolatisi sul punto, ma anche quanto alle ricadute “pratiche” che dette “posizioni” portano con sé. Comune punto di partenza delle opposte opinioni è che l’art. 17 *bis* si attaglia ai soli procedimenti c.d. “orizzontali”, ossia con fase decisoria pluristrutturata. Si discute, invece, *ex aliis*, sulla concreta applicabilità del meccanismo stesso del silenzio assenso tra amministrazioni alla fattispecie in commento, che, come noto si inserisce all’interno del procedimento di “co-gestione” dell’istruttoria ed è applicabile esclusivamente nei rapporti che intercorrono tra amministrazione “procedente” all’adozione di un provvedimento definitivo e quelle competenti a rendere “assensi, concerti o nulla osta” al fine dell’adozione di provvedimenti normativi o amministrativi nei confronti di una terza amministrazione, come l’atto di autorizzazione paesaggistica rilasciato dalla Regione e dalla Soprintendenza di cui al succitato art. 146. A tal proposito, dunque, scopo del presente contributo è quello di ricostruire, con approccio sistematico e critico, la storia e le implicazioni giuridiche relative a questa relazione “d’ardui sensi”, al fine di (tentare di) pervenire ad una migliore, e più attuale, interpretazione del rapporto tra silenzio assenso *ex art. 17 bis* e parere soprintendentizio *ex art. 146 cit.*

ABSTRACT [EN]. *The long-standing dispute over the applicability of the so-called “silence consent” between administrations, pursuant to Article 17 bis of Law No. 241/1990, to the landscape authorisation procedure governed by Article 146 of Legislative Decree No. 42/2004 (“Cultural Heritage and Landscape Code”) is still ongoing. Not by chance, the issue is – today – still far from being overcome, offering the doctrinal and judicial debate to the jurist several interesting points for reflection, not only on the effective trends developed on the point, but also on the “practical” consequences that said “positions” bring with them. The common starting point of the opposing opinions is that Article 17 bis is only applicable to so-called “horizontal” proceedings, those with a multi-structured decision-making phase. Instead, the applicability of the silence consent between administrations to the case at hand is still discussed, which, as known, is part of the procedure of “co-management” of the investigation phase and is applicable exclusively in the relationships between the “proceeding authority” and those administrations called to issue “wayleaves and consents”. In this regard, therefore, the purpose of this paper is to retrace, with a systematic and critical approach, the history and legal implications relating to this difficult relationship, to (attempt to) achieve a better, and more current,*



interpretation of the relationship between silence consent, pursuant to Article 17 bis, and the Superintendence opinion governed by Article 146 above.

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva: l'art. 17 bis della l. n. 241/1990. – 2. L'autorizzazione paesaggistica: disposizioni rilevanti e approdi recenti. – 2.1. (segue) il parere soprintendentizio al cospetto del silenzio assenso tra P.A. – 3. Silenzio assenso e parere soprintendentizio: due istituti "inconciliabili" e "incompatibili" – 4. L'art. 17 bis alla prova del procedimento paesaggistico – 5. Prospettive di connubio: spunti per l'applicabilità del silenzio assenso. – 6. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva: l'art. 17 bis della l. n. 241/1990.

Come noto, l'art. 17 bis della l. n. 241/90, inserito nella legge generale sul procedimento amministrativo dalla l. n. 07 agosto 2015 n. 124 (c.d. "legge Madia"), ha generalizzato il silenzio assenso¹ tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi ed amministrativi che prevedano atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche. La disposizione prevede che

¹ * Dottore di ricerca, Università degli Studi di Brescia (UNIBS).

Sull'istituto del silenzio assenso la dottrina è sterminata. Sia sufficiente, in questa sede, il richiamo a P.G. LIGNANI, *v. Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 561 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 397 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, *passim*; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996, *passim*; B.E. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 179 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 894 ss.; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalle ll. n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 123 ss.; V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 234 ss.; M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 321 ss.; R. CAPONIGRO, *I comportamenti taciti della p.a.*, in C. CONTESSA, R. GRECO (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla l. n. 241/1990)*, Piacenza, 2020, 322 ss.; G. PALLIGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, in *Libro della Giustizia Amministrativa*, Torino, 2021, 278 ss. Sui rapporti tra art. 20 e art. 17 bis l. n. 241/1990, sia consentito il rinvio pure a G. DELLE CAVE, *Il silenzio assenso*, in V. ITALIA, S. D'ANCONA, P. PANTALONE, G. RUGGERI, A. ZUCCHETTI (a cura di), *L'attività amministrativa*, Milano, 2020, 716 ss. Vedasi anche F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, 1985, Rimini, 236 ss.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 ss.; V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario del diritto amministrativo*, Milano, 2006, 1022 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm.it*, 2016; M. P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: avversari o alleati?*, in *Foro it.*, 2006, 1057 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2006, Napoli, 265 ss.



tali atti di assenso debbano intendersi implicitamente acquisiti qualora siano decorsi vanamente trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato dalla relativa documentazione da parte dell'amministrazione procedente². Il previsto termine è suscettibile di una unica interruzione nei casi in cui vengano rappresentate nel termine stesso esigenze istruttorie o motivate e puntuali richieste di modifica. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nel procedimento, la decisione sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento è assunto dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Ai sensi del comma 3, dell'art 17 *bis* cit., detto silenzio trova espressa applicazione anche nel caso in cui l'atto di assenso sia richiesto ad una amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini³. In tali casi l'unica mitigazione è rappresentata dalla previsione di un termine maggiore, pari a novanta giorni, salvi i termini diversi previsti da disposizioni di legge o dai provvedimenti di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990.

L'articolo in esame, nella sostanza, stabilisce che, se una pubblica amministrazione deve acquisire "assensi, concerti o nulla osta" da parte di altra amministrazione, quest'ultima dispone di un termine di trenta giorni per formulare la propria risposta, decorso il quale la richiesta viene considerata accolta (e quindi "assensi, concerti o nulla osta" considerati acquisiti). Il tenore letterale della norma induce a ritenere che essa si applichi esclusivamente alle ipotesi in cui tali "assensi, concerti o nulla osta" siano prescritti per legge o regolamento; in altri termini, la disposizione è certamente rivolta ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. "pluristrutturati", intendendo con questa espressione tutti quei provvedimenti che sono espressione di più volontà espresse da diverse amministrazioni.

L'articolo in commento attiene, poi, esclusivamente al silenzio assenso tra P.A. mentre il silenzio dell'amministrazione procedente nei procedimenti ad istanza di parte continua ad essere regolato dall'art. 20 della l. n. 241/1990, il cui comma 4, come noto, esclude dalla

² In dottrina, si veda, *ex plurimis*, M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a. silenzio assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 17 ss.; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento orizzontale all'interno della nuova amministrazione disegnata dal Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2016; ID., *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17 bis della l. n. 241 del 1990 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 10 ss.; G. MARI, *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizi, la conferenza di servizi e il silenzio assenso id cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in AA.VV., *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto*, atti dei convegni *Strategie di contrasto alla corruzione: l. 06/11/2012 n. 190 e s.m.i. e Titoli abilitativi edilizi, Sblocca Italia e Decreti del Fare*, Napoli, 2016, 39 ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

³ Sul punto, peraltro, giova evidenziare come il pluridecennale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi sul tema si è, da tempo, indirizzato verso posizioni diametralmente opposte – o comunque parzialmente diverse e "temperate" – all'applicazione *tout court* degli istituti di semplificazione (tra cui il silenzio assenso) nell'ambito della tutela di interessi sensibili, rilevando, in buona sostanza, come detti istituti non debbano trovare applicazione (o comunque un'applicazione limitata a pochi circostanziati casi) quando è in gioco la protezione dell'ambiente.



generalizzazione del silenzio significativo gli atti ed i procedimenti riguardanti, tra gli altri interessi sensibili menzionati, il patrimonio culturale e l'ambiente⁴.

Una delle questioni più discusse, connesse con tale istituto, concerne l'operatività del meccanismo di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni nei casi in cui vengano in rilievo proprio interessi pubblici primari⁵. Sul tema si sono confrontate in dottrina due posizioni opposte⁶: da un lato vi è chi ha denunciato i gravi rischi connessi alla disciplina dell'art. 17 *bis* che avrebbe gravemente indebolito la tutela di beni ed interessi primari (quali, l'ambiente, i beni culturali, la salute) senza peraltro prevedere alcun adeguato intervento compensativo⁷; dall'altro lato, vi è chi ha invece salutato con favore la disciplina ed escluso i paventati rischi per la tutela effettiva degli interessi sensibili⁸.

In merito, la giurisprudenza costituzionale ed europea si è più volte espressa sulla necessità che, qualora vengano in gioco interessi pubblici primari, l'Amministrazione preposta all'emanazione del provvedimento finale, compia una completa istruttoria, al fine

⁴ Stando poi al tenore letterale, il silenzio assenso procedimentale attiene ai soli casi in cui una amministrazione è tenuta ad acquisire l'assenso di una altra amministrazione su uno schema di provvedimento già predisposto dalla prima. In base a tale interpretazione, l'art.17 *bis* non trova invece applicazione nel caso in cui le diverse amministrazioni coinvolte siano chiamate a compiere valutazioni nell'ambito di un procedimento a struttura complessa (nel corso della cui istruttoria sia necessario acquisire pareri e valutazioni con il coinvolgimento di una pluralità di amministrazioni), in tal caso trovando applicazione gli artt. 16 e 17 della l. n. 241/90 (articoli che escludono il silenzio assenso e, in termini più generali, forme di semplificazione quali anche il silenzio devolutivo in caso di interessi sensibili coinvolti). Parimenti la norma «non sarebbe applicabile nei procedimenti collegati relativi ad autonomi atti di assenso funzionali a consentire lo svolgimento di un'attività e che risultano essere l'esito di distinte valutazioni delle amministrazioni» (G. MARI, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 3, 61 ss.).

⁵ Sulle criticità in merito all'applicazione dell'art. 17 *bis* alle materie sensibili si veda, in particolare, G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survay*, in *federalismi.it*, 2015; F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 1, 11 ss.; E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, Torino, 566 ss.

⁶ Per un'analisi approfondita, F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 747 ss.

⁷ Si vedano le considerazioni di F. DE LEONARDIS che (nel citato scritto *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*) osserva come «appare chiaro che norma costituisce una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari». L'A., a sostegno dell'opportunità di mantenere in vita la previgente esclusione del regime semplificatorio per le materie sensibili, mette in evidenza per un verso l'incoerenza della nuova disciplina rispetto a quella prevista per il silenzio assenso dell'art. 20 L. 241/1990 e, per altro verso, afferma (richiamando E. CASSETTA) che «non tutti gli interessi tollerano una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione in grado di sacrificare la corretta ponderazione di alcuni valori».

⁸ F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, *op. cit.*, il quale osserva che, in realtà, «la norma non introduce nulla di nuovo quanto al profilo della intensità della tutela degli interessi sensibili ed anzi, letta insieme alla norma di delega legislativa in materia di silenzio assenso, contenuta nella stessa L. n. 124/2015 (art. 5), può rappresentare l'occasione per ricondurre in un ambito di coerenza costituzionale la normativa già vigente in tema di silenzio in materie sensibili».



di garantire la tutela dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento⁹. In particolare, in ambito paesaggistico, muovendo proprio dalla considerazione che la tutela dell'ambiente e della salute trovino un esplicito riferimento nel testo costituzionale e che questo implichi che «sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi e per evitare danni facilmente possibili per la natura tossica e nociva dei rifiuti accumulati»¹⁰, la Corte ha costantemente affermato che «opera il principio fondamentale, risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di pronuncia esplicita, mentre il silenzio dell'Amministrazione non può avere valore di assenso»¹¹.

Diversamente da tale indirizzo, con riferimento all'applicabilità del silenzio *de quo* anche in materie sensibili, si è evidenziato come il silenzio assenso introduce un "nuovo paradigma"¹² nei rapporti tra amministrazioni pubbliche, operando in una duplice prospettiva di semplificazione¹³. Da un lato, la norma incide sui tempi del procedimento amministrativo (fissando il termine in trenta giorni, salva l'ipotesi degli interessi primari); dall'altro, equipara l'inerzia ad un atto di assenso, che consente all'amministrazione procedente di assumere la decisione finale. Tale istituto si basa su di una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, che viene stigmatizzata «al punto tale da ricollegare al silenzio dell'amministrazione il più efficace dei rimedi, che si traduce, nell'equiparazione del silenzio della P.A. ad un provvedimento di accoglimento»¹⁴. In ragione di ciò, il silenzio assenso si sostanzia, per le pubbliche amministrazioni, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Sull'ambito applicativo (soggettivo e oggettivo) di tale silenzio, si è poi affermato: (i) con riferimento al piano soggettivo, l'applicabilità del nuovo istituto anche a Regioni ed enti locali, oltre che agli organi politici sia quando essi adottano atti amministrativi o normativi, sia quando sono chiamati ad esprimere concerti, assensi o nulla osta comunque denominati nell'ambito di procedimenti per l'adozione di atti amministrativi o normativi di competenza di altre Amministrazioni, rilevando, in buona sostanza, la natura dell'atto da adottare (amministrativo o normativo), non la natura dell'organo (amministrativo o politico) titolare

⁹ Corte Cost., 01 luglio 1992, n. 307, ove si evidenzia che i principi fondamentali da osservarsi in tema di smaltimento dei rifiuti, stante la necessità di tutelare la salute e l'ambiente, escludono la possibilità del ricorso al silenzio assenso. Per la Corte tale esclusione è motivata «proprio perché si impone la tutela della salute e dell'ambiente che sono beni costituzionalmente garantiti e protetti».

¹⁰ *Ex plurimis*, Corte cost., 10 ottobre 1992, n. 393.

¹¹ Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 26, in *Giur. it.*, 1996, I, 271 ss. In particolare, secondo questa giurisprudenza costituzionale, l'istituto del silenzio assenso non può ritenersi compatibile con i principi di buon andamento della P.A., in presenza di procedimenti complessi, caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità.

¹² Ci si riferisce al parere Cons. Stato, Ad. speciale, 23 giugno 2016, n. 1640, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹³ Sul tema, V. PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 839 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Milano, 2000; A. POLICE, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità*, in *apertacontrada.it*, 2013.

¹⁴ A. DEL PRETE, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 3, 75 ss.



della competenza “interna” nell’ambito della pubblica Amministrazione che di volta in volta viene in considerazione; (ii) con riferimento all’ambito applicativo oggettivo della norma, esso sarebbe applicabile a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d’ufficio) che preveda una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra Amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso. Ed infatti, «il silenzio assenso “orizzontale” previsto dall’art. 17-bis opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l’ambito applicativo dell’art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l’operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell’autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all’esercizio di un preesistente diritto»¹⁵. Con riferimento all’applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili, dovrà quindi essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall’Amministrazione precedente, ma dal privato destinatario finale dell’atto, in tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale per cui troverà applicazione l’art. 20 della legge n. 241 del 1990 (che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili).

In sintesi, il silenzio assenso “inter-amministrativo” si inserisce in una fase procedimentale anteriore rispetto a quella tipica del silenzio assenso *ex art. 20*: l’istituto dell’art. 17 *bis* inerisce, infatti, alla fase finale dell’istruttoria procedimentale e, per questo, rappresenta una forma di silenzio endoprocedimentale non destinato a produrre effetti esteriori diretti. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l’obbligatorio parere o l’obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell’Amministrazione preposta alla loro cura. Quanto alla successiva fase decisoria, anche nei casi in cui opera il silenzio assenso, l’interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell’amministrazione precedente.

2. L’autorizzazione paesaggistica: disposizioni rilevanti e approdi recenti.

¹⁵ Cons. Stato, Ad. speciale, 23 giugno 2016, n. 1640 cit.



La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica¹⁶ presenta una propria coerenza con il sistema complessivo attraverso il quale viene attuata la tutela del paesaggio in ambito nazionale¹⁷.

In particolare, l'art. 146 d. lgs. n. 42/2004¹⁸ disciplina il procedimento di autorizzazione relativo ad interventi di trasformazione del territorio per loro natura capaci di incidere permanentemente sulla percezione dei valori paesaggistici, che assumono una valenza ben superiore a quella meramente estetica. Rispetto al sistema delineato nell'art. 7 della l. n. 1497 del 1939, il legislatore ha immaginato, con l'art. 146 cit., una forma di protezione più ampia, non riferibile ai soli singoli immobili dotati di particolare pregio o valore estetico ma ha inteso salvaguardare quel complesso di valori che sono considerati manifestazione

¹⁶ La previsione, nella Costituzione, della tutela del paesaggio (art. 9, comma 2) ha rappresentato uno stimolo alla riflessione sulla definizione giuridica di tale espressione, nel nostro ordinamento. L'interpretazione dell'esatta portata dell'espressione "paesaggio", infatti, è stata per lungo tempo condizionata dalla preferenza per una concezione statica della funzione di tutela. Successivamente, attraverso una progressiva apertura verso un'interpretazione unitaria dei due commi dell'art. 9, si è giunti all'affermazione di una nozione più ampia di paesaggio, coincidente con la «*forma del territorio, o dell'ambiente, creata dalla comunità umana che vi è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo*». Secondo tale visione dinamica, il paesaggio non può essere ridotto ai valori paesistici sotto il profilo dei quadri naturali che essi realizzano, ma è anche e soprattutto l'espressione di un rapporto "vivo" tra forze naturali e umane, «*fatto fisico, oggettivo, ma al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile; è il modo di essere del territorio nella sua percezione visibile*».

In dottrina, sulla nozione di paesaggio e sulle autorizzazioni a tutela, si veda, *ex plurimis*, S. AMOROSINO, *Dalla disciplina (statica) alla regolazione (dinamica) del paesaggio: una riflessione d'insieme*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 4, 420 ss.; ID., *I poteri legislativi ed amministrativi di stato e regioni in tema di tutela e valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 4-5, 135 ss.; ID., *Il diritto del paesaggio e le categorie generali del diritto amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2011, 4, 399 ss.; P. MARZARO, *La "cura" ovvero "l'Amministrazione del paesaggio": livelli, poteri e rapporti tra Enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 416 ss.; ID., *Pianificazione paesaggistica e beni paesaggistici: la centralità del procedimento nella "duplicità" del sistema*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, 1, 78 ss.; F. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. Giur.*, 1989; P. CORREALE, *Paesaggio e turismo nel diritto vigente*, in *FA*, 1968, 53 ss.; A. DELL'ACQUA, *La tutela degli interessi diffusi*, 1979, Milano, 121 ss.; A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, 505 ss.; G. MASTRONARDO, *Valore del paesaggio*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2005, 344 ss.

¹⁷ Sulla configurazione di una funzione generale di amministrazione del paesaggio: M. SINISI, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31): la "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 4, 235 ss.

¹⁸ In dottrina, sull'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, si vedano *ex aliis*: G. CARTEI, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *G.d.A.*, 2007, 1270 ss.; A. CALEGARI, *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 224 ss.; M. CORTI, *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 2, 524 ss.; V. PARISIO, *L'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica nell'art. 146 c. 12 del d. lgs. n. 42 del 2004: supremazia dei valori paesaggistici e deroghe al sistema processuale amministrativo*, in F. CORTESE (a cura di), *Conservazione del paesaggio e dell'ambiente, governo del territorio e grandi infrastrutture: realtà o utopia*, 2009, 151 ss.; V. PARISIO, *Legittimità e merito nei provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 3, 234 ss.; A. ANGIULI, *Art. 146*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2005, Torino, 383 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 146*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2007, Bologna, 593 ss.; M.R. SPASIANO,



dell'identità di un territorio, derivanti da interventi antropici, naturali, nonché della loro interazione, ai quali non si deve arrecare pregiudizio¹⁹. L'oggetto della tutela coincide con il valore paesaggistico, che si identifica con il portato anche culturale di un luogo, in quanto sito proprio in un determinato luogo²⁰. A tal proposito, la disciplina dell'autorizzazione paesaggistica rappresenta lo strumento indispensabile per la tutela dei beni paesaggistici, riconosciuti come parti del paesaggio di notevole interesse pubblico e perciò facenti parte del patrimonio culturale. Il tema dell'interesse paesaggistico, poi, ha spesso portato la dottrina a riflettere sul modo in cui il bene tutelato viene "gestito" dallo strumento autorizzatorio rispetto alle finalità di interesse pubblico generale perseguite tramite tale istituto²¹. Come noto, infatti, il rapporto tra l'interesse paesaggistico e i procedimenti di autorizzazione si inserisce nella linea di confine tra autorità e libertà, tra l'*agere licere* del privato e i limiti e le condizioni imposte dalla legge a tutela dell'interesse generale²². Il limite di proporzionalità alla funzione di controllo preventivo si traduce, con riferimento ai procedimenti di autorizzazione paesaggistica, nella subordinazione di tale funzione alla condizione generale di rilevanza paesaggistica della trasformazione. Attraverso il regime autorizzatorio²³, in buona sostanza, vengono assoggettate a previo controllo tutte le attività su immobili o su aree vincolate, il cui risultato sia idoneo a produrre «un'alterazione dello stato dei luoghi o dei

Art. 146, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2012, Milano, 1116 ss.; P. CARPENTIERI, *Regime dei vincoli e Convenzione europea*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, 2007, Bologna 135 ss.; G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 6, 103 ss.

¹⁹ Sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 01 aprile 2014, n. 3577, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2014, 4, 1211 ss., ove si rileva che la nozione di paesaggio indicata dall'art. 131, d.lgs. n. 42/2004 e le definizioni dell'art. 136 conducono a ritenere che l'individuazione dei beni paesaggistici non sia caratterizzata dall'attenzione alla rilevanza estetica dei beni limitata alla visione panoramica e all'aspetto visivo, ma soprattutto tenda alla conservazione delle caratteristiche di un bene per i profili espressivi di "identità". Tale nozione rinvia ad un insieme di valori ed elementi di carattere storico, economico, sociale, antropologico.

²⁰ A. BERLUCCHI, *Il parere tardivo espresso dalla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 d. lgs. n. 2004/42: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 1, 128 ss.

²¹ P. CARPENTIERI, *Interesse paesaggistico e procedimenti autorizzativi*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 2, 219 ss., ove l'A. sostiene che «interrogarsi sull'interesse paesaggistico (ossia su quel "notevole interesse pubblico" attorno al quale è ordita l'intera trama normativa e amministrativa della Parte III del vigente Codice di settore) significa interrogarsi non solo e non tanto su che cosa è "paesaggio" in generale, ma anche e soprattutto su quali sono gli oggetti (discreti), gli episodi di vita concreti, i rapporti specifici, gli interventi e le attività determinanti, con i quali il potere funzionale autorizzativo si confronta in particolare (naturalmente, tra le due dimensioni — quella generale inerente il paesaggio e quella particolare inerente l'esercizio della funzione autorizzativa — opera un nesso dialettico, l'una essendo la sintesi della seconda, che ne costituisce l'analisi, un po' come avviene, con le debite distinzioni e precisazioni, nel rapporto tra paesaggio e beni paesaggistici)».

²² Si veda, in particolare, V. PARISIO, *Art. 146*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, 2015, Padova, 145 ss.

²³ Per completezza, si evidenzia che la disciplina autorizzatoria non si esaurisce con il solo art. 146 cit. (oggetto della presente analisi). Più nel dettaglio, si segnala anche il regolamento n. 31/2017, recante la disciplina degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata, distinguendo gli interventi e le opere "libere" o "esenti", non soggetti ad autorizzazione paesaggistica, e gli interventi e le opere di lieve entità, soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato.



beni tale da pregiudicare quei valori, naturali ed estetici e storico-culturali, che rappresentano percepibili manifestazioni di identità del paesaggio»²⁴.

Più nel dettaglio, l'art. 146, comma 1, stabilisce che i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione. Il successivo comma 2, poi, dispone che i soggetti di cui al comma 1 hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione²⁵. La previsione della documentazione posta a corredo dell'istanza è preordinata proprio alla verifica della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato (art. 146, comma 3)²⁶. Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica è competente la Regione, che deve previamente acquisire il parere vincolante del Soprintendente, che deve rendere il proprio parere sulla compatibilità paesaggistica entro il termine indicato dalla norma²⁷. L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, successivamente alle verifiche di cui all'art. 146, comma 7, entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, effettua quindi gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al Soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, e dà comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento e dell'avvenuta trasmissione degli atti al Soprintendente.

Ai sensi del comma 8 dell'art. 146 cit., il Soprintendente rende il parere limitatamente alla compatibilità paesaggistica dell'intervento progettato e alla conformità dello stesso alle

²⁴ G. MARI, *op. cit.*, 103 ss.

²⁵ La connessione tra i due indicati commi sta nell'obbligo di chiedere la preventiva autorizzazione solo se il "progetto degli interventi" e i "lavori" da avviare possano, almeno in astratto, introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione. Lo scopo è esattamente quello «di impedire che i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili e aree di interesse paesaggistico possano introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione» (M. Sinisi, *op. cit.*).

²⁶ L'importanza di tale verifica è sottolineata dalla previsione secondo cui essa costituisce "atto autonomo e presupposto" rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio (art. 146, comma 4) ed è anche il motivo per cui, fuori dai casi previsti dalla legge, è preclusa la possibilità di rilasciare l'autorizzazione in sanatoria, successivamente alla realizzazione degli interventi.

²⁷ Ai sensi del comma 5 dell'art. 146, «sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del Soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione».



disposizioni contenute nel piano paesaggistico entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità²⁸.

In virtù del disposto di cui al successivo comma 9, decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione

²⁹.

2.1. (segue) il parere soprintendentizio al cospetto del silenzio assenso tra P.A..

L'attuale formulazione dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 rende centrale il ruolo della Soprintendenza, muovendo dalla considerazione della "supremazia" del paesaggio, in particolar modo qualora venga in conflitto con altri valori. In particolare, l'oggetto e l'ampiezza dell'intervento del Soprintendente si deduce dal tenore del comma 8 dell'art. 146: si tratta di un atto a contenuto decisorio e di un giudizio di merito tecnico-discrezionale³⁰. Il Soprintendente si esprime circa la compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo insieme nonché sulla conformità di tale intervento con le previsioni del piano paesaggistico e/o con quelle dell'art. 140 del codice, entro il termine di 45 giorni decorrente dalla ricezione degli atti. Più nel dettaglio, nell'ipotesi di cui al comma 8, il parere del Soprintendente assume la natura di atto decisorio o meglio di "atto di codecisione"³¹ e ha natura vincolante, pertanto l'amministrazione precedente non potrà disattenderlo, salva

²⁸ Sul tema, da ultimo, si veda R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, 2020, Torino, 134 ss.

²⁹ Art. 146, comma 9, come modificato dal c.d. "Sblocca Italia". La versione antecedente prevedeva la possibilità per l'amministrazione competente di indire una conferenza di servizi che avrebbe dovuto pronunciarsi nel termine "perentorio" di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, l'amministrazione competente provvedeva sulla domanda di autorizzazione. L'obiettivo della suddetta riforma legislativa, dichiarato nella relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione del decreto Sblocca Italia, era quello di fornire una «chiarificazione circa la prescindibilità del parere del soprintendente», ciò al fine di «evitare rallentamenti nella conclusione dei procedimenti» e di «superare gli orientamenti spesso contrastanti».

³⁰ T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 giugno 2015 n. 1261, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 febbraio 2011, n. 224, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 marzo 2011 n. 440 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 giugno 2009 n. 448, in *giustizia-amministrativa.it.*, in cui si afferma che le valutazioni di compatibilità ambientale «concretano un apprezzamento tecnico discrezionale rispetto al quale il sindacato del giudice è circoscritto alle situazioni connotate da evidenti illegittimità e da incongruenze manifeste, mentre non può tradursi nella formulazione di giudizi che spettano solo all'autorità competente». Secondo poi T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 24 dicembre 2007 n. 398, in *giustizia-amministrativa.it.*, non è ammissibile la surrogazione delle valutazioni tecniche spettanti alle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini.

³¹ Secondo la giurisprudenza, la funzione esercitata dalla Soprintendenza, benché consultiva «assume valenza, in sostanza, di tipo co-decisionale rispetto alla determinazione di autorizzazione paesaggistica» (Cons. Stato, sez. VI, 04 giugno 2015, n. 2751, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 768 ss.). Con l'entrata in vigore nel 2010 dell'art. 146 cit., «la Soprintendenza esercita, non più un sindacato di legittimità ex post [...] sulla autorizzazione già rilasciata dalla regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento, ma un potere che consente di effettuare ex ante valutazioni di merito amministrativo, con poteri di cogestione del vincolo paesaggistico» (inter alia, Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2019, n. 3870, in *giustizia-amministrativa.it.*).



l'ipotesi in cui risulti che il parere sia stato reso sulla base di atti o fatti palesemente erronei o travisati³². Nonostante i plurimi interventi del legislatore sulla normativa *de qua* – con il decreto c.d. “Sblocca Italia” e con la c.d. “legge Madia”³³ – restano, tutt’oggi, irrisolte alcune questioni fondamentali relative alle funzioni della Soprintendenza, vale a dire (i) l’effetto dell’inerzia del Soprintendente e (ii) la possibilità di prescindere dal relativo parere³⁴.

Orbene, secondo una prima ricostruzione interpretativa, la Soprintendenza conserverebbe il potere consultivo; pertanto, il parere tardivo avrebbe comunque natura vincolante, se intervenuto prima della conclusione del procedimento (risultando altrimenti legittimo ma *inutiliter* dato). L’inerzia della Soprintendenza, quindi, avrebbe il solo effetto di consentire all’amministrazione competente di concludere il procedimento senza dover attendere il parere³⁵. In base ad un secondo orientamento, il parere tardivo perderebbe il carattere vincolante, diventando autonomamente valutabile tra i materiali istruttori dall’amministrazione competente sull’autorizzazione; il silenzio avrebbe quindi un effetto devolutivo, comportando l’assunzione del pieno potere decisorio sulla istanza di autorizzazione in capo alla regione o all’ente delegato³⁶. Infine, in base ad una terza opzione,

³² A. BERLUCCHI, *op. cit.*, 130 ss. Secondo l’A., «l’atto autorizzatorio, in buona sostanza, viene deciso sostanzialmente nel suo contenuto dalla Soprintendenza ma formalmente imputato all’ente subdelegato, solitamente il Comune».

³³ Prima della riforma *de qua* (l. n. 124 del 2015), secondo quanto stabilito dall’art. 146 del Codice del paesaggio, l’autorità competente alla gestione del vincolo - di regola il Comune, delegato dalla Regione - doveva provvedere sulla domanda del privato entro 60 giorni, acquisito il parere del Soprintendente (obbligatorio e vincolante fino alla conformazione o adeguamento della strumentazione urbanistica alla nuova pianificazione paesaggistica), da rendere entro 45 giorni dalla ricezione degli atti. Si parlava, allora, di “silenzio devolutivo”, nel senso che, decorso inutilmente il termine senza che la Soprintendenza avesse comunicato il parere, il Comune aveva il dovere funzionale di decidere da solo e doveva provvedere sulla domanda (cfr. art. 146, comma 9: “*Decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l’amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*”). In caso di inerzia del Comune e di inutile decorso di questo termine, non essendo tale fattispecie tipizzata e resa significativa in alcun senso - né positivo, né negativo - dalla legge, e non potendosi, come si è visto, fare applicazione dell’articolo 20 della legge n. 241 del 1990, si aveva a che fare con una normale ipotesi di inerzia non significativa della p.a. di silenzio-inadempimento, ricorribile dinanzi al Tar ex articolo 117 c.p.a. cfr. Contributo di Piero Carpentieri, Consigliere di Stato, 11.04.2022.

³⁴ Sull’attività consultiva e pareri in generale si vedano *ex plurimis*: A. AMORTH, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Amm. civ.*, 1961, 397 ss.; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, 1974, Milano, 35 ss.; C. BARBATI, *L’attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 132 ss.; V. PARISIO, *Novità e conferme nella disciplina degli atti consultivi prevista nella l. 15 maggio 1997 n. 127*, in *AA.VV.*, *Semplificazione dell’azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della l. 15 maggio 1997 n. 127*, 1998, Milano, 68 ss.; G. GHETTI, *La consulenza amministrativa*, 1974, Padova, 198 ss.; F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, 1945, Milano, 44 ss.; V. PARISIO, *L’attività consultiva*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, 2011, Milano, 324 ss.; M. NICOSIA, *Il procedimento amministrativo: principi e materiali. Commento alla l. 241/1990 e alla sua attuazione con i d.p.r. 300 e 352/1992*, 1992, Napoli, 138 ss.

³⁵ Si segnalano T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21 settembre 2006, n. 669; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 febbraio 2014 n. 459, tutte in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 04 ottobre 2013, n. 4914, in *Urb e app.*, 2013, 12, 1344 ss.

³⁶ Si vedano, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1561, in *giustizia-amministrativa.it*; *Id.*, sez. VI, 27 aprile 2015 n. 2136, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 775 ss.; *Id.*, sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 4927, in *giustizia-*



il decorso dei 45 giorni determinerebbe la consumazione del potere consultivo e l'eventuale parere tardivo sarebbe nullo per carenza di potere³⁷. L'opinione prevalente in giurisprudenza è la seconda³⁸, in base alla quale, scaduto il termine previsto dalla norma, il parere reso dalla Soprintendenza, è da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante, statuendosi peraltro che la decorrenza del termine non ne impedisce comunque *tout court* l'espressione³⁹. Sul punto, pare opportuno rilevare, però, che l'art. 16 della l. n. 241/1990 – nel dettare una disciplina generale di semplificazione dei pareri e nel prevedere una forma di semplificazione, in caso di pareri obbligatori non resi nel termine previsto⁴⁰ – esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione quelli resi da amministrazioni preposte, tra l'altro, alla tutela paesaggistica⁴¹. La *ratio* dell'eccezione alla regola generale della "prescindibilità" risiede nel fatto che si tratta di valori di assoluta

amministrativa.it; *Id.*, sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2016, 3, 1204 ss.; *Id.*, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁷ T.A.R. Veneto, sez. II, 14 novembre 2013 n. 1295, in *giustizia-amministrativa.it*. Secondo altra giurisprudenza la mancanza del parere vincolante avrebbe imposto all'amministrazione competente di concludere il procedimento dichiarando l'improcedibilità (con conseguente possibilità dell'interessato di ricorrere avverso l'inerzia e di chiedere il risarcimento del danno da ritardo: in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4914, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 4, 322 ss.).

³⁸ *Ex plurimis*, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 24 luglio 2013, n. 1739; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 2267, 2015; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 20 gennaio 2016, n. 41; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 settembre 2016 n. 1446, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁹ In sintesi, da un lato v'è chi sostiene che il parere trasmesso o formulato oltre il termine «*deve essere considerato privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge, dunque privo di valenza obbligatoria e vincolante*» (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 24 maggio 2021, n. 3431; *Id.*, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 271; Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2020, n. 388, tutte in *giustizia-amministrativa.it*). In termini ancora più netti T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 29 novembre 2021, n. 2589, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui il parere deve dichiararsi inefficace e non semplicemente privo di "carattere vincolante". Un contrario orientamento di una parte della giurisprudenza afferma, invece, che il decorso del termine di 45 giorni non precluderebbe «*alla Soprintendenza stessa di provvedere e neppure sottrae al parere tardivo la sua ordinaria attitudine conformativa; non vi è, infatti, nell'invocato art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio alcuna espressa comminatoria di decadenza della Soprintendenza dall'esercizio del relativo potere, una volta decorso il termine ivi previsto*». Più di recente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 07 febbraio 2022, n. 169, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui l'effetto della trasmissione tardiva del parere della Soprintendenza non è la consumazione del potere o la trasformazione del valore del parere da vincolante in non vincolante, «*ma da un lato "l'esigibilità" dell'obbligo di concludere la fase del procedimento con possibile ricorribilità al g.a. da parte del privato con il ricorso per silenzio e dall'altro lato la prescindibilità dello stesso parere da parte dell'Autorità procedente, con la conseguenza che la decisione viene rimessa alla sua esclusiva responsabilità*».

⁴⁰ Con riguardo a tale articolo, autorevole dottrina (V. PARISIO) ha chiarito come i poteri vincolanti vadano esclusi dal relativo ambito di applicazione altrimenti ricorrendo l'interprete in «*un insanabile contraddizione logica, in quanto un parere definito dalla legge come vincolante finirebbe di fatto col perdere tale sua qualificazione se si riconoscesse all'amministrazione attiva la possibilità di prescindere*»; V. PARISIO, *Art. 16, Op. cit.*

⁴¹ Sulla non applicabilità del silenzio assenso al parere della soprintendenza ex art. 16, 17 e 20 l. n. 241/1990, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 febbraio 2012, n. 685; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 03 settembre 2015, n. 11030, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.



preminenza, la cui tutela costituisce un limite alla piena applicazione degli istituti di semplificazione amministrativa⁴².

In tale contesto, dunque, si inserisce la disposizione di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Il dibattito si sposta, quindi, sulla portata generale della previsione del silenzio assenso tra amministrazioni, sancito dalla norma sopra richiamata, che coinvolgerebbe, altresì, il parere della Soprintendenza nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica⁴³. Applicabilità, si badi, comunque in controtendenza rispetto: (i) alla giurisprudenza della Corte costituzionale⁴⁴, che ha ripetutamente affermato che per il profilo paesaggistico opera il principio fondamentale della necessità di pronuncia esplicita, non potendo avere il silenzio della P.A. valore di assenso; (ii) del Consiglio di Stato, che ha rilevato più volte l'«*indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della repubblica, il che comporta che la sua cura faccia eccezione, se in conflitto con gli obiettivi di semplificazione e accelerazione amministrative*»⁴⁵.

3. Silenzio assenso e parere soprintendentizio: due istituti “inconciliabili” e “incompatibili”.

⁴² Merita una riflessione, sul punto, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria 27 luglio 2016, n. 17, in *giustizia-amministrativa.it*, la quale ha precisato che il silenzio assenso previsto dalla l. n. 394/1991 (legge quadro sulle aree protette) non è stato implicitamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 80/2005, che nell'innovare l'art. 20 l. n. 241/90, ha escluso che l'istituto del silenzio assenso possa trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica. Pur riferendosi la pronuncia ad altro contesto normativo, si può ritenere che gli interessi coinvolti e la materia specifica siano simili e che quindi i rilievi della pronuncia possano risultare qui di interesse. Le ragioni per cui il giudice amministrativo giunge a tali conclusioni sono le seguenti: a) non si rinviene un'indicazione della giurisprudenza costituzionale in senso preclusivo alla possibilità per il legislatore ordinario statale di dotarsi dello strumento di semplificazione procedimentale rappresentato dal silenzio assenso anche in materia ambientale, laddove si tratti di valutazione con tasso di discrezionalità non elevatissimo; b) neppure la giurisprudenza comunitaria ha fornito indicazioni precise in tal senso: la Corte di giustizia europea (*ex aliis*, 28 febbraio 1991, causa C-360/87; 10 giugno 2004, causa C-87/02; 26 febbraio 2011, causa C-400/08) ha ritenuto non compatibile la definizione tacita del procedimento solo quando però, per garantire effettività agli interessi tutelati (tutela della salute), fosse necessario un'espressa valutazione amministrativa quale un accertamento tecnico o una verifica. In questi casi, la previsione del silenzio assenso darebbe adito al rischio che l'amministrazione non svolga quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi. In dottrina, A. BERLUCCHI, *Op. cit.*; G. SCIULLO, *Gli interessi sensibili in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 56 ss.

⁴³ L'art. 17 *bis* riguarda, infatti, anche i pareri vincolanti (da ritenere inclusi nell'ampia nozione di “assensi comunque denominati”) resi in uno schema di provvedimento, non ponendo eccezioni per gli interessi sensibili.

⁴⁴ Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 404, in *Foro amm.*, 1998, 1321 ss.; *Id.*, 10 marzo 1998, n. 302, in *Giust. civ.*, 1998, 1390 ss.; *Id.*, 01 luglio 1992, n. 307, in *Giur. it.*, 1998, 1, 505 ss.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2378, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1306 ss. Ed ancora, «*la semplificazione procedimentale può sì perseguire l'obiettivo di speditezza del procedimento ma non surrettiziamente invertire il rapporto sostanziale tra interessi e sottrarre effettività a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale qual è la tutela del paesaggio*» (Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 4, 707 ss.).



Giova premettere, in apertura del presente paragrafo, che il filone negativo all'operatività del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica muove dal fatto che essa costituisce un provvedimento "mono-strutturato", essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte privata interessata e non della P.A. procedente⁴⁶.

In sostanza, secondo tale filone, il rapporto tra Regione/Ente locale e Soprintendenza, all'interno del procedimento di autorizzazione paesaggistica, è meramente interno, ossia finalizzato a "co-gestire" non la fase decisoria, ma quella istruttoria. Si rimarca l'estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, atteso che il parere è atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica deve essere tecnico e proprio del caso concreto. Pertanto, il parere reso tardivamente non è inefficace. Esso però non vincola la P.A. procedente, alla quale "tocca tenerne conto", valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici; ciò pure in virtù del disposto di cui al comma 9 dell'art. 146 cit., norma che istituisce una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso⁴⁷.

In sostanza, non può ritenersi mai formato il silenzio assenso *ex art. 17 bis*, comma 2, della l. n. 241/1990 da parte della Soprintendenza, poiché tale meccanismo vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "procedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta", e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a

⁴⁶ Si tratta di T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 02 novembre 2022, n. 2896, in *giustizia-amministrativa.it*. In breve, la vicenda trae origine dall'impugnazione: (i) di un diniego di autorizzazione paesaggistica, adottato dal Comune di Castellabate, sull'istanza depositata dal ricorrente, ai fini della realizzazione di un intervento di ristrutturazione edilizia con demolizione e ricostruzione ed ampliamento volumetrico del 35%; (ii) del presupposto parere contrario reso dalla Soprintendenza ai beni paesaggistici delle Province di Salerno ed Avellino. Nel caso di specie, in particolare, il parere della Soprintendenza risultava emesso dopo il decorso dei 45 giorni previsti dall'art. 146, comma 8, del D.lgs. n. 42/2004. Questa, infatti, comunicava i motivi ostativi trascorsi ormai 55 giorni dal ricevimento della detta documentazione. Il ricorrente, quindi, evidenziava in sede di gravame che, a tale ritardo, sarebbe conseguita la formazione del silenzio assenso, di cui all'art. 17 bis della l. n. 241/1990. Il TAR, in particolare, ritenendo inapplicabile l'art. 17 bis al parere paesaggistico, ha evidenziato che il parere impugnato, in quanto reso tardivamente, «è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici». Nel decidere sulle mende formulate in primo grado, il TAR ha, quindi, stabilito che da tale paradigma discendono due conseguenze: (a) l'impugnativa del parere contrario tardivo è manifestamente inammissibile, stante la sua natura non vincolante e, quindi, meramente endoprocedimentale; (b) l'impugnativa del diniego comunale è manifestamente fondata, stante la carenza, nella motivazione dell'atto, di un'autonoma valutazione sugli aspetti paesaggistici, la quale, in mancanza di un presupposto parere vincolante, si palesa doverosa. Secondo il TAR Salerno, in particolare, «il meccanismo del silenzio assenso tra amministrazioni, di cui all'art. 17 bis della l. n. 241/1990, non si applica al parere paesaggistico soprintendentizio previsto nell'ambito dell'autorizzazione *ex art. 146 del d.lgs. 42/2004*, n. 42; ne consegue che detto parere, se reso tardivamente, è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici».

⁴⁷ Si vedano, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. IV, 07 aprile 2022, n. 2584, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 3, 821 ss.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 07 febbraio 2022, n. 169, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640, in *Foro amm.*, 2021, 3, 480 ss.; Id., Sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765, in *giustizia-amministrativa.it*.



co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi (nel caso di specie, Regione e Soprintendenza)⁴⁸. Ed infatti, ancora a seguire tale filone, l'istituto del silenzio assenso di cui sopra non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva, influendo soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*, con la conseguenza che l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decedente.

Ebbene, con riferimento all'effettiva applicabilità dell'istituto sopra descritto all'autorizzazione paesaggistica, quest'ultima è il frutto di quella che viene definita dalla dottrina in termini di "cogestione del vincolo paesaggistico", affidata ai poteri concorrenti di Stato e Regioni (e, per esse, alle amministrazioni eventualmente delegate), il cui esercizio porta ad una fattispecie co-decisoria che, sulla base di una proposta motivata di accoglimento, viene in essere con il concorso di due atti distinti, il parere vincolante della Soprintendenza ed il consenso espresso dall'autorità competente al rilascio del provvedimento. A tal proposito, si ribadisce ancora una volta come, *ab origine*, non sia stata accolta con favore l'operatività del silenzio *ex art. 17 bis* cit. nel caso in cui l'atto di assenso fosse richiesto ad un'amministrazione preposta alla tutela ambientale e paesaggistico-territoriale; ciò con particolare riferimento al silenzio serbato dalla Soprintendenza chiamata a rendere il parere sulla proposta di provvedimento predisposta dalla Regione (o dall'ente da questa delegato). Come rilevato dalla dottrina, infatti, l'applicabilità dell'istituto in esame «*appare sicuramente più proporzionata e ragionevole se rapportata alle fattispecie di lieve entità individuate dal regolamento [il riferimento è al d.P.R. n. 31/2017⁴⁹], piuttosto che con riguardo alle fattispecie assoggettate ad autorizzazione paesaggistica c.d. ordinaria*»⁵⁰.

⁴⁸ Sul punto, in particolare quanto all'analisi dei profili evidenziati dall'indirizzo pretorio in commento, sia consentito il rinvio a G. DELLE CAVE, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17 bis l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)*, in *Giustizia Insieme*, 2021; ID., *In interpretazione non fit claritas: sulla duplice (anzi triplice) esegesi pretoria in materia di silenzio assenso ex art. 17 bis l. n. 241/1990 e parere paesaggistico soprintendentizio*, in *Giustizia Insieme*, 2023.

⁴⁹ Ed infatti, l'art. 11, comma 9, del d.p.r. n. 31/2017, relativo ad interventi sottoposti a procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, stabilisce che «*in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della l. 7 agosto 1990 n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica*». Sul punto, si richiamano anche le circolari MIBACT del 10 novembre 2015 e del 20 luglio 2016, ove si distingue tra procedimenti ad istanza di parte privata e quelli in cui la domanda provenga dalla P.A.: per i primi resta applicabile l'art. 20 della l. n. 241/1990 e quindi l'inclusa esclusione degli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico; «*trova invece applicazione il nuovo art. 17 bis in tutti i casi in cui la domanda provenga da una p.a. anche ove il destinatario finale dell'atto titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso sia un privato e la sua domanda sia intermediata e vincolata dallo sportello unico comunale*». Secondo quanto chiarito nella circolare, l'art. 17 bis trova poi applicazione «*qualora l'inerzia concerna pareri vincolanti in quanto atti aventi natura di codecisione*» (rientrando invece i pareri non vincolanti nell'ambito della disciplina di cui all'art. 17 della l. n. 241/1990).

⁵⁰ P. MARZARO, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi*, *op. cit.* Ciò pur a fronte delle perplessità espresse in relazione all'operatività dell'art. 17 bis della l. n. 241/1990, che l'A.



Muovendo, quindi, dalle conclusioni di tale rigido orientamento (pure maggioritario), vale la pena evidenziare come l'art. 146, ai commi 8, 9 e 10, stabilisce che se la Soprintendenza non rende entro sessanta giorni il proprio parere, può prescindere dallo stesso e l'autorità procedente è tenuta ugualmente a concludere il procedimento nei successivi venti giorni, decorsi inutilmente i quali l'interessato può richiedere alla Regione o ad altro ente competente il rilascio dell'autorizzazione in via sostitutiva.

Pertanto, rispetto al meccanismo di superamento degli arresti procedurali, l'attribuzione del valore di assenso all'inerzia della Soprintendenza, *ex se* non ostativa alla conclusione del procedimento, non presenta alcuna attitudine acceleratoria ulteriore. Nel sistema delineato dall'art. 146, in buona sostanza, l'inadempimento della Soprintendenza non possiede alcun significato sostanziale ma, al più, un effetto procedimentale-devolutivo: ed infatti, «*da un lato, l'onere istruttorio ricade interamente sull'autorità procedente, chiamata ad adottare, con congrua motivazione, il provvedimento conclusivo; dall'altro, il parere tardivamente rilasciato non è privo di rilevanza giuridica, potendosi al più discutere sul carattere vincolante o meno dello stesso*»⁵¹. Con l'applicazione dell'art. 17 *bis*, invece, il silenzio della Soprintendenza sarebbe assimilato *tout court* a un parere favorevole sulla proposta di provvedimento, sganciato quindi da una effettiva istruttoria o valutazione dell'impatto paesaggistico del progetto⁵² e rimovibile solo in autotutela (ove ne ricorrano i presupposti e nel rispetto dei limiti evidenziati dal Consiglio di Stato nel parere n. 1640/2016 cit.)⁵³.

Inoltre, l'attribuzione di un valore legale tipico di assenso a un evento di per sé neutro, quale il decorso di un intervallo di tempo, «*rischia di causare una indebita commistione tra durata del procedimento e contenuto del provvedimento*»⁵⁴. Infatti, più che l'interesse alla certezza e celerità dei tempi, le conseguenze applicative dell'istituto appaiono volte a soddisfare l'interesse sostanziale del richiedente all'ottenimento del titolo autorizzatorio, con conseguenze faticosamente ammissibili sul piano della tutela paesaggistica: se da un lato, alla luce delle diverse complessità organizzative, la probabilità che diversi sub-procedimenti di competenza ministeriale si definiscano per silenzio non è remota, dall'altro, il *favor* per

definisce «*espressione di un generale e preoccupante processo di dequotazione della tutela garantita agli interessi sensibili che caratterizza in modo sempre più netto il nostro sistema, specie all'esito della c.d. riforma Madia*».

⁵¹ F. D'ANGELO, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso "endoprocedimentale"*, in *Dir. Amm.*, 2021, 2, 231 ss.

⁵² Si pensi, poi, alla riduzione dell'incisività del ruolo attribuito alla Soprintendenza dal Codice (nelle ipotesi in cui si formi il silenzio assenso, il procedimento sarebbe reso privo di un contributo istruttorio qualificato che, storicamente, le regioni o i comuni non sono apparse in grado di offrire per ragioni politiche o organizzative; inoltre, l'istruttoria eventualmente avviata dagli organi ministeriali diverrebbe inutile e ininfluente rispetto alla determinazione finale, con vanificazione delle risorse impiegate) e al rischio di deresponsabilizzare, oltre i funzionari ministeriali, le amministrazioni precedenti.

⁵³ Tale conclusione sembrerebbe confermata dall'introduzione del comma 8 *bis* nell'art. 2 della l. n. 241/1990 ad opera del D.L. n. 76/2020, convertito dalla L. n. 120/2020, che sancisce l'inefficacia, fra gli altri, dei pareri di cui all'art. 17 *bis* adottati «*dopo la scadenza dei termini previsti [...] fermo restando quanto previsto dall'articolo 21- nonies*».

⁵⁴ F. D'ANGELO, *op. cit.*



l'assenso diminuisce considerevolmente il livello di "restrittività" della tutela, ponendosi in netto contrasto con la logica precauzionale a essa sottesa.

Sul punto, pare poi il caso di rilevare come i giudici amministrativi, pur non smentendo in maniera *tranchant* l'orientamento secondo cui il meccanismo del silenzio assenso operi anche nel caso di rilascio di autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del d.lgs. n. 42/2004⁵⁵, ne abbiano meglio specificato e delimitato la portata: il silenzio assenso di cui all'articolo 17 *bis* influisce, quindi, solo sulla fase decisoria del procedimento, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium* a seguito del quale l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito di detta istruttoria, a elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente. Le esigenze di completezza dell'istruttoria, dunque, in quanto non incise dalla formazione del silenzio assenso ex art. 17 *bis* cit., non potrebbero essere invocate per limitare l'applicazione del relativo istituto.

In sostanza, il silenzio assenso ex art. 17 *bis* della l. n. 241/90: (i) non riguarderebbe la fase istruttoria del procedimento amministrativo (che resta regolata dalla pertinente disciplina positiva), influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*; (ii) non potrebbe comunque essere inteso come un sacrificio (necessitato, in ragione delle esigenze di tempestivo esercizio del pubblico potere) in danno dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione silente.

In altri termini, il silenzio assenso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, proprio perché ispirato ai principi di efficienza e, quindi, di buon andamento amministrativo, solleciterebbe una migliore organizzazione delle risorse amministrative, garantendo al contempo l'effettiva protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti in sede procedimentale. In particolare, una volta conclusa l'istruttoria e definito lo schema di provvedimento da porre a base della successiva fase decisoria, occorre che: da un lato, l'Amministrazione interpellata agisca tempestivamente, manifestando prontamente le proprie perplessità sullo schema di provvedimento ricevuto, rappresentando eventuali esigenze istruttorie o adottando espressamente il proprio avviso su quanto richiesto; dall'altro, l'Amministrazione procedente valuti comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione interpellata in ipotesi rimasta inerte, assumendo, all'esito della formazione del silenzio assenso ex art. 17 *bis*, una decisione conclusiva del procedimento (comunque necessaria) che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito.

In tale maniera si assicura non soltanto la tempestiva adozione della decisione finale, ma anche un'adeguata protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere, pure in assenza di una determinazione espressa dell'Amministrazione interpellata.

4. L'art. 17 *bis* alla prova del procedimento paesaggistico.

⁵⁵ *Ex aliis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 07 giugno 2019, n. 3099; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 08 giugno 2017, n. 394; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 maggio 2018, n. 153, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.



Si è poi evidenziato (ancora in senso contrario all'applicabilità del silenzio assenso al parere soprintendentizio *de quo*) che non esistono ragioni di natura sostanziale per respingere il fatto che, sul parere soprintendentizio, si possa formare il silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis*, non inferendosi ciò dal mero fatto che il procedimento "principale" sia avviato ad istanza di un privato ed anzi evidenziando «che la disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, designata dall'art. 146 del D.lgs. 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso ex art. 17 *bis*»⁵⁶.

In particolare, l'ostacolo all'applicazione della norma semplificatoria sarebbe, semmai, costituito dalla scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell'art. 146, secondo cui "l'amministrazione competente", cioè la Regione o l'ente delegato, "provvede comunque": dal che si desume che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato⁵⁷.

Ora, se presupposto all'art. 146, comma 9, cit. vi fosse la formazione di un silenzio assenso ai sensi dell'art. 17 *bis*, la norma avrebbe dovuto prevedere, per coerenza, che anche in tal caso l'amministrazione procedente adottasse il provvedimento finale "in conformità": in tal caso, "in conformità" alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi. Tanto, induce a ritenere, secondo tale filone, che il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità". Ciò nondimeno, si è pure affermato che, dal punto di vista pratico, cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso *ex art. 17 bis*, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza⁵⁸.

Tuttavia, l'amministrazione procedente, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un "ripensamento" e, quindi, potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo. Pertanto, l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un "ripensamento" circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza.

⁵⁶ Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098, in *giustizia-amministrativa.it*. Per un approfondimento sulla sentenza in oggetto, cfr. S. SPERANZA, *Silenzio assenso tra P.A. e autorizzazione paesaggistica. Le prospettive del Consiglio di Stato (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 4098 del 24 maggio 2022)*, in *Giustizia Insieme*, 2022. In giurisprudenza, si vedano i riferimenti contenuti in Cons. Stato, Sez. VI, 08 gennaio 2020, n. 129; Id., sez. VI, 18 settembre 2017, n. 4369; Id., sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4315 e Id., sez. VI, 18 luglio 2017, n. 352, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁷ Cfr. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *federalismi.it*, 2020, 10.

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5799, in *giustizia-amministrativa.it*.



Sul punto, ulteriori considerazioni vanno, poi, necessariamente articolare quanto alle fattispecie di silenzio assenso per le opere minori, di cui all'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31/2017⁵⁹. In tale ipotesi, in sintesi, la formazione del silenzio assenso "endoprocedimentale" si verificherebbe solo nel caso in cui la Soprintendenza, ricevuta la proposta dalla "amministrazione procedente", rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualsiasi modo. Di conseguenza, il silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, del d.P.R. cit. deve ritenersi impedito dal fatto che la Soprintendenza, prima che si formi il silenzio assenso (e quindi, prima che sia decorso il termine di 20 giorni dal ricevimento della proposta di accoglimento, da parte della Soprintendenza), notifichi motivi ostativi all'accoglimento ai sensi dell'art. 11, comma 7. Subentrerà, a quel punto, l'obbligo per il Soprintendente di emettere il provvedimento di conferma del diniego entro il termine indicato al medesimo comma 7 (venti giorni dal ricevimento delle osservazioni o dalla scadenza del termine a tal fine assegnato), termine dal cui rispetto dipende la natura vincolante, o meno, del parere reso dal Soprintendente.

Pertanto, in sintesi: (i) se il parere negativo definitivo del Soprintendente pervenga entro il termine indicato dall'art. 11, comma 7, sarà vincolante per l'amministrazione procedente; (ii) se il parere negativo non sarà più emesso, o sarà emesso tardivamente, l'amministrazione procedente provvederà come ritiene, senza essere vincolata da alcun silenzio assenso, e quindi all'occorrenza anche potendo tenere conto dei rilievi ostativi della Soprintendenza, e a maggior ragione di un parere negativo tardivamente giunto; (iii) il parere tardivo emesso dalla Soprintendenza, ai sensi dell'art. 11, comma 7, del D.P.R. n. 31/2017, non sarà illegittimo per contrasto con un silenzio assenso già formatosi, quando sia stato preceduto dalla notifica dei motivi ostativi all'accoglimento, i quali - come detto - impediscono la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, sempre che intervengano prima del termine indicato, dal combinato disposto dell'art. 11, comma 5 e 9, per la formazione del silenzio assenso; (iv) il termine indicato dall'art. 11, comma 7, per la trasmissione dei motivi ostativi all'accoglimento (10 giorni dal ricevimento della proposta) deve intendersi meramente sollecitatorio, consumandosi il potere del Soprintendente di notificare i motivi ostativi solo nel momento in cui si forma il silenzio assenso *ex art. 17 bis*.

5. Prospettive di connubio: spunti per l'applicabilità del silenzio assenso.

Nonostante quanto sopra esposto, non può tacersi il fatto che esiste una diversa posizione, ossia di chi vede, invece, la possibilità⁶⁰ che l'istituto del silenzio assenso sia pienamente

⁵⁹ In particolare, ai sensi dell'art. 11 cit., l'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza, verifica preliminarmente se l'intervento non rientri nelle fattispecie escluse dall'autorizzazione paesaggistica di cui all'Allegato A, ovvero all'articolo 149 del Codice del paesaggio, oppure se sia assoggettato al regime autorizzatorio ordinario, di cui all'articolo 146 del d.lgs. n. 42/2004. Il comma 9 richiamato, poi, espressamente specifica che "in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica".

⁶⁰ Trattasi di T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 ottobre 2022, n. 6303. Si evidenzia che altre sentenze, pur non affrontando il tema dell'operatività dell'art. 17 *bis*, definiscono il parere della Soprintendenza «*espressione di gestione attiva del vincolo paesaggistico*» (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21



applicabile al parere della Soprintendenza⁶¹; ciò sull'assunto che tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluristrutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione. A tali pareri, si applicherebbe pertanto l'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17. Dunque, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17 *bis* consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso⁶².

Ed infatti - sul piano generale -, qualora la richiesta di assenso non promani dal privato, bensì afferisca ai rapporti orizzontali tra pubbliche amministrazioni, il legislatore ha tracciato un istituto molto semplificato che consente espressamente la formazione del silenzio assenso, entro il termine definito dalla normativa di settore, ovvero, in mancanza di diversa previsione, in novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione precedente; decorso siffatto termine senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.

In buona sostanza, la formazione di atti di assenso per *silentium* costituisce istituto in "diretta funzione" dell'efficiente esercizio del pubblico potere⁶³, con il precipuo scopo di evitare che, ove il procedimento debba concludersi con l'adozione di una decisione pluristrutturata implicante un accordo tra più Amministrazioni codecidenti, la condotta inerte dell'Amministrazione interpellata possa produrre un arresto del procedimento, impedendo la tempestiva adozione della determinazione conclusiva⁶⁴.

Muovendo dal dato normativo applicabile, in particolare, si evidenzia che il parere in esame costituisce espressione di "cogestione attiva" del vincolo paesaggistico, nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza. Se così è, ad esso ben si attaglierebbero le argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, col parere n. 1640/2016 cit., secondo cui: (i) l'art. 17 *bis* opera in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata (nel senso che la decisione finale da parte dell'amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione), per i quali il silenzio dell'amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna

novembre 2016, n. 4843; Id., sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2358, in *giustizia-amministrativa.it*), «nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza».

⁶¹ Cfr., in particolare, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 30 novembre 2020, n. 1811, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶² Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, reso su uno specifico quesito posto dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; Id., sez. VI, 01 ottobre 2019, n. 6556; Id., sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; Id., sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶³ Si veda Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2022, n. 7293, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁴ È evidente, però, che un "tacito assenso" può formarsi solo alla tassativa condizione che l'Amministrazione coinvolta abbia piena e completa cognizione del tipo di provvedimento che si intende assumere; si veda Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2020, n. 4765; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 29 marzo 2021, n. 821, in *giustizia-amministrativa.it*.



volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato *ope legis* a un atto di assenso e consente all'amministrazione precedente l'adozione del provvedimento conclusivo; (ii) l'art. 17 *bis* è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del *nomen iuris*, abbia valenza codecisoria. In base a tali considerazioni, deve, allora, ritenersi che la disposizione sia applicabile anche ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della l. n. 241 del 1990. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'amministrazione preposta alla loro cura; (iii) l'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dev'essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'amministrazione precedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto.

Orbene, configurandosi come ipotesi di "cogestione attiva" del vincolo paesaggistico, il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 rientrerebbe a pieno titolo tra le decisioni pluristrutturate, nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'amministrazione precedente deve, per obbligo di legge, acquisire l'assenso vincolante di un'altra amministrazione. Esso è dunque reso nell'ambito di un rapporto intersoggettivo di tipo orizzontale, intercorrente tra due pubbliche amministrazioni, l'una proponente e l'altra deliberante. Inoltre, l'espressa qualificazione in termini provvedimentali, data dal legislatore al parere ("in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241")⁶⁵, rende concepibile che su di esso possa formarsi il silenzio assenso⁶⁶.

L'indicato rapporto pubblico intersoggettivo, poi, non va confuso col diverso rapporto, di tipo verticale, intercorrente tra amministrazione precedente (Regione o ente delegato) e privato, culminante nel provvedimento di rilascio o diniego dell'autorizzazione paesaggistica e riguardo al quale il silenzio assenso non può evidentemente operare⁶⁷. Né va

⁶⁵ Tutto ciò determina l'operatività, quindi, del silenzio assenso, che «*si applica ad ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso*» (cfr. parere n. 1640/2016 cit.).

⁶⁶ Secondo l'orientamento pretorio in esame non deve sfuggire, peraltro, il parallelismo procedurale esistente tra le disposizioni di cui: (a) ai commi 7 e 8 dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, in base ai quali "l'amministrazione [...] trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa, nonché con una proposta di provvedimento. Il soprintendente rende il parere [...] entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti"; (b) al comma 1 dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990, in base al quale "le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta, entro trenta giorni [novanta, nelle ipotesi di cui al comma 3] dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione precedente".

⁶⁷ Non è infatti possibile sostenere che, nella fattispecie, la Regione svolga un compito puramente servente rispetto all'amministrazione realmente munita del potere di decidere (attraverso il parere vincolante): vuoi perché la legge dispone che "sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione", vuoi perché quest'ultima, oltre ad essere titolare del potere di decidere in via



confuso con la decisione “monostrutturata” - rinvenibile, ad esempio, nei casi di gestione di pratiche tramite SUAP -, dove l’amministrazione precedente assume un ruolo meramente formale (raccolge e trasmette l’istanza all’amministrazione unica decidente). In questo caso, infatti, non essendoci un’amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un’ipotesi silenzio assenso nei rapporti (non endoprocedimentali, ma) con i privati.

Infine, verso l’applicabilità dell’art. 17 *bis* della l. n. 241 del 1990 al parere *ex art.* 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, deporrebbe anche l’art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017, in tema di procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, che recita: “in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell’art. 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l’amministrazione precedente provvede al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica”. È evidente come la suddetta norma, di rango regolamentare, non può certo essere in contrasto con la disciplina primaria, così da trasformare, sia pur nell’ambito di un regime semplificato, un rapporto verticale concepito dalla legge come “monostrutturato” (cui non è applicabile l’art. 17 *bis*) in un rapporto orizzontale “pluristrutturato” (cui è applicabile l’art. 17 *bis*)⁶⁸.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra esposto, è doveroso evidenziare, in primissima battuta, come le esigenze di accelerazione dell’azione amministrativa (favorite e incentivate anche attraverso l’applicazione di istituti come quello del silenzio assenso tra P.A.) non possono frustrare, *tout court*, alcune garanzie minime a tutela di interessi particolarmente sensibili, come quelli inerenti alla salvaguardia del paesaggio⁶⁹. Proprio con riferimento a questi ultimi, poi, è lo stesso legislatore ad aver individuato un equo punto di stabilità fra la tutela di un valore di rilievo costituzionale (la tutela del paesaggio) e l’esigenza - ugualmente rilevante anche ai fini costituzionali - di assicurare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i poteri della Soprintendenza debbano essere esercitati entro un termine sicuramente congruo ma allo stesso tempo certo e non superabile⁷⁰.

esclusiva sugli aspetti urbanistico-edilizi, è tenuta ad esprimersi direttamente sugli aspetti paesaggistici, attraverso le valutazioni della commissione per il paesaggio ed il conseguente potere di proposta.

⁶⁸ In questo senso, peraltro, si era pronunciato l’Ufficio legislativo del Ministero dei beni culturali all’indomani dell’introduzione dell’art. 17 *bis* (si veda il parere 0021892/20 del 20 luglio 2016, precisazioni alla nota circolare prot. 27158 del 10 novembre 2016, e parere 002323 del 20 settembre 2018).

⁶⁹ D’altra parte, vi è una tendenza dell’ordinamento ad attribuire carattere sempre più generale all’istituto del silenzio assenso, come evidenziato anche dalle più recenti riforme, in particolare i d.l. “Semplificazione” n. 76/2020 e n. 77/2021. Peraltro, la modifica legislativa dell’art.17 *bis* (ora rubricato “Effetti del silenzio e dell’inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici”, che ha sostituito le parole “silenzio assenso” con le parole “effetti del silenzio e dell’inerzia nei rapporti”), ha reso sicuramente più problematica la figura generale del silenzio assenso.

⁷⁰ Si vedano pure le conclusioni già enucleate in G. DELLE CAVE, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A., op. cit.*



Ancora, circa l'applicabilità degli strumenti di semplificazione amministrativa – tra cui certamente rientra l'istituto del silenzio tra amministrazioni *ex art. 17 bis* della l. n. 241/1990 – alla fattispecie qui esaminata, pare doveroso evidenziare come il concetto stesso di “semplificazione” implica *ex se* lo snellimento e l'alleggerimento delle forme di esercizio del potere, eliminando superflue duplicazioni o sovrapposizioni delle fasi procedurali attribuite a sfere di competenza differenti (o ad amministrazioni diverse) per la soluzione del c.d. “problema amministrativo”. Se è vero, quindi, che la semplificazione si traduce in uno strumento atto alla realizzazione di quel cristallino principio di buon andamento della P.A. (ai sensi dell'art. 97 Cost.) e dei connessi valori di efficacia ed efficienza dell'azione pubblica, ciò non implica, tuttavia, che sia possibile prevedere aprioristicamente tutti i casi in cui detta semplificazione possa ritenersi adeguata e soddisfacente⁷¹.

Nella prospettiva dell'art. 17 *bis* cit., il ragionamento da applicarsi deve temperare due considerazioni di natura divergente: da un lato, la generale estensione del silenzio assenso alle P.A. anche nelle materie sensibili (come il paesaggio) rappresenta certamente un passaggio importante, dal momento che è proprio in tali settori che l'inerzia amministrativa sembrerebbe avere un maggiore impatto (nonostante la palese delicatezza degli interessi in gioco); dall'altro, la supremazia di alcuni interessi pubblici rende quantomeno doveroso un effettivo bilanciamento e una certissima ponderazione con altri interessi rilevanti⁷². A ciò si aggiunga che la recente riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.⁷³ - checché relativa all'introduzione della tutela dell'ambiente come principio fondamentale della Repubblica - pare proprio rimarcare, in chiave ermeneutica, che l'ambiente, così come il paesaggio stesso, non possano essere considerati come una mera *res* quanto, piuttosto, come valori primari costituzionalmente protetti (*rectius*, “tutelati”)⁷⁴; valori, quindi, che non possono essere salvaguardati mediante il semplice silenzio, ma devono trovare sempre un meccanismo

⁷¹ Come evidenziato in dottrina (A. DEL PRETE, *op. cit.*), «*se da un lato si possono tendenzialmente ritenere compatibili con la tutela di interessi sensibili [...] moduli di semplificazione consistenti nel coordinamento ed unificazione di procedimenti connessi, più delicato è il discorso in relazione a quei sistemi che consentano di prescindere dal pronunciamento dell'amministrazione. E ciò sia per il valore costituzionale dell'interesse tutelato, che impone un'adeguata istruttoria e ponderazione, sia anche per le peculiari caratteristiche che connotano le autorizzazioni in materia ambientale, come quelle relative al paesaggio e ai beni culturali*».

⁷² In tal senso, è stato suggerito da parte della dottrina di escludere i procedimenti ad elevato contenuto discrezionale, applicando il criterio della differenziazione dei livelli e delle modalità procedurali, sulla scorta di quanto già avviene per i rapporti tra P.A. e privati.

⁷³ In dottrina, si veda A. MORRONE, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, 2022; A. ROMANO, A. CIOFFI, *Un primo sguardo sulle questioni aperte*, introduzione all'incontro *Art. 9 e Costituzione: interessi e territorio, alla ricerca di un equilibrio*, in *apertacontrada.it*, con relazioni di S. AMOROSINO, F. DE LEONARDIS, *Paesaggio e ambiente, art. 9 e art. 41 Cost., una lettura attuale*; G. ROSSI, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione tra continuità e innovazione*, Università di Pisa e *Riv. quadr. dir. amb.*, 2022; I. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *federalismi.it*, 2021; T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 2021, 16. In senso critico, G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa, modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 2021; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi.it*, 2021, che criticamente osserva come «*l'elenco formulato sia fuorviante, poco chiaro e foriero di numerosi possibili conflitti in merito ad una possibile interpretazione costituzionalmente orientata. Il problema è che spesso quando si dice troppo, in realtà non si dice nulla*». Cfr. pure A.L. DE CESARIS, *Ambiente e Costituzione*, in *federalismi.it*, 2021.



normativo che preveda un soggetto istituzionalmente preposto che valuti se vi siano o meno conseguenze pregiudizievoli (si veda, non a caso, anche la “nuova” gerarchia dei valori all’interno delle restrizioni apponibili alla libertà di impresa *ex art. 41 Cost.*, ove i limiti di “ambiente” e “salute” sono chiaramente anteposti a quelli già vigenti⁷⁵). Se da un lato, quindi, la ricaduta della suddetta novella sulla sfera dell’attività amministrativa è certamente l’ineluttabilità di un confronto - paritario, puntuale e nel merito (“contesto fisico per contesto”⁷⁶) - degli e sugli interessi sensibili in gioco, dall’altro pare comunque che i “rimarcati” principi fondamentali di tutela dell’ambiente (e del paesaggio) non possano essere sacrificati sull’altare dei meccanismi di silenzio assenso, a maggior ragione se ci si basa sul mero tenore delle disposizioni normative in sé considerate e non sulle conseguenze che possono derivare dalla loro applicazione (*i.e.* l’effetto “pratico” contrastante con i principi costituzionali⁷⁷).

Orbene, alla luce di quanto sopra detto, una possibile soluzione al problema applicativo (e interpretativo) dell’istituto del silenzio assenso al procedimento di autorizzazione paesaggistica potrebbe essere quella di riaffermare il valore di “inadempimento” collegato al silenzio della Soprintendenza, superando l’infelice coordinamento con le previsioni di cui all’art. 17 *bis* cit. Ciò in aggiunta ad una più puntuale definizione del perimetro di efficacia del parere tardivamente rilasciato, attraverso il riconoscimento esplicito allo stesso di una - certamente circoscritta e delimitata - valenza, così sottraendolo, peraltro, all’applicazione della scure dell’inefficacia sancita dal neo comma 8 *bis* dell’art. 2 della l. n. 241/1990⁷⁸. In tal caso, però, il silenzio assumerebbe un carattere quasi “devolutivo”⁷⁹, con conseguente

⁷⁴ Ed infatti l’art. 9 della Costituzione prevede, letteralmente, che la Repubblica “tutela” il paesaggio (comma 2) e l’ambiente (comma 3). Non si fa, quindi, riferimento a concetti - se si vuole, più “soft” - come “vigilanza” (esemplificativo di atteggiamenti passivi) e/o “protezione” (es. di difesa puntuale estemporanea a seguito di un attacco): lo Stato, con riferimento a detti beni, “tutela”, laddove quest’ultimo concetto non racchiude una protezione emergenziale, ma sistematica e preventiva, apparentemente incompatibile, dunque, con i risvolti di un silenzio.

⁷⁵ Si veda, in dottrina, C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale “dell’ambiente”: un profilo critico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, 119 ss.

⁷⁶ Cfr. S. AMOROSINO, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell’ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 4, 261 ss.

⁷⁷ Nel caso in commento, la violazione del dettame costituzionale avverrebbe «*in modo subdolo ma palese, posto che il silenzio assenso in realtà sostituisce l’oggetto dell’autorizzazione paesaggista, dall’impatto sul paesaggio [...] alla mera attività che lo procede*»; A. DI BLASI, *Beni ambientali. Gli effetti del silenzio assenso e tutela dell’art. 9 Cost, i limiti della discrezionalità del legislatore*, in *lexambiente.it*, 2019; M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2012, Milano, 3 ss.

⁷⁸ In particolare, il comma 8 *bis* dell’art. 2 della l. n. 241/1990, introdotto dal d. l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), sancisce, in estrema sintesi, l’inefficacia del provvedimento emanato oltre i termini procedurali in tutti i casi in cui operi il regime del silenzio assenso, nonché nelle ipotesi di SCIA. Per una approfondita analisi, si veda M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L’inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020. Anche sulla base di questa disposizione, si è giunti a considerare irrilevante, in quanto privo di effetti nei confronti dell’autorità competente, il parere tardivo della Soprintendenza.

⁷⁹ Si evidenzia che la differenza sostanziale tra silenzio “devolutivo” e silenzio “assenso” sta nel fatto che, nel primo caso, l’autorizzazione paesaggistica è imputata esclusivamente all’ente territoriale che l’ha rilasciata, mentre - nel secondo caso - essa si intesta in “co-decisione” a entrambe le amministrazioni.



responsabilizzazione dell'autorità procedente nell'assunzione della decisione finale e incentivazione della stessa all'utilizzo del parere adottato tardivamente, soprattutto se di segno contrario al progetto autorizzando o recante prescrizioni⁸⁰.

In definitiva, date le perimetrare remore di cui sopra (in particolare quelle riferite al contesto costituzionale), non parrebbe applicabile *tout court* il disposto di cui all'art. 17 *bis* al procedimento disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, nemmeno se "limitato" alla sola pronuncia del parere della Soprintendenza⁸¹; diversamente, in caso di inerzia del Comune e l'inutile decorso del termine finale di conclusione del procedimento, e dunque del rapporto "verticale" verso il privato, ben si potrebbe configurare un'ipotesi di silenzio inadempimento, ricorribile *ex art.* 117 c.p.a.

Soluzione, quest'ultima, che sembrerebbe tutelare sia le esigenze di accelerazione procedimentale che di tutela del bene paesaggistico, sia la certezza del diritto e la sua uniforme applicazione.

⁸⁰ F. D'ANGELO, *op. cit.*

⁸¹ L'art. 17 *bis* in commento, insomma, si potrà applicare al procedimento di cui all'art. 146 cit. limitatamente, come detto, al rapporto "orizzontale" tra Soprintendenza e Comune, solo fin quando il parere della soprintendenza conserverà il suo effetto vincolante, ma non più quando il suddetto parere cesserà di essere vincolante e resterà solo obbligatorio. Come pure evidenziato in dottrina, venuta meno, infatti, in tal caso, la sua natura decisoria, «esso ricadrà nell'ambito applicativo della diversa previsione di cui all'art. 17, comma 2, della l. n. 241 del 1990, in quanto mero parere consultivo tecnico reso da un'amministrazione preposta alla tutela paesaggistico-territoriale (neppure, dunque, surrogabile mediante le valutazioni tecniche di altri organi dell'amministrazione pubblica o di enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero di istituti universitari, trattandosi — giusta la disposizione del comma 2 del citato art. 17 — di valutazioni che devono essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini)». Si veda, recentemente, P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, 77 ss.



LA NOMOFILACHIA E I SUOI PERICOLI.

Giuliano Scarselli

Professore ordinario nell'Università di Siena – Avvocato

“Art. 101 Costituzione, la norma per la quale i magistrati sono soggetti soltanto alla legge, dove l’accento cade sull’avverbio –soltanto-.....essa comanda la disobbedienza a ciò che la legge non è, disobbedienza al pasoliniano palazzo, disobbedienza ai potentati economici, disobbedienza alla stessa interpretazione degli altri giudici, e dunque libertà interpretativa.”

Giuseppe Borrè, Le scelte di magistratura democratica, in www.Questionegiustizia.it.

SOMMARIO: 1. Premessa. Nomofilachia e vincolatività dei precedenti della Cassazione. La necessità di ripercorrere il cammino. 2. Nessuna menzione della nomofilachia nella normativa degli Stati preunitari e poi nella legge di ordinamento giudiziario del Regno d’Italia r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626. 3. Nessuna menzione della nomofilachia nella legge di ordinamento giudiziario del fascismo r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786. 4. La nomofilachia presente per la prima volta nella legge di ordinamento giudiziario r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 ma non nel codice di procedura civile del ’40 (r.d. 28 ottobre 1940 n. 1443). 5. La bocciatura della rilevanza costituzionale della nomofilachia nei lavori dell’Assemblea costituente. 6. *Segue:* nessuna menzione della nomofilachia, infatti, nella carta costituzionale. 7. La prima valorizzazione del principio di nomofilachia con l’emersione della crisi della Cassazione quanto a carichi di lavoro. 8. La creazione della contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* quale ulteriore momento rafforzativo della funzione di nomofilachia. 9. Il successivo ulteriore sviluppo del concetto di nomofilachia. 10. Qualche riflessione conclusiva in difesa della libertà di interpretazione della legge da parte della magistratura.

1. Io credo sia sotto gli occhi di tutti che da un pò di tempo il concetto di nomofilachia si è modificato, ovvero si è molto esteso, fino, direi, a confondersi e sovrapporsi a quello della vincolatività dei precedenti della Corte di Cassazione, soprattutto se provenienti dalle Sezioni unite.

In nome del trattamento paritario di tutti i cittadini di fronte alla legge, in nome della prevedibilità delle decisioni, e in nome della certezza del diritto, nomofilachia oggi significa che i giudici debbano, salve rarissime eccezioni, conformarsi agli orientamenti della Cassazione, con meccanismi non molto diversi da quelli della *stare decisis* del sistema di *common law*.



Per dare una idea di questo più incisivo modo di intendere la nomofilachia credo che niente possa essere più eloquente se non riportare l'opinione di nostri magistrati di assoluto primordine, ovvero due giudici della Corte Costituzionale e due Presidenti della Corte di Cassazione.

In un primo scritto si legge: *“Il ruolo della Corte di Cassazione nella sua funzione nomofilattica ha avuto nuovo impulso... nel loro insieme queste disposizioni realizzano appunto la forza del precedente come forma attenuata del principio di stare decisis. In tal modo il nostro ordinamento si avvicina a quelli di common law perché il precedente, pur sempre non vincolante, viene presidiato con misure processuali dirette a favorire la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione”*¹.

In un altro: *“Pur in assenza di un obbligo di conformazione, vi è un'innequivocabile influenza del precedente autorevole... è indubbio che l'autorevolezza cresce in relazione alla posizione del giudice nell'ordine giudiziario. Pur con alcune oscillazioni ed incongruenze, negli ultimi sviluppi della disciplina processuale emerge la ricerca di meccanismi che incentivino e garantiscano la coerenza, l'uniformità e la prevedibilità delle risposte alla domanda di giustizia... In conclusione, gli sviluppi normativi dell'ultimo decennio appaiono orientati ad incrementare il peso del precedente in generale e dei precedenti delle sezioni unite in particolare”*².

Ed infine in un terzo: *“L'affermazione del valore soltanto dichiarativo della giurisprudenza ed il corollario che se ne trae in ordine al valore debole del precedente peccano in un certo grado di astrattezza e sono sempre più soggetti a forti torsioni, dando luogo a non poche contraddizioni, tanto più in un'epoca di progressivo avvicinamento, se non addirittura di tendenziale integrazione, degli orientamenti giuridici dell'Europa continentale con quelli anglosassoni di common law nei quali la regola dello stare decisis ha un valore molto più pregnante. Già il fatto che in questi ultimi ordinamenti detta regola sia tuttora espressa ricorrendo ad una formula latina la dice lunga sulla comune radice dell'istituto”*³.

Le posizioni sembrano convergere su questo: non si ritiene che i giudici del merito debbano obbligatoriamente uniformarsi agli indirizzi della Corte di Cassazione, perché ovviamente questo (ancora) non sarebbe conforme al nostro sistema di diritto; tuttavia è lasciato intendere che tale conformazione debba essere il modo normale di rendere giustizia, anche per l'ormai forte avvicinamento del nostro sistema di *civil law* con quello anglosassone, che appunto prevede il vincolo del precedente.

E v'è, inoltre, insieme a questa idea, che potremmo etichettare di *nomofilachia rafforzata*, l'altra, che è quella dell'esistenza di una sempre più marcata gerarchizzazione della giurisdizione, visto che *l'autorevolezza cresce in relazione alla posizione del giudice nell'ordine giudiziario*.

Tutti, insomma, convergono sul fatto che ci si trovi oggi alla *ricerca di meccanismi che incentivino e garantiscano la coerenza, l'uniformità e la prevedibilità delle risposte alla domanda di giustizia*, e dunque che la nomofilachia sia un criterio di rilevanza costituzionale assoluto nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

¹ Così espressamente AMOROSO – MORELLI, *La funzione nomofilattica e la forza del precedente*, in AA.VV., *La cassazione civile*, Bari, 2020, 473.

² CURZIO, *Il giudice e il precedente*, *Quest. Giustizia* 4/2018, 37 e ss.

³ RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, *Foro it.*, 2016, V, 279.



1.2. In proposito, mi piace ricordare che questo orientamento, che mi sono permesso di definire di *nomofilachia rafforzata*, trova, se si vuole, sulla sua strada, un amico autorevole del passato, ovvero niente meno che Piero Calamandrei⁴.

Piero Calamandrei, infatti, non solo teorizzò che la funzione prima e assoluta della Corte di cassazione dovesse essere quella della nomofilachia, ma anche sostenne che per il raggiungimento di detto scopo la legge doveva sottrarre alla Corte di Cassazione il sindacato sugli *errores in procedendo*⁵, e doveva introdurre misure tali da fissare un giusto rapporto tra il numero dei ricorsi da decidere e le capacità della Corte di provvedervi⁶, tanto che da altra parte Piero Calamandrei arrivava addirittura a scrivere che la Corte di cassazione “rende giustizia ai singoli soltanto nei limiti in cui ciò le possa servire per raggiungere il suo scopo di unificazione della giurisprudenza”⁷.

Ovviamente, a quel tempo, nessuno prese in grande considerazione queste tesi di Piero Calamandrei, che apparivano a (quasi) tutti i processualisti e costituzionalisti di allora sue personali intemperanze, e basta, per convincersi di ciò, leggere la recensione che Enrico Finzi fece dei lavori di Piero Calamandrei sulla Cassazione⁸, o ancora riportare il più tardo pensiero di Salvatore Satta, che contestava le (fantasiose) ricostruzioni storiche fatte dal processualista fiorentino⁹, o infine dar menzione della voce ancor più autorevole, e tutta in senso contrario, di Lodovico Mortara¹⁰.

⁴ CALAMANDREI, *La cassazione civile*, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1976, VI, VII; ed in forma più ridotta anche in ID., *Cassazione civile*, voce del *Nuovo Digesto it.*, Torino, 1937, XVI, 981 e ss.; nonché ID., *Per il funzionamento della cassazione unica*, *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 317 e ss.

⁵ V. infatti CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., VII, 390 e ss.; ID., *Cassazione civile*, voce del *Nuovo Digesto it.*, cit., 1031.

⁶ V. infatti sul punto TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 55, per il quale “Calamandrei.....lega il tema della cassazione unica ad una serie di interventi di riforma che gli appaiono necessari per consentire alla Corte di svolgere in modo ottimale le sue funzioni”.

⁷ CALAMANDREI-FURNO, *Cassazione civile*, voce del *Noviss. Digesto*, Torino, 1968, II, 1056.

⁸ Sul punto v. infatti la recensione di E. FINZI, *Recensione a P. Calamandrei*, in *Arch. Giur.*, 1922, 107 e ss.: “Quanto alla sua conclusione, dirò francamente che la dottrina del Calamandrei mi ha lasciato assai perplessa: io temo forte che il bell’edificio, costruito con mirabile arte dialettica, sia piuttosto debole nella sua fondamenta” (FINZI, *op. cit.*, 123). Finzi, infatti, ritiene che l’errore in cui cade Calamandrei sia proprio quello di considerare la nomofilachia come funzione prima, e fors’anche unica, della Cassazione. Continua FINZI, *op. cit.*, 123: “...che lo scopo di nomofilachia non possa più essere nell’essenza stessa dell’Istituto, anche il C. tende a riconoscere... storicamente si dimostra che ogni istituto di nomofilachia deve essere estraneo all’ordinamento giudiziario... Ad escludere poi la nomofilachia dalle finalità tipiche della cassazione moderna, alle ragioni logiche e storiche ricordate, se ne aggiunge un’altra di indole sociologica”.

⁹ Così SATTA, *Corte di cassazione*, voce dell’*Enc. del Diritto*, Milano, 1962, X, 797 e 799, per il quale vi sono: “ricerche pressoché impossibili, perché bisognerebbe aver vissuto in quel tempo”, e “tale diversità sarebbe data dallo scopo che sarebbe stato attribuito alla Corte (ignoto al Tribunale) di unificare la giurisprudenza. Noi siamo scettici”?, Per talune note critiche alla ricostruzione storica della Cassazione in Calamandrei v. anche TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 49. Per le (possibili) ragioni per le quali Calamandrei assunse certe posizioni (soprattutto nel secondo volume) v. CIPRIANI, *Il progetto del guardasigilli Mortara e i due volumi di Calamandrei*, in *Giust. Proc. civ.*, 2008, 791 e ss.

¹⁰ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, II, 21-22: “La Corte di cassazione non è istituita per la difesa astratta del diritto obiettivo, ma per mezzo di tale difesa tende a reintegrare il diritto subbiettivo dei litiganti, al pari di ogni altro organo della funzione giurisdizionale.....poiché il reclamo del cittadino che reputa leso il proprio diritto dalla sentenza del giudice inferiore è la causa normale che provoca l’esercizio della sua giurisdizione”.



Oggi, però, i tempi sono cambiati, e tutti sono invece d'accordo che la ragione normale in grado di giustificare l'esercizio della giurisdizione della Cassazione non sia affatto, come pretendeva Lodovico Mortara, il "*reclamo del cittadino che reputa leso il proprio diritto dalla sentenza del giudice inferiore*", bensì esattamente la necessità che questa dia indicazioni generali sui modi di interpretazione della legge, ovvero la nomofilachia.

Di Lodovico Mortara non si ricorda più nessuno, mentre Piero Calamandrei è ancora nel pensiero e nella bocca di tutti; per Piero Calamandrei è giunto il momento del riscatto¹¹.

1.3. Insomma, poiché il tema della nomofilachia non è tema isolato nel contesto del nostro sistema di tutela dei diritti, e poiché la trasformazione della nomofilachia in vincolatività del precedente non è passaggio che non abbia conseguenze su altri diritti costituzionali afferenti alla tutela dei diritti, e poiché qualcuno potrebbe oggi difendere le posizioni di quella che ho definito *nomofilachia rafforzata* asserendo che altro non è se non l'intuizione di Piero Calamandrei di cento anni fa, a me sembra opportuno porre sull'argomento alcune precisazioni, nonché ricordare taluni precedenti storici che hanno interessato l'argomento.

A ciò sono dedicate le pagine che seguono.

2. Direi in primo luogo questo: se guardiamo alle origini della Corte di cassazione intesa in senso moderno, dobbiamo prendere le mosse dal *Tribunal de cassation* istituito con decreto del 27 novembre 1790.

Esso, nell'idea primordiale dei rivoluzionari, ed in particolar modo di Robespierre, non doveva essere un organo giudiziario ma un organo di controllo costituzionale, da porre al fianco del potere legislativo per sorvegliare, e se del caso sanzionare, gli organi giudiziari qualora questi si fossero sottratti all'osservanza della legge.

In questo quadro Prieur affermava nella seduta dell'Assemblea dell'11 novembre 1790 che il *Tribunal de cassation* doveva essere "*une sentinelle établie pour maintien des lois*"¹².

Il *Tribunal de cassation*, però, in verità, e fin dall'inizio, manteneva la struttura processuale che già si era formata prima della Rivoluzione presso i *Conseil des parties*, e quindi il Tribunale, salve rare eccezioni, più che controllare il potere legislativo, provvedeva ad annullare, su istanza di un litigante, le sentenze che contenessero una *contravention expresse au texte de la loi*, ovvero svolgeva le funzioni tipiche di un organo giurisdizionale.

¹¹ Chi mi conosce, sa quanto io ami Piero Calamandrei, a mio parere il più grande processualista del '900 (v. SCARSELLI, *In devoto omaggio*, Pisa, 2022, 87 e ss.). Però, sulla Cassazione, Piero Calamandrei è un mistero. Piero Calamandrei era liberale, e non si spiega allora come immaginasse una Corte di Cassazione così autoritaria e così pubblicistica; Piero Calamandrei era fiorentino, e non si comprende allora come potesse volere la soppressione di tutte le cassazioni regionali, e quindi anche della sua Cassazione di Firenze, in favore di quella Roma; Piero Calamandrei era un processualista con la fede nel rispetto assoluto delle "regole "del gioco", ovvero delle regole processuali, e davvero incomprensibile appare la sua posizione secondo la quale la Corte di Cassazione non dovrebbe essere investita degli *errores in procedendo*. E' un mistero la posizione di Piero Calamandrei sulla Cassazione, un mistero che è stato (anche) oggetto di particolare indagini, e non posso, in questo contesto, non ricordare Franco CIPRIANI, *Piero Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in AA.VV., *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, Napoli, 2010, 275 e ss.; e poi ancora CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, ed. II, ESI, Napoli, 2009; ID, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, 317 e ss.; ID, *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, 435 e ss.;

¹² v. già SCARSELLI, *La crisi della cassazione civile e i possibili rimedi*, *Giusto proc. civ.*, 2010, 653 e ss..



Con queste caratteristiche, che niente (direi) avevano a che vedere con la funzione di uniformare gli orientamenti della giurisprudenza, l'istituto della Corte di cassazione passava dalla Francia all'Italia¹³.

Faceva una prima e breve apparizione nel periodo napoleonico, e veniva poi recepita in forma più stabile e convinta nei sistemi giudiziari di molti stati italiani preunitari: nel Regno delle due Sicilie, che accoglieva l'idea di una Corte di cassazione con le leggi processuali del 29 maggio 1817 e 26 marzo 1819¹⁴; nel granducato di Toscana, che istituiva il Consiglio supremo di giustizia con il regolamento per i tribunali del 27 aprile 1814¹⁵ e poi con il Motu proprio del 6 agosto 1838 lo trasformava in una vera e propria Corte di cassazione¹⁶; nel Regno di Sardegna, che istituiva la Corte suprema di cassazione con il regio editto del 30 ottobre 1847¹⁷.

Tutte queste Corti, ad istanza di parte, provvedevano a controllare la legalità delle sentenze portate alla loro attenzione e ad annullare quelle pronunciate in violazione della legge.

Non v'era, in quel periodo, se non in modo del tutto indiretto e assai marginale, l'idea che la Corte suprema potesse assolvere anche la funzione di evitare contrasti giurisprudenziali fornendo l'orientamento da seguire nel futuro per i casi dubbi¹⁸, tanto che un giurista quale Pisanelli affermava che l'istituzione della cassazione non è volta ad "impedire la difformità nell'applicazione del diritto"¹⁹, visto che "la cassazione italiana fu organizzata fino dall'origine in modo tale da escludere che potesse avere come scopo essenziale l'uniformità della giurisprudenza"²⁰, e

¹³ A conferma di ciò ricordo l'art. 2 del decreto 27 novembre 1790, che, nel fissare i compiti del nuovo *Tribunal de cassation*, espressamente asseriva: "Les fonctions du tribunal de Cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en Cassation contre les Jugements rendu en dernier ressort, de juger les demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime, les confluite de jurisdiction et les règlements de juges, les demandes de prise à partie contre un tribunal entier" (in CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione*, voce del *Digesto*, Torino, 1887-1896, VII, I, 36). Dunque, al momento, nessun riferimento, nemmeno indiretto, si faceva ad una presunta funzione del *Tribunal de cassation* di uniformare gli orientamenti giurisprudenziali.

¹⁴ PICARDI, *Giuseppe Pisanelli e la cassazione*, *Riv. dir. proc.*, 2000, 637.

¹⁵ Vedilo in PICARDI-GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004, II, VI.

¹⁶ V. SCARSELLI, *La corte di cassazione di Firenze (1838 – 1923)*, *Giusto proc. civ.*, 2012, 623; ed anche in SCARSELLI, *Per un ritorno al passato*, Milano, 2012, 195 e ss.

¹⁷ Vedilo anche nel *Codice di procedura civile del regno di Sardegna* a cura di PICARDI-GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004, II, XII. Nello Stato pontificio veniva accolta l'idea di una Corte di terzo grado, seppur con significative differenze rispetto al modello francese, con il Regolamento gregoriano del 10 novembre 1834 (v. PICARDI-GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004, II, X), mentre l'idea di una Corte di Cassazione non veniva accolta per niente nel Lombardo-Veneto, atteso che la legislazione austriaca e tedesca rimase estranea a questa istituzione (v. anche PICARDI, *Il regolamento giudiziario di Giuseppe II e la sua applicazione nella Lombardia austriaca*, *Riv. dir. proc.*, 2000, 36).

¹⁸ Lo sostiene anche TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 63, nota 13, per il quale "Di essa (della nomofilachia) non vi è traccia, infatti, ne' nella disciplina della Cassazione in Francia, ne' in quella delle legislazioni italiane preunitarie e unitaria".

¹⁹ PISANELLI, *Relazione ministeriale sul progetto del codice di procedura civile, presentata al Senato nella tornata del 26 novembre 1863*, *La legge*, 1865, V, 237.

²⁰ G. SAROCCHI, S. LESSONA, E. FINZI, E. BARSANTI, A. TELLINI, *Sul problema delle Cassazioni territoriali*, Firenze, 1923, 7.



considerato altresì che v'era da evitare che con la cassazione si avesse: *“una bella massa di casi, in cui ciascuno, con un po' di fatica di schiena e assai poco lavoro di testa, possa trovare il suo caso”*²¹.

A seguito dell'unità d'Italia la cassazione veniva recepita nella legge sull'ordinamento giudiziario r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626, tanto nei processi civili quanto in quelli penali; e ciò avveniva, però, si badi, con il mantenimento delle cassazioni esistenti nel periodo anteriore all'unità, ovvero con le Corti di cassazione di Torino, Firenze, Napoli e Palermo, alle quali veniva aggiunta dieci anni dopo, ovvero nel 1875, una nuova Corte di cassazione per la capitale.

Che alla cassazione del regno d'Italia non venissero in particolare affidate funzioni di nomofilachia è di nuovo confermato tanto dall'art. 73 dello Statuto albertino, per il quale *“L'interpretazione delle leggi in modo per tutti obbligatorio spetta esclusivamente al potere legislativo”*, quanto dalla stessa legge sull'ordinamento giudiziario, che non conteneva alcuna disposizione analoga all'attuale art. 65 r.d. 12/41 ma semplicemente all'art. 122, nel dare la funzione della Corte di cassazione, afferma che essa assicura la *“esatta osservanza della legge”*.

E d'altronde, anche a volere, la funzione di nomofilachia poteva essere svolta solo indirettamente e con grandi difficoltà in quel periodo per due semplici ragioni:

a) perché le Corti erano una pluralità;

b) e soprattutto perché le decisioni della Corte, per il diritto processuale di allora, non erano nemmeno vincolanti per il giudice del rinvio²², cosicché immaginare una funzione prevalente di uniformità degli orientamenti in un simile contesto appariva veramente arduo.

3. Questa situazione, che vedeva operare in Italia ben cinque corti di cassazione, sarebbe durata per il diritto civile lungo tempo, e precisamente fino al 1923, quando, con il r.d. 24 marzo 1923 n. 601, venivano soppresse, a favore della Corte di Cassazione di Roma, le Corti di Torino, Firenze, Napoli e Palermo.

Può dirsi che la soppressione delle Corti regionali fu dettata da ragioni di nomofilachia?

Io direi di no.

Chi vada infatti a rileggersi gli scritti in argomento del periodo compreso tra il 1860 e l'inizio del nuovo secolo, nota che le discussioni ruotavano soprattutto sul dilemma *“Corte di Cassazione”* oppure *“tribunale di terza istanza”*, ovvero avevano ad oggetto la scelta (una più francese, l'altra più legata alle tradizioni italiane) tra un organo giurisdizionale supremo che giudichi solo del diritto con funzioni meramente rescindenti, oppure un organo giurisdizionale supremo che giudichi in terza istanza nel merito, senza particolari limiti di cognizione²³.

Certo, tra i fautori della cassazione non mancavano voci, anche autorevoli, volti a rilevare come l'uniforme interpretazione delle leggi difficilmente si potesse ottenere con ben cinque

²¹ CARCANO, *La cassazione e lo statuto*, Mon. Trib., 1872, XIII, 31.

²² V. in proposito MATTIROLLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, 1896, IV, 1080, per il quale *“Per le parti della sentenza che furono cassate, e per le quali si fece luogo al rinvio, il giudice del rinvio, ha, nel sistema della legge vigente, una giurisdizione PIENA, LIBERA, ASSOLUTA... (maiuscolo di Mattirollo)... Questa giurisdizione non gli è già delegata dalla Corte di cassazione... il giudice del rinvio è investito direttamente ed esclusivamente della sua giurisdizione dalla legge”*.

²³ Per questo dibattito v. infatti CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione*, cit., VII, I, 41 e ss. (il titolo I della voce è infatti intitolato dall'autore: *“Cassazione o Terza Istanza?”*); ed anche F.S. GARGIULO, *Cassazione*, voce dell'*Enciclopedia giuridica italiana* diretta da P.S. Mancini, Milano, 1905, III, II, 21 e ss.

Corti di Cassazione nel Regno²⁴ ma non mancavano nemmeno voci, non meno autorevoli, per le quali *“coloro i quali desiderano e sperano mediante l’istituzione di unica Corte di Cassazione questo risultato (l’uniformazione della giurisprudenza), non debbono essere uomini che abbiamo molta pratica e familiarità con gli affari giudiziari”*²⁵.

Ad ogni modo credo sia fuori da ogni possibile, seria, discussione, che il r.d. 24 marzo 1923 n. 601 non veniva posto in essere dall’esigenza di consentire una più uniforme interpretazione della legge, ma, tutto al contrario, per soddisfare i giochi di potere di allora, e per la preferenza del governo fascista appena arrivato al potere, per ragioni evidenti, di avere una unica Corte di Cassazione, e di averla a Roma²⁶.

Si trattava, soprattutto, di provvedere ad una gerarchizzazione del sistema giudiziario²⁷ e di comprimere quella maggiore indipendenza della magistratura che la pluralità delle Corti aveva fino a quel momento assicurato²⁸.

E di ciò, credo, si trova conferma nella immediata riforma dell’ordinamento giudiziario, avvenuta con il r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786, poiché questa, nell’assegnare all’unica Corte di Cassazione di Roma la funzione nel nuovo sistema, adoperava infatti, con l’art. 61, la stessa, identica, espressione usata dalla legge sull’ordinamento giudiziario del 1865 n. 2626, ovvero che la cassazione ha la funzione *“dell’esatta osservanza della legge”* ma non anche quella della *“uniformità della giurisprudenza”*²⁹.

²⁴ Una delle più autorevoli in tal senso fu quella di MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, cit., IV, 866 e ss.

²⁵ MANCINI, *Discorso tenuto alla Camera dei Deputati nella Seduta del 20 febbraio 1865*, VIII legislatura Sessione 1863-65, in *Discorsi parlamentari*, Roma, 1893, 217.

²⁶ v. gli studi indicati nella nota che segue, e CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, 235, per il quale: *“Mussolini, dunque, in pochi mesi riuscì a fare quello che non si era riusciti a fare in sessant’anni”*. E non a caso, infatti, tal cosa, predicata da taluni (ma contrastata da altri) per oltre sessanta anni, veniva a realizzarsi proprio con l’avvento del fascismo, e in modo del tutto singolare, poiché si realizzava con un decreto (r.d. 601/1923) emanato in forza di una legge delegata, la legge 3 dicembre 1922 n. 1601, che non consentiva affatto una simile decisione, poiché la delega fissata in quella legge aveva ad oggetto il solo *“riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione”* (v., sul punto, MECCARELLI, *Le corti di cassazione nell’Italia unita*, Milano, 2005, 33), riordino che difficilmente poteva comportare anche l’abolizione di uffici giudiziari dell’importanza delle Corti di cassazione di Torino, Firenze, Napoli e Palermo. Si tratta, pertanto, di un colpo di mano, e non certo di una decisione presa con l’analisi e la compiuta ponderazione delle problematiche emerse fin dal 1865, colpo di mano confermato anche dalla successiva rimozione di Mortara dalla presidenza della Corte, avvenuta con r.d. 3 maggio 1923 n. 1028 (v. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 236 e ss.) e la nomina del nuovo presidente nella persona di Mariano D’Amelio. E conferma di ciò si trova ancora nelle pagine di S. LONGHI, *Presentazione a Studi in onore di Mariano d’Amelio*, Roma, 1933, I, V, per il quale: *“Soltanto da Roma devono emanare le massime della interpretazione della legge, le quali tanto più contribuiscono alla prosperità del popolo quanto più sono sapientemente interpretate con fermezza e con costanza di decisioni per i casi analoghi”*.

²⁷ V. infatti anche MAROVELLI, *L’indipendenza e l’autonomia della magistratura italiana, dal 1848 al 1923*, Milano, 1967, 272 e ss.; nonché TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ‘700 a oggi*, Bologna, 1980, 216 e ss.

²⁸ E’ cosa riconosciuta anche da CALAMANDREI, *Cassazione civile*, voce del *Nuovo Digesto it.*, cit., 1030, che sulla scelta della cassazione unica del ‘23 scrive: *“Il rafforzamento dell’autorità dello Stato operatosi in Italia in quest’ultimo decennio, non poteva che rafforzare insieme l’idea che sta alla base della cassazione... l’idea romana della prevalenza dell’interesse pubblico sull’interesse privato, della supremazia dello stato sulla volontà individuale”*.



E se con riferimento al r.d. 1865/2626 si poteva rilevare che la mancata individuazione della funzione della cassazione nella uniformità della giurisprudenza poteva dipendere dalla circostanza che in quel momento storico erano presenti nel paese quattro Corti di Cassazione, lo stesso non si poteva più dire con riferimento al r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786, poiché in quel momento il sistema provvedeva proprio all'unificazione della Corte.

Anzi, il confronto tra il decreto sull'ordinamento giudiziario del 1865 rispetto a quello di riforma del 1923 prova l'esatto contrario, poiché la circostanza che, esattamente nel momento in cui si giunge alla Corte di Cassazione unica tuttavia si mantiene l'individuazione della funzione della stessa sempre e solo nella *"esatta osservanza della legge"* senza niente aggiungere circa l'uniformità della giurisprudenza, prova che la cassazione unica rispondeva, appunto, ad una logica di potere e di accentramento, ma non anche ad una di nomofilachia, che il legislatore continuava a non menzionare.

4. Ed infatti, la c.d. funzione di nomofilachia, a livello di norma positiva, emerge solo, per la prima volta, nel 1941, con la nuova legge sull'ordinamento giudiziario n. 12, non esistendo niente di simile, come abbiamo detto, ne' presso le Corti dell'Italia pre-unitaria, ne' nella legge di ordinamento giudiziario della nuova Italia unita (r.d. 2626/1865), ne', ancora, nella legge di ordinamento giudiziario a seguito dell'unificazione della Cassazione in Roma con la contestuale soppressione delle Corti regionali (r.d. 2786/1923).

E' solo, infatti, con l'art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, che per la prima volta, a norma di legge, si afferma che la Corte di Cassazione *"assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale"*.

Ora, io credo non dovrebbe essere oggetto di dubbio che il passaggio dalla sola *"osservanza della legge"* degli anni 1865 e 1923, alla *"uniforme interpretazione"* e alla *"unità del diritto oggettivo nazionale"* del 1941, costituisca lo sviluppo e il risultato di quegli orientamenti politici e dottrinali pubblicistici manifestatisi per tutto il ventennio, ovvero sia il risultato di quello che il fascismo non riuscì a fare nel 1923, appena preso il potere, e invece riuscì a realizzare nel 1941, dopo quasi vent'anni di governo.

Non dovrebbe infatti essere opinabile che la dizione dell'art. 65 r.d. 12/41 sia tipica di quel periodo, e rispondente alla logica autoritaria e gerarchica propria del fascismo.

Da segnalare, poi, che appena un anno prima dell'approvazione della legge sull'ordinamento giudiziario, il governo di Mussolini aveva approvato altresì il codice di procedura civile (r.d. 28 ottobre 1940 n. 1443), il quale, però, nel disciplinare la cassazione, disponeva un accesso alla Corte in modo non difforme a quello già esistente nel codice di rito del 1865.

Ed infatti, l'accesso in cassazione per la giustizia civile non trovava limiti alcuno nella disciplina del nuovo codice, ne' si introducevano misure, limiti, o filtri alla possibilità delle parti di impugnare le sentenze di grado di appello (o in unico grado) al fine di favorire la *"unità del diritto oggettivo nazionale"*, ne', ancora, si pensò di escludere dal sindacato della Corte gli *errores in procedendo*, così come sosteneva Piero Calamandrei, che al contrario venivano ammessi con il n. 4 dell'art. 360 c.p.c.; e addirittura il codice del '40 ampliava il campo di operatività della cassazione, prevedendo altresì il ricorso per questioni attinenti

²⁹ Lo rileva anche TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 63, per il quale *"il t.u. sull'ordinamento giudiziario (introdotto con il r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786) non cambia nulla per quanto attiene alla funzione della Cassazione"*.



alla motivazione *ex art.* 360 n. 5 c.p.c. ovvero per circostanze sconosciute al vecchio testo dell'art. 517 n. 7 c.p.c. 1865, che si riferiva solo a contraddizioni del dispositivo³⁰, con esclusione di ricorso sia per contraddittorietà tra motivi e dispositivo³¹, sia per contraddittorietà tra motivi³².

5. Dopo la caduta del fascismo i temi della Cassazione e della nomofilachia venivano affrontati in Assemblea costituente, e va a tal fine ricordato in primo luogo il dibattito avutosi presso la seconda sottocommissione, nelle sedute dal 20 dicembre 1946.

Piero Calamandrei, infatti, che faceva parte della sottocommissione, e del quale abbiamo già detto circa le sue idee in punto di nomofilachia, provava a inserire tale principio in Costituzione.

Presentava un progetto che all'art. 12, 2° comma recitava che: *“al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in... la Corte di Cassazione, istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso la uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudizi”*³³.

Tal progetto trovava però l'opposizione di Targetti, il quale (così espressamente dai verbali) *“dichiara di avere personalmente molti dubbi circa la necessità assoluta, invariabile attraverso il tempo dell'unicità della cassazione”*³⁴.

Alla posizione di Targetti aderiva, con talune precisazioni, Bozzi, e poi, Ambrosini, Di Giovanni e Castiglia³⁵.

Calamandrei veniva messo in minoranza, ed il progetto di costituzionalizzare il principio di unicità della Corte di Cassazione e di nomofilachia non aveva seguito, tanto che lo stesso Calamandrei, dopo anche il successivo intervento di Targetti nella seduta pomeridiana del 20 dicembre 1946³⁶, *“dichiarava di aderire alla proposta di Targetti e di ritirare il capoverso in esame”*³⁷.

Parallelamente, va pure ricordato, che Giovanni Leone presentava un progetto, ove però, con l'art. 17, si statuiva semplicemente che *“in ogni causa devono essere osservati tre gradi di giurisdizione”*³⁸.

E' evidente che tale progetto, contrariamente a quello di Piero Calamandrei, non aveva come scopo quello di costituzionalizzare il principio di nomofilachia e di unicità della Corte, ma solo quello di assicurare ai cittadini il terzo grado di giudizio, inteso come controllo di legalità nell'applicazione della legge.

Su tale progetto prendevano la parola altri componenti, quali Ambrosini e Di Giovanni, i quali manifestavano perplessità non tanto relativamente al principio, quanto alla opportunità di inserirlo in costituzione piuttosto che nei codici di procedura³⁹.

³⁰ Così Cass. Firenze 4 luglio 1887, *Temi veneta*, 1887, 397.

³¹ V. infatti Cass. Firenze 6 giugno 1887, *La Legge*, 1887, II, 726.

³² V. infatti Cass. Torino 12 agosto 1884, *La legge*, 1884, II, 657.

³³ v., infatti, *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1976, VIII, 1958.

³⁴ *op. cit.*, VIII, 1958.

³⁵ V. ancora *op. cit.*, VIII, 1958-9.

³⁶ *op. cit.*, VIII, 1961.

³⁷ *op. cit.*, VIII, 1962.

³⁸ *op. cit.*, VIII, 1957.

³⁹ *op. cit.*, VIII, 1957.

Giovanni Leone insisteva, asserendo che “è proprio attraverso le norme di procedura che viene più facilmente elusa la garanzia del cittadino al ricorso”⁴⁰, ed anche il Presidente Conti “è d’avviso che tale formula potrebbe essere inserita fra i principi generali”⁴¹. Si arrivava, così, nella seduta del 31 gennaio 1947⁴², all’approvazione di un testo, ovvero dell’art. 102 del progetto, il quale disponeva che: “Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo giudiziario ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di Cassazione”⁴³.

6. Al *plenum* dell’Assemblea costituente, dunque, arrivava il progetto di Giovanni Leone, e non quello di Piero Calamandrei, e tuttavia Piero Calamandrei non si dava per vinto.

Piero Calamandrei, infatti, con dubbioso comportamento, dopo aver ritirato il capoverso in questione in sottocommissione come sopra riportato, riproponeva il medesimo testo bocciato e ritirato per la costituzionalizzazione del principio di nomofilachia anche in Assemblea⁴⁴.

Avverso ciò prendeva però la parola di nuovo Targetti, ricordando la vicenda della sottocommissione e il ritiro dello stesso Piero Calamandrei di quel testo, e rimprovera il collega: “L’onorevole Calamandrei si contraddice”⁴⁵.

La proposta di Piero Calamandrei non aveva quindi seguito in Assemblea, la quale, tutto al contrario, discuteva del solo progetto di Giovanni Leone; e poiché l’idea di accogliere il principio secondo il quale è generalmente riconosciuto a tutti il diritto di accedere alla Corte di cassazione per il controllo di legalità dei provvedimenti che incidono su diritti non trovava contrasto alcuno⁴⁶, il testo provvisorio, senza sostanziali modificazioni, veniva approvato dall’Assemblea, e andava a formare l’odierno art. 111 Cost.⁴⁷.

Nessuna menzione della nomofilachia, dunque, veniva data nella carta costituzionale e nessuna traccia di contenuto analogo a quello dell’art. 65 r.d. 12/41 o di quello proposto da Piero Calamandrei in sottocommissione all’art. 12, 2° comma, si trova così oggi nell’art. 111 Cost.

Mi sia consentito aggiungere, a chiusura di questa parte, che questa chiara vicenda, che risulta espressamente dai verbali dei lavori dell’Assemblea costituente, non è praticamente riportata da nessuno.

Tutti oggi convengono sul fatto che il valore della nomofilachia sia un valore costituzionalmente protetto, e a tal fine vengono richiamati gli artt. 3 e 111 Cost.; nessuno però riporta quanto successe in Assemblea costituente in punto di nomofilachia.

E’ posizione legittima ritenere che il valore della nomofilachia sia riconducibile a principi costituzionali; tuttavia completezza di informazione vorrebbe che, in ogni caso, da parte di tutti, prima di esprimere giudizi, non si prescindesse da una vicenda così precisa, e direi assolutamente imprescindibile, per disquisire circa la costituzionalità o meno del principio di nomofilachia.

⁴⁰ Così, espressamente, il verbale dei lavori, in *op. cit.*, VIII, 1957.

⁴¹ *op. cit.*, VIII, 1957.

⁴² *op. cit.*, I, LXVIII.

⁴³ *op. cit.*, VIII, 1958.

⁴⁴ v. seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, *op. cit.*, 415

⁴⁵ TARGETTI, *op. cit.*, V, 4169.

⁴⁶ V. ancora *op. cit.*, V, 3659 e ss.

⁴⁷ Per questi aspetti v. e MARTONE, *Unicità della cassazione e unità della giurisdizione nei lavori dell’Assemblea costituente*, in Atti del convegno *Giurisdizione e giudici nella Costituzione*, Roma 18 giugno 2008, in *Quaderni del CSM*, 2009, n. 155, 100 e ss.



Si può ritenere oggi che la nomofilachia sia un valore costituzionale, non si può però tralasciare che questa non era la posizione dei nostri costituenti⁴⁸.

7. Ad ogni modo, possiamo a questo punto passare agli anni successivi della nostra età repubblicana.

Direi fino agli anni '80, il valore della nomofilachia non era certo negato, nessuno lo ha mai negato, e tuttavia lo stesso era riconosciuto, se si vuole anche conformemente alle vicende di cui all'Assemblea costituente, senza quella forza che esso ha oggi.

Mi sia qui consentito ricordare in proposito, tra gli stessi giudici, le posizioni di Senese⁴⁹, di Pivetti⁵⁰, e di Franceschelli⁵¹.

Sostanzialmente, è ovvio che quando una Corte è posta al vertice dei mezzi di impugnazione, inevitabilmente svolge (anche) una funzione di guida ed indirizzo dei giudici dei gradi inferiori, e quindi inevitabilmente svolge una funzione che possiamo ricondurre alla nomofilachia.

E tuttavia l'esercizio di questa funzione si realizza in modo secondario, indiretto, ovvero decidendo le sorti di una impugnazione.

Altrimenti non si capisce perché il giudizio sia attivato dalle parti private, perché le parti private se ne debbano assumere i costi e i rischi di soccombenza, perché le parti private possano rinunciarvi per transazione così come prevede l'art. 390 c.p.c.; altrimenti l'iniziativa processuale dovrebbe essere lasciata sempre in mano alla Procura generale, il concetto di soccombenza non dovrebbe esistere; nessun privato ne dovrebbe sopportare in proprio i costi, e anche il sistema della lite, del contraddittorio, delle parti contrapposte, non avrebbe (un gran) senso in un processo la cui funzione prima è quella di nomofilachia.

Quand'è, allora, che la posizione sulla nomofilachia muta?

Ebbene, io direi che muta parallelamente all'aggravarsi della crisi della Corte di Cassazione: più negli anni successivi si rileva lo stato di crisi della Cassazione, più parallelamente si afferma che la sua funzione è quella di nomofilachia⁵².

⁴⁸ Salve mie mancanze, il dato lo trovo espresso in modo chiaro solo in IMPAGNATIELLO, *Il concorso tra cassazione e revocazione*, Napoli, 2003, 391: "Quel che è certo è che l'art. 111 Cost. non fa alcun riferimento alla nomofilachia, neppure solo indiretto".

⁴⁹ SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, *Foro it.* 1987, V, 263: "Mi pare difficilmente contestabile l'osservazione che la nascita dell'istituto della cassazione e della funzione di nomofilachia sia storicamente e strutturalmente legata ad un modello statale accentrato, geloso della sovranità nazionale, gerarchizzato, ed ad una struttura piramidale della giustizia, e che tutto diverso sia il modello statale disegnato dal nostro sistema costituzionale".

⁵⁰ M. PIVETTI, *Osservazioni sul modello di Corte di Cassazione*, in MANNUZZU – SESTINI, *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, *Democrazia e diritto*, 1/1992, 274, menzionato da IMPAGNATIELLO, cit., 391: "E' certo che tale compito (la nomofilachia) non è l'unico ne' il principale tra quelli attribuiti alla suprema Corte, sicché la sua realizzazione non può in alcun caso essere perseguita a scapito della funzione consistente nell'assicurare alle parti la garanzia del caso concreto".

⁵¹ FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di cassazione*, in *Giustizia e costituzione*, 1986, 39: "In un sistema caratterizzato dal pluralismo... il bene supremo della giustizia, non è... una staticità e uniformità di giurisprudenza... ma è, al contrario, una disponibilità ad intendere il nuovo e ad interpretare il pluralismo, e quindi ad un confronto continuo di posizioni".

⁵² Per tutto questo dibattito in quegli anni v. DENTI, *A proposito di Corte di Cassazione e di nomofilachia*, *Foro it.*, 1986, V, 417; TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 349; CHIARLONI, *La cassazione e le norme*, *Riv. dir. proc.*, 1990, 982; ID., *Efficacia del precedente giudiziario e*



E' una posizione comprensibile dal punto di vista pratico, non dal punto di vista teorico. Visto che il carico di lavoro della Corte di cassazione ammontava già a 10.517 ricorsi negli anni 1985-1986⁵³, si inizia ad interrogarsi sulla funzione primaria di essa⁵⁴, e a formulare le prime ipotesi per sgravare la Corte di tale ruolo⁵⁵

E, in questo contesto, poco dopo, prende corpo una distinzione prima per niente usata, che è quella tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*.

Questa terminologia, a mio parere, segna un passaggio concettuale ulteriore in punto di nomofilachia: se fino ad allora, direi, i più riconoscevano che la funzione prima della Cassazione fosse quella di fornire ai cittadini il controllo di legalità delle decisioni dei giudici di merito, e quindi il suo compito primo fosse quello di decidere i ricorsi, con l'avvento di questa contrapposizione terminologica l'ordine si inverte, e si comincia a sostenere che prima viene la funzione di nomofilachia e solo dopo quella della decisione dei ricorsi.

Per *ius constitutionis*, infatti, si intende la funzione pubblica della Corte di Cassazione, ovvero quella di nomofilachia, mentre per *ius litigatoris* si intende la funzione privata, ovvero quella di decidere i ricorsi.

Convieni, vista la rilevanza del tema, spendere qualche parola in più su questa contrapposizione che ancora oggi è in uso.

8. Come ho già avuto modo di sottolineare, la contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* risale al tardo diritto romano ma con un significato del tutto diverso da quello oggi dato⁵⁶. Esattamente, il diritto romano distingueva la *quaestio facti* dalla *quaestio iuris*, e da tali questioni potevano discendere, per la sentenza, *l'error iuris* e *l'error facti*. Per evitare che, grossolanamente, e come in origine, *l'error iuris* comportasse la nullità della sentenza, e *l'error facti* rendesse invece necessario l'appello a fronte di una sentenza da considerare valida, nel diritto romano tardo classico si pose la distinzione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, e si stabilirono criteri di questo genere:

a) la sentenza era da considerare *contra ius constitutionis* quando pronunciata con errori di diritto sulla esistenza e/o sul contenuto delle norme, ovvero con errori giuridici posti nella premessa maggiore dell'attività logica del giudice;

b) la sentenza era invece da considerare *contra ius litigatoris* quando viziata da errori nella ricostruzione del fatto, oppure da errori di diritto non rientranti nella categoria dello *ius*

tipologia dei contributi della giurisprudenza, Riv. trim. dir. proc. Civ., 1989, 118; MONTESANO, *Aspetti problematici del potere giudiziario, id.*, 1991, 665; LA GRECA, *Quale cassazione? Proposte dell'assemblea generale, Dir. pen. e proc.*, 1999, 784; ed ancora CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale, Riv. dir. proc.*, 2001, 614.

⁵³ v. PROTO PISANI, *Cassazione civile e riforme costituzionali, Foro it.*, 1998, V, 167.

⁵⁴ AA.VV., *Per la corte di cassazione, Foro it.*, 1987, V, 205 e ss.; AA.VV., *La cassazione civile, id.*, 1988, V, 1 e ss. Successivamente BORRE' – PIVETTI – ROVELLI, *Dibattito su.....la cassazione e il suo futuro, Quest. Giust.*, 1991, 817; PIZZORUSSO, *La corte suprema di cassazione: problemi organizzativi, Doc. giustizia*, 1991, 5, 15.

⁵⁵ V. anche BRANCACCIO, *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione, Foro it.*, 1986, V, 461. Precedentemente MIRABELLI, *Discorso di commiato del primo presidente della Corte di cassazione, Foro it.*, 1985, V, 222.

⁵⁶ SCARSELLI, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris, Riv. dir. proc.*, 2017, 355 e ss.



constitutionis, quali quelli relativi alla sussunzione della norma al fatto, legati alla premessa minore dell'attività logica del giudice⁵⁷.

La sentenza *contra ius constitutionis* era da ritenere inesistente, e la sua inesistenza/nullità poteva esser fatta valere in ogni tempo; al contrario la sentenza *contra ius litigatoris* era valida ed efficace, e solo, per sanare l'errore commesso dal giudice, poteva essere oggetto di impugnazione⁵⁸. Tutto ciò si trovava in modo chiaro nel Digesto (49.8.1.2.): *Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constistutionis, non de iure litigatoris pronuntiat; quo casu appellatio necessaria est*⁵⁹.

Orbene, ci si chiederà che pertinenza abbia questa contrapposizione, divenuta poi di moda, con la Corte di Cassazione, prima ancora che con la nomofilachia. Ed infatti non ha pertinenza, e non a caso se torniamo al Regno d'Italia di *ius constitutionis* e *ius litigatoris* non v'è traccia né nel *Commentario del codice di procedura civile* di Mancini- Pisanelli-Scialoja, né nella imponente voce monografica "*Cassazione*" di Enrico Caberlotto del *Digesto Italiano*.

Di più: è espressione che non si trova mai, parlando del giudizio e della Corte di cassazione, fino agli anni '20. Non la si trova nel *Trattato* di Luigi Mattiolo, nel *Commentario* di Ludovico Mortara, nelle *Istituzioni* di Giuseppe Chiovenda.

Né queste espressioni sono state, non dico studiate, ma nemmeno usate, dai giuristi del passato che si occuparono della cassazione: da Giuseppe Pisanelli a Carlo Lessona, da Matteo Pescatore a Vittorio Emanuele Orlando.

⁵⁷ V. in argomento ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, 276; LAURIA, *Contra constitutiones*, in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 79; PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, III, 775.

⁵⁸ Sulla nullità della sentenza SCIALOIA, *Procedura civile romana*, Roma, 1894, 266; F. VASSALLI, *Studi giuridici*, Milano, 1960, III, 1, 389 e ss.

⁵⁹ Peraltro, in quel passo, non si dà una definizione della contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, ma si procede con un esempio. Si dice: se il giudice dichiara che né il numero dei figli, né una determinata età, né alcun privilegio in capo al richiedente possano esonerarlo dai servizi pubblici (*munera*) o dall'ufficio della tutela (ovvero il giudice, contrariamente al diritto vigente, affermi l'inesistenza di una norma in vigore), egli pronuncia *contra ius constitutionis*, e la sua sentenza è inesistente/nulla. Se invece il giudice non neghi che dette circostanze possano effettivamente comportare l'esonero dai servizi pubblici o dalla tutela, così come infatti le norme dispongono, ma non le accerti per errore nella persona del richiedente, egli allora pronuncia *contra ius litigatoris*, e la sentenza in questi casi, al contrario, è valida ed efficace, e solo può essere rimossa con l'impugnazione dell'appello. Il passo del Digesto, e questa esemplificazione, vengono così comunemente interpretate dalla dottrina romanista nel senso che la contrarietà allo *ius constitutionis*, e quindi la nullità della sentenza, vi è quando il giudice, nel sillogismo logico, erra nel porre la premessa maggiore, affermando, anche in via di interpretazione, l'esistenza di una norma che non esiste, o negando l'esistenza di una norma che c'è. Viceversa se il giudice pone correttamente la premessa maggiore, ma erra nella ricostruzione del fatto, o nel percorso logico che, data la premessa minore del fatto, porta alla conclusione, allora il giudice pronuncia sentenza *contra ius litigatoris*. Vi sono, ovviamente, tra gli studiosi di diritto romano, discussioni sull'interpretazione del principio del Digesto, e per queste possiamo rinviare agli studi giuridici, ad esempio, di Filippo Vassalli o di Riccardo Orestano; ma sono discussioni su aspetti di contorno, che non interessano il problema che qui stiamo affrontando. Per quello che a noi interessa, si ribadisce, il giudice pronuncia *contra ius constitutionis* quando erra nel porre la regola giuridica della premessa maggiore del sillogismo; pronuncia al contrario *contra ius litigatoris* quando erra nella ricostruzione del fatto o nella sussunzione della norma al fatto.



8.2. Riscopre invece la distinzione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* Piero Calamandrei con uno scritto minore giovanile⁶⁰.

Con esso, tuttavia, Calamandrei si limitava a richiamare la contrapposizione per come si era formata in età tardoclassica, senza storpiature particolari⁶¹, avvertendo che la distinzione però avrebbe perso di significato con il basso medioevo⁶².

Dalla sentenza inesistente perché *contra ius constitutionis* alla sentenza appellabile perché *contra ius litigatoris* si passava così alla sentenza che, ove non impugnata, e in quanto passata in giudicato, era sempre efficace e vera, sulla falsariga di quello che per noi sarebbe stato successivamente l'art. 162 c.p.c.

Di nuovo, si potrebbe ribadire che la contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, per come sorta storicamente e per come riportata dallo stesso Piero Calamandrei, non ha pertinenza con il giudizio di cassazione.

Il problema è che, successivamente, Piero Calamandrei si cimentava con il tema della cassazione, e scriveva su essa, come è noto, due ponderosi volumi; e in quei volumi, ovviamente, non faceva a meno di riportare quanto aveva già precedentemente scritto, e quindi riportò anche lo scritto giovanile sopra menzionato, ma lo fece nella parte introduttivo-storica dello studio sulla cassazione (vol. I, 21 e ss.; e 46 e ss.), senza attribuire a questa contrapposizione alcun valore specifico.

Prova ne è che queste dissertazioni del Calamandrei non condizionarono la successiva dottrina sulla cassazione, che continuò ad occuparsi del tema senza quasi mai, ancora, far riferimento allo *ius constitutionis* e *ius litigatoris*.

Niente di ciò, infatti, si trova ancora nella *Logica del giudice e il suo controllo in cassazione* di Guido Calogero, nel *Manuale* di Enrico Redenti, nella voce dell'*Enciclopedia del Diritto* di Salvatore Satta, nel *Manuale* di Virgilio Andrioli, nel saggio *Il vertice ambiguo* di Michele Taruffo; e così di seguito.

Solo ai nostri giorni si ripescava questa contrapposizione, e le si attribuisce un senso tutto nuovo: così, *contra ius constitutionis* non sono più le sentenze inesistenti perché pronunciate dal giudice in assenza o spregio di norme giuridiche; *contra ius constitutionis* sono viceversa tutte le sentenze che consentono alla cassazione di poter emanare pronunce aventi funzione di nomofilachia, ovvero pronunce in grado di fissare principi giuridici da rispettare in futuri casi. Parimenti *contra ius litigatoris* non sono più le sentenze con errata ricostruzione dei fatti o con violazione di legge relativamente alla sua applicazione concreta al fatto, ma sono tutte

⁶⁰ CALAMANDREI, *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista critica di scienze sociali*, 1914, 8 e ss.; anche in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, 143.

⁶¹ CALAMANDREI, *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista critica di scienze sociali*, cit., 146: "La distinzione delle sentenze in due classi, secondo che esse violassero lo *ius constitutionis* o lo *ius litigatoris* si basava dunque su un criterio di ordine costituzionale. Finché il giudice si limitava a commettere errori nell'accertamento del fatto o nell'applicazione della norma al fatto, egli rimaneva nel campo di funzioni a lui demandato, e, se commetteva degli errori, li commetteva nell'ambito del suo potere (*ius litigatoris*); ma se il giudice si metteva in aperto contrasto col precetto della legge allora eccedeva il potere che l'ordinamento pubblico gli aveva attribuito e non funzionava più come organo giurisdizionale (*ius constitutionis*)"

⁶² V. CALAMANDREI, *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista critica di scienze sociali*, cit., 153, ovvero quando si inizia invece a ritenere che: "la sentenza passata in giudicato pro veritate habetur e la sua autorità è tanta che essa può fare de non ente ens, de falso verum et de albo nigrum".



le questioni che interessano solo il ricorrente, e non consentono alla cassazione, con la pronuncia che le si chiede, di svolgere funzione di nomofilachia.

8.3. Dunque, sia consentito, la contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* per anteporre la funzione di nomofilachia a quella della decisione dei ricorsi può ritenersi operazione concettuale senza alcuna base storica, ovvero può semplicemente considerarsi frutto di una invenzione, perché la funzione della Corte di Cassazione non è né di *ius constitutionis* né di *ius litigatoris*, e perché la contrapposizione ha origini e significato del tutto diversi, che niente hanno a che vedere con la Corte di Cassazione, e tanto meno con la sua funzione di nomofilachia.

9. Però, al di là di tutto questo, negli anni ancora successivi il principio di nomofilachia ancor più si rafforza.

Esso diviene, se non un proprio e vero diritto tiranno, quanto meno un'esigenza che prevale, e deve prevalere, su tutte le altre.

La dottrina si assesta nel ritenere la nomofilachia un valore costituzionale da ricondursi allo stesso art. 3 Cost.⁶³; e addirittura taluni iniziano a sostenere che lo stesso art. 111 Cost. andrebbe abrogato nella parte che qui interessa⁶⁴, o quanto meno letto in modo tale da assicurare che "il numero dei ricorsi sui quali la Corte abbia a pronunciarsi nel merito sia tendenzialmente ridotto" affinché "la Corte si pronunci solo quando la violazione di legge denunciata involga una questione di rilievo generale o sia stata risolta in contrasto con orientamenti costanti della corte"⁶⁵. L'idea che inizia a prendere corpo è quella che la funzione di nomofilachia debba assicurarsi con la riduzione del diritto al ricorso, e a prova di ciò può essere portato il nuovo art. 360 *bis* c.p.c. di quegli anni⁶⁶.

Con il nuovo millennio gli interventi sulla nomofilachia si fanno sempre più forti e radicali⁶⁷; e se si volge uno sguardo alla dottrina più recente, si scopre che, in realtà, attualmente, non abbiamo più una nomofilachia, ma infinite sfumature di essa: abbiamo una nomofilachia diretta e una indiretta⁶⁸, una nomofilachia statica e una nomofilachia dinamica,

⁶³ CROCE, *La lunga marcia del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale?* (a proposito di Corte costituzionale 30/2011, *Contratto e impresa*, 2011, 847.

⁶⁴ Così CHIARLONI, *Sui rapporti tra funzione nomofilattica della cassazione e principio della ragionevole durata del processo*, in *www.judicium.it.*; ed anche CARPI, *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, nel Convegno *Giurisdizione di legittimità e regole di accesso nell'esperienza europea*, (Roma, 5 marzo 2010, organizzato dalla Corte suprema di Cassazione), per il quale dovremmo pensare "alla modifica dell'art. 111, 7° comma, della Costituzione, attraverso un più moderno bilanciamento della garanzia per il singolo con la garanzia, questa sì fondamentale, per e dell'ordinamento".

⁶⁵ Così PROTO PISANI, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, *Foro it.*, 2009, V, 381; ma v. già ID., *Crisi della cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, *Foro it.*, 2007, V, 122. Precedentemente in argomento v. DENTI, *L'art. 111 della costituzione e la riforma della cassazione*, *Foro it.*, 1987, V, 228.

⁶⁶ In questo senso v. già l'art. 131 del progetto della commissione bicamerale presieduta da Massimo D'Alema, che nell'ottobre del 1987 prevedeva che "contro le sentenze è ammesso ricorso per cassazione nei casi previsti dalla legge, che assicura comunque un doppio grado di giudizio". In argomento BILE, *La commissione bicamerale e la corte ("suprema") di cassazione*, *Giust. Civ.*, 1998, II, 65.

⁶⁷ LA TORRE, *La corte di cassazione italiana all'inizio del duemila*, *Foro it.*, 2000, V, 107; CARBONE, *Organizzazione del lavoro della cassazione e ordinamento giudiziario*, *Corr. Giur.*, 2000, 124.



una nomofilachia di settore e una nomofilachia orizzontale⁶⁹, e poi una nomofilachia calcolabile⁷⁰, e una nomofilachia da studiare unitamente e in raffronto ad altri fenomeni: nomofilachia e solipsismo⁷¹, nomofilachia e monoprotagonismo⁷², nomofilachia e cronofilachia⁷³ ecc...

Insomma, la nomofilachia è una e tante cose insieme, è una nomofilachia creativa⁷⁴, da analizzare quale “risposta legislativa alla postmodernità del discorso giuridico”⁷⁵, e da brandire, come “sempre più spesso infatti fa la Corte di Cassazione, come un randello”⁷⁶.

L’uniformità delle decisioni diventa un valore che supera tendenzialmente ogni altro, e la contrapposizione tra precedente vincolante della *common law* e precedente persuasivo della *civil law*, qualcosa che deve perdere la sua forza e tendenzialmente venire meno.

10. Stiamo così marciando, silenti e disattenti, verso la fine della libertà nell’interpretazione della legge.

Della nomofilachia se ne esaltano i valori, ma se ne omettono i pericoli e degli inconvenienti.

Il valore della nomofilachia è quello dell’ordine, e certo l’ordine è un principio cardine nell’amministrazione della cosa pubblica.

Però, sia consentito, l’ordine, in una democrazia, è un valore se ogni tanto, accanto ad esso, ha anche il disordine, poiché se al contrario tutto è invece sempre e solo ordine, allora lì qualcosa potrebbe entrare in crisi.

Un contrasto di giurisprudenza è certamente un fenomeno negativo nell’amministrazione della giustizia; ma se un domani non dovessero più esserci contrasti in giurisprudenza, ciò sarebbe ancora peggio.

Poiché un contrasto di giurisprudenza significa, in buona sostanza, che l’ordinamento accede ad un principio di libertà; un contrasto di giurisprudenza significa che i giudici sono liberi, e la libertà dei giudici è la condizione prima perché tutti noi lo si possa essere.

Al contrario, se si manda ai giudici il messaggio che questi non devono interpretare la legge ma devono aderire all’interpretazione che della legge è già stata data; se si dà ai giudici una banca dati sempre più completa ed attrezzata in modo che su tutto sia possibile trovare un precedente; se si digitalizza il processo e si creano per il giudice degli automatismi che forniscono agevolmente la risoluzione dei casi; e se infine, fatto tutto questo, si aggiunge che se il giudice non dovesse trovare in quell’automatismo la risoluzione del caso questi non

⁶⁸ v. E CARBONE, *Quattro tesi sulla nomofilachia*, *Politica del diritto*, 2004, 599; G.S. COCO, *Esatta interpretazione e nomofilachia: appunti critici*, *Legalità e giustizia*, 2006, I, 7.

⁶⁹ COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle nomofilachie di settore*, *Riv. dir. proc.*, 2018, 1443; SPANGHER, *Nomofilachia rinforzata, serve trasparenza*, *Diritto penale e processo*, 2018, 985; CARRATTA, *Il P.M. in cassazione promotore di nomofilachia*, *Giur. it.*, 2018, 772; CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, *Contratto e impresa*, 2017, 364;

⁷⁰ CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, *Contratto e impresa*, cit., 364.

⁷¹ CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, *Contratto e impresa*, cit., 364.

⁷² COMOGLIO, *Nomofilachia o nomoprotagonismo?*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 10253.

⁷³ AULETTA, *Dalla nomofilachia alla cronofilachia: le Sezioni unite esigono il tempestivo deposito della sentenza munita di relata*, *Riv. dir. proc.*, 2010, 180.

⁷⁴ CARRATTA, *L’art. 360 bis c.p.c. e la nomofilachia creativa dei giudici della cassazione*, *Giur. it.*, 2011, 885.

⁷⁵ CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, *Contratto e impresa*, cit., 364.

⁷⁶ SASSANI, *Si dice nomofilachia ma non si sa dove il sia*, *Riv. es. forzata.*, 2011, 4.



dovrebbe egualmente interpretare la legge ma rimettere la questione alla Corte di Cassazione ai sensi del nuovo art. 363 *bis* c.p.c., allora, evidentemente, noi non potremo più dire che i giudici si distinguono soltanto per funzioni, perché in realtà, non sarà più così; allora noi non potremo più sostenere che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, perché in verità vi saranno altre cose, diverse dalla legge, in grado di determinarli; allora noi non potremo più affermare che la magistratura è un potere diffuso, perché non v'è diffusione del potere se la facoltà dello *ius dicere* è rimasto solo al vertice.

E se il lavoro dei giudici si ridurrà a meri adempimenti burocratici, allora i giudici non si sentiranno più i destinatari di una funzione primaria dello Stato, si sentiranno dei semplici dipendenti, atti a sbrigare delle pratiche, per niente soddisfatti del lavoro svolto. E uno Stato democratico non può avere dei giudici che lavorino così.

In estrema sintesi, la nomofilachia non è un bene come la salute, che più se ne hai meglio è; è un bene che deve trovare dei limiti e dei bilanciamenti, come li ha sempre avuti, poiché altrimenti rischia di compromettere altri valori, altri principi, altre esigenze non meno rilevanti. E che la magistratura costituisca un potere diffuso, è un bene al quale non possiamo rinunciare.

10.2. Il rafforzamento della nomofilachia non poggia, poi, a pensarci, su niente, e lo scopo di questo saggio è proprio quello di ricordare questa evidenza: non sulla storia, poiché nella storia della nostra Italia la nomofilachia non ha mai rappresentato un punto centrale nella funzione giurisdizionale esercitata dalla Cassazione; non sulla Costituzione, poiché in Assemblea costituente, se si esclude Piero Calamandrei, nessuno pensava che la nomofilachia potesse essere una tecnica giudiziaria da ricondurre a principio costituzionale, e nessuno immaginò infatti di trasformare il precetto dell'art. 65 r.d. 12/41 in norma costituzionale; non sulla contrapposizione tra *ius consistitutionis* e *ius litigatoris*, poiché abbiamo visto che trattasi di una contrapposizione che ha origini totalmente diverse, che niente hanno a che vedere con la nomofilachia e la Corte di Cassazione; non su un valore ideologico, perché è fuori discussione che la nomofilachia abbia un aspetto autoritario, possa presupporre una struttura gerarchizzata della magistratura, tanto che da un punto di vista normativo la si trova infatti disciplinata solo nell'art. 65 del r.d. 12/41, ovvero in una normativa che fu varata dal fascismo: non la si trova nella legge di ordinamento giudiziario r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626, non la si trova nella legge di ordinamento giudiziario r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786, non la si trova nella Costituzione, non la si trova in altre leggi dell'età repubblicana.

E dunque, il rafforzamento della nomofilachia, da parte sua, non ha che ragioni pratiche: essa ha preso corpo in modo direttamente proporzionale alla crisi della Corte di Cassazione; più la cassazione è entrata in crisi per l'alto numero dei ricorsi, più si è diffusa l'idea di una nomofilachia forte.

Ma la crisi della Cassazione non può costituire la ragione per portare la nomofilachia a dimensioni analoghe a quelle dello *stare decisis*.

La nomofilachia ha già creato una miriade di ipotesi di inammissibilità dei ricorsi prima inesistenti, ha già ridotto i casi nei quali l'accesso in cassazione è possibile, ha già trasformato le udienze pubbliche in camere di consiglio e le sentenze in ordinanze; ora evitiamo che essa soffochi anche la libertà dei giudici di interpretare la legge.



Noi non abbiamo ragioni per rincorrere i sistemi di *common law*; quei sistemi, infatti, hanno delle compensazioni che noi non abbiamo, e una storia completamente diversa dalla nostra.

10.3. Chiudo con un ricordo.

Negli anni '90, prima dell'arrivo della SSM, ho avuto l'onore e la fortuna di essere stato chiamato più volte a Frascati per i corsi formativi organizzati dal CSM.

Lì ho avuto la possibilità di confrontarmi e discutere con magistrati che ovviamente ancora oggi bene ricordo; una grande e indimenticabile soddisfazione per me.

Ricordo il mio entusiasmo di essere lì: restavamo lì a giorni, lì si mangiava, si dormiva, si passava anche il tempo libero passeggiando nel giardino.

Uno di quei magistrati, in uno di quegli eventi, a tavola, una volta, facendo riferimento ai giovani che partecipavano ai corsi, mi disse: "Si tratta soprattutto di trasmettere loro il senso della giurisdizione, e dobbiamo averlo noi per prima questo senso della giurisdizione".

Il discorso non si sviluppò: io non chiesi all'interlocutore cosa intendesse per *senso della giurisdizione*, né l'interlocutore ritenne di dovermelo spiegare.

Ricordo però che l'interlocutore disse questa cosa con un tale orgoglio, un tale senso di appartenenza, una tale consapevolezza del suo significato, che quella frase ancora oggi io non l'ho dimenticata.

Mi fu subito chiaro che per *senso della giurisdizione* egli intendeva una cosa precisa, che non aveva bisogno di essere spiegata: si trattava di quella sintesi tra libertà e responsabilità che costituisce il compito primo, fondamentale, del giudice.

Ebbene, credo sia necessario che quel *senso della giurisdizione* non si smarrisca, che ogni giudice continui a sentire quel *senso*, che abbia sempre la convinzione che nello svolgimento della delicata funzione dello *ius dicere*, nessuno sta sopra di lui, solo la legge, così come vuole l'art. 101, 2° comma Cost.

Diceva Giuseppe Borrè: "Tutto ciò che è "super" ha in sé un virus nemico dei valori della giurisdizione".



LA PARTECIPAZIONE DEGLI ENTI SUB-STATALI ALLA GESTIONE DELLE EMERGENZE SANITARIE: MODELLI COMPARATI E POSSIBILI SPUNTI PER IL LEGISLATORE ITALIANO. *

Ignazio Spadaro **

Abstract [ita]: Il saggio prende in esame i modelli di gestione dell'emergenza sanitaria adottati da molteplici Paesi, tra cui l'Italia, sul piano dei rapporti tra organi di governo statali ed enti territoriali, per poi saggiarne la rispondenza alle istanze di tutela delle libertà fondamentali insite nel moderno costituzionalismo ed evidenziarne i possibili margini di miglioramento, in prospettiva *de iure condendo*.

Abstract [eng]: The essay takes into exam the models of health emergency management adopted by several Countries, including Italy, in terms of relations between State government bodies and local Authorities. Then, it tests the relevant attitude to effectively protect fundamental freedoms, as the core of the modern constitutionalism. Finally, possible scope for improvement are highlighted.

Parole chiave: Covid-19 - emergenza - regionalismo - federalismo - leale collaborazione - diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Approcci diversi per un'unica pandemia. - 2. Pandemia e crisi della leale collaborazione in Italia. - 3. La gestione "relativamente accentrata" dell'emergenza sanitaria in Svizzera. - 4. Pandemia e tendenze centripete "a Costituzione invariata": il caso belga. - 5. Modelli di gestione "decentrata" delle emergenze sanitarie. - 6. Considerazioni di sintesi ed ulteriori interrogativi. - 7. Asperità della leale collaborazione "informale" negli Stati Uniti d'America. - 8. Istanze di leale collaborazione "praeter Constitutionem" in Australia. - 8.1. *Segue.* Profili problematici del *National Cabinet*. - 9. Considerazioni conclusive. Alla ricerca di un modello ideale per la gestione delle emergenze sanitarie. - 10. *Segue.* Oltre l'emergenza: la leale collaborazione come principio generale dei rapporti tra Stato ed enti territoriali. - 11. Raffronto con l'esperienza italiana. - 12. *Segue.* Possibili spunti per il legislatore.

1. Approcci diversi per un'unica pandemia.

In numerosi Paesi, la necessità di contrastare tempestivamente la diffusione della pandemia da SARS-Cov-2 ha stimolato l'elaborazione di schemi e strumenti normativi inediti: si pensi, ad esempio, all'introduzione di nuovi regimi eccezionali in Francia ed



Ungheria¹, ovvero, per quanto riguarda l'Italia, alla sostanziale marginalizzazione delle ordinanze sanitarie e di protezione civile² a favore dell'utilizzo combinato di decreti-legge e DPCM³. In molti casi, pressanti esigenze di coordinamento hanno inciso sulla funzione di indirizzo politico, determinandone l'accentramento in capo agli Esecutivi nazionali e, in particolare, ai relativi organi di vertice, a scapito sia dei rispettivi Parlamenti sia, talora, anche delle prerogative costituzionalmente riconosciute agli enti territoriali⁴. Altri ordinamenti, invece, hanno adottato un approccio che potrebbe definirsi "decentrato", ossia imperniato sul riconoscimento di ampi spazi d'intervento normativo proprio agli organi di indirizzo politico sub-statali (Stati federati, Regioni, Comunità *etc.*).

Nel corso di queste considerazioni, si indagherà l'efficacia dimostrata da ciascuno dei suddetti modelli, non solo dal punto di vista strettamente epidemiologico, ma - giova rimarcare sin d'ora - anche con riguardo all'entità delle limitazioni subite da altri beni e interessi costituzionalmente rilevanti, come la libertà di circolazione o quella di iniziativa economica. Riprendendo un consolidato orientamento della Corte costituzionale italiana, infatti, deve ricordarsi che in uno Stato democratico nessun diritto, seppur di indubbia levatura come, per l'appunto, la salute, può espandersi indefinitamente, sino a divenire «tiranno» e giustificare l'introduzione di misure tanto incisive sulla sfera delle libertà da essere sostanzialmente «dittatoriali»⁵. Del resto, quand'anche si volesse valutare ciascuna

^{1*} Lo studio si inserisce fra le attività del Progetto "La tenuta dello Stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da Covid19. Profili giuridico-finanziari", condotto grazie al "programma ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2", ed è stato presentato nel corso della *II Giornata della Ricerca Lex* (Università di Catania, 30 novembre 2022).

^{**} Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Catania.

V., rispettivamente, gli artt. L3131-12 - L3131-20 del *Code de la santé publique*, in vigore fino al 31 luglio 2022, e la legge LVIII del 30 marzo 2020. Per un'analisi, prevalentemente critica, di tali strumenti v. *ex multis* A. GELBLAT - L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?*, in *Rev. dr. homme*, aprile 2020, p. 1 ss., e R. UITZ, *Hungary's Enabling Act: Prime Minister Orbán Makes the Most of the Pandemic*, in *www.constitutionnet.org*, aprile 2020.

² Previste, le prime, dall'art. 32 della Legge sul Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833) e dall'art. 50 del Testo unico sugli enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267); le seconde, dall'art. 5 del Codice della protezione civile (decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1). Per approfondimenti v. per tutti E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019, p. 84 ss.

³ Sul tema, all'interno di una letteratura oramai assai vasta, v. almeno M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, p. 111 ss., e A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Oss. fonti*, n. spec., 2020, p. 316 ss., oltre agli Autori citati nelle note seguenti.

⁴ Per un'ampia rassegna v. E. CECCHERINI, *Sistemi policentrici e principio collaborativo nell'emergenza pandemica*, in *DPCE online*, n. spec. 2022, p. 185 ss., cui cfr. la «presidenzializzazione dell'esecutivo» segnalata, tra gli altri, da M. CALAMO SPECCHIA, *Riflessioni di sintesi. Le fonti del "diritto della pandemia" tra forma e sostanza*, in *DPCE online*, n. spec., 2021, p. 1865, e S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in *Oss. fonti*, n. 2/2022, p. 768.

⁵ V. rispettivamente, C. cost., sentenza 9 aprile 2013, n. 85, § 9, con nota di V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. AIC*, n. 3/2013, p. 1 ss., e G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi*, marzo 2020, p. 13.



performance nazionale, per così dire, guardando esclusivamente al dato sanitario, ci si scontrerebbe con la difficoltà di addivenire a conclusioni univoche, stante la molteplicità degli indicatori suscettibili di essere presi in considerazione (tasso di letalità *vs.* tasso di mortalità, numero di contagi *vs.* numero dei decessi *etc.*), insieme alle diverse condizioni di partenza dal punto di vista demografico (età, sesso, densità abitativa), della qualità e quantità delle strutture ospedaliere, della materiale disponibilità di personale medico-infermieristico, cibo e medicinali e così via⁶. Ciò che, invece, dovrebbe essere una costante e che - come accennato - sarà, quindi, oggetto principale di queste riflessioni, è la tensione verso risposte normative equilibrate, in grado di bilanciare tutti gli interessi in gioco.

Tanto premesso, può subito affermarsi che il caso italiano appare peculiare, poiché la gestione accentrata dell'emergenza, che ne ha costituito il tratto distintivo, è sembrata contraddire quella fiducia nel decentramento politico che era stata espressa dal Costituente all'art. 5 del Testo fondamentale e che nel 2001 è stata ulteriormente confermata dal Parlamento, con la nota riforma del Titolo V⁷. E tuttavia, è noto che quest'ultima, se da una parte ha accentuato molti caratteri del regionalismo, dall'altra non ha, tuttavia, determinato la trasformazione dell'Italia in uno Stato federale, tanto più dopo gli interventi in senso fortemente contenitivo dell'autonomia regionale operati dalla Corte costituzionale⁸. È lecito domandarsi se, ove in futuro si pervenisse ad un assetto propriamente federale o, più semplicemente, qualora si aprissero spazi di autonomia ancora maggiori, come quelli già contemplati dall'art. 116, co. 3 Cost. (cd. autonomia differenziata), esigenze di coerenza sistematica richiederebbero una gestione della crisi necessariamente "decentrata". Invero, si tratta di una questione non trascurabile, specie allorché gli elementi raccolti nel corso di queste riflessioni dovessero deporre, invece, a favore del modello opposto, ed a fronte dell'ulteriore contrazione del potere statale prevista dal programma politico dall'attuale maggioranza di governo⁹. In questa prospettiva, si prenderanno in esame le esperienze

⁶ In questo senso già C. COTTARELLI - F. PAUDICE, *Perché il COVID-19 ha colpito i paesi in modo diverso?*, marzo 2021, p. 3 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti scientifici (reperibile in www.osservatoriocpi.unicatt.it).

⁷ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, sulla cui attuazione v., da ultimo, i numerosi contributi raccolti da F. FABRIZZI - A. POGGI - G. SALERNO, *Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma del 2001, Federalismi*, n. 20/2022, p. v ss. Più in generale, sul principio di autonomia territoriale nell'ordinamento italiano, anche in prospettiva comparata, cfr. B. GUASTAFERRO, *Autonomia Sovranità Rappresentanza. L'evoluzione della forma di Stato in Italia e Regno Unito*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, p. 19 ss.

⁸ Su tale tendenza, a far data dalla nota sentenza 1° ottobre 2003, n. 303, v. per tutti C. DRIGO, *La Corte costituzionale e le autonomie. Riflessioni a margine di un percorso a geometria variabile*, in *Federalismi*, n. spec. 7/2018, p. 4 ss., cui *adde*, con riferimento alla gestione dell'emergenza pandemica, le ulteriori pronunce richiamate da P. COSTANZO - L. TRUCCO, *La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l'infezione da Covid-19, ibid.*, n. 4/2022, p. 304 ss.

⁹ Cfr. da ultimo l'art. 1, co. 791 ss. legge 29 dicembre 2022, n. 197 (cd. legge di bilancio 2023), anche nel commento di G. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *Federalismi*, n. 1/2023, p. iv ss. Sui tentativi di attuare l'art. 116, co. 3 Cost. già infruttuosamente operati in passato v. invece CAMERA DEI DEPUTATI - SERV. STUDI, *L'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario*, settembre 2022, in www.camera.it; in dottrina, L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Riv. AIC*, n. 4/2018, p. 337 ss. Cfr. infine la lettura proposta



maturate da Paesi che condividono con l'Italia una spiccata stabilità democratica¹⁰, mentre sono caratterizzati da un maggior tasso di decentramento.

2. Pandemia e crisi della leale collaborazione in Italia.

Volendo ripercorrere brevemente le fasi salienti della gestione della pandemia in Italia, può anzitutto osservarsi come la gestione dell'emergenza, dopo una breve fase iniziale caratterizzata dalla ricerca di intese, da parte del Ministro della Salute, con i Presidenti delle Regioni interessate¹¹, ha visto prevalere la tendenza non solo all'accentramento delle decisioni al livello statale, ma anche alla fuga, per così dire, dai vincoli della leale collaborazione. Com'è noto, la consolidata giurisprudenza costituzionale in materia intende tale obbligo, testualmente previsto solo per l'esercizio di poteri sostitutivi *ex art. 120 Cost.*, come un principio generale, in grado di prevenire un'eccessiva compressione dell'autonomia degli enti territoriali (*in primis*, le Regioni), pur quando determinate circostanze la rendano necessaria, come p. es. nel caso della cd. attrazione in sussidiarietà¹².

Esemplificativamente, l'art. 25 del Codice di protezione civile avrebbe consentito al Governo (*rectius*, alla Presidenza del Consiglio dei ministri) di emanare ordinanze emergenziali soltanto dopo aver raggiunto un accordo con Regioni e Province autonome, e solo per il «coordinamento» attuativo degli interventi. Già nel mese di febbraio 2020, tali limiti sono stati superati entrambi dal decreto-legge n. 6/2020, col quale il Consiglio dei ministri, in seguito alla dichiarazione di emergenza nazionale deliberata, alcune settimane prima, ai sensi dell'art. 23 cod. prot. civ.¹³, ha autorizzato il proprio Presidente ad adottare con decreto ogni misura necessaria¹⁴, su proposta del Ministro della Salute, dopo essersi limitato a «sentire» le Regioni interessate o, nel caso di provvedimenti di portata nazionale, il Presidente della Conferenza delle Regioni (art. 3).

In seguito, dinanzi al proliferare di ordinanze emergenziali da parte di Presidenti regionali e Sindaci, si sono progressivamente ridotti gli spazi riservati a questo particolare

da D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, *ibid.*, n. 1/2019, p. 337 ss.

¹⁰ Cfr. la categoria politologica delle «*longstanding, stable, and prosperous democracy (LSPD)*», teorizzata da E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, OUP, Oxford, 2016, p. 70 ss. Ad essa si è ritenuto di poter ricondurre anche la Bosnia-Erzegovina, per il fatto che le sue perduranti tensioni interne sembrano minacciarne la coesione territoriale, più che il tasso di democraticità: cfr. G. FRUSCIONE, *Bosnia: il sussulto dei riformisti e l'imboscata dell'Alto rappresentante*, 5 ottobre 2022, in *www.ispionline.it*.

¹¹ V. le ordinanze del 23 febbraio 2020 (concernenti Piemonte, Friuli-Venezia Giulia, Emilia-Romagna, Veneto, Lombardia) e del 24 febbraio 2020 (Liguria), le quali, a norma dell'art. 32 l. 833/1978, avrebbero potuto essere emanate dal Ministro unilateralmente.

¹² Per approfondimenti si rinvia a Q. CAMERLENGO, *Leale collaborazione (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Milano, UTET Giuridica, 2015⁶, p. 250 ss., e B. GUASTAFERRO, *Autonomia Sovranità Rappresentanza*, cit., p. 95 ss., cui cfr., sull'origine del principio *de quo* negli ordinamenti federali, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 84 ss.

¹³ Delibera del 31 gennaio 2020 (pubbl. G.U. n. 26 del 1° febbraio 2020).

¹⁴ Più precisamente, l'art. 1 stilava un elenco di misure adottabili, ma l'art. 2 ne consentiva genericamente di «ulteriori», che, secondo la scarsa giurisprudenza in materia, avrebbero potuto essere soltanto meno incisive delle prime sulla sfera dei diritti fondamentali: v. TAR Marche, decreto 27 febbraio 2020, n. 56.



tipo di provvedimenti, fino a stabilire *tout court* la prevalenza delle disposizioni di fonte statale. L'art. 3, co. 2 del precitato decreto-legge n. 6 ha circoscritto le ordinanze locali ai soli casi di «estrema» necessità ed urgenza e, comunque, ne ha consentito l'efficacia solo «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri». A partire dal mese di marzo, il decreto-legge n. 19/2020 ha sostanzialmente riservato al Ministro della Salute anche gli interventi provvisori (art. 3, co. 2), consentendo alle Regioni di adottare soltanto misure interinali che fossero, ad un tempo, «più restrittive» di quelle statali, giustificate da «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio» e non incidenti su attività estranee all'ambito di competenza della Regione, né attività «produttive» o «di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (art. 3, co. 1). Ed ancora, dopo una breve parentesi in cui l'abbassamento dei contagi aveva indotto a ripristinare l'adottabilità di regimi regionali meno rigidi¹⁵, già agli inizi di ottobre il decreto-legge n. 125/2020 ha subordinato quest'ultima al raggiungimento di intese preventive col Ministro della Salute¹⁶. Quanto, in particolare, al potere di ordinanza dei Sindaci, rispetto alle misure anti-Covid esso dapprima è stato quasi totalmente sospeso¹⁷ e, poi, è stato funzionalizzato alla sostenibilità epidemiologica del piano di riaperture elaborato a livello centrale¹⁸. A ciò si aggiunga la decadenza di tutte le ordinanze locali vigenti, decisa dal Governo in almeno due occasioni¹⁹.

Questo approccio ha trovato conforto nella sentenza n. 37/2021 della Corte costituzionale²⁰, che ha annullato quasi tutte le disposizioni di una legge valdostana che pretendeva di dettare una disciplina autonoma delle misure di contenimento dei contagi. In particolare, confermando considerazioni già in parte anticipate in sede cautelare²¹, i Giudici hanno affermato che il contrasto delle pandemie costituisce «profilassi internazionale» e, quindi, a norma dell'art. 117, co. 2, lett. q) Cost. rientra nella competenza esclusiva dello Stato (§ 7). La Corte ha colto l'occasione per ribadire, altresì, che la recessività della regolazione regionale in contesti di crisi sanitaria è imposta da «ragioni logiche, prima [ancora] che giuridiche», poiché solo «una disciplina unitaria, di carattere nazionale» sarebbe «idonea a

¹⁵ Art. 1, commi 14 e 16, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 (conv. legge 14 luglio 2020, n. 74).

¹⁶ Art. 1, co. 2, lett. a) decreto-legge n. 125/2020 (conv. legge 27 novembre 2020, n. 159), modificativo della disposizione richiamata nel testo.

¹⁷ Alle molteplici limitazioni già richiamate per le Regioni, il decreto-legge n. 19 aggiungeva il divieto di disporre in contrasto con provvedimenti statali, pena l'inefficacia *ope legis* dei nuovi provvedimenti (art. 3, co. 2, la cui definitiva abrogazione sarebbe stata disposta solo con l'art. 18 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76).

¹⁸ Così l'art. 1, co. 9 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 (conv. legge 14 luglio 2020, n. 74).

¹⁹ V. l'art. 2, co. 3 d.l. 19/2020 e l'art. 1, co. 1 d.l. 33/2020. Il primo ha fatto, per così dire, *tabula rasa* di tutte le ordinanze allora in vigore, mentre il secondo ha sancito l'inefficacia, a partire da una certa data, delle restrizioni locali alla libertà di circolazione, consentendone una nuova adozione solo per «specifiche aree [...] interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica».

²⁰ Sentenza 12 marzo 2021, su cui v. almeno B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi*, aprile 2021, p. 2 ss. Per un quadro più dettagliato sull'accoglienza riservata alla pronuncia da parte della dottrina sia consentito rinviare a I. SPADARO, *Decentramento politico e pandemia: spunti per un "regionalismo dell'emergenza"*, in *Riv. AIC*, n. 4/2022, p. 151 ss., oltre ai contributi puntualmente richiamati nelle note seguenti.

²¹ Ordinanza 14 gennaio 2021, n. 4, la cui eccezionalità è opportunamente evidenziata da 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 *Gr. Pisa*, n. 2/2021, p. 87 ss.



preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività» (§ 7.1)²². Tale ricostruzione esonera lo Stato da qualsiasi forma di collaborazione con le Regioni, non solo nella fase di normazione primaria, ma anche in quella di esecuzione, che nel caso del Covid-19 sono state pertanto dominate, rispettivamente, da decreti-legge e DPCM²³. Sicché, com'è stato osservato in dottrina, la possibilità, data alle Regioni, di rendere pareri e formulare proposte sulle singole misure avrebbe costituito solo una «graziosa concessione», cui il legislatore statale non sarebbe stato neppure obbligato²⁴.

La sentenza è stata oggetto di critiche da chi vi ha scorto una lettura indebitamente estensiva del concetto di «profilassi internazionale», tesa a sottrarre rilevanza a titoli di competenza concorrente quali «tutela della salute», «protezione civile», «commercio», «istruzione», «turismo» (art. 117, co. 3 Cost.). Titoli la cui valorizzazione, invece, avrebbe indotto ad inquadrare la legislazione statale anti-Covid come frutto di «chiamata in sussidiarietà» o, addirittura, di una «concorrenza di competenze», rendendo necessaria la concertazione col livello regionale²⁵ e determinando l'illegittimità dei numerosi provvedimenti adottati in difetto di essa²⁶.

3. La gestione «relativamente accentrata» dell'emergenza sanitaria in Svizzera.

Un approccio altrettanto Stato-centrico, per così dire, è emerso anche in un Paese tradizionalmente molto sensibile alle istanze del decentramento, quale è la Svizzera. Dei due sistemi normativi di gestione delle emergenze previsti dall'ordinamento elvetico, infatti, quello più rispettoso dell'autonomia cantonale ha trovato un'applicazione modesta, perché limitata alle sole misure di *welfare*. Esso si fonda sull'art. 185, § 3 Cost., a norma del quale il Consiglio federale può emanare ordinanze provvisorie per fronteggiare «gravi turbamenti» dell'ordine pubblico, e su due disposizioni attuative, di rango legislativo, che integrano la disciplina costituzionale prevedendo che i suddetti provvedimenti siano comunicati entro ventiquattr'ore alle Commissioni parlamentari competenti a vigilare su Governo e P.A.²⁷ e

²² La Corte si mostra fedele, sul punto, ad almeno due precedenti che avevano visto prevalere, anch'essi, la competenza del legislatore statale in ambito sanitario: la sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, § 7.2.2, III cpv., in tema di obbligo vaccinale, e la sentenza 14 novembre 2003, n. 338, § 5.1, sull'accesso a determinati trattamenti terapeutici.

²³ La natura meramente attuativa dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri emanati in tempo di pandemia e, quindi, la conformità di essi al principio di riserva di legge sono, poi, state confermate dalla Corte con sentenza 22 ottobre 2021, n. 198, su cui v. almeno A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, p. 9 ss.

²⁴ La locuzione è utilizzata, criticamente, da G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ord. n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Giur. cost.*, n. 4/2021, p. 638.

²⁵ V. rispettivamente, *ex multis*, la sentenza n. 303/2003, cit., e la sentenza 28 gennaio 2005, n. 50.

²⁶ In questo senso C. CARUSO, *La leale collaborazione ai tempi del judicial regionalism. Da metodo di governo a criterio di giudizio*, in *Quad. cost.*, n. 4/2021, p. 919.

²⁷ Più precisamente, la comunicazione dev'essere indirizzata alla Delegazione delle Commissioni della gestione, a norma dell'art. 53, cpv. 3bis della *Legge sul Parlamento* (LParl), introdotto, dopo accesi dibattiti, dalla *Legge federale concernente la salvaguardia della democrazia, dello Stato di diritto e della*



che, in ogni caso, decadano dopo sei mesi se non sottoposti alla convalida delle Camere²⁸, una delle quali - come noto - è composta da «deputati dei Cantoni» (art. 150 Cost.).

Per contro, l'emanazione delle misure costituzionalmente più delicate, perché impattanti sulla sfera dei diritti fondamentali (*lockdown*, divieto di assembramenti) e tali da paralizzare, in una certa fase, persino il funzionamento delle Assemblee elettive²⁹, è stata progressivamente accentrata dal Governo federale, una volta che questi ha elevato il livello di criticità dapprima a «particolare» e, poi, a «straordinaria». Quest'ultima declaratoria ha consegnato all'Esecutivo il potere di emanare qualsiasi provvedimento esso ritenesse «necessario», senza (più) vincoli di consultazione dei Cantoni, a norma degli artt. 6 e 7 della *Legge sulle epidemie* (LEp)³⁰.

Tanto premesso, deve, tuttavia, rilevarsi che il suddetto accentramento è stato mitigato dal fatto che una certa collaborazione ha continuato a permeare, *de facto*, i rapporti tra tutti gli enti territoriali, nonché tra questi e la Federazione. A livello orizzontale, si sono registrate la convocazione di numerose Conferenze inter-cantionali e l'attivazione di interlocuzioni dirette tra organi di indirizzo politico o vertici amministrativi, aventi ad oggetto la condivisione di informazioni e *best practices*. Ciò ha consentito di livellare al rialzo l'efficacia degli interventi, consentendo a Cantoni e Comuni di minore capacità finanziaria di trarre vantaggio da investimenti operati da altri³¹.

La leale collaborazione in senso verticale, benché normativamente non necessaria, si è resa opportuna per la mancanza di un apparato burocratico federale paragonabile a quelli cantionali per esperienza e capillarità territoriale. Lo stesso art. 54 LEp prevede la convocazione di un «Organo di coordinamento», composto sia da rappresentanti degli Uffici federali competenti su sanità, alimentazione e protezione civile, sia da professionisti designati dai Cantoni, oltre ad un rappresentante della «Conferenza delle direttrici e dei direttori cantionali della sanità». Tale organo non ha mai smesso di funzionare, quantomeno in sede consultiva, neppure nei periodi di maggiore accentramento delle decisioni politiche. Per queste ultime, peraltro, il Governo federale si è munito di un'apposita «Unità di crisi», all'interno della quale si è riservato un seggio al rappresentante della Conferenza dei Governi cantionali. In generale, appare significativo che, dinanzi alle resistenze ed alle contrapposte rivendicazioni di alcuni Cantoni, l'Esecutivo non abbia fatto valere la propria

capacità di agire in situazioni straordinarie, del 17 dicembre 2010.

²⁸ Così dispone l'art. 7d della *Legge sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione* (LOGA), del 21 marzo 1997, come modificata, anch'essa, dalla cit. *Legge federale sulla democrazia*.

²⁹ Cfr. le perplessità espresse, a questo riguardo, da E. BELSER, *Managing the Coronavirus pandemic in Switzerland. How federalism went into emergency mode and struggled to get out of it*, in N. STEYTLER (a cura di), *Comparative Federalism and Covid-19. Combating the Pandemic*, Routledge, Londra - New York, 2022, pp. 131-132.

³⁰ Legge del 28 settembre 2012, in vigore dal 2016. La situazione è rimasta «straordinaria» per circa tre mesi, dal 16 marzo al 19 giugno 2020, per poi tornare ad essere «particolare».

³¹ Lo riporta, con particolare riferimento alle campagne d'informazione rivolte ai minori, R. FREIBURGHANUS - S. MUELLER - A. VATTER, *Overnight centralization in one of the world's most federal countries*, in AA.VV., *Federalism and the Response to COVID-19. A Comparative Analysis*, Routledge, Londra - New York, 2022, pp. 223-224.

supremazia, bensì abbia scelto di riunirne i Presidenti con lo scopo - poi raggiunto - di trovare soluzioni di compromesso³².

Nell'insieme, i risultati sono stati positivi, posto che il numero dei decessi per milione di abitanti si è mantenuto relativamente basso, a fronte di misure meno incisive sulla sfera delle libertà rispetto a quelle adottate da molti altri Paesi³³. Ad esempio, non è mai stato imposto un divieto generalizzato di allontanamento dalle abitazioni, mentre l'introduzione di restrizioni cantonali più gravose di quelle nazionali è stata subordinata alla sussistenza di «particolari situazioni di pericolo», cronologicamente circoscritte³⁴.

4. Pandemia e tendenze centripete “a Costituzione invariata”: il caso belga.

La Costituzione belga del 1994 e alcune leggi organiche che l'hanno seguita, nell'intento di pacificare le relazioni tra i tre gruppi nazionali esistenti nel Paese, hanno delineato un complesso intreccio di competenze tra la Federazione, da una parte, e ben due categorie di enti formalmente «regionali», dall'altra: le Comunità, definite su base linguistica e culturale, e le Regioni *stricto sensu*, le cui circoscrizioni divergono, in buona parte, dalle prime³⁵. Per la medesima ragione, si è scelto di ridurre al minimo la necessità di accordi tra questi tre centri di governo accogliendo un federalismo di tipo “duale”, ossia basato su un rigido riparto di competenze normative *ratione materiae*, attribuite ciascuna in via esclusiva. A ciò si aggiunga che, a differenza di quanto si osserva in molti Stati federali, anche la Camera Alta del Parlamento rappresenta «la Nazione» nel suo insieme (art. 42 Cost.) e non, invece, i singoli territori, a nulla rilevando il pluralismo che, pure, ne ispira i criteri di nomina ed elezione³⁶.

Sin dai primi mesi della pandemia, tale assetto si è rivelato poco funzionale. Infatti, benché la «*politique de santé*» spetti, in linea di principio, alle Comunità, perché «*personnalisable*», ossia direttamente connessa al benessere dell'individuo (art. 128 Cost.), la *Loi spéciale de réformes institutionnelles* del 1980 fissa numerose eccezioni, che hanno reso *de facto* indispensabile un complesso coordinamento degli interventi. Ad incidere

³² V. in particolare la riunione intergovernativa del 27 marzo 2020.

³³ Il 1° marzo 2022, a due anni esatti dal primo rilevamento, vi era una forbice era di ben 1.126 unità in meno rispetto all'Italia (2.625), e questo *trend* si è poi mantenuto nei mesi successivi (fonte: *www.ourworldindata.org*, su dati della Johns Hopkins University). Per un elenco dettagliato delle misure si rinvia alla scheda informativa *Pandemia, cronistoria delle restrizioni*, agg. gennaio 2022, in *www.rsi.ch*.

³⁴ In questo senso le modifiche apportate agli artt. 7e e 10a della I ordinanza Covid-19 del 13 marzo 2020.

³⁵ A norma degli artt. 2 e 3 Cost. il Belgio comprende tre regioni geografiche (Vallonia, Fiandre e Bruxelles) e tre «*régions linguistiques*» o comunità (francofona, neerlandofona e germanofona, più l'area, franco-neerlandese, della Capitale). Ad eccezione della Comunità neerlandofona, fusasi con la Regione fiamminga già nel 1980, ciascuno di tali enti è munito di organi di governo distinti, né vi è corrispondenza tra le circoscrizioni territoriali dei primi e quelle dei secondi. Su tale complessa architettura costituzionale v. di recente AA.VV., *La Belgique, un État fédéral singulier*, Bruxelles, CriSP, *Courrier hebdomadaire* n. 2500 (2021), p. 107 ss.

³⁶ L'art. 67, § 1 Cost. individua ben sette diverse categorie di senatori, numericamente diseguali, a seconda che vengano designati dal Parlamento fiammingo, dal Parlamento della Comunità francese, dal Parlamento vallone, dal gruppo linguistico francese in seno al Parlamento della Regione di Bruxelles-Capitale, dal Parlamento della Comunità germanofona, ovvero siano cooptati, a loro volta, da altri senatori.



negativamente è stato, ad esempio, il disallineamento tra la competenza - rispettivamente, federale e comunitaria - sul finanziamento dei trattamenti terapeutici e vaccinali e quella sulla relativa erogazione, così come tra la disciplina delle professioni sanitarie in generale e quella sui servizi sanitari di prossimità. Ed ancora, sulla modulazione delle misure di distanziamento sociale ha inciso il fatto che la disciplina di importanti luoghi di aggregazione, quali sono gli istituti scolastici, spetti alle Comunità, peraltro nel quadro di norme federali, mentre quella dei servizi di trasporto pubblico locale ha carattere regionale³⁷.

Come ribadito dal Consiglio di Stato nel 2021, la Costituzione belga non contempla la lotta alle epidemie come una «competenza in quanto tale», sicché «ciascuna Autorità» (Federazione, Comunità, Regione) può intervenire al riguardo solo «nei limiti delle proprie competenze materiali»³⁸; ma anche, in astratto, senza alcun obbligo di coordinamento. Quest'ultima circostanza, in particolare, è emersa a più riprese nel corso della concertazione, allorché i rappresentanti di alcune Comunità e Regioni hanno minacciato di dissociarsi dall'indirizzo comune ove le proprie istanze non fossero accolte³⁹. Altre volte, invece, esse hanno lasciato spontaneamente l'iniziativa alla Federazione anche in materie proprie, per poi subentrarvi una volta che gli interventi attuati da Bruxelles si mostravano efficaci. Ciò è accaduto, ad esempio, per il tracciamento dei positivi, avviato dal Ministero della Salute federale ma poi bruscamente trasferito alle Comunità, con esiti non sempre soddisfacenti.

Dopo un primo periodo di incertezza, in cui la lentezza e la macchinosità del confronto tra gli enti si sono accompagnati ad un rapido deterioramento del quadro epidemico⁴⁰, è stato proprio l'Esecutivo nazionale ad assumere l'iniziativa e garantire risposte normative adeguate alla gravità dell'emergenza. Anzitutto, esso ha cercato di orientare gli esiti della concertazione, sia in seno al *Conseil national de sécurité*, organo federale eccezionalmente allargato ai Presidenti di Regioni e Comunità, sia dopo il relativo trasferimento in una sede istituzionalmente paritaria, il *Comité de concertation*, e la rivalutazione dei Governi locali, specie in fase attuativa⁴¹. Inoltre, il 27 marzo 2020 il Parlamento, dopo aver reinsediato il dimissionario Primo ministro Wilmès al fine di evitare vuoti di potere in un momento tanto

³⁷ Cfr. gli elenchi di materie contenuti negli artt. 5, § 1 LSRI (Comunità) e 6, § 1 LSRI (Regioni), con relative eccezioni a favore del legislatore federale.

³⁸ C.E., parere n° 68.936/AG del 7 aprile 2021, § 10, che richiama anche numerosi precedenti. In dottrina, v. ampiamente M. EL BERHOUMI - S. VAN DROOGHENBROECK - L. LOSSEAU, *Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise: la gestion de la pandémie de Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences*, in AA.VV., *Le droit public belge face à la crise du COVID-19. Quelles leçons pour l'avenir?*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 88 ss.

³⁹ Cfr. il quadro, piuttosto desolante, tratteggiato da P. POPELIER - P. BURSENS, *Managing the COVID-19 crisis in a divided Belgian Federation. Cooperation against all odds*, in N. STEYTLER (a cura di), *Comparative Federalism*, cit., pp. 101-102.

⁴⁰ Durante tutto il 2020, il Belgio è stato il primo Paese per numero di morti pro capite e il terzo a livello mondiale, come puntualmente riportato, in letteratura, da M. GARLASCHI, *Le morti da Covid-19 nel 2021: un confronto internazionale*, aprile 2022, p. 4, cui si rinvia anche per maggiori dettagli (reperibile in www.osservatoriocpi.unicatt.it).

⁴¹ Su tutti questi passaggi v. in dettaglio L. RIGAUX - M. UYTENDAELE, *Relations entre l'autorité fédérale et les entités fédérées dans la gestion de la crise sanitaire*, in AA.VV., *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, cit., p. 150 ss., e G. DELLEDONNE, *Il federalismo asimmetrico del Belgio di fronte alla crisi pandemica*, in *DPCE online*, n. spec. 2022, p. 358 ss.



critico, con due leggi ha delegato per tre mesi l'esercizio del potere legislativo al Re (ossia, di nuovo, al Governo)⁴². Il 31 dicembre successivo, tutti i quarantanove decreti "speciali" così approvati sono stati oggetto di convalida per via legislativa. Parallelamente, il Ministro dell'Interno ha fatto ampio uso dei poteri di decretazione già conferitigli dalla legislazione federale in materia di protezione civile, funzione di polizia e sicurezza civile⁴³.

Tali interventi si sono basati su un'interpretazione tanto estensiva delle prerogative statali da suscitare perplessità sia in dottrina che in parte della giurisprudenza ordinaria, rispetto alla possibile violazione dei principi di legalità e riserva di legge in materia di compressione dei diritti fondamentali⁴⁴. Cionondimeno, esso è stato giudicato legittimo dal Consiglio di Stato, che si è limitato a rivolgere un monito alla Federazione affinché si astenesse da ingerenze in materie riservate a Regioni e Comunità (ingerenze che, come rilevato, nella pratica erano però difficilmente evitabili)⁴⁵.

Nell'agosto 2021 il Parlamento ha, comunque, avvertito la necessità di consolidare la base giuridica dei suddetti provvedimenti governativi, con una legge che disciplinasse la risposta alle pandemie in modo stabile ed organico⁴⁶. La *Loi pandémie*, che ne è seguita, pur non potendo derogare esplicitamente al riparto delle competenze operato a livello costituzionale, di fatto sembra circoscrivere il peso delle «*entités fédérées*», allorché ne prescrive al Governo la mera «consultazione», escludendone, per di più, l'obbligatorietà ogniqualvolta l'«impatto» delle misure anti-contagio federali sulle materie di competenza comunitaria e regionale non sia apprezzabilmente «diretto» (art. 4, § 1). Se l'urgenza lo richiede, il Governo può decidere di procedere a tali interlocuzioni *ex post*, quando i provvedimenti sono già stati emanati e in fase di applicazione. Anche al di fuori di tale ipotesi, inoltre, il Ministro dell'Interno è abilitato a concordare direttamente con i singoli governatori e borgomastri eventuali inasprimenti delle misure a livello locale (art. 4, § 2), senza alcun coinvolgimento dei rappresentanti delle comunità locali⁴⁷. L'unica concessione, per così dire, all'autonomia di

⁴² Sul tema, così come sulla replicazione di tale modello nei livelli di governo inferiori, v. per tutti M. IACOMETTI, *Le competenze legislative in tema di salute degli enti territoriali in Italia, Spagna e Belgio in tempo di pandemia*, in *DPCE online*, n. spec. 2022, p. 131 ss.

⁴³ V. rispettivamente l'art. 4 della legge 31 dicembre 1963, gli artt. 11 e 42 della legge 5 agosto 1992 e gli artt. 181 ss. della legge 15 maggio 2007.

⁴⁴ In dottrina, v. per tutti J. CLARENNE - C. ROMAINVILLE, *Le droit constitutionnel belge à l'épreuve du Covid-19*, in *JP Blog*, aprile 2020, *passim*, e, anche per ulteriori rinvii, M. DE RIDDER, *Belgium's Accordion Response to COVID-19*, in *VerfBlog*, marzo 2021, p. 2 ss. Sul versante giurisprudenziale, v. invece l'ordinanza del 31 marzo 2021, con cui il Tribunale di prima istanza francofono di Bruxelles giudicò che le restrizioni alle libertà personali allora vigenti erano «prive di fondamento legale», condannando lo Stato al pagamento di un'*astreinte* finché non vi avesse posto rimedio. Il provvedimento fu annullato in appello, il 7 giugno 2021, non prima di aver suscitato un vivace dibattito.

⁴⁵ V. puntualmente il parere n. 68.936/AG, cit., § 11.

⁴⁶ Il 27 marzo 2020 il Parlamento, dopo aver reinsediato il dimissionario Governo Wilmès al fine di evitare vuoti di potere in un momento tanto critico, con due leggi distinte aveva conferito ad esso poteri straordinari per tre mesi. Su questi passaggi v. in dettaglio AA.VV., *L'État belge face à la pandémie de Covid-19: esquisse d'un régime d'exception*, in *Courr. hebd. CRISP*, n. 1/2020, p. 15 ss.

⁴⁷ La legge mostra così di intendere *gouverneurs* e *bourgmestres*, pressoché corrispondenti alle figure del prefetto e del sindaco nell'ordinamento italiano, come rappresentanti del Potere esecutivo in ambito locale. A Bruxelles, i riferimenti al governatore s'intendono diretti all'«Alto Funzionario» che ne esercita le funzioni a norma dell'art. 48 della legge speciale del 12 gennaio 1989 (art. 2, n. 1° legge 14



Regioni e Comunità si rintraccia nel fatto che il contenuto delle ordinanze governative è stato oggetto di un'elencazione tassativa (art. 5) e vincolato ai principi di necessità, adeguatezza, proporzionalità e provvisorietà (art. 4, § 3), come a suo tempo raccomandato dal Consiglio di Stato⁴⁸.

5. Modelli di gestione “decentrata” delle emergenze sanitarie.

Svizzera e Belgio costituiscono esempi di Stati che l'emergenza pandemica ha spinto a discostarsi, seppur temporaneamente, dal riparto dei poteri di governo delineato dalle rispettive Carte costituzionali.

Altri ordinamenti hanno seguito una via diversa, optando, piuttosto, per una valorizzazione degli enti territoriali. Particolarmente significativo appare, anzitutto, il caso della Repubblica di Bosnia ed Erzegovina. Sin dall'inizio della pandemia, ciascuna delle «Entità» che la compongono, ossia la Repubblica di Srpska e la Federazione di Bosnia ed Erzegovina (art. I, § 3 Cost.), più il Distretto speciale di Brčko (art. VI, § 4 Cost.), si è mossa in quasi totale autonomia, mentre gli organi di governo centrali, privi di competenze dirette in materia sanitaria (art. III Cost.), hanno svolto un ruolo marginale, limitandosi a fornire personale alle Autorità locali, istituire *check-points* e centri di quarantena lungo i confini esterni ed organizzare il rimpatrio dei cittadini che si trovavano all'estero. La suddetta Federazione, poi, ha ulteriormente demandato numerosi interventi ai propri governi cantonali.

Già nel medio termine, però, tale approccio si è rivelato poco efficace sul piano epidemiologico⁴⁹ e problematico su quello giuridico. Come la dottrina⁵⁰ ha evidenziato, esso ha inciso negativamente sul senso di unità e di coesione nazionale, con una disomogeneità tra normative regionali che è apparsa slegata da elementi oggettivi, come p. es. l'andamento dei contagi, bensì piuttosto il precipitato della diversa sensibilità politica dei rispettivi Governi. Ciò rende calzante lo *slogan*, ampiamente utilizzato dagli organi di stampa sin dall'aprile 2020, «Un Paese, tre lotte alla pandemia»⁵¹. La disparità delle condizioni imposte dalle legislazioni locali per l'esercizio di talune libertà e la fruizione dei sussidi, insieme, in qualche caso, alla previsione di restrizioni all'attraversamento delle frontiere interne ha dato luogo a discriminazioni, alimentando «divisioni e polarizzazioni» tra i diversi gruppi etnici⁵².

agosto 2021).

⁴⁸ V. ancora il parere n. 68.936/AG, cit., § 32 ss., avente ad oggetto proprio la bozza preliminare della legge in esame.

⁴⁹ Dopo un breve periodo in cui il numero di decessi per milione di abitanti si è mantenuto relativamente basso, a partire già dall'ottobre del 2020 esso ha subito un'impennata, raggiungendo quota 4.788 il 2 marzo 2022, con uno scarto di ben 2.159 unità rispetto all'Italia (fonte: *www.ourworldindata.org*, su dati della Johns Hopkins University).

⁵⁰ N. SAJIC, *Federal institutional design and the COVID-19 crisis management in Bosnia and Herzegovina*, in AA.VV. (a cura di), *Federalism*, cit., pp. 55-56.

⁵¹ L'espressione, poi ampiamente ripresa dalla stampa straniera, fu coniata dal giornalista Aleksandar Miladinović in un articolo apparso sull'edizione digitale serba della *BBC News*, il 14 aprile 2020 (*Korona virus u Bosni i Hercegovini: Jedna zemlja, tri borbe sa pandemijom*).

⁵² Sorta dai sanguinosi scontri che segnarono la dissoluzione della Jugoslavia, la Bosnia ed Erzegovina si regge tuttora su un fragile compromesso costituzionale tra serbi, bosniaci e croati. Esso è plasticamente rappresentato dal carattere collegiale, turnario e multi-nazionale della Presidenza



In generale, ciascuna Entità ha teso a riservare un trattamento privilegiato ai propri cittadini ed operatori economici, spingendosi persino a negoziare con Paesi stranieri pur di prevalere contro gli altri Governi della Federazione nell'accaparramento dei presidi sanitari⁵³.

Un altro esempio di gestione "decentrata" della crisi è offerto dalla Germania, i cui *Länder*, tuttavia, a differenza delle Entità bosniaco-erzegovine si sono impegnati in una concertazione pressoché costante, sia tra di loro che col Governo federale. Peraltro, la resilienza dimostrata dal cooperativismo tedesco⁵⁴ non va ascritta tanto alla lettera della Legge fondamentale, quanto, piuttosto, ad una precisa scelta del Governo centrale. Infatti, malgrado l'art. 74, § 1(19) GG attribuisca l'emanazione di «misure contro le malattie dell'uomo [...] pericolose per la collettività e infettive» alla competenza concorrente di *Bund* e *Länder*, dalla lettura dell'art. 72 GG si ricava che in tale ambito il legislatore federale non solo prevale, sempre, su quello statale (§§ 1, 3), ma - diversamente da quanto previsto per altre materie di potestà concorrente - non è neppure tenuto a giustificare la necessità dei propri interventi (§ 2)⁵⁵. Sicché, nulla avrebbe potuto impedire al Parlamento di accentrare i poteri di gestione della pandemia, sottraendoli alle Assemblee locali. Ciò non è avvenuto, poiché nessuna delle modifiche apportate alla *Legge federale sulla protezione dalle infezioni (IfSG)*, sia prima che durante l'emergenza⁵⁶, ha ridotto lo spazio che essa già garantiva alla «partecipazione» degli enti sub-nazionali ed alla «cooperazione» tra i diversi livelli di governo (sez. 1, § 1(2) *IfSG*). A riprova, basti pensare che la nuova sez. 2, § 5(2) *IfSG*, pur attribuendo poteri straordinari al Ministro federale della Sanità in caso di «situazione epidemica di rilevanza nazionale», dichiarata tale dal *Bundestag*, precisa che detti poteri debbono comunque esercitarsi «fatte salve le competenze dei *Länder*».

Un ruolo decisivo nell'elaborazione delle politiche di contenimento dei contagi è stato svolto, quindi, dalla Conferenza intergovernativa (*Bund-Länder-Konferenz*)⁵⁷, di concerto con i Governi e le Assemblee legislative dei *Länder*, che hanno poi trasposto le misure ivi concordate all'interno dei rispettivi ordinamenti. Peraltro, il carattere meramente politico e,

federale (art. V, §§ 1, 2 Cost.), nonché dal riconoscimento di penetranti poteri d'intervento ad un Alto rappresentante nominato dalle Nazioni Unite: cfr. J. WOELK - M. SAHADŽIĆ, *Cutting the Gordian Knot in Bosnia and Herzegovina*, in *VerfBlog*, 7 ottobre 2022, p. 1 ss.

⁵³ Il riferimento è, in particolare, alla fornitura di mascherine e vaccini fruttuosamente negoziata dalla Repubblica di Srpska con Cina, Russia e Ungheria, senza però alcun vantaggio né per la Bosnia-Erzegovina e il suo Distretto autonomo né, tantomeno, per la Federazione nel suo complesso.

⁵⁴ Per approfondimenti v. A. GUNLICK, *The Länder and German federalism*, Manchester, MUP, 2003, p. 53 ss., che mette, altresì, in luce il nesso storico col «cooperative federalism» di matrice statunitense (*ibid.*, p. 61). Dal punto di vista di queste riflessioni, v. infine A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *Oss. cost.*, n. 3/2020, p. 431 ss.

⁵⁵ Viceversa, sempre a norma dell'art. 74, § 2 GG, «nelle materie di cui all'articolo 74 comma 1, nn. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 e 26» la Federazione può legiferare solo «quando e nella misura in cui» ciò sia necessario alla «realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale» o alla «tutela dell'unità giuridica o economica» del Paese.

⁵⁶ *Infektionsschutzgesetz*, del 20 luglio 2000, sulla cui impostazione resta calzante, nonostante alcuni emendamenti successivi, la trattazione di J. SAURER, *Patterns of cooperative administrative federalism in the German response to COVID-19*, in *Int'l J. L. Manag. & Humanit.*, n. 5/2021, p. 143 ss.

⁵⁷ Lo osserva già J. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 1724, cui si rinvia anche per ulteriori dettagli sul funzionamento di tale organo nel corso della pandemia.



in ogni caso, la non giustiziabilità delle intese negoziate in seno alla Conferenza hanno mantenuto in capo a tali organi un'ampia libertà decisionale. Essa è stata utilizzata per calibrare le restrizioni alle specifiche realtà locali, tenendo conto sia di elementi di fatto (densità demografica, numero dei contagiati, posti letto disponibili *etc.*), sia dei limiti fissati, a monte e in modo uniforme, dal legislatore federale (sez. 5, § 28 ss. *IfSG*), sia, ancora, dei richiami ai principi di riserva di legge e proporzionalità, frattanto operati dal Tribunale costituzionale⁵⁸.

Se questo modo di procedere ha costituito la regola, non sono tuttavia mancate le eccezioni, allorché alcuni Governi, a più riprese, hanno assunto atteggiamenti meno collaborativi, adottando poi misure eccentriche rispetto all'indirizzo comune. Non sembra azzardato ipotizzare che su tali scelte abbiano inciso considerazioni di opportunità (*rectius*, opportunismo) politico-elettorale. È il caso, ad esempio, della polemica "anti-rigorista" sollevata verso la metà del 2020 dai Presidenti di Renania Settentrionale-Vestfalia e Baviera, grazie alla quale essi guadagnarono visibilità mediatica proprio negli stessi mesi in cui cominciavano a contendersi la successione all'allora cancelliera Angela Merkel⁵⁹. Inoltre, nel novembre del medesimo anno, a breve distanza da una nutrita serie di tornate elettorali⁶⁰, diversi *Länder* si dichiararono contrari all'intensificazione delle restrizioni proposta dal Governo. Nel mese successivo, tali resistenze furono superate grazie alla pressione esercitata dallo stesso Presidente federale, a fronte di una situazione epidemiologica che - come egli denunciò - si era oramai fatta «disastrosa»⁶¹.

Più in generale, deve segnalarsi che per l'intera durata della pandemia i Governi locali hanno spesso adottato una retorica auto-assolutoria nei confronti dell'opinione pubblica, scaricando, cioè, sul *Bund* la responsabilità per ogni fallimento. Inoltre, a più riprese essi hanno procrastinato l'emanazione dei provvedimenti più impopolari, salvo, poi, enfatizzarne la necessità (anche) politica, una volta che gli stessi fossero condivisi dalla Conferenza dei *Länder* (*Ministerpräsidentenkonferenz*)⁶².

⁵⁸ Sull'evoluzione della giurisprudenza tedesca concernente la legittimità delle restrizioni, sino al fermo richiamo al rispetto principio di proporzionalità operato dal *Bundesverfassungsgericht* con la sentenza 29 aprile 2020, 1 BvQ 44/20, §§ 9, 14 ss., v. almeno L. HERING, *Covid-19 and Constitutional law: The case of Germany*, in J. SERNA DE LA GARZA (a cura di), *Covid-19 and Constitutional Law*, Città del Messico, UNAM, 2020, pp. 155-156, e, anche per ulteriori rinvii, G. PAVESI, *Limitazioni alla libertà religiosa e principio di proporzionalità davanti alle Corti: una prospettiva comparata*, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, n. 16/II, 2022, p. 192 ss. Più di recente, sul versante giurisprudenziale cfr. infine *BVerfG*, ordinanza 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21 *et al.*

⁵⁹ La lettura è condivisa da S. KROPP - J. SCHNABEL, *Germany's response to COVID-19. Federal coordination and executive politics*, in AA.VV., *Federalism*, cit., p. 90. Più precisamente, l'anno seguente il presidente nord-renano Armin Laschet sarebbe stato eletto alla presidenza della CDU, mentre alcuni mesi più tardi avrebbe conteso al suo omologo bavarese, Markus Söder (CSU), la designazione a cancelliere nelle imminenti elezioni politiche.

⁶⁰ Il riferimento è, oltre, ovviamente, alle elezioni federali, anche a quelle per il rinnovo dei Parlamenti di Baden-Württemberg, Berlino, Meclemburgo-Pomerania, Renania-Palatinato e Sassonia-Anhalt, tenutesi l'anno seguente.

⁶¹ V. le dichiarazioni riportate da *Germania in lockdown duro a Natale per domare la pandemia e salvare vite*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 dicembre 2020, ed. online.

⁶² V. ancora S. KROPP - J. SCHNABEL, *Germany's response*, cit., p. 92, secondo i quali, ad un certo punto, «*even the MPK struggled to make the Länder comply with joint resolutions*».



6. Considerazioni di sintesi ed ulteriori interrogativi.

Cominciando a trarre le fila delle considerazioni sin qui svolte, può anzitutto affermarsi che, in linea di principio, la gestione “accentrata” delle pandemie non pare incompatibile con modelli organizzativi di tipo federale né, a fortiori, con esperienze di regionalismo cd. spinto, come (almeno sulla Carta) quella italiana. Resta, naturalmente, la possibilità che alcune Costituzioni, come quella bosniaca-erzegovina, riservino espressamente la competenza sulla sanità ai soli enti territoriali. In teoria, previsioni come quelle appena prospettate escluderebbero in radice qualsiasi ingerenza da parte dello Stato. È vero, però, che nella pratica circostanze particolari possono indurre gli enti territoriali competenti a tollerare o, addirittura, sollecitare essi stessi l'intervento del Governo e del Parlamento federali. Sul punto sarà opportuno tornare, con maggior approfondimento, nei paragrafi successivi, allorché si prenderà in esame l'esperienza di Australia e Stati Uniti.

Per il momento può aggiungersi che, mentre in Belgio e Svizzera l'esistenza di precisi vincoli a livello superprimario ha favorito il mantenimento di dinamiche collaborative o, quantomeno, partecipative, nel caso italiano l'espansione del Potere centrale non sembra aver incontrato argini analoghi e, anzi, è stata financo assecondata dalla Corte costituzionale.

Gli altri due Paesi poc' anzi considerati, Bosnia ed Erzegovina e Germania, si sono distinti per un'allocatione dei poteri emergenziali marcatamente decentrata. Può, tuttavia, evidenziarsi che, mentre per il primo essa era imposta dalla lettera della relativa Costituzione, nel caso tedesco si è trattato di una precisa scelta di indirizzo politico. Ciò è interessante, poiché induce a riflettere sull'opportunità di Costituzioni che, seppur rigide, lascino, tuttavia, adeguati “spazi di manovra” ai Parlamenti, in forza dei quali essi possano ri-definire temporaneamente i rapporti tra i diversi livelli di governo, per risolvere situazioni estreme ed imprevedibili come, per l'appunto, le emergenze sanitarie.

A tali fini, uno schema come quello adottato per le materie di competenza concorrente dalla Legge fondamentale tedesca, che attribuisca allo Stato un potere di scelta tra intervento normativo diretto e intervento decentrato, non appare del tutto felice. E infatti, anche ammettendo che gli atti chiamati ad esprimere tale scelta possano effettivamente approvarsi nei tempi, massimamente brevi, richiesti da un'emergenza (p. es. con decreti del Governo aventi valore di legge, come nel caso previsto dall'art. 77 della Costituzione italiana⁶³), resta il pericolo che una simile elasticità del riparto costituzionale sia oggetto di indebite strumentalizzazioni. Una certa maggioranza parlamentare, cioè, ben potrebbe decidere di accentrare nelle proprie mani la gestione di una crisi sanitaria non tanto perché lo ritenga preferibile nell'interesse della collettività, quanto piuttosto per estromettere organi di governo locali, che fossero controllati da partiti politici antagonisti; e lo stesso potrebbe accadere per motivi etnici o religiosi. Invero, si tratta di un rischio tutt'altro che trascurabile,

⁶³ Per contro, l'assenza di tale categoria di atti nell'ordinamento tedesco è evidenziata da R. TARCHI - A. GATTI, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Oss. fonti*, n. 3/2018, p. 10 ss., che pure ritengono di poter riconoscere all'Esecutivo «un ruolo da co-protagonista con riguardo all'esercizio della funzione normativa complessivamente considerata» (*ibid.*, p. 10).

se non in Germania, quantomeno in tutti quei Paesi, p. es. africani o balcanici, che siano già segnati da un'elevata conflittualità interna.

Un altro profilo su cui sembra opportuno soffermarsi attiene all'esistenza, o meno, di strumenti di raccordo politico ed amministrativo tra centro e periferia. A parte la Bosnia ed Erzegovina, dove un simile coordinamento è parso del tutto assente, negli altri Paesi si è constatata la previsione di appositi organi, composti su base per lo più paritetica. Senonché, la concreta incidenza di essi sui processi decisionali, mentre è stata significativa in Germania e Svizzera, in Belgio sembra aver avuto un peso assai più contenuto, come attestato anche dalla proliferazione di provvedimenti ministeriali e governativi. Quanto al caso italiano, esso è per certi versi peculiare, atteso che - può sin d'ora anticiparsi - la Conferenza Stato-Regioni ha svolto un ruolo trascurabile⁶⁴, venendo sostanzialmente sostituita da interlocuzioni dirette tra Governo e singoli Presidenti regionali o, addirittura, tra il primo ed il Presidente della Conferenza delle Regioni.

Quanto appena richiamato fa sorgere un quesito ulteriore, ossia se la previsione di appositi canali di confronto "verticale" risulti indispensabile o, quantomeno, favorevole al mantenimento di relazioni cooperative tra Stato ed enti territoriali.

Per trovare una risposta, sembra utile allargare ancora l'oggetto di questa indagine, estendendola ad altri due grandi Paesi extraeuropei, USA e Australia.

7. Asperità della leale collaborazione "informale" negli Stati Uniti d'America.

Secondo un'interpretazione ampiamente consolidata, nell'ordinamento statunitense la tutela della salute rientra in quel «*police power*» che il X emendamento riserva agli Stati⁶⁵. Senonché, nel corso della sua storia il Congresso ha progressivamente ampliato il proprio margine di intervento in materia. Ciò è stato possibile, da una parte, grazie ad una lettura estensiva della *commerce clause* contenuta nell'art. I, § 8 Cost.; dall'altra, in forza dell'acquiescenza mostrata dagli stessi Stati, consapevoli di non avere risorse sufficienti per fronteggiare proprio le minacce più gravi all'incolumità dei propri cittadini, come uragani, inondazioni, attentati terroristici e, per l'appunto, le epidemie⁶⁶. Ad esempio, sulla base del *Public Health Service Act* il Presidente federale può adottare ogni misura si renda necessaria «*to prevent the introduction, transmission, or spread of communicable diseases*»⁶⁷, mentre l'*Immigration and Nationality Act* gli consente di respingere alla frontiera chiunque non sia cittadino americano e costituisca un pericolo per gli interessi nazionali (ivi compresi,

⁶⁴ Sul tema v. criticamente E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Oss. fonti*, 2020, p. 506 ss.

⁶⁵ Per approfondimenti v. J. GALVA - C. ATCHINSON - S. LEVEY, *Public Health Strategy and the Police Powers of the State*, in *Public Health Reps.*, n. 120 (2005), suppl. 1, p. 20 ss., cui adde, in prospettiva più ampia, D. RODRIGUEZ, *The inscrutable (yet irrepressible) state police power*, in *N.Y.U. J. L. & Liberty*, n. 3/2015, p. 664 ss.

⁶⁶ Secondo l'opinione di E. BERMAN, *The Roles of the State and Federal Governments in a Pandemic*, in *J. Nat'l Sec. L. & Pol'y*, n. 1/2020, p. 65, «*the federal government's role in pandemic response begins long before [...] COVID-19 emerges*».

⁶⁷ 42 U.S.C. § 264. La dottrina è ancora divisa sui limiti di tali misure, specie per quanto concerne la restrizione della libertà personale per effetto di eventuali quarantene o *stay-at-home orders*: cfr. E. BERMAN, *op. cit.*, p. 69 ss.



ovviamente, quelli di carattere igienico-sanitario)⁶⁸. Numerosi altri provvedimenti legislativi⁶⁹ conferiscono all'Amministrazione - di norma, su proposta del Segretario della Sanità - il potere d'intervenire contro emergenze sanitarie già in corso, p. es. disponendo lo sblocco di risorse straordinarie o limitando la libertà delle imprese che operino in settori strategici. Nel corso della pandemia, proprio in questo modo si è riusciti ad incrementare - seppur tardivamente - la produzione di ventilatori artificiali e mascherine, di cui si era creata estrema penuria, e ad attuare alcune semplificazioni burocratiche che hanno accelerato la commercializzazione di nuovi preparati vaccinali.

Infine, va ricordato che il Centro federale per la prevenzione delle malattie può sostituirsi, in ogni momento, alle Autorità sanitarie locali che esso giudichi incapaci di contenere la diffusione di un certo morbo entro i confini dello Stato in cui sono incardinate⁷⁰.

Nel corso degli anni, proprio la volontà di prevenire siffatte ingerenze del livello federale ha indotto alla ricerca di rapporti collaborativi. Rispetto ad altri ordinamenti, la peculiarità di quello nordamericano risiede nel fatto che le suddette interlocuzioni non sono state rimesse ad appositi organismi⁷¹, preferendosi, piuttosto, la strada delle interlocuzioni semi-informali, sia tra Governatori e Presidente che tra i rispettivi collaboratori, spesso mediate da influenti *congressmen* e associazioni. Lo stesso avviene, con ancor maggiore frequenza, sul versante tecnico-amministrativo, tra i vertici dei vari Uffici federali e statali⁷².

Sin dall'inizio della crisi vi erano, quindi, i presupposti affinché i contagi fossero oggetto di una risposta normativa tempestiva ed unitaria, a livello federale. Ciò, tuttavia, durante tutto il 2020 non è avvenuto, con conseguenze assai negative dal punto di vista sanitario⁷³.

⁶⁸ 8 U.S.C. § 1182(f). *Executive orders* in tal senso sono stati effettivamente emanati dal presidente Trump nei confronti dei viaggiatori provenienti dalla Cina e, poi, anche da un lungo elenco di altri Paesi, interessati da una massiccia circolazione del virus.

⁶⁹ Il riferimento è, non senza qualche ridondanza e sovrapposizione, al *Defense Production Act* (cd. *DPA*, U.S.C. 5195(a)), al *Public Health Emergencies Act* (42 U.S.C. § 247d), al *National Emergencies Act* (50 U.S.C. § 1621-1651) e al *Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act* (cd. *Stafford Act*, 42 U.S.C. § 5121-5207), cui *adde*, a livello burocratico-organizzativo, l'*Homeland Security Act* (6 U.S.C. § 101 ss.) e l'immunità riconoscibile ai soccorritori in forza del *Public Readiness and Emergency Preparedness Act* (cd. *PREP Act*, 42 U.S.C. § 247d-6d). Su tale disciplina non è qui possibile soffermarsi in dettaglio e si rinvia, pertanto, a E. BERMAN, *The Roles of the State and Federal Governments*, cit., p. 72 ss., e B. CIGLER, *Fighting COVID-19 in the United States with Federalism and Other Constitutional and Statutory Authority*, in *Publius*, n. 4/2021, p. 677 ss.

⁷⁰ 42 C.F.R. § 70.2. È evidente che, in questo modo, la Federazione (auto-)espande il proprio raggio d'intervento rispetto a quello delineato dal *PHSA*, poiché lascia cadere il requisito della transfrontalierità.

⁷¹ Unica eccezione il *Council of Governors*, che peraltro riunisce solo un quinto dei Governatori e svolge le proprie funzioni, consultive, solo in materia di difesa. Già previsto dal *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2008*, esso è stato concretamente attivato con ordine esecutivo n. 13528 del 11 gennaio 2010.

⁷² Tali interlocuzioni si svolgono, peraltro, in contesti maggiormente istituzionali. Per approfondimenti v. T. SMITH, *Intergovernmental Relations in the United States of America: Pervasive, Personal and Opportunistic*, in R. CHATTOPADHYAY - K. NERENBERG (a cura di), *Dialogues on Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Ottawa, Forum of Federations, 2010, p. 52 ss.

⁷³ Tale sembra essere l'opinione maggioritaria in letteratura: v., *ex multis*, CH. PARKER - E. STERN, *The Trump Administration and the COVID-19 crisis: Exploring the warning-response problems and missed opportunities of a public health emergency*, in *Pub. Adm.*, marzo 2022, p. 2 ss.; N. KAPUKU - D. MOYNIHAN,



Com'è noto, l'allora presidente Donald Trump fece un uso discontinuo e minimale dei propri poteri d'emergenza, invocando il X emendamento per respingere le richieste degli Stati. In alcuni casi, egli assunse persino atteggiamenti ostruzionistici: sminuì a più riprese la gravità della patologia, presentandola ai cittadini alla stregua di una semplice «influenza»; contestò le raccomandazioni ufficiali delle Autorità sanitarie, disapplicandole nei propri raduni elettorali, e ne impartì personalmente altre del tutto prive di fondamento scientifico; definì spregiativamente «*mutineers*» i Governatori, soprattutto democratici, che imponevano divieti di assembramento e *stay-at-home orders*. Senza contare l'esortazione, rivolta ai propri sostenitori anche via *social*, di attivarsi per «liberare» gli Stati in cui dette misure fossero in vigore⁷⁴.

L'esigenza di sopperire all'inerzia del Governo federale ha spinto diversi Stati a ripiegare su esperienze di collaborazione reciproca, le quali hanno avuto un peso decisivo fino, almeno, all'insediamento dell'Amministrazione Biden⁷⁵. Esse si sono basate su intese politiche tra i Governatori interessati, cui si è data tempestiva attuazione da parte dei rispettivi apparati burocratici, semplicemente esercitando in modo coordinato le proprie attribuzioni. Ne è un esempio l'invio di ordini d'acquisto congiunti ai produttori dei presidi sanitari, cui si è ricorso per ottenere condizioni contrattuali meno onerose⁷⁶.

8. Istanze di leale collaborazione “*praeter Constitutionem*” in Australia.

Anche il federalismo australiano, come quello statunitense, nel corso della sua storia si è evoluto in senso centralista, per via della debolezza finanziaria di Stati e Territori e la conseguente dipendenza dalle erogazioni di Canberra, spesso subordinate all'adozione di specifiche scelte normative. Si tratta dei cd. *conditional grants*, che peraltro non possono considerarsi un'anomalia in quanto espressamente contemplati dalla sez. 96 Cost., a garanzia dell'unità giuridico-economica del Paese⁷⁷.

La tutela della salute ed il superamento delle emergenze interne, non trovando menzione né tra le materie di competenza federale (sez. 52 e 115 Cost.) né tra quelle di competenza concorrente (sez. 51 Cost.), a norma della sez. 107 Cost. sono riservati ai Parlamenti delle ex colonie, che nel corso degli anni vi hanno effettivamente dedicato una fitta disciplina⁷⁸. In particolare, il contrasto alle malattie infettive si colloca tra le «*civil emergencies*», categoria di

Trump's (mis)management of the COVID-19 pandemic in the US, in *Pol'y Studies*, n. 5-6/2021, p. 592 ss.; M. ROZELL - C. WILCOX, *Federalism in a Time of Plague: How Federal Systems Cope With Pandemic*, in *Am. Rev. Pub. Adm.*, n. 6-7/2020, p. 522 ss.

⁷⁴ Cfr. puntualmente J. KINCAID - J. WESLEY LECKRONE, *COVID-19 and American federalism. First-wave responses*, in AA.VV., *Federalism*, cit., p. 244, e B. CIGLER, *Fighting COVID-19*, cit., p. 683 ss. Nell'aprile 2020, dopo alcuni casi di avvelenamento, la *Food and Drugs Administration* e svariate Agenzie statali dovettero diramare comunicati ufficiali per sconsigliare l'assunzione di prodotti disinfettanti per via orale o endovenosa, pubblicamente “consigliata” dal Presidente.

⁷⁵ Cfr. le linee programmatiche, assai più interventiste, anticipate dal nuovo Presidente nel documento *National Strategy for the COVID-19 Response and Pandemic Preparedness* (gennaio 2021) e, poi, ulteriormente sviluppate nel *National COVID-19 Preparedness Plan* (marzo 2022). Esse sono accessibili dal sito *web* istituzionale della Casa Bianca.

⁷⁶ V. ancora J. KINCAID - J. WESLEY LECKRONE, *op. cit.*, p. 244 *in fine*.

⁷⁷ Sul tema v. N. ARONEY - M. BOYCE, *The Australian federal response to the COVID-19 crisis. Momentary success or enduring reform?*, in N. STEYTLER (a cura di), *Comparative Federalism*, cit., p. 299.



origine dottrinale cui tutti gli Stati e Territori fanno conseguire un ampliamento dei poteri normalmente attribuiti ai rispettivi Esecutivi⁷⁹. Ciononostante, a partire dai primi anni Duemila l'incapacità dimostrata da tali enti nella gestione di fenomeni di grande portata, come il terrorismo o le calamità naturali, ha determinato la progressiva espansione della legislazione federale, poi risultata determinante per la gestione della recente pandemia.

La prima legge in ordine di tempo che deve ricordarsi, in proposito, è il *National Health Security Act 2007*. Esso ha istituito e disciplina un «sistema nazionale di sorveglianza sanitaria», al fine di individuare tempestivamente le fonti di rischio, non solo infettivo, e consentirne un più efficace arginamento. Detto sistema è gestito dal Governo federale, ma «d'intesa» con Stati e Territori (sezz. 6, 7).

La seconda legge, intitolata *Biosecurity Act 2015*, è molto articolata. Essa conferisce alle Autorità sanitarie, anche locali, il potere di emettere «*biosecurity control orders*» a carico di tutti coloro che siano certamente o probabilmente portatori di malattie contagiose, riconosciute di «pericolosità elevata» dal Ministero della Sanità federale (sez. 60 ss.). Tali provvedimenti possono comportare il divieto di entrare nel territorio nazionale, ovvero l'obbligo di rimanere in isolamento, sottoporsi a determinati trattamenti, consegnare eventuali effetti personali perché vengano distrutti e così via⁸⁰. Solo nei casi più gravi, ove cioè il Governatore generale accerti l'esistenza di una situazione di rischio igienico-sanitario di portata nazionale, il Ministro della Sanità può impartire «direttive» efficaci *erga omnes*, la cui inosservanza è penalmente sanzionata e prevale su ogni disposizione, eventualmente diversa, adottata a livello locale (sez. 474 ss.).

Anche in materia sanitaria, quindi, benché non espressamente prevista in Costituzione, si è fatta strada la necessità di un coordinamento. Nella prima fase della pandemia esso è stato svolto dal *Council of Australian Governments (COAG)*, composto dai vertici di tutti gli Esecutivi della Federazione. Senonché, tale organismo, creato nel 1992 per facilitare il confronto tra *Commonwealth*, Stati e Territori, da diversi anni aveva cessato di assolvere al proprio compito, finendo per essere teatro di sterili contrapposizioni dialettiche, specie nei confronti del Primo Ministro. Questa consapevolezza, insieme, probabilmente, all'esigenza di prevenire i dubbi d'incostituzionalità derivanti dal carattere federale della disciplina che ci si accingeva ad applicare, hanno indotto il Governo a ricercare una formula diversa. Nel maggio 2020 il COAG è stato, così, sostituito dal *National Cabinet*, organismo in verità analogo al precedente per composizione ma ispirato a logiche più collegiali. I relativi incontri, infatti, sono caratterizzati da un minor grado di formalismo ed istruzione documentale⁸¹, hanno durata più breve e si focalizzano, di norma, su un numero limitato di questioni,

⁷⁸ Parte di essa riguarda l'applicazione di eventuali misure quarantenarie, che rappresentano l'unica competenza sanitaria del *Commonwealth*, peraltro concorrente. Per approfondimenti v. AA.VV., *Emergency Powers in Australia*, Cambridge, CUP, 2018², p. 180 ss.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 6 ss. Le altre ipotesi emergenziali «coperte» dalla legislazione sub-federale sono quelle che derivano da conflitti armati o implicano «*serious civil disturbances*» (p. es. gravi atti terroristici o di sabotaggio).

⁸⁰ Le misure personali sono elencate dalle sezz. 85 ss., mentre quelle reali dalle sezz. 131 ss.

⁸¹ Con delibera del 26 ottobre 2020 l'organo ha sfoltito la pletora di *Councils* e *Ministerial Forums* che, nel corso degli anni, avevano preso a coadiuvare il COAG.



eminentemente pratiche, che vengono dibattute e decise prescindendo, spesso, dalle reciproche appartenenze politiche. Inoltre, essi possono tenersi - e si sono quasi sempre tenuti, nel corso della pandemia - in videocollegamento, abbattendo considerevolmente tempi e costi organizzativi⁸².

Nella fase più acuta dell'emergenza, le sedute hanno avuto cadenza trisettimanale. Analogamente a quanto si è già osservato con riferimento alla Conferenza intergovernativa tedesca, esse hanno avuto lo scopo di elaborare direttrici politiche unitarie, il cui recepimento normativo è stato rimesso ai rispettivi organi di governo, previo adeguamento - ove necessario - alla specificità dei singoli territori, in verità molto diversi per tasso di urbanizzazione e densità demografica. Nel complesso, l'esperienza si è rivelata tanto positiva che, prima ancora che la crisi pandemica fosse superata, l'organo ha visto ampliarsi la propria agenda ben oltre le questioni sanitarie, fino a ricomprendervi un ambizioso programma di riforme costituzionali⁸³.

8.1. *Segue. Profili problematici del National Cabinet.*

Invero, la genesi del *National Cabinet* australiano presenta alcuni profili problematici che sembra opportuno segnalare. Il primo è che, a differenza del suo predecessore, il nuovo organismo non assicura alcuna rappresentanza agli enti locali (municipi, città, regioni, aree rurali), non essendo stato mantenuto il seggio che in seno al COAG era riservato al Presidente dell'*Australian Local Government Association (ALGA)*. Inoltre, lo scioglimento del COAG è stato deliberato dal *National Cabinet* e, quindi, senza che la predetta Associazione abbia avuto neppure modo di partecipare al voto. La legittimità della delibera potrebbe, forse, considerarsi salva sulla base del fatto che il COAG - al pari del *Cabinet* odierno⁸⁴ - era privo di un preciso fondamento normativo. Esso, infatti, al pari dei Comitati specializzati che lo coadiuvavano, operava in forza di accordi intergovernativi di carattere politico, la cui efficacia sul piano strettamente giuridico era incerta e che, quindi, potevano ritenersi superabili da nuove intese. Cionondimeno, è difficile dubitare che logiche di tipo più autenticamente cooperativo avrebbero consigliato di sottoporre la questione dello scioglimento allo stesso COAG.

In secondo luogo, va detto che a partire da settembre 2022 il *National Cabinet* è stato convocato meno frequentemente di quanto l'allora Primo ministro Morrison si fosse impegnato a fare⁸⁵. Si tratta di omissioni contro le quali, in difetto di una precisa disciplina

⁸² Per un più dettagliato raffronto tra i due organi si rinvia a CH. SAUNDERS, *A New Federalism? The Role and Future of the National Cabinet*, University of Melbourne - *Policy brief* n. 2 (2020), p. 3 ss., cui cfr. la «rivitalizzazione» della *Conferencia de Presidentes* in Spagna, segnalata da F. REVIRIEGO PICÓN, *La conferenza dei presidenti in Spagna e la cooperazione interterritoriale*, in *Federalismi*, n. 1/2023, p. 205 ss.

⁸³ Il riferimento è alla creazione del *National Federation Reform Council*, deliberata dal *National Cabinet* già il 29 maggio 2020. L'organo è composto dai Primi Ministri e dai Ministri del Tesoro della Federazione, degli Stati e dei due Territori, più il Presidente dell'*Australian Local Government Association* in rappresentanza degli enti locali (v. *infra*, § 8.1).

⁸⁴ Sul tema v. problematicamente T. TULICH - S. MURRAY, *Executive accountability and oversight in Australia during the COVID-19 pandemic*, in *Mich. St. Int'l L. Rev.*, n. 2/2022, p. 289 ss.

⁸⁵ Ad esempio, dopo il 30 settembre 2022 l'organo è stato riconvocato solo nel mese di dicembre, mentre in un *media statement* del 2 giugno 2020 il Governo aveva previsto che le riunioni post-



legislativa, gli Stati non possono neppure ottenere tutela giurisdizionale. Invero, è probabile che su tale mutamento abbiano pesato due contingenze: da un lato, l'insediamento di un nuovo Esecutivo, ancora "fresco" di legittimazione elettorale e, quindi, meno bisognoso del precedente di condividere con i propri omologhi il peso politico delle decisioni⁸⁶; dall'altra, la consonanza politica con la quasi totalità degli attuali *Premiers* e *Chief Ministers*, che ne renderebbe comunque superfluo il coinvolgimento a tale scopo⁸⁷.

Infine, deve evidenziarsi che il nuovo organismo, al pari del *Cabinet* propriamente detto⁸⁸, presenta uno scarso tasso di trasparenza. I lavori si svolgono a porte chiuse ed i relativi atti sono secretati, sicché l'unica fonte di conoscenza è data dagli scarni comunicati del Primo Ministro. Tale riservatezza favorisce la libertà dei dibattiti ma, al contempo, ostacola il controllo dell'opinione pubblica sui processi decisionali, così come quello esercitato dagli stessi Parlamenti sui rispettivi Governi⁸⁹. In questo senso, sul piano comparato pare calzante la sentenza con cui, il 30 giugno 2022, il Tribunale amministrativo di Berlino ha ordinato alla Cancelleria federale di pubblicare tutti i verbali della Conferenza *Bund-Länder*, sul presupposto che la relativa conoscenza rientrasse nel «diritto di accedere alle informazioni ufficiali delle autorità federali», attribuito per legge a tutti i cittadini (par. 1 *IFG*)⁹⁰.

9. Considerazioni conclusive. Alla ricerca di un modello ideale per la gestione delle emergenze sanitarie.

Nel corso di queste riflessioni si sono presi in esame Paesi diversi tra loro sotto i profili della consistenza geografica e demografica, della forma di governo e, talora, anche della forma di Stato. Cionondimeno, ciascuno di essi è parso riconducibile ad uno dei due modelli (accentrato *vs.* decentrato) che si erano prospettati, presentandone, tutt'al più, sfumature peculiari in ragione dei rispettivi sistemi normativi, p. es. sul piano dei criteri di riparto delle competenze legislative, della presenza o meno di consolidati strumenti di concertazione territoriale, della previsione di regimi emergenziali immediatamente attivabili e così via.

I dati raccolti paiono, quindi, sufficienti per tentare una risposta al primo dei quesiti che ci si era posti, ossia se, nel quadro di un'emergenza sanitaria e in un ordinamento che accolga i principi del decentramento, le istanze di tutela insite nel moderno costituzionalismo siano maggiormente soddisfatte da una torsione dei rapporti tra Stato ed enti territoriali in senso

emergenza avrebbero avuto cadenza mensile.

⁸⁶ L'attuale Gabinetto, presieduto dal primo ministro Anthony Albanese, si è insediato il 23 maggio 2022, grazie alla vittoria riportata dal Partito laburista pochi giorni prima.

⁸⁷ I laburisti sono al governo in entrambi i Territori interni e in quattro dei sei Stati. Per di più, uno degli Stati a maggioranza *liberal*, il Nuovo Galles del Sud, è anche il più popoloso e, quindi, possibile "testa di ponte" per una rimonta dell'opposizione, ove il relativo Governo avesse occasioni per accrescere la propria visibilità, secondo dinamiche analoghe a quelle già segnalate con riferimento alla Conferenza *Bund-Länder* tedesca.

⁸⁸ Il *Cabinet of Australia*, benché non previsto in Costituzione, è il principale organo decisionale del Governo federale e riunisce i *senior government ministers*, secondo il cd. modello Westminster. Sul tema v. i cospicui rinvii operati da T. TULICH - S. MURRAY, *Executive accountability*, cit., p. 290, nt. 20.

⁸⁹ Cfr. puntualmente *ibid.*, p. 303 ss.

⁹⁰ Causa 2K 155/21. Il Tribunale ha, pertanto, escluso l'applicabilità delle eccezioni contemplate dal par. 3, n. 1, lett. b) della *Legge che regola l'accesso alle informazioni federali (IFG)*, del 5 settembre 2005.



centralista o, all'inverso, dalla valorizzazione dei centri di decisione politica sub-statali. La conclusione cui sembra pervenirsi è che nessuna delle due opzioni è del tutto soddisfacente.

Sia l'esperienza italiana che quella belga, caratterizzate da un indubbio protagonismo, per così dire, dei rispettivi Governi nazionali, dimostrano come il modello accentrato riesca ad assicurare l'elaborazione di risposte unitarie e, soprattutto, tempestive, in grado di preservare efficacemente il bene salute sull'intero territorio nazionale⁹¹. Per contro, demandare la gestione di una crisi sanitaria agli organi di governo locali genera molteplici inconvenienti.

Come risalta con particolare chiarezza dal caso della Bosnia ed Erzegovina, infatti, l'emersione di regimi normativi differenti all'interno dei medesimi confini nazionali tende ad essere discriminatoria e, quando concerne il godimento di libertà fondamentali, finisce per intaccare l'effettività stessa della "cittadinanza", quale complesso di diritti (e doveri) comuni - per l'appunto - a tutti coloro che appartengano al medesimo popolo⁹². In alcuni casi-limite, dati dalla concorrenza di pregresse divisioni interne, tutto ciò può avere ricadute negative sulla stessa unità nazionale⁹³. Il rischio è, certamente, maggiore in Paesi multietnici e di recente formazione ma, a ben vedere, non può escludersi neppure in contesti già consolidati, ove l'incalzare dell'emergenza faccia riaffiorare antiche tensioni o, più semplicemente, spinga alcuni enti territoriali a scelte egoistiche, come la chiusura dei propri confini, il rifiuto di condividere posti letto ospedalieri, beni di prima necessità *etc.*

Anche al di fuori di scenari estremi come quelli appena prospettati, resta la possibilità che i rappresentanti delle comunità locali assumano decisioni contrarie all'interesse collettivo e, ancor più, di quello nazionale, laddove si lascino condizionare da considerazioni di convenienza politica. È quanto si è avuto modo di osservare, altresì, in Germania, dove l'introduzione di misure più restrittive, necessarie ma prevedibilmente impopolari, è stata avversata dai Presidenti dei principali *Länder* con intensità tanto maggiore quanto più ci si approssimava alle consultazioni elettorali, e l'opposizione più energica è provenuta proprio dai due di essi che, nei mesi successivi, si sarebbero contesi la *leadership* del partito di maggioranza e la designazione alla Cancelleria.

⁹¹ Osserva, autorevolmente, P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di Governo e sulla forma di Stato*, in *DPCE online*, n. spec., 2020, p. 297, che proprio la «tempestività» garantita dal modello accentrato fa sì che la «spinta» verso quest'ultimo sia, per certi versi, «inevitabile».

⁹² Sulla cittadinanza come manifestazione di eguaglianza giuridica v. E. CASTORINA, *Lo Stato, la comunità internazionale, l'Unione europea*, in AA.VV., *Diritto costituzionale*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 13, cui cfr. la possibilità di generalizzare quanto osservato da A. FENNA, *Australian federalism and the COVID-19 crisis*, in AA.VV., *Federalism*, cit., p. 19, secondo il quale nel sistema australiano sarebbe proprio la disponibilità di «[public] services of an equivalent standard» in tutto il territorio federale a garantire l'effettività della «common citizenship».

⁹³ Cfr. il parallelismo tra godimento uniforme dei diritti fondamentali e principio di unità nazionale operato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza 23 luglio 2021, n. 168, § 10.3.1, con nota di A. GENTILINI, *La Corte impone allo Stato di sbarazzarsi della (s)leale collaborazione della Regione Calabria nell'attuazione del Piano di rientro*, in *Giur. cost.*, n. 4/2021, p. 1688 ss. Sulla levatura, per così dire, intrinsecamente superprimaria del principio *de quo* cfr. poi M. LUCIANI, *Costituzione, Istituzioni e processi di costruzione dell'Unità nazionale*, in *Riv. AIC*, n. 2/2011, p. 1 ss.



Va, poi, considerato lo spreco di risorse finanziarie provocato da eventuali diseconomie di scala, dalla debolezza negoziale nei rapporti con i produttori e, non ultimo, dalla reciproca concorrenza per il reperimento di beni e figure professionali di cui il mercato sia scarso, come, rispettivamente, medicinali di nuova fabbricazione e medici specializzati. Ciò determina, a cascata, l'erosione delle somme disponibili per gli interventi di *welfare*, sia in ambito propriamente sanitario, sia negli altri settori tipicamente interessati dalle misure di contenimento dei contagi. Si pensi, ad esempio, alla fornitura gratuita di dispositivi per la didattica a distanza agli studenti in difficoltà economica o all'erogazione di sussidi a imprese e lavoratori che abbiano visto sospesa (o ridotta) la propria attività. Non a caso, negli USA proprio l'effettuazione di acquisti in *stock* è stata una delle richieste avanzate con maggiore insistenza dai Governatori nei confronti dell'Amministrazione federale, nonché l'oggetto primario delle collaborazioni da essi successivamente instaurate a livello orizzontale.

Purtuttavia, nel corso di queste riflessioni la gestione "decentrata" ha presentato anche notevoli punti di forza. Gli organi di governo locali, infatti, hanno di norma una migliore conoscenza dei territori e delle possibili fonti di rischio (p. es. focolai), anche in relazione alle abitudini di vita di ciascuna popolazione. Ciò si rivela utile allorché debbano introdursi misure restrittive di diritti fondamentali, poiché consente di renderle più mirate e limitarne, quindi, sia l'intensità che la platea dei possibili destinatari⁹⁴. Ad esempio, una drastica limitazione della libertà di circolazione dei cittadini, mentre sarebbe ragionevole in un'area densamente popolata perché a forte vocazione turistica, potrebbe essere inutile e, quindi, sproporzionata in zone rurali⁹⁵. Per contro, in particolari periodi dell'anno anche queste ultime potrebbero presentare situazioni di rischio, per l'afflusso di un grande numero di lavoratori stagionali o per particolari tradizioni che implicino l'organizzazione di raduni, p. es. di carattere religioso o folkloristico. Ed ancora, si pensi alla difficoltà di garantire l'erogazione di determinati servizi pubblici, come l'istruzione, in località penalizzate da un significativo *digital divide*⁹⁶. Chiare conferme in questo senso sembrano trarsi, in particolare,

⁹⁴ In questo senso v., rispettivamente, AA.VV., *Variation in policy response to COVID-19 across Australian states and territories*, in *BSG Work. Pap. Ser.*, n. 46/2022, p. 9 ss., e M. BELLETTI, *La riforma del Titolo V «sotto attacco». Dall'entusiasmo regionalista alle torsioni centraliste*, in *Reg.*, n. 1-2/2021, pp. 35-36.

⁹⁵ Cfr. C. DEMMA, *Il settore turistico e la pandemia di Covid-19*, 2021, p. 5 ss., accessibile da www.bancaditalia.it. Sul regionalismo come strumento per consentire alla Repubblica di «dare risposte alle specificità territoriali» v. testualmente A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in L. CARPENTIERI - D. CONTE (a cura di), *Dal federalismo al regionalismo. Prospettive nazionali ed esperienze europee*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 49, e cfr. già R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p. 34 ss.

⁹⁶ Sul tema v. per tutti P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Oss. cost.*, n. 3/2020, p. 286 ss., ed ulteriori rinvii, cui cfr., con specifico riferimento alla DAD, le considerazioni di L. CONTE, *La scuola si è fermata. L'impatto del Covid-19 sui diritti all'istruzione all'educazione e all'insegnamento*, in A. M. POGGI - F. ANGELINI - L. CONTE (a cura di), *La scuola nella democrazia. La democrazia nella scuola*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 129 ss. Più di recente, v. infine 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. 89 ss., e L. DELL'ATTI, *Bilanciare istruzione e salute*, in *Oss. cost.*, n. 1/2021, p. 99 ss., che pure mette in guardia dagli eccessi di differenziazione cui avrebbero dato luogo talune ordinanze regionali (*ibid.*, p. 94 ss.).



dall'esperienza di Germania ed Australia. Giova richiamare, infatti, come i rispettivi Enti costitutivi abbiano fatto ampio utilizzo della discrezionalità lasciata loro dagli accordi politici negoziati "al centro", proprio per apportarvi le deroghe (o gli inasprimenti) che essi ritenessero appropriati alle rispettive realtà locali.

In molti Paesi, i vertici degli enti territoriali maggiori sono espressione diretta del corpo elettorale e, anche per tale ragione, essi conservano spesso un particolare *appeal* politico all'interno delle rispettive comunità⁹⁷. In situazioni di crisi, tale circostanza può contribuire a stimolare nei cittadini atteggiamenti collaborativi, che rendano sufficienti misure meno gravose per contenuto e durata. Essa, inoltre, può sopperire all'eventuale debolezza o instabilità politica del Governo nazionale. In questo senso può leggersi la scelta, compiuta dal Ministro della Salute italiano nella prima fase della pandemia, di concordare con i Presidenti delle Regioni interessate il contenuto delle proprie ordinanze, pur in assenza di un preciso obbligo di legge. L'Esecutivo allora in carica, infatti, era nato orfano di una chiara designazione popolare, essendo guidato da una figura diversa da quella inizialmente indicata dal partito di maggioranza e sostenuto da forze politiche che, in precedenza, avevano escluso ogni possibilità di alleanza. Analogamente, con riferimento ad un altro Paese a ordinamento regionale, la Spagna, può richiamarsi l'istituto della *cd. cogobernanza*, sperimentato per la prima volta proprio nel corso della pandemia e consistito nella delega ai Presidenti delle Comunità autonome dei poteri straordinari spettanti al Governo con la proclamazione dell'*estado de alarma* (art. 116 Cost., artt. 9 ss. legge org. n. 4/1981)⁹⁸. Ebbene, secondo attenta dottrina si sarebbe trattato di un «tentativo di eludere la responsabilità del dover prendere decisioni impopolari»⁹⁹. Tale lettura pare condivisibile, specie se si considera, da un canto, l'eterogeneità e, quindi, la tendenziale debolezza dell'attuale maggioranza di governo¹⁰⁰; dall'altro, la stessa lettera della legge, che prevede siffatta delega solo in presenza di emergenze di carattere locale (art. 7).

⁹⁷ La diversa intensità della legittimazione democratica di Presidente del Consiglio e Presidenti regionali in Italia è evidenziata da L. VIOLINI, *50 anni di vita delle Regioni: un percorso a fasi alterne per la crescita del Paese*, in *Reg.*, n. 1-2/2021, p. 262.

⁹⁸ Tale delega è avvenuta con *real decreto* n. 926/2020 del 25 ottobre 2020. Diversamente, durante il primo *estado de alarma*, proclamato con *real decreto* n. 463/2020 del 14 marzo 2020, autorità delegate erano stati gli stessi Ministri della Salute, della Difesa, dell'Interno e dei Trasporti, come rimarcato da F. GALLARATI, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE online*, n. 2/2021, p. 1624. Sul tema v. inoltre V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de Covid-19*, in *Rev. Gen. Der. Adm.*, n. 55 (2020), p. 4 ss.

⁹⁹ In questi termini J. M. DE LARA VÁZQUEZ, *La gestione dell'emergenza tra centro e periferia*, in P. CARETTI - M. MORISI - G. TARLI BARBIERI (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, *Oss. fonti*, n. spec., 2021, pp. 506-507, che richiama l'ordinanza SND/387/2020 del 3 maggio 2020. Per approfondimenti v. J. RIDAO, *Derecho de crisis y Estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 228 ss., e, anche per una comparazione con l'esperienza italiana, M. TARANTINO, *Stato centrale e autonomie territoriali: ordinamento spagnolo e ordinamento italiano a confronto*, in *DPCE online*, n. spec., 2022, p. 693 ss.

¹⁰⁰ Il Governo Sánchez II, primo di coalizione dell'era post-franchista, è sostenuto in Parlamento da ben quattro forze politiche diverse (PSOE, PSC, IU-PCE, Podemos) e comprende numerosi ministri "indipendenti", ossia non iscritti ad alcun partito, designati da due partiti a vocazione autonomista (PSC e Cataluña en Común).



Ed ancora, durante l'intera pandemia ogni seduta del *National Cabinet* australiano è stata seguita da una nota stampa in cui il *Department of the Prime Minister* enfatizzava il carattere condiviso di tutte le misure ivi approvate. Dettaglio, questo, niente affatto trascurabile: la pubblicazione dei suddetti comunicati non era dovuta in un ordinamento in cui - come si è già problematicamente rilevato - per convenzione costituzionale l'intero contenuto delle riunioni è coperto da segreto.

Il fatto che ciascuno dei due approcci esaminati presenta, ad un tempo, aspetti sia positivi che negativi induce a ritenere che nessuno di essi assicuri una gestione delle emergenze sanitarie pienamente rispettosa delle garanzie proprie del costituzionalismo. Si profila, pertanto, la necessità di ripiegare su un modello che potrebbe definirsi intermedio, capace, cioè, di coniugare le esigenze di unitarietà e speditezza decisionale, proprie del modello accentrato, con l'adattabilità e la puntualità degli interventi, massimamente garantita da quello decentrato. Del resto, l'esperienza della Confederazione elvetica conferma che un esercizio accentrato dei poteri normativi, sia esso stabile o temporaneo (ossia limitato ai periodi di crisi), non implica una rinuncia alla concertazione né, tantomeno, una chiusura dei luoghi di decisione politica ai rappresentanti degli enti territoriali. Al contrario, questi ultimi ben possono intervenire nei dibattiti propedeutici all'adozione (Consiglio degli Stati, Unità di crisi) o, financo, all'attuazione delle singole misure (si pensi al Comitato di coordinamento, *ex art. 54 LEp*). In ogni caso, nulla impedisce di prevederne la consultazione in via preventiva o, nei casi di maggiore urgenza, in via successiva; ferma restando la necessità che tali interlocuzioni non si riducano a mera forma, bensì siano effettivamente in grado di incidere sul contenuto delle deliberazioni.

La concorrenza di Stato ed enti territoriali reca il vantaggio di consentire a ciascuno di tali soggetti un margine di controllo, in senso lato, sull'operato degli altri, insieme alla possibilità di intervenire per mitigare le conseguenze di eventuali inerzie. Si pensi, rispettivamente, alle pressioni esercitate dalla Cancelleria tedesca sui *Länder* contrari alle misure di distanziamento, anche per tramite - può ritenersi - del Presidente federale e dell'opinione pubblica, nonché al ruolo di supplenza, per così dire, che i Governatori statunitensi si sono trovati a svolgere nei confronti dell'Amministrazione federale.

Sulla base di tutte queste considerazioni, e in definitiva, non sembra azzardato auspicare una disciplina delle emergenze sanitarie che riservi a Governo e Parlamento la definizione di presupposti applicativi e contenuto delle singole misure, previa consultazione degli enti territoriali interessati, insieme al coordinamento ed alla vigilanza sui provvedimenti eventualmente adottati, invece, da tali enti, in via complementare o sussidiaria.

10. Segue. Oltre l'emergenza: la leale collaborazione come principio generale dei rapporti tra Stato ed enti territoriali.

Lo schema appena delineato con riferimento alle situazioni di crisi, ispirato al principio di leale collaborazione tra Stato ed enti territoriali, ben si presta a generalizzazioni. Non vi è motivo, infatti, per cui esso non possa trovare applicazione anche nel tempo, per così dire, ordinario, quantomeno tutte le volte in cui la materia di competenza statale che ci si accinge



a disciplinare presenti connessioni con materie rimesse, invece, alla legislazione regionale (o sub-federale).

In questo quadro, il problema della flessibilità del riparto di competenze in funzione di contrasto alle emergenze sanitarie sembra perdere di consistenza, ponendosi, tutt'al più, per i soli ordinamenti che - diversamente da quanto auspicato in questa sede - assegnino *in toto* la gestione delle crisi al livello di governo sub-statale. Invero, si tratta di un'eventualità poco comune: tra i molteplici ordinamenti presi in esame, essa ricorre soltanto in quello bosniaco-erzegovino, mentre le Costituzioni materiali di altre federazioni, quali Australia e Stati Uniti, appaiono orientate in senso opposto. La soluzione preferibile sembra essere, comunque, l'espressa previsione costituzionale di regimi transitori ed eccezionali¹⁰¹, le cui attivazione e cessazione, quantomeno in presenza di forme di governo parlamentari, dovrebbero riservarsi alle Camere¹⁰².

Sotto il profilo istituzionale, la previsione di appositi organismi di raccordo, benché, forse, non indispensabile, si rivela opportuna. Rapporti di tipo collaborativo possono instaurarsi anche in via informale, come negli USA, o, al contrario, possono non superare mai la soglia della mera formalità se non sorretti da reale volontà politica, come nella storia recente del disciolto *Council of Australian Governments*. Cionondimeno, nel corso dell'analisi sin qui condotta un significativo livello di collaborazione "verticale" si è riscontrato solo in Germania e Svizzera, dove non a caso sono presenti strumenti di concertazione formali quali, rispettivamente, la Conferenza *Bund-Länder* e l'Organo di coordinamento per le emergenze sanitarie. Viceversa, negli Stati Uniti è stato proprio il difetto di "luoghi" istituzionalmente deputati al dialogo intergovernativo che ha favorito il mantenimento di un atteggiamento inerte da parte dell'Amministrazione e lo sminuimento delle responsabilità di essa dinanzi all'opinione pubblica¹⁰³. Ancor più emblematico il caso belga, dove la mancanza di «meccanismi di collaborazione» adeguatamente «rodati» ha persino dato luogo ad incertezze applicative¹⁰⁴, quando non a vere e proprie forzature, come l'allargamento del *Conseil national de sécurité* agli Enti costitutivi, non previsto dalla legge.

11. Raffronto con l'esperienza italiana.

Appare evidente che il modello "intermedio", che qui si propone, diverge da quello seguito per la gestione della crisi sanitaria in Italia. E infatti, pur ammettendo che il contrasto alle pandemie rientri tra le materie di competenza statale esclusiva, come affermato dalla Corte costituzionale, resta il fatto che la compressione subita dalle prerogative di Regioni e Comuni (in particolare, la sostanziale sospensione dei relativi poteri di ordinanza) non è stata compensata, per così dire, da adeguati momenti di concertazione politica, né a livello

¹⁰¹ Cfr. Francia e Ungheria, cui si è accennato *supra*, § 1, nt. 1.

¹⁰² Per più approfondite considerazioni sul tema, anche in prospettiva *de iure condendo*, si rinvia a G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Oss. fonti*, n. spec., 2020, p. 542 ss.

¹⁰³ Cfr. l'esclamazione «*We're not a shipping clerk!*», con cui Trump scaricò la responsabilità per la carenza di presidi sanitari sui Governatori e, al contempo, si rifiutò di farne incrementare egli stesso la produzione, come pure avrebbe potuto disporre in forza del *Defense Production Act* ('*At War With No Ammo: Doctors Say Shortage of Protective Gear Is Dire*, in *The New York Times*, 19 marzo 2020, ed. *online*).

¹⁰⁴ Lo evidenzia F. GALLARATI, *La reazione alla pandemia di Covid-19*, cit., p. 1629 ss.



governativo né, tantomeno, in sede parlamentare¹⁰⁵. Si è, così, determinato un accentramento di potere inedito nella storia repubblicana, che partendo dagli enti territoriali ha poi interessato, per cerchi concentrici, anche le Camere e lo stesso Governo, a favore del Presidente del Consiglio dei ministri. Rispetto a tali conclusioni, poco rileva il riconoscimento alle Regioni della facoltà di avanzare proposte e formulare pareri, sia perché da questi ultimi restavano esclusi gli interventi di maggiore forza normativa (decreti-legge e relative leggi di conversione), sia perché tali “concessioni” sono state fatte ai soli enti territoriali maggiori; sia, infine, perché al concreto esercizio di tale facoltà è stato imposto sovente il “filtro” della Conferenza delle Regioni.

Più in generale, sono emersi i limiti degli odierni raccordi tra i diversi livelli di governo. Com'è noto, essi sono affidati al cd. sistema delle Conferenze, nelle cui riunioni gli enti territoriali possono far valere le proprie posizioni su un piano di formale parità nei confronti del Governo. Senonché, a ben vedere tali organismi si configurano come mere articolazioni della Presidenza del Consiglio dei ministri, i cui uffici ne istruiscono le sedute, ed è sempre il Presidente del Consiglio (dunque, lo Stato) a disporre la convocazione, fissarne l'ordine del giorno e guidarne, poi, i lavori¹⁰⁶, in tempi spesso alquanto lunghi e, quindi, inadatti alle situazioni di crisi. Non a caso, l'art. 3 del decreto legislativo n. 281/1997 abilita il Consiglio dei ministri a deliberare anche in assenza di intesa ogniqualvolta esso ravvisi motivi di «urgenza» (comma 4) o la discussione si protragga infruttuosamente da oltre trenta giorni (comma 3).

A ciò si aggiunge il *deficit* di trasparenza e, quindi, di *accountability* che è determinato dalla mancata pubblicità di verbali ed atti preparatori¹⁰⁷, nonché dalla tendenza, puntualmente segnalata in dottrina, a “ratificare” in Conferenza accordi maturati in sede extra-istituzionale¹⁰⁸. Nel caso della Conferenza Stato-Regioni, poi, la prassi tende verso la partecipazione ai lavori del Presidente della Conferenza delle Regioni quale portavoce della sola posizione affermatasi come maggioritaria all'interno di essa.

Nel 2001, in attesa di una più compiuta trasformazione del Senato in «Camera delle Autonomie territoriali»¹⁰⁹, il Parlamento ha tentato di creare un ulteriore canale di dialogo inter-istituzionale stabilendo che i regolamenti camerale «possono» prevedere l'allargamento

¹⁰⁵ Di questo avviso anche S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica*, cit., pp. 757-758, cui si rinvia diffusamente anche per ulteriori considerazioni sul tema. Sulla nozione di «*compensation-through-participation*», con particolare riferimento al federalismo cooperativo tedesco, v. la teorizzazione di T. BÖRZEL, *States and regions in the European Union. Institutional adaptation in Germany and Spain*, Cambridge, CUP, 2001, p. 46 ss.

¹⁰⁶ V. l'art. 12 della legge 23 agosto 1988, n. 400, per la Conferenza Stato-Regioni, cui l'art. 10 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, rinvia implicitamente con riferimento altri due organi.

¹⁰⁷ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Reg.*, n. 1-2/2021, p. 231, e C. CARUSO, *La leale collaborazione*, cit., pp. 921-922.

¹⁰⁸ E. GIARDINO, *Il riconoscimento*, cit., n. 1/2021, p. 112.

¹⁰⁹ Sul tema v. già F. BERTOLINI, *La riforma della Camera delle autonomie territoriali tra rappresentanza politica e rappresentanza territoriale*, in AA.VV., *Un Senato delle autonomie per l'Italia federale*, Napoli, ESI, 2003, p. 49 ss.; più di recente, A. PATRONI GRIFFI, *Per il superamento del bicameralismo paritario e il Senato delle autonomie: lineamenti di una proposta*, in *Federalismi*, n. 17/2018, p. 7 ss., e P. MACI, *Regionalismo differenziato: tra bulimia di autonomia e rischi di ingovernabilità*, in *Federalismi*, n. 19/2022, p. 140 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.



della Commissione parlamentare per le questioni regionali a «rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali» (art. 11, co. 1 legge cost. 3/2001)¹¹⁰. In tale nuova composizione, l'organo acquisirebbe un potere di veto su tutti i disegni di legge in materie di potestà concorrente, superabile dal *plenum* solo con un'approvazione a maggioranza assoluta.

Dinanzi alla mancata attuazione di tale novella, motivata dal timore di un rallentamento dei procedimenti legislativi e dalla difficoltà di determinare numero e criteri di riparto dei nuovi seggi, il decreto-legge n. 91/2017 ha inteso rivalutare il ruolo della Commissione stabilendo che quest'ultima, nell'espletamento delle proprie funzioni, possa procedere alla «consultazione dei rappresentanti dei singoli enti territoriali», anche per tramite delle relative Associazioni¹¹¹. Più di recente, il Regolamento del Senato è stato modificato nel senso di consentire ai suddetti rappresentanti di essere inviati a «partecipare» direttamente alle sedute, in relazione a «specifici provvedimenti», ed ha attribuito ad essi la facoltà di «formulare osservazioni e proposte con riguardo ai lavori della Commissione»¹¹². Si è di fatto creato lo spazio per un nuovo *forum* istituzionale, in grado di superare anche quella sostanziale emarginazione delle Assemblee elettive (Parlamento, Consigli) che caratterizza, invece, il sistema delle Conferenze e che attenta dottrina ha più volte evidenziato¹¹³. Senonché, il Regolamento interno della Commissione, risalente al dicembre 2017, è ancora piuttosto scarno. Esso, infatti, oltre a confermare la mera facoltatività delle (sole) consultazioni, non detta alcun criterio utile a selezionare i soggetti da sentire, né contiene alcuna disciplina speciale per i periodi di crisi¹¹⁴. Non a caso, dai verbali delle sedute emerge chiaramente come, sin dall'accertamento dei primi focolai, l'unico interlocutore dell'organo *de quo* in materia di Covid-19 sia rimasto il Governo nazionale¹¹⁵.

12. Segue. Possibili spunti per il legislatore.

Il raffronto con gli ordinamenti stranieri consente di individuare molteplici spunti in prospettiva *de iure condendo*.

¹¹⁰ Sul tema v. ampiamente R. CARIDÀ, *Leale collaborazione*, cit., p. 58 ss.

¹¹¹ Così l'art. 15-bis del suddetto decreto-legge, modificativo dell'art. 52, co. 3 della legge 10 febbraio 1953, n. 62, cui cfr. tuttavia gli artt. 48 Reg. Senato e 144 Reg. Camera, che già prevedono l'istituto dell'«indagine conoscitiva» per tutte le Commissioni.

¹¹² Art. 138-bis, introdotto con deliberazione del 27 luglio 2022. Sarà la prassi a dire se, nel silenzio del vigente Regolamento della Camera dei deputati sul punto, la nuova disposizione troverà applicazione anche quando la presidenza - come adesso - non sia detenuta da un senatore.

¹¹³ Cfr. la Relazione adottata dalla stessa Commissione il 10 maggio 2017 (doc. XVI-bis, n. 11). In dottrina, il sostanziale aggiramento delle Assemblee elettive da parte delle Conferenze è evidenziato da C. PINELLI, *Autonomia e decentramento. I due principi incontestati di un controverso regionalismo*, in *Giur. cost.*, n. 3/2021, p. 1471; E. GIARDINO, *Il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2021, p. 113; C. CARUSO, *La leale collaborazione*, cit., p. 220; S. MANGIAMELI, *Il riparto di competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Dir. reg.*, n. 3/2020, pp. 338-339.

¹¹⁴ Su tale atto v. per tutti B. GUASTAFERRO, *Autonomia Sovranità Rappresentanza*, cit., p. 124 ss.

¹¹⁵ Cfr. i verbali delle sedute, reperibili nel sito istituzionale della Camera dei deputati, sez. «Lavori», sottosezz. «Audizioni» e «Indagini conoscitive» (fino a luglio 2022).



In primo luogo, emerge l'urgenza di una disciplina più puntuale del cd. sistema delle Conferenze, possibilmente a livello superprimario¹¹⁶, così da ridurre il peso oggi detenuto dalla prassi¹¹⁷. In quest'ottica, pare auspicabile che tali organismi si emancipino dal ruolo ancillare che, dal punto di vista organizzativo e finanziario, tuttora occupano nei confronti del Governo, per divenire luoghi di confronto, per così dire, autenticamente paritario, secondo il principio espresso dal novellato art. 114 Cost. Ciò implicherebbe, peraltro, l'attribuzione di un potere di convocazione delle sedute anche agli enti sub-statali o, quantomeno, ad un numero di essi sufficientemente rappresentativo.

In ambito parlamentare, a tale riforma dovrebbe accompagnarsi una più cospicua apertura della Commissione bicamerale per le questioni regionali al "dialogo" con gli enti locali, ed in particolare con i Consigli, eventualmente corroborata da una revisione del Regolamento interno. Quest'ultimo, infatti, ben potrebbe essere integrato in modo da fissare criteri oggettivi per l'individuazione delle ipotesi in cui tenere le consultazioni e per la selezione dei soggetti da sentire, così da ridurre al minimo il rischio di strumentalizzazioni politiche (*rectius*, partitiche). L'occasione sarebbe, peraltro, propizia per introdurre norme che circoscrivano l'intermediazione delle associazioni di categoria a casi eccezionali, in cui la consultazione diretta di tutti gli enti interessati sia materialmente impossibile, p. es. perché troppo numerosi.

Si favorirebbe, così, una costante condivisione di pareri, informazioni e *best practices* tra i vari livelli di governo del territorio, analogamente a quanto rilevato, in particolare, in Germania ed Australia. Nelle situazioni di crisi, tale assetto favorirebbe l'elaborazione di indirizzi politici tendenzialmente condivisi e, probabilmente, più "sensibili" alle istanze del decentramento, come nel caso elvetico.

A stimolare atteggiamenti effettivamente collaborativi all'interno di tali organismi potrebbe essere il pungolo, per così dire, dell'opinione pubblica, alla quale i verbali delle Conferenze, oggi riservati, dovrebbero essere resi accessibili. Al riguardo, giova richiamare quanto si è già problematicamente osservato con riferimento al difetto di trasparenza e, quindi, di *accountability* democratica del *National Cabinet* australiano¹¹⁸. Quanto alla Commissione bicamerale per le questioni regionali, i cui atti sono già regolarmente pubblicati nel sito Internet della Camera, potrebbe preverarsi, in aggiunta, la stesura di *report* periodici, in cui essa si dia conto dei motivi che l'abbiano indotta a respingere eventuali critiche o proposte sollevate dagli enti territoriali nel corso delle audizioni. Si garantirebbe, così, un certo grado di condivisione, anche nei periodi di emergenza e senza intaccare quella

¹¹⁶ Cfr. già l'*incipit* dei disegni di legge C.2422 e S.1825, depositati rispettivamente il 4 marzo e il 22 maggio 2020, e le considerazioni operate, al riguardo, da F. SAVASTANO, *Il Governo come attore principale della leale collaborazione: il ruolo nelle sedi di raccordo con le autonomie e la perdurante necessità di un cambio di rotta*, in *Federalismi*, n. 28/2020, p. 41 ss. Favorevoli alla soluzione prospettata nel testo, tra gli altri, F. COVINO, *Leale collaborazione*, cit., p. 132, e L. VIOLINI, *50 anni di vita delle Regioni*, cit., p. 270, cui cfr. però A. DEFFENU - S. PAJNO, *Il regionalismo italiano a vent'anni dalla riforma del Titolo V: prime riflessioni*, in *Reg.*, n. 1-2/2021, p. 92, che la ritiene largamente insufficiente.

¹¹⁷ In questo senso R. CARIDÀ, *Leale collaborazione*, cit., p. 124 ss.

¹¹⁸ V. *supra*, § 8.1.



libertà di scelta che - secondo il consolidato insegnamento della Consulta - è attribuito essenziale della funzione legislativa¹¹⁹.

Traendo spunto dalle difficoltà riscontrate nel caso belga, deve rimarcarsi la necessità di evitare che il tempo necessario all'ascolto dei territori si dilati sino a ritardare la tempestività degli interventi. Da questo punto di vista, il potere attualmente riconosciuto al Consiglio dei ministri di deliberare (anche) in sostituzione di intese sembra offrire sufficienti garanzie e potrebbe, quindi, tenersi fermo, insieme all'ampia discrezionalità sulla programmazione dei lavori di cui già gode ciascuna delle Camere. Tuttavia, puntuali disposizioni di legge o, nel caso della Commissione, del relativo Regolamento interno potrebbero prevedere modalità di consultazione alternative, come lo svolgimento delle sedute in videocollegamento (si pensi, ancora, al *National Cabinet*), l'invio di *dossier* informativi o di proposte per iscritto, il contingentamento dei dibattiti ecc.

L'esperienza decisamente positiva dell'Organo di coordinamento elvetico¹²⁰, poi, segnala l'opportunità di consentire alle Regioni di designare almeno una parte del Comitato tecnico-scientifico nazionale, i cui pareri - com'è noto - anche in Italia hanno avuto un peso decisivo sul contenuto di molti provvedimenti. Ciò consentirebbe di accrescere la fiducia dei cittadini, stemperando anche quel senso di alterità e di lontananza dai bisogni della gente comune, che rispetto ad organismi di questo tipo è, forse, parzialmente inevitabile, ma che nel corso della pandemia è stato ampiamente cavalcato da movimenti di stampo populista, spesso contrari a qualsiasi forma di profilassi.

Ulteriori spunti possono trarsi dalla tendenza, riscontrata negli USA, verso forme di collaborazione "orizzontale", alle quali alcuni Stati hanno fatto proficuamente ricorso - si è detto - per rimediare all'inerzia dell'Amministrazione federale. Invero, in Italia esistono da tempo associazioni di enti territoriali, che però nel corso della pandemia o hanno svolto un ruolo del tutto marginale (ANCI, UPI, UNCEM, Conferenza dei Parlamenti regionali), oppure si sono limitate ad interloquire col Governo in posizione di tendenziale subalternità (si pensi ai pareri sui DPCM contenenti misure restrittive di portata nazionale, resi, come più volte richiamato, dal Presidente della Conferenza delle Regioni). Soprattutto, a tali associazioni sembra essere mancata la capacità di favorire la nascita e lo sviluppo di relazioni cooperative tra i rispettivi membri; relazioni che sarebbero state probabilmente preferibili alle generiche richieste di solidarietà di cui si è, invece, fatto mediatore lo Stato. In prospettiva futura potrebbe, allora, valutarsi l'opportunità di incentivare simili accordi, agevolando con contributi statali quelli che appaiano oggettivamente meritevoli perché, ad esempio, consentano di raggiungere economie di scala o, comunque, una migliore gestione delle risorse disponibili, senza un coinvolgimento diretto degli apparati ministeriali. In tale

¹¹⁹ L'inapplicabilità del principio collaborativo alla funzione legislativa è stata ribadita, da ultimo, dalla sentenza 14 luglio 2017, n. 192, § 9.2.3, III cpv., anche se la stessa Corte costituzionale vi ha derogato per i decreti legislativi (sentenza 25 novembre 2016, n. 251, § 4.2.2). Sul tema v., anche per ulteriori rinvii, A. AMBROSI, *La partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, a quattro anni dalla sent. n. 251 del 2016*, in *Forum Quad. Cost.*, n. 2/2021, p. 65 ss., cui cfr. l'insoddisfazione manifestata al riguardo da R. BIN, *Intervento*, cit., p. 17, e A. CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in *Riv. AIC*, n. 3/2016, p. 5.

¹²⁰ V. *supra*, § 3.



direzione, del resto, sembra già guardare la Costituzione, nel testo risultante dalla riforma del 2001, allorché essa contempla espressamente la stipula di intese interregionali «per il migliore esercizio delle [rispettive] funzioni, anche con individuazione di organi comuni» (art. 117, co. 8). Del resto, a ben vedere un'azione politico-amministrativa efficiente in ambito locale ha sempre ricadute positive sull'intero "sistema", nella misura in cui riduce la necessità di interventi da parte dei livelli di governo superiori, nel quadro delineato dai principi di sussidiarietà e adeguatezza (art. 118, co. 1 Cost.).

Infine, l'occasione sarebbe propizia per apprestare una disciplina organica anche delle suddette associazioni, p. es. prevedendo obblighi di consultazione interna prima di ciascuna interlocuzione col Governo e l'espressione, in tali sedi, anche di quegli orientamenti che siano minoritari, ma condivisi da un numero di enti sufficientemente rappresentativo, quantomeno sul piano demografico.

Modifiche normative come quelle appena prospettate avrebbero il pregio di valorizzare la pluralità degli ordinamenti territoriali quale tratto caratterizzante della Repubblica e suo punto di forza, piuttosto che potenziale ostacolo, come invece essa sembra essere stata intesa durante la pandemia. Esse consentirebbero di dare concretezza all'orientamento della Corte costituzionale, ribadito anche dalla sentenza n. 37/2021, secondo il quale «le autonomie regionali, ordinarie e speciali, non sono [...] estranee alla gestione delle crisi emergenziali in materia sanitaria, in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie "concorrenti" della tutela della salute e della protezione civile» (§ 7.2)¹²¹. Si tratta di un'importante enunciazione di principio, di cui l'analisi delle esperienze straniere sembra confermare l'attuabilità e che, in prospettiva interna, una lettura isolata dei passaggi sulla "necessaria statalità" della profilassi internazionale¹²² rischierebbe, altrimenti, di oscurare del tutto. Per altro verso, ed infine, esse potrebbero restituire al decentramento regionale quello slancio, per così dire, che era alla base della riforma del 2011 ma che la giurisprudenza costituzionale successiva sembra ormai avere, in massima parte, frenato.

¹²¹ Nello stesso senso cfr. già C. cost., sentenza 2 dicembre 2019, n. 246, § 5, IV cpv., e la sentenza 21 gennaio 2016, n. 8, § 8.1.1, I cpv.

¹²² V. *supra*, § 2, testo e nt. 22.



LA RIFORMA DELLA “COSTITUZIONE AMBIENTALE” ITALIANA E LA TUTELA DELLE SPECIE ANIMALI A RISCHIO DI ESTINZIONE, NEL PRISMA DELLA DISCIPLINA MULTILIVELLO SULLA SALVAGUARDIA DELLA BIODIVERSITÀ.

Il quadro generale ed alcune riflessioni critiche.

Maurizia Pierri

Abstract. La Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n.1, di modifica degli artt. 9 e 41 cost, ha introdotto tra i principi fondamentali dell’ordinamento, la tutela dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità e ha demandato invece alla legge dello Stato la concreta disciplina delle forme e dei modi di tutela degli animali. Se interpretato in chiave gerarchica, a prescindere dall’intento del legislatore ed al di fuori dell’episteme personalista della Costituzione, il testo potrebbe giustificare una tutela differenziata delle specie animali, a seconda della loro appartenenza o meno alle categorie protette, come sembra accadere con riferimento alle norme contenute nella legge di bilancio 2023. Il saggio si sofferma sulla nozione di specie protette elaborata, a partire dal secondo dopoguerra, in seno alla IUCN (*International Union for Conservation of Nature*), responsabile della compilazione delle liste rosse. Successivamente prende sinteticamente in esame la complessa e articolata normativa che se ne occupa, a livello internazionale ed euro unitario, ravvisando la possibilità di canalizzarla lungo due direttrici: una riconducibile alla applicazione della CITES (*Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*) e dunque sostanzialmente repressiva e l’altra alla applicazione delle fonti pattizie che proteggono la biodiversità, con particolare riferimento alla vita selvatica, pertanto fondamentalmente conservativa. Infine il saggio ipotizza una lettura della riforma costituzionale che incida sulla tutela degli animali istituendo diversi livelli di tutela.

Parole chiave: specie protette, applicazione CITES, tutela della biodiversità, riforma dell’art. 9 Cost., tutela degli animali.

Abstract. Constitutional Law no. 1, 11 February 2022, amending articles 9 and 41 of the Italian Constitution, introduced the protection of environment, ecosystems and biodiversity among the fundamental principles of the legal system while the effective protection of animal rights is entrusted to the national law. However, art. 9(3) as amended could justify a differentiated protection of animal species, depending on whether or not they belong to protected categories, as seems to happen with reference to the regulations contained in the 2023 Budget Law. The essay focuses on the notion of protected species that has been developed since the Second World War within the IUCN (*International Union for Conservation of Nature*), which is responsible for compiling the “Red Lists of Endangered Species”. It then briefly examines the complex and articulated legislation that deals with it, at an



international and Euro-unitary level, recognising the possibility of channelling it along two lines: one ascribable to the application of CITES (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora) and therefore substantially repressive, and the other to the application of the treaty sources that protect biodiversity, with particular reference to wild life, therefore fundamentally conservative. Finally, the essay hypothesises an interpretation of constitutional reform that affects animal rights by establishing different levels of protection.

Key words: endangered species, CITES application, multilevel biodiversity protection, Italian constitutional reform law, animal protection.

SOMMARIO: **1.** La legge costituzionale n.1 del 22 febbraio 2022 e l’inserimento della tutela dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità tra i principi fondamentali. **2.** La nozione di specie animali e vegetali protette: la *Red List of Threatened Species* dell’*International Union for Conservation of Nature* (IUCN). **3.** La regolamentazione del commercio internazionale di specie selvatiche a rischio. **4.** Il sistema multilivello di tutela delle specie a rischio, tra conservazione della biodiversità e repressione del commercio illegale. **4.1.** Le fonti internazionali “conservative”: *Convention on Biological Diversity* e *Strategic Plan for Biodiversity*. **4.2.** Le fonti euro unitarie “conservative”: Direttiva Uccelli, Direttiva *Habitat* e Strategia europea sulla biodiversità. **4.3.** Le fonti eurounitarie “repressive”: il “pacchetto” *EU Wildlife Trade Regulations*. **4.4.** Il quadro normativo nazionale di matrice “conservativa” ante riforma costituzionale. **4.5.** La normativa “repressiva” e l’attuazione della CITES: il decreto legislativo n. 135 del 5 agosto 2022. **5.** La legge costituzionale n. 1 del 22 febbraio 2022 e la tutela delle specie protette, in particolare quelle animali: discriminazioni volute o inconsapevole paradosso?

1. La legge costituzionale n.1 del 22 febbraio 2022 e l’inserimento della tutela dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità tra i principi fondamentali.

Il 22 febbraio 2022¹, dopo un lungo iter parlamentare, è stata definitivamente approvata la legge costituzionale n. 1, di modifica gli articoli 9 e 41 della Costituzione. La lettura dei lavori preparatori² rivela l’intento del legislatore di offrire maggiore e più certa tutela ai beni

¹ Il progetto di legge costituzionale C. 3156 è stato approvato in prima deliberazione dall’assemblea del Senato in un testo unificato (S. 83 e abbinati,) e dalla Camera dei deputati nel medesimo testo (C. 3156); successivamente è stato approvato, in seconda deliberazione, sia dal Senato che dalla Camera con la maggioranza dei due terzi dei rispettivi componenti.

² Si v. I. RIVERA, *Le tonalità dell’ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione*, in *biolaw Journal-Rivista di biodiritto*, n. 2, 2022, pp. 225-243, spec. P. 227 ss, di L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2022, p. 21 ss, E. LECCESE, *L’ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?*, in *AMBIENTEDIRITTO.IT*, 2020(4), pp. 1-40, spec. Pp. 9-20.



correlati all'ambiente, colmando un vuoto ritenuto inaccettabile³ e superando le residue incertezze interpretative⁴.

L'articolo 1 della legge ha introdotto un terzo comma all'articolo 9, in cui si riconosce in modo esplicito, accanto alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione, richiamati nel secondo comma, il principio (e dunque il "nuovo" impegno per la Repubblica) di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.

Se la tutela dell'ambiente⁵ e degli ecosistemi⁶ (al plurale e non al singolare come nel dettato dell'art. 117, comma 2, lett. s) è definitivamente consacrata come principio fondamentale dell'ordinamento giuridico, la novità è l'introduzione di un riferimento alla

³ Cfr. G. MARCATAJO, *La riforma degli art. 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AMBIENTEDIRITTO.IT*, 2022(2), pp. 1-15, spec. Pag 2. Gran parte della dottrina si è in realtà espressa in forma più tenue su quanto si possa davvero affermare che il testo sia innovativo e non piuttosto ricognitivo: cfr. sul punto almeno E. LECCESE, cit. p. 20 e, in forma radicalmente critica, G. SEVERINI E P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in www.giustiziainsieme.it, 22 settembre 2021, i quali sostengono addirittura l'inutilità della modifica dell'art. 9 Cost. proprio «perché ripetitiva di un precetto presente e incontestato e dunque produttiva di nessuna autentica utilità».

⁴ Sul punto si v. S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in P. PERLINGIERI, (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, p. 12- 13, che sottolineava già allora come l'assunzione dell'ambiente a diritto fondamentale avrebbe avuto non solo un forte significato di principio, ma avrebbe aiutato a sciogliere perplessità e dubbi interpretativi. In senso positivo rispetto alla riforma anche I. NICOTRA, *l'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021, p. 5, e M. GRECO, *Tutela dell'ambiente e degli animali in Costituzione: una riforma necessaria?*, in *La sfida dell'ecologia integrale. Ambiente e diritti fondamentali, riforme economico sociali e transizione ecologica*, Jus Quia Justum Edizioni, Roma, 2022, pp. 21-38.

⁵ In assenza di una norma costituzionale che ne definisse l'ambito materiale (la riforma del 2001, nell'art. 117, secondo comma, lettera s, si è limitata a delineare il riparto di competenze tra Stato e Regioni), l'individuazione della cornice semantica del lemma "ambiente" è stata affidata in Italia al diritto vivente, in particolare alla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha indicato nell'art. 9, comma 2 (nella sua originaria formulazione che prevedeva la tutela del "paesaggio") e nell'art. 32 (che invece tutela il diritto alla salute), ma anche nel 41 e nel 42, le coordinate per rintracciare la matrice di una esigenza di tutela, mentre la dottrina si è divisa tra la negazione dell'esistenza di una materia ambientale, l'individuazione di una pluralità di profili giuridicamente rilevanti, o invece l'affermazione di una sua "oggettività" correlata all'esistenza di assetti organizzativi ad esso riconducibili oppure alla presenza di uno specifico diritto soggettivo. Per avere contezza del dibattito dottrinale sviluppatosi in Italia intorno ai caratteri costitutivi del diritto dell'ambiente, si v. almeno S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971, p. 1122 e ss., ID., «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, ivi, 1973, p. 15 e ss., E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ, voce *Ambiente* (tutela dell'), *Parte generale e diritto amministrativo*, in *Nuovissimo Digesto Italiano, Appendice*, I, Torino, Utet, 1980, p. 257 e ss., e A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 503 e ss., A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, p. 32, G. PERICU, voce *Ambiente* (tutela dell') nel diritto amministrativo, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 189 e ss., F. G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quad. Reg.*, 1989, p. 533. Più di recente, sul tema sono intervenuti S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Olschki, Firenze, 1999, L. MEZZETTI, (a cura di), *Manuale di diritto ambientale*, Cedam, Padova, 2001, p. 92 e ss., F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: Art. 2 Cost. E doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. Econ.*, 2/2002, p. 215 e ss., G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Cedam, Padova, 2002, R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di*



“biodiversità”, che offre una “sponda costituzionale” al vasto sistema normativo multilivello, di *hard law* e *soft law* al quale il termine rinvia, anche nella sua dimensione lessicale⁷.

La conseguenza immediata di questa apertura costituzionale al concetto di biodiversità è l’attrazione nella sfera di tutela apicale del nostro ordinamento giuridico, di tutte le specie vegetali ed animali, soprattutto di quelle a rischio di estinzione, in considerazione del nesso funzionale tra la loro protezione e la sopravvivenza del pianeta. Secondo la “teoria dei limiti planetari”⁸ infatti la perdita di biodiversità determinata dalle pressioni antropogeniche contribuirebbe, insieme ad altri otto indicatori, a determinare un cambiamento ambientale irreversibile ed incompatibile con la conservazione della vita umana sulla Terra.

diritto privato dell’unione europea, XIII, Giappichelli, Torino, 2006, F. FONDERICO, *Ambiente* (Dir. Amm.), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano 2006, p. 204 e ss., P. MADDALENA, *l’ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Amb. Svil.*, 2007, p. 477, S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 3, 2017, p.8 (che approfondisce le possibilità espressive del concetto valorizzando le diverse modalità di relazione tra uomo e natura), P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, pp. 123-141. Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, la Corte è intervenuta diverse volte a dipanare i contrasti tra Stato e Regioni intorno alla materia ambientale: ci si limita a citare la sentenza n. 63 del 2020, in cui la Corte riassume i termini della questione affermando che la normativa regionale «deve garantire il rispetto dei livelli minimi uniformi posti dal legislatore nazionale in materia ambientale» e 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». Nella sentenza n. 88 del 2020 ha poi ribadito che «in materia ambientale, il potere di fissare livelli di tutela uniforme sull’intero territorio nazionale è riservato allo Stato, ferma restando la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali». Per l’ampio dibattito dottrinale relativo al riparto di competenze tra stato e regioni almeno gli scritti di A. D’ATENA, *La Consulta parla ... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giur. Cost.*, 3/2002, pp. 2027-2034; M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell’ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V*, in *Le Regioni*, 1/2003, pp. 318-337; 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*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 3-69; G. VESPERINI, *Il riparto delle funzioni in materia ambientale: un’introduzione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/2007, pp. 551-555. Sulla necessità di una riforma che chiarisse le differenze tra ambiente e paesaggio, si sono espressi in senso negativo, ad esempio F. RESCIGNO, *Quale riforma per l’articolo 9*, in *federalismi.it*, paper – 23 giugno 2021, p. 2 e T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientalista. Una critica*, in *federalismi.it*, paper – 23 giugno 2021, pp. 2-3.

⁶ Si intende per ecosistema una unità naturale in cui fattori organici ed inorganici convivono in stretta relazione con l’ambiente che li accoglie - che è poi la versione aggiornata della descrizione di A. G. TANSLEY, *The Use and Abuse of Vegetational Concepts and Terms*, in *Ecology*, Jul., 1935, Vol. 16, No. 3, pp. 284-307, spec. 299. Nel glossario del volume *Principles of Terrestrial Ecosystem Ecology*, (di F. S. CHAPIN, III, P. A. MATSON, P. M. VITOUSEK, edito da Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012), l’ecosistema è definito nel modo seguente «*Ecological system consisting of all the organisms in an area and the physical environment with which they interact*»>. E’ evidente che non esiste un unico ecosistema ma tanti ecosistemi che interagiscono: la IUCN (cfr. infra) ha recentemente individuato 108 *Ecosystem Functional Groups*, cfr. *IUCN Global Ecosystem Typology 2.0 Descriptive profiles for biomes and ecosystem functional groups*, D. A. KEITH, J. R. FERRER-PARIS, E. NICHOLSON, R. T. KINGSFORD (editors), IUCN, Gland, Switzerland, 2020.



Nei successivi paragrafi si proporrà un approfondimento del concetto di specie protetta e dei relativi riferimenti normativi, di derivazione internazionale, eurounitaria e nazionale, con l'intento di aggiungere un piccolo tassello alla definizione del contesto in cui la revisione costituzionale è destinata ad operare, rinviando ad altri e ben più autorevoli studi per le questioni relative alla differenza tra paesaggio ed ambiente⁹ o alla necessità di una riforma costituzionale¹⁰ risolutiva dei residui dubbi sui confini semantici dell'uno rispetto all'altro termine e sorvolando sull'esplicito richiamo all'interesse delle nuove generazioni¹¹ che richiederebbe una trattazione a parte. Successivamente si cercherà di mettere in luce alcune criticità della riforma, che si potrebbe prestare ad inaccettabili strumentalizzazioni, qualora

⁷ Il termine "biodiversità", secondo fonti autorevoli (ne parla, tra i tanti, E. O. WILSON, curatore del primo libro intitolato alla "biodiversità", *Biodiversity*. Washington, DC, National Academy Press 1988, p. VI) è stato coniato da Walter G. Rosen, negli Stati Uniti durante il "National Forum on Biodiversity", svoltosi dal 21 al 24 settembre 1986 sotto il patrocinio della *National Academy of Science* e dello *Smithsonian Institute*, a Washington DC, come contrazione di "diversità biologica" in un documento ad uso interno; tuttavia, ben presto egli stesso ritenne che la pubblicizzazione del termine potesse essere utile alla causa della conservazione delle varietà animali e vegetali (cfr. E. O. WILSON, *Biodiversity: Challenge, Science, Opportunity*, in *Integrative and Comparative Biology*, n.34/1, 1994, pp. 5-11). Per una recente ricostruzione dell'origine del termine e della sua diffusione nel dibattito scientifico e pubblico si v. S. SARKAR, *Origin of the Term Biodiversity*, in *bioscience*, Volume 71, Issue 9, September 2021, p. 893 ss. Per un approfondimento sulla nozione di "diversità biologica", si può partire dalla definizione di B. A. WILCOX, nel saggio *In situ conservation of genetic resources: determinants of minimum area requirements*, (in *National Parks, Conservation and Development*, Proceedings of the World Congress on National Parks, J.A. Mcneely and K.R. Miller, Smithsonian Institution Press, 1984, pp. 18-30) p. 3 «.. *The variety of life forms, the ecological roles they perform, and the genetic diversity they contain*», anche se l'espressione ha origini ancora risalenti nel tempo, cfr. J. A. HARRIS, *The Variable Desert*, in *The Scientific Monthly*. 3 (1), 1916, pp. 41-50, spec. p. 49, sia pur con riferimento alla varietà biologica della flora in una specifica zona tra il New Mexico e l'Arizona. Successivamente, l'espressione è apparsa nel 1968 nel libro *A Different Kind of Country*, (Mc Millan, New York) scritto dallo scienziato conservazionista Raymond F. Dasmann ma soltanto negli anni '80 il suo uso è diventato comune nel gergo scientifico. È stato Thomas Lovejoy, biologo attivo nel World Wildlife Fund (WWF), (si v. T.E. LOVEJOY, *Foreword*, in M.E. SOULÉ E B.A. WILCOX (eds.), *Conservation Biology: An evolutionary-ecological perspective*, Sunderland (MA), Sinauer Associates. 1980, pp. V-ix), a recuperare la formula lessicale ad uso della comunità scientifica, come lo stesso autore ha successivamente riferito (cfr. T.E. LOVEJOY, *Biodiversity: threats and challenges*, in T. O'RIORDAN, S. STOLL-KLEEMANN (Eds.), *Biodiversity, Sustainability and Human Communities. Protecting beyond the Protected*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 33), citando anche gli scritti di E.A. NORSE, E.A. E R.E. MCMANUS, *Ecology and living resources biological diversity*, in *Environmental Quality*, The Eleventh Annual Report of the Council on Environmental Quality, Washington, Council on Environmental Quality, 1980, pp. 31-80 e E.O. WILSON, *Species extinction*, *Harvard Magazine*, 82/21, 1980.

⁸ Per l'originaria formulazione della teoria dei limiti o confini planetari, cfr. Il fondamentale articolo DI J. ROCKSTRÖM, W. STEFFEN, K. NOONE, Å. PERSSON, F. S. CHAPIN, III, E. LAMBIN, T. M. LENTON, M. SCHEFFER, C. FOLKE, H. SCHELLNHUBER, B. NYKVIST, C. A. DE WIT, T. HUGHES, S. VAN DER LEEUW, H. RODHE, S. SÖRLIN, P. K. SNYDER, R. COSTANZA, U. SVEDIN, M. FALKENMARK, L. KARLBERG, R. W. CORELL, V. J. FABRY, J. HANSEN, B. WALKER, D. LIVERMAN, K. RICHARDSON, P. CRUTZEN E J. FOLEY, *Planetary boundaries:exploring the safe operating space for humanity*, in *Ecology and Society*, 2009, 14(2), p. 32 e ss. Sulle prospettive di "giuridificazione" delle teorie scientifiche dei limiti planetari, nel contesto della recessione ecologica in atto, si v. L'esaustivo saggio di M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n.2/2018, pp. 1-74, spec. P. 32 e ss.



non fosse interpretata in modo conforme alla struttura valoriale della nostra Costituzione ed ai suoi fondamenti epistemologici.

2. La nozione di specie animali e vegetali protette: la *Red List of Threatened Species* dell'*International Union for Conservation of Nature (IUCN)*.

Per "specie protette" si intendono quelle specie animali e vegetali nei confronti delle quali è impedito dalla normativa nazionale ed internazionale, di porre in essere comportamenti o azioni potenzialmente dannose o distruttive. Nonostante nella letteratura internazionale prevalga l'uso delle espressioni "*endangered*" oppure "*threatened species*," (che sembrano porre l'accento non tanto sulla tutela accordata in ambito giuridico quanto sullo *status* di pericolo della specie stessa), piuttosto che quello di "*protected species*", il riconoscimento di una "protezione" legale è previsto da fonti internazionali anche molto risalenti nel tempo, sia pur in relazione a particolari specie animali, la cui caccia si intendeva regolare (è il caso della

⁹ Nella prima fase della storia repubblicana, il termine ambiente non compare nel vocabolario della Corte, ancora fermo al testo costituzionale originario che aveva utilizzato quello meno ampio di "paesaggio", nel quale resiste l'eco di un dibattito in Assemblea Costituente che aveva inizialmente ritenuto meritevoli di protezione i "monumenti naturali", accanto a quelli artistici e storici, in quanto patrimonio comune da affidare alla cura dello Stato (anche l'area semantica del termine "paesaggio", è stata oggetto di attenzione quasi morbosa da parte della dottrina, come illustra A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario della Assemblea Costituente*, vol. II, *Le libertà civili e politiche*, Firenze, Vallecchi, pp.381-428). In questa prospettiva il valore estetico-identitario del paesaggio era inteso come "limite" intrinseco all'uso del bene qualificato come "bellezza naturale", da sottrarre all'esercizio dei diritti derivanti dalla proprietà privata. Nonostante il deficit di una esplicita previsione costituzionale includente il principio di tutela ambientale, già in una fase antecedente alla riforma del Titolo V, si individuano alcune cruciali sentenze del Giudice delle leggi, che la dottrina ha indicato come spartiacque: dopo aver tentato nella sentenza n. 239 del 1982 di definire il contenuto della protezione dell'ambiente che «intesa in senso lato, comprende, com'è comunemente ammesso, oltre la protezione ambientale collegata all'assetto urbanistico del territorio, anche la tutela del paesaggio, la tutela della salute nonché la difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento», e nel solco di alcune successive ordinanze e decisioni (in cui la salvaguardia dell'ambiente era associata a quella del paesaggio), con la sentenza n.210 nel 1987, la Corte ha dichiarato il valore del bene ambientale inteso in senso unitario ed omnicomprensivo.

¹⁰ Per un orientamento contrario si v. E. LECCESE, *L'ambiente*, cit., p.38 che contesta la parziale inutilità della riforma (ritenendo innovativa solo la separazione in disposizioni distinte di diritto all'ambiente e diritto alla salute) e L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?* In *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, che non condivide la potenziale sovra ordinazione del valore ambientale rispetto ad altri di pari grado, cfr. pp. 1-7. Per una critica radicale alla riforma si v. G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, 70 ss., che segnala il pericolo di un intervento sui principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e, sulla stessa linea, F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, p. 2. T. E. FROSINI segnala l'assoluta incoerenza del provvedimento rispetto al contesto politico attuale, cfr., *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, p. 4. Contra le menzionate critiche si v. R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. Cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022, spec. p. 3.

¹¹ Per il quale si rinvia al recentissimo contributo di G. SOBRINO, *Le generazioni future «entrano» nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/2022, marzo, pp. 139-142.



International Convention for the Regulation of Whaling – ICRW¹², che all’art. V distingue tra “protected and unprotected species” di balene) o vietare (è il caso della *International Convention for the Protection of Birds*¹³ che nell’art. 2 dispone che “protection shall be given” a tutti gli uccelli, durante particolari periodi, a quelli migratori e alle specie in pericolo di estinzione o di interesse scientifico durante tutto l’anno). Per ricostruire storicamente l’origine di questa categoria e la sua istituzionalizzazione, occorre necessariamente far riferimento alle attività della *International Union for Conservation of Nature and Natural Resources* - IUCN, (anche nota come *International Union for Conservation of Nature*), organizzazione internazionale istituita il 5 ottobre 1948, nella città di Fontainebleau, con l’obiettivo di «influence, encourage and assist societies throughout the world to conserve the integrity and diversity of nature and to ensure that any use of natural resources is equitable and ecologically sustainable»¹⁴. A partire dagli anni '50,

¹² La *International Convention for the Regulation of Whaling*, è un trattato multilaterale per la regolamentazione della caccia alle balene firmato nel 1946 a Washington DC ed entrato in vigore il 10 novembre 1948, ed è anche il documento fondativo della *International Whaling Commission* (IWC).

¹³ Nella premessa si riconosce peraltro che «in the interests of science, the protection of nature and the economy of each nation, all birds should as a matter of principle be protected». La Convenzione, stipulata a Parigi il 18 ottobre 1950, modifica una precedente convenzione, la *International Convention for the Protection of Birds useful to Agriculture*, anch’essa siglata a Parigi nel 1902, che già prevedeva nell’art. 1: «Birds useful to agriculture, particularly the insect-eaters and namely those birds enumerated in the first Schedule attached to the present Convention (which Schedule the Parliaments of the several countries may enlarge by additions) shall be unconditionally protected by a prohibition forbidding them to be killed in any way whatsoever, as well as the destruction of their nests, eggs and broods». L’Accordo del 1902 è considerato la prima convenzione internazionale multilaterale incentrata sulla protezione di specie selvatiche specifiche, con il limite che l’interesse delle parti si concentrava sugli uccelli "utili" piuttosto che mirare alla protezione delle specie per il loro valore intrinseco.

¹⁴ L’*International Union for Conservation of Nature*, si è costituita ai sensi dell’articolo 60 del Codice civile svizzero come associazione internazionale, con personalità giuridica. E’ statutariamente previsto che ne possano far parte istituzioni governative e della società civile. Durante il primo decennio della sua esistenza, l’obiettivo principale della IUCN è stato quello di esaminare l’impatto delle attività umane sull’ambiente naturale, segnalando, ad esempio, gli effetti dannosi dei pesticidi sulla biodiversità e promuovendo l’uso di valutazioni di incidenza ambientale, che sono poi diventate norma adottata pressoché universalmente. Gran parte del lavoro negli anni '60 e '70 è stato dedicato alla protezione delle specie e degli habitat necessari per la loro sopravvivenza, con la prima formulazione, nel 1964, della Lista rossa delle specie minacciate. L’IUCN ha anche svolto un ruolo fondamentale nella stipulazione di convenzioni internazionali chiave, tra cui la Convenzione di Ramsar sulle zone umide (1971), la Convenzione sul patrimonio mondiale (1972), la Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione (1974, CITES) e la Convenzione sulla diversità biologica (1992, CBD). Nel 1980, la IUCN, in collaborazione con il Programma delle Nazioni Unite per l’ambiente (UNEP) e il World Wildlife Fund (WWF), ha pubblicato la *World Conservation Strategy*, un documento rivoluzionario per quel periodo, che ha contribuito a definire il concetto di "sviluppo sostenibile" plasmandone l’agenda. Una versione successiva della strategia, *Caring for the Earth*, è stata pubblicata dalle tre organizzazioni citate in vista dell’*earth Summit* del 1992 ed è stata utilizzata come base per la politica ambientale internazionale, indirizzando i contenuti della menzionata Convenzioni di Rio sulla biodiversità (CBD), e delle convenzioni sul cambiamento climatico, *United Nations Framework Convention on Climate Change* (1992, UNFCCC) e sulla desertificazione, *United Nations Convention to Combat Desertification* (1994, UNCCD). Il ruolo chiave dell’Unione è stato certificato nel 1999, dalla concessione dello status di osservatore ufficiale nell’assemblea generale delle Nazioni Unite. Nei primi anni del 21° secolo l’IUCN ha aperto la strada alle *nature-based solutions* (<https://www.iucn.org/theme/nature-based-solutions/about>), azioni per proteggere, gestire in



l'organizzazione ha implementato un sistema di schedatura dei dati relativi a mammiferi ed uccelli "rari"¹⁵, compresi quelli ritenuti tali ma di cui mancavano ancora informazioni dettagliate, seguito da resoconti più dettagliati che sono confluiti nei decenni successivi in una serie di "liste", relative a diverse specie animali e vegetali, diffuse a livello globale o regionale, definite "*Red List of Threatened Species*"¹⁶, che si sono evolute fino a diventare la fonte di informazioni più completa al mondo sullo stato di rischio di estinzione globale delle specie animali, fungine e vegetali.

Inizialmente le Liste Rosse IUCN raccoglievano le valutazioni soggettive del livello di rischio di estinzione secondo i principali esperti delle diverse specie. Dal 1994 le valutazioni sono invece basate su un sistema rigorosamente scientifico di categorie e criteri quantitativi, il cui ultimo aggiornamento risale al 2001, che è applicabili a tutte le specie viventi, ad eccezione dei microorganismi. Nella versione attuale, i criteri previsti sono cinque, a loro volta suddivisi in sottocriteri¹⁷, e presentano soglie quantitative crescenti per l'inclusione delle specie nelle categorie di minaccia. Si tratta di soglie¹⁸ quantitative, che si riferiscono alle fluttuazioni della consistenza e delle dimensioni delle popolazioni delle specie considerate, alla variazione della superficie dell'areale di distribuzione (area occupata) o al numero di unità geografiche (per es. stazioni o km²) dove tali specie sono presenti (area effettivamente occupata).

Altri parametri di riferimento sono la frammentazione degli *habitat*, l'isolamento degli individui e delle popolazioni, come pure la concentrazione in piccoli territori. La matrice tassonomica fondamentale è che, a partire da certe soglie critiche, il valore acquisito dalle diverse variabili aumenta fortemente la probabilità di estinzione delle specie considerate. I

modo sostenibile e ripristinare gli ecosistemi naturali e modificati, affinché possano affrontare i cambiamenti del contesto naturale in modo efficace e adattivo. All'interno della IUCN, si segnala la *Species Survival Commission* (SSC), una rete scientifica di oltre 10.500 esperti volontari provenienti da quasi tutti i paesi del mondo che lavorano in stretta collaborazione con il *Global Species Programme*, fornendo informazioni sulla conservazione della biodiversità, il valore intrinseco delle specie, il loro ruolo nella salute e nel funzionamento degli ecosistemi, la fornitura di servizi ecosistemici e il loro sostegno ai mezzi di sussistenza umani, cfr. <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2022-002-En.pdf>.

¹⁵ Gli elenchi delle specie furono pubblicate inizialmente separatamente nel 1964, sul bollettino dell'IUCN con i titoli: "*List of Rare Birds, Including Those Thought to be So but of Which Detailed Information is Still Lacking*", disponibile solo in francese e compilata dall' *International Council for the Protection of Birds* in collaborazione con l' *IUCN Safeguarding Commission* (Bulletin 10, Suppl. Jan-Mar, 1964) e "*A Preliminary List of Rare Mammals Including Those Believed to be Rare but Concerning Which Detailed Information is Still Lacking*" compilata dall'*IUCN Operations Intelligence Centre*, Morges (Bulletin 11, Special Supplement, April 1964). Successivamente entrambe furono edite con il titolo "*Preliminary List of Rare Mammals and Birds: including those thought to be rare but of which detailed information is still lacking*" nella Section 13 del volume *The Launching of a New Ark. First Report of the World Wildlife Fund* (Ed. Sir Peter Scott), London, Collins, 1965, p. 155 ss.

¹⁶ Cfr. <http://www.iucnredlist.org>.

¹⁷ Consultabili al link <https://www.iucnredlist.org/resources/categories-and-criteria>.

¹⁸ Disponibili al link <https://www.iucnredlist.org/resources/summary-sheet>.



cinque criteri di classificazione sono indicati con le lettere da A a E¹⁹ ed un *taxon*²⁰ è considerato in pericolo d'estinzione (oppure minacciato o vulnerabile) quando i migliori dati disponibili indicano che uno dei criteri tra A e E è soddisfatto; a quel punto il *taxon* è considerato a rischio "estremamente elevato", oppure "molto elevato" o "elevato" di estinzione in natura. Sulla base dei menzionati criteri, sono state individuate 11 categorie di rischio, da *Extinct* (EX,), applicata alle specie per le quali si ha la definitiva certezza che anche l'ultimo individuo sia deceduto, e *Extinct in the Wild* (EW), assegnata alle specie per le quali non esistono più popolazioni naturali ma solo individui in cattività, fino alla categoria *Least Concern* (LC,), adottata per le specie che non rischiano l'estinzione nel breve o medio termine (quando il *taxon* non si qualifica come *Critically Endangered*, *Endangered*, *Vulnerable* o *Near Threatened*. I *taxa* diffusi e numerosi sono inclusi in questa categoria). Tra le categorie di estinzione e quella *Least Concern* si trovano le categorie di "minaccia", che identificano specie che corrono un crescente rischio di estinzione nel breve o medio termine: *Critically Endangered* (CR, quando un *taxon* è considerato a rischio estremamente elevato di estinzione in natura.), *Endangered* (EN,) e *Vulnerable* (VU).

Queste ultime due specie, se pur non a rischio immediato, richiedono priorità di conservazione, perché senza interventi specifici mirati a neutralizzare le minacce nei loro confronti e in alcuni casi a incrementare le loro popolazioni, l'estinzione è una prospettiva concreta. Sebbene le categorie di minaccia siano graduate secondo un rischio di estinzione crescente, la loro definizione non è quantitativamente espressa in termini di probabilità in un determinato intervallo di tempo, ma è affidata a espressioni lessicalmente vaghe quali rischio "elevato", "molto elevato" o "estremamente elevato". L'aleatorietà è inevitabile per una ragione ovvia: qualsiasi stima quantitativa del rischio di estinzione di una specie si basa su molteplici assunti, tra i quali quello (in sé effimero) che le condizioni dell'ambiente in cui la specie si trova (densità di popolazione umana, interazione tra l'uomo e la specie, tasso di conversione degli *habitat* naturali, tendenza del clima e molto altro) permangano costanti nel futuro. Oltre alle categorie citate, a seguito della valutazione, una specie può essere classificata come *Near Threatened* (NT) quando non si qualifica attualmente come gravemente minacciata, minacciata o vulnerabile, pur essendo prossima a qualificarsi come tale, anche nel breve periodo o *Data Deficient* (DD) se non si hanno sufficienti informazioni per valutarne lo stato. Le specie appartenenti a questa tipologia sono meritevoli di particolare interesse perché pur non essendo prioritaria la loro conservazione, si rendono necessarie ulteriori indagini nelle aree dove gli esemplari si concentrano. Per le sole valutazioni non effettuate a livello globale ma regionale si aggiungono due categorie: *Regionally Extinct* (RE), che si usa per le specie estinte nell'area di valutazione ma ancora presenti altrove, e *Not Applicable* (NA), che si utilizza quando la specie in oggetto non può essere inclusa tra quelle da valutare (per esempio se la sua presenza nell'area di valutazione è marginale). In ultimo, la categoria

¹⁹ La lettera A fa riferimento alla riduzione della popolazione; la B alla distribuzione geografica, sia che si tratti di areale di distribuzione che di area effettivamente occupata o di entrambe; la C e la D alla dimensione della popolazione stimata; la E alle analisi quantitative sulla probabilità di estinzione.

²⁰ Nella sistematica biologica e botanica il *taxon* è un sinonimo di entità, raggruppamento, di qualsiasi grado (specie, genere, famiglia)



Not Evaluated (NE,) si riferisce alle specie che non sono state valutate secondo le categorie e i criteri della IUCN *Red List*.

E' opportuno sottolineare che la *Red list* dell'IUCN non è (e non è neppure inserita in) un documento normativo che abbia carattere vincolante, tuttavia è utilizzata come una guida per rivedere la documentazione annessa ad importanti accordi internazionali come la *Convention on International Trade of Endangered Species of Wild Flora and Fauna* (CITES, su cui si tornerà approfonditamente) e la *Convention on Migratory Species* (CMS), così come per selezionare i siti delle zone umide da tutelare per la loro diversità biologica ai sensi della Convenzione di Ramsar. Inoltre i dati provenienti dalla *Red List* sono impiegati per calcolare il *Red List Index* (RLI) che è uno degli indicatori di biodiversità usati dalla *Convention on Biological Diversity* (CBD) per monitorare i progressi nel raggiungimento degli obiettivi fissati nel *Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020*²¹ (il Piano strategico 2021-2030 è ancora in fase di elaborazione) e degli *Sustainable Development Goals* delle Nazioni Unite (SDGs), in particolare il *Goal 15*. Infine la Lista rossa contribuisce alle funzioni esercitate dalla *Intergovernmental science-policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* (IPBES)²² per rinforzare il dialogo tra scienza e politica sui temi della biodiversità e dei servizi ecosistemici e migliorarne i conseguenti processi decisionali.

3. La regolamentazione del commercio internazionale di specie selvatiche a rischio.

A parte la compilazione delle *Red Lists*, e sempre con riferimento alle specie protette, la IUCN ha contribuito a promuovere la stesura di convenzioni internazionali chiave, come la Convenzione di Ramsar sulle zone umide (1971), la CITES (1974) e la CBD (1992), essendo attivamente inserita in un movimento scientifico e politico-giuridico, tendenzialmente sempre più attento ai temi connessi alla tutela della "biodiversità" (termine coniato nei primi anni 80, come contrazione di diversità biologica o biotica²³), nella consapevolezza della sua importanza all'interno di una strategia di conservazione del pianeta. Nel documento "*World*

²¹ Si tratta dei cosiddetti *Aichi Biodiversity Targets* (dal nome della città giapponese che ha ospitato i lavori della CBD), cfr. <https://www.cbd.int/sp/targets/>.

²² In un documento intitolato proprio "*Intergovernmental science policy platform on biodiversity and ecosystem services*" (Decision SS.XI/4 del 26 febbraio 2010), lo *United Nations Environment Programme Governing Council* aveva programmato l'istituzione di una piattaforma *science-policy* dedicata alla biodiversità ed ai servizi ecosistemici. Durante il *Third ad hoc intergovernmental and multi-stakeholder meeting on an intergovernmental science-policy platform on biodiversity and ecosystem services* (Busan, Republic of Korea, 7-11 June 2010), l'UNEP ha poi adottato il cosiddetto *Busan Outcome* (Annex - UNEP/IPBES/3/3) nel quale gli Stati hanno convenuto «*that an intergovernmental science-policy platform for biodiversity and ecosystem services should be established to strengthen the science-policy interface for biodiversity and ecosystem services for the conservation and sustainable use of biodiversity, long-term human well-being and sustainable development*». Con una risoluzione del 15 marzo 2011 A/RES/65/162 le Nazioni Unite hanno dato il mandato all'UNEP di istituire la piattaforma, mentre con la *Resolution on the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* adottata dalla seconda sessione del *meeting* plenario tenutosi a Panama tra il 16 ed il 21 aprile 2021, hanno determinato le modalità e la struttura istituzionale dell'IPBES attribuendogli natura di «*an independent intergovernmental body to be known as the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*» e non di organo delle Nazioni Unite.

²³ Cfr. *supra*, nota 8.

*Conservation Strategy. Living Resource Conservation for Sustainable Development*²⁴ la IUCN, ha infatti indicato tra i “*priority requirements*” per salvaguardare la sopravvivenza del pianeta, la prevenzione dell’estinzione delle specie, dando precedenza a quelle in pericolo (*endangered species*) in tutto il loro *range* e a quelle rappresentate da esemplari unici (della famiglia o del genere), secondo una formula di salvaguardia che collega la potenziale perdita genetica alla urgenza di intervenire con azioni preventive («... *the greater the potential genetic loss the less imminent that loss need be to justify preventive action*»²⁵). Nello stesso tempo il documento sottolinea l’importanza, al fine di un uso sostenibile delle risorse planetarie, di regolare il commercio internazionale delle piante e degli animali selvatici e richiama a tal proposito la *Convention on International Trade of Endangered Species of Wild Flora and Fauna* (CITES), firmata a Washington nel 1973. La CITES costituisce un parametro fondamentale per la regolamentazione del commercio degli esemplari selvatici a rischio, e, come accennato, è stata stipulata su impulso della IUCN. Nel 1960, infatti, la settima Assemblea generale dell’Organizzazione aveva esortato i governi a limitare l’importazione di animali, attenendosi alle norme di esportazione dei Paesi di origine, raccomandazione difficilmente attuabile, stante la difficoltà per i Paesi importatori di venire a conoscenza delle diverse normative sulla esportazione, peraltro costantemente modificate.

Tre anni dopo l’Assemblea ha approvato una risoluzione con la quale ha invocato la stesura di una convenzione internazionale sui regolamenti di esportazione, transito e importazione di specie di fauna selvatica rare o minacciate o delle loro pelli e trofei. Alcune bozze sono state elaborate nel 1964 e nel 1971, fino a quando, in seno alla Conferenza di Stoccolma delle Nazioni Unite sull’Ambiente Umano è stata approvata la Raccomandazione n. 99.3, che ha avviato il processo di adozione della CITES, conclusosi nel 1973²⁶.

Nel preambolo della Convenzione, le Parti contraenti riconoscono che la conservazione della fauna e della flora selvatiche è di importanza globale, che i Paesi in cui esse si trovano hanno la prima responsabilità per la loro protezione, ma anche - e questa è la ragione principale per la conclusione della Convenzione - «*that international cooperation is essential for the protection of certain species of wild fauna and flora against over-exploitation through international trade*». Riconoscendo che la fauna e la flora selvatiche, nelle loro molteplici e bellissime forme, costituiscono una parte insostituibile dei sistemi naturali della Terra, gli Stati contraenti affermano che «*must be protected for this and the generations to come*». Il sostantivo *protezione* è richiamato anche successivamente, con riferimento agli Stati, definiti “*protectors of their own wild fauna and flora*” ed all’essenziale ruolo della cooperazione internazionale «*for the protection of certain species of wild fauna and flora*» contro l’eccessivo sfruttamento derivante dal commercio internazionale.

²⁴ Il documento, redatto nel 1980 dalla *International Unit for Conservation of Nature and Natural Resources* (IUCN), con il supporto dello *United Nation Environment Program* (UNEP) e del *World Wildlife Found* (WWF) sottolinea l’importanza di conservare la diversità delle risorse viventi, preservandone la diversità genetica ossia il range di material genetico che si trova negli organismi terrestri e l’uso sostenibile delle specie e degli ecosistemi (p. 18).

²⁵ *Ibidem*, p. 30.

²⁶ La Convenzione è stata firmata il 3 marzo 1973 a Washington ed è entrata in vigore dopo la decima ratifica, il 1° luglio 1975.



Negli articoli successivi la Convenzione fissa una serie di regole commerciali per tre categorie diverse di specie animali e vegetali, elencate in altrettante appendici secondo il loro grado di rischio di estinzione in natura. L'Appendix I, comprende le specie gravemente minacciate di estinzione (*species threatened with extinction*) per le quali è rigorosamente vietato il commercio, essendo la loro utilizzazione consentita solo per circostanze eccezionali. L'Appendix II, riguarda le specie (*although not necessarily now threatened with extinction may become so*) il cui commercio è regolamentato per evitare sfruttamenti incompatibili con la loro futura sopravvivenza. L'Appendix III invece comprende specie protette da singoli Stati, e previste al fine di regolamentarne le esportazioni dai loro territori.

4. Il sistema multilivello di tutela delle specie a rischio, tra conservazione della biodiversità e repressione del commercio illegale.

La CITES è una tra le fonti più importanti del complesso sistema normativo multilivello che si è sviluppato intorno alle specie a rischio di estinzione, un impianto regolativo di *hard law*, affiancato anche da fonti di *soft law*, che spazia dalla protezione dei loro *habitat*, al divieto di caccia e commercializzazione degli esemplari o anche soltanto di loro parti e derivati, lungo due direttrici che potremmo definire "conservativa" (delle specie animali e vegetali e del loro ambiente naturale) e "repressiva" (dei comportamenti legati alla caccia ed al commercio illegale).

Nel primo solco si collocano convenzioni internazionali e regionali anche molto risalenti nel tempo, riguardanti, in particolare le specie acquatiche²⁷ o volatili allo stato selvatico²⁸

²⁷ Particolarmente significative, la *International Convention for the Regulation of Whaling*, citata in nota 1 e la *International Convention for the Conservation of the Atlantic Tunas* (ICCAT), adottata a Rio de Janeiro il primo aprile 1966. La prima contiene un importante riferimento alla "sostenibilità" della caccia alle balene nella parte in cui afferma di riconoscere «*the interest of the nations of the world in safeguarding for future generations the great natural resources represented by the whale stocks*» e di dover conseguentemente stabilire un sistema di regolamentazione internazionale per la loro pesca e la loro conservazione. Anche l'UNCLOS è un trattato internazionale che è stato adottato e firmato nel 1982, sostituendo le quattro Convenzioni di Ginevra dell'aprile 1958, che riguardavano rispettivamente il mare territoriale e la zona attigua, la piattaforma continentale, l'alto mare, la pesca e la conservazione delle risorse biologiche in alto mare. È stato implementato dallo *United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea* del 10 dicembre 1982, relativo alla *Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks* (SSA), in vigore dall'11 Dicembre 2001. L'UNCLOS impone diversi obblighi alle nazioni che hanno firmato il trattato, riguardanti le specie marine protette: in primo luogo, hanno il dovere di preservare i mammiferi marini; in secondo luogo, hanno il dovere di seguire le linee guida della Convenzione internazionale sulla caccia alle balene. Si ritiene che gli obblighi imposti dall'UNCLOS siano più stringenti di quelli previsti dalla prima. Un accordo per la conservazione dei cetacei anche nel Mediterraneo, nel Mar Nero e nelle contigue aree atlantiche, *Agreement on the Conservation of Cetaceans in the Black Sea, Mediterranean Sea and Contiguous Atlantic Area* (ACCOBAMS) è stato firmato il 24 novembre 1996 ed è entrato in vigore il 1 giugno 2001.

²⁸ Si è già accennato alla Convenzione di Parigi, che ha per oggetto la protezione degli uccelli viventi allo stato selvatico, alla quale si può associare l' *African-Eurasian Waterbirds Agreement* (AEWA), conosciuto anche come Convenzione di Abidjan, un accordo intergovernativo dedicato alla conservazione degli uccelli acquatici afro-eurasiatici migratori e dei loro *habitat* in Africa, Europa, Medio Oriente, Asia centrale, Groenlandia e Arcipelago canadese, firmato all'Aia il 16 giugno 1995 ed entrato in vigore il primo novembre 1999.



viventi in zone umide²⁹ ma anche complessivamente le diverse specie di flora³⁰ e fauna selvatiche e dei loro habitat³¹, con particolare riguardo a quelle in via di estinzione e vulnerabili, comprese le specie migratorie³².

4.1. Le fonti internazionali “conservative”: *Convention on Biological Diversity* e *Strategic Plan for Biodiversity*.

Un approfondimento, tra le fonti pattizie di livello internazionale, si impone per la *Convention on Biological Diversity* (CBD), adottata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, nel corso del Summit Mondiale delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo (*United Nations Conference on Environment and Development* - UNCED), per l’impegno assunto dalle parti contraenti a conservare la diversità biologica *in situ* ed *ex situ*, l’uso sostenibile delle sue componenti e

²⁹ Fondamentale la *Convention on Wetlands* o Convenzione di Ramsar, sulle zone umide di importanza internazionale, in particolare in quanto *habitat* degli uccelli acquatici, stipulata a Ramsar, il 2 febbraio 1971 e più volte menzionata.

³⁰ Cfr. *The International Plant Protection Convention* (IPPC), un trattato intergovernativo adottato nel 1951 (che fa seguito ad un accordo del 1929 firmato a Roma) siglato sotto l’egida della FAO.

³¹ La *Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution*, nota anche come Convenzione di Barcellona, è stata adottata il 16 febbraio 1976 dalla Conferenza dei Plenipotenziari degli Stati Costieri della Regione Mediterranea per la Protezione del Mar Mediterraneo, tenutasi a Barcellona, ed è entrata in vigore il 12 febbraio 1978. Sempre finalità conservative possiamo riconoscere alla *Convention for the Protection and Development of the Marine Environment in the Wider Caribbean Region* (WCR), o convenzione di Cartagena che è un accordo regionale per la protezione del Mar dei Caraibi, nato sotto l’egida dell’UNEP ed adottata a Cartagena, in Colombia, il 24 marzo 1983, alla *Nairobi Convention*, stipulata nel 1985 e alla *Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea*, convenzione quadro per la protezione dell’ambiente marino del Mar Caspio, nota anche come Convenzione di Teheran dal nome della città in cui è stata adottata nel 2003, che è il primo accordo regionale giuridicamente vincolante firmato da tutti e cinque gli Stati costieri del Caspio (la Repubblica dell’Azerbaijan, la Repubblica islamica dell’Iran, la Repubblica del Kazakistan, la Federazione Russa e il Turkmenistan). Il *Northwest Pacific Action Plan* (NOWPAP) è invece un piano d’azione per la protezione, la gestione e lo sviluppo dell’ambiente marino e costiero della regione del Pacifico nord-occidentale adottato dai quattro Stati membri (Cina, Giappone, Corea del Sud e Federazione Russa) nel 1994 ed è uno dei programmi e piani d’azione regionali per i mari (RSPAP) dell’UNEP. Al di fuori dell’ambiente costiero-marino ma non meno significativa, è la Convenzione per la Protezione delle Alpi (per la protezione della flora e della fauna della regione delle Alpi), firmata a Salisburgo il 7 novembre 1991.

³² La *Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats* o Convenzione di Bern, relativa alla conservazione della vita selvatica e dell’ambiente naturale in Europa, adottata nel 1979 in seno al Consiglio d’Europa ed entrata in vigore nel 1982, mira a garantire la conservazione delle specie di flora e fauna selvatiche e dei loro *habitat* con particolare riguardo alle specie in via di estinzione e vulnerabili, comprese le specie migratorie specificate nelle appendici. La *Convention on Migratory Species of Wild Animals* (CMS) o Convenzione di Bonn, sulla conservazione delle specie migratrici della fauna selvatica, è stata firmata il 23 giugno 1979 nell’omonima città ed è entrata in vigore il 1 novembre 1983. In quanto trattato ambientale sotto l’egida dell’UNEP, la CMS fornisce una piattaforma globale per la conservazione delle specie migratrici terrestri, acquatiche e aeree su tutta l’area di ripartizione, con particolare riguardo a quelle minacciate di estinzione (Allegato 1) ed a quelle in cattivo stato di conservazione (Allegato 2), nonché l’uso sostenibile degli animali migratori e dei loro habitat. E’ collegato a questa convenzione l’*Agreement on the Conservation of Bats in Europe* o EUROBATS un accordo sulla conservazione dei pipistrelli in Europa siglato a Londra nel 1991 ed entrato in vigore nel 1994.



l'equa divisione dei benefici derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche. Lo *Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020*³³, piano strategico mondiale per la biodiversità per il periodo 2011-2020 e i relativi *Aichi Biodiversity Targets* hanno costituito, nel decennio che si è concluso, il quadro di riferimento per la definizione di traguardi nazionali, regionali e globali, utili a promuovere ed adottare misure urgenti ed efficaci per arrestare la perdita di biodiversità e garantire ecosistemi resilienti entro il 2020. In particolare l'obiettivo 12 (Aichi) prevedeva che, entro il 2020, l'estinzione delle specie riconosciute come minacciate fosse impedita e il loro stato di conservazione, in particolare di quelle più fragili, fosse migliorato e sostenuto.

Nella nuova strategia per la biodiversità 2021-2030 ed in riferimento al mancato raggiungimento di molti degli *Aichi Targets*, l'organismo di consulenza della CBD ha adottato una serie di raccomandazioni che sembrano delineare lo sviluppo di un nuovo quadro globale per la biodiversità, un *Global Biodiversity Framework post 2020*, tuttora in fase di elaborazione. Nella "bozza zero" del *framework*³⁴, poi modificata³⁵ e sostituita da una prima bozza³⁶, la tutela delle specie e la lotta all'estinzione è indicata come obiettivo essenziale (Goal A della bozza).

4.2. Le fonti euro unitarie "conservative": Direttiva Uccelli, Direttiva *Habitat* e Strategia europea sulla biodiversità.

Con riferimento al sistema normativo eurounitario, si inseriscono nel filone "conservativo" due direttive fondamentali: la Direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979³⁷, del Consiglio (Direttiva "Uccelli") concernente la conservazione degli uccelli selvatici e la Direttiva CEE 92/43 del 21 maggio 1992 (Direttiva *Habitat*) che rappresentano le pietre angolari della politica europea di conservazione della natura. La prima costituisce il più antico atto legislativo dell'UE in materia ambientale e trova la sua matrice nella constatazione che la perdita e il degrado dell'*habitat* sono le minacce più gravi per la conservazione degli uccelli selvatici. Per questa ragione la fonte comunitaria si concentra sulla protezione degli *habitat* per le specie in via di estinzione e migratorie, istituendo una rete di Zone di Protezione Speciale (ZPS) che comprende tutti i territori utili ad accoglierle.

Dal 1994 tutte le ZPS sono incluse nella rete ecologica Natura 2000, istituita ai sensi della Direttiva *Habitat* 92/43/CEE, che a sua volta, concentrandosi sulla conservazione degli *habitat* naturali e della fauna e della flora selvatiche, ha l'obiettivo prioritario di promuovere il mantenimento della biodiversità. Complessivamente, oltre 1.000 specie animali e vegetali, nonché 200 tipi di *habitat*, elencati negli allegati della direttiva sono protetti con modalità diversificate in ragione del grado di vulnerabilità delle specie: per quelle indicate nell'allegato 2, si prevede che le aree centrali del loro *habitat* siano designate come siti di importanza comunitaria (SIC), incluse nella rete Natura 2000 e poi gestite secondo le esigenze ecologiche della specie. Per quelle elencate nell'allegato IV è disposto un rigoroso

³³ Cfr. UNEP/CBD/COP/DEC/X/2 del 29 ottobre 2010.

³⁴ Cfr. CBD/WG2020/2/3 del 6 gennaio 2020.

³⁵ Cfr. CBD/POST2020/PREP/2/1 del 17 agosto 2020.

³⁶ Cfr. CBD/WG2020/3/3 del 5 luglio 2021, *First draft of the Post-2020 Global Biodiversity Framework*.

³⁷ Come sostituita con direttiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio.



regime di protezione in tutto il loro areale naturale nei confini dell'UE, sia all'interno che all'esterno dei siti Natura 2000. Per quelle elencate nell'allegato V invece è consentito agli Stati membri lo sfruttamento e la cattura, purché compatibili con il loro mantenimento in un buono stato di conservazione. Alcuni articoli della Direttiva Habitat (articoli 6, 12, 16 e 17) impongono agli Stati membri di riferire sullo stato di conservazione degli habitat e delle specie, sulle misure di compensazione adottate per i progetti che hanno un impatto negativo sui siti Natura 2000 o sulle deroghe applicate alle misure di protezione rigorose³⁸.

Per quanto riguarda invece l'ambiente marino, si segnala la Direttiva quadro 2008/56/CE, che definisce la strategia dell'azione europea nel campo della politica per l'ambiente marino, poi modificata dalla direttiva (UE) 2017/845, che ha sostituito l'allegato III contenente gli elenchi indicativi degli elementi da tenere in considerazione nella preparazione di nuove strategie. Intervengono invece sulla politica comune della pesca e sulla pianificazione dello spazio marittimo, rispettivamente il Regolamento (UE) N. 1380/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013³⁹, e la Direttiva 2014/89/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014.

Con riferimento agli atti politici indirizzati alla tutele delle specie a rischio, sicuramente un ruolo centrale va riconosciuto alla "Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla *Governance* internazionale degli oceani: un'agenda per il futuro dei nostri oceani"⁴⁰ in cui si fa riferimento alle specie marine da tutelare ma soprattutto alla Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030⁴¹, all'interno della quale è espressa in modo inequivocabile la volontà

³⁸ Nel 2008 la Commissione ha iniziato a sostenere lo sviluppo di Piani d'azione dell'UE per specie selezionate elencate nella Direttiva *habitat*. I piani sono destinati ad essere utilizzati come strumento per identificare e stabilire le priorità delle misure da adottare per ripristinare le popolazioni di queste specie, in tutto il loro areale all'interno dell'UE. Essi forniscono informazioni sulle condizioni, le minacce e le misure di conservazione per ciascuna specie, elencano le azioni chiave necessarie per migliorare il loro stato in Europa e sono il risultato di un ampio processo di consultazione con singoli esperti. Tuttavia i Piani *non costituiscono documenti giuridicamente vincolanti né impegnano gli Stati membri al di là dei loro impegni giuridici esistenti ai sensi della direttiva*. Uno dei più importanti e dei più recenti è il Piano d'azione multispecie dell'UE per la conservazione di tutte le specie di pipistrelli nell'unione europea (2018-2024) che mira a sostenere l'attuazione di misure di conservazione per migliorare lo stato delle 45 specie di pipistrelli protette dalla Direttiva *habitat*. Il documento fornisce dati di base sullo stato delle specie nell'UE, raccomandazioni su base scientifica per promuovere e sostenere la loro conservazione e stabilisce a tal fine una lista di priorità.

³⁹ Atto che modifica i regolamenti (CE) n. 1954/2003 e (CE) n. 1224/2009 del Consiglio e che abroga i regolamenti (CE) n. 2371/2002 e (CE) n. 639/2004 del Consiglio, nonché la decisione 2004/585/CE del Consiglio.

⁴⁰ Cfr. JOIN(2016) 49 final, del 10.11.2016

⁴¹ Cfr. La Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni (Bruxelles, 20.5.2020 Com(2020) 380 Final). Merita un cenno anche la Pollinators Initiative (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions EU, Brussels, 1.6.2018 COM(2018) 395 final) che mira a tutelare gli insetti impollinatori, in drammatica diminuzione. Un altro strumento che ha dimostrato nella pratica di poter salvare numerose specie selvatiche è il programma LIFE (cfr. Il Regolamento (UE) 2021/783 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021 che abroga il Regolamento (UE) n. 1293/2013), strumento di finanziamento dell'UE per l'ambiente e di azione per il clima. L'obiettivo generale di LIFE è quello di



di intervenire efficacemente sul commercio illecito di specie selvatiche, considerato una pratica determinante per la decimazione o estinzione di intere specie, (oltre ad essere il quarto mercato nero più lucrativo al mondo e, soprattutto una delle cause dell'insorgenza delle zoonosi). Il documento appena richiamato individua un imprescindibile collegamento tra il filone conservativo, legato alla protezione della biodiversità e quello repressivo che interviene ad impedire comportamenti dannosi per la sopravvivenza delle specie a rischio.

In questo secondo impianto regolativo, rientrano sicuramente tutte le fonti di livello sovranazionale che puntano a prevenire il commercio illegale delle specie a rischio, attuando ed implementando la normativa CITES. Una di queste è il Lusaka Agreement⁴² o Accordo di Lusaka, relativo alle azioni cooperative dirette ad impedire il commercio illegale di fauna e flora selvatiche, che è l'unico strumento di esecuzione che assiste l'attuazione della CITES e altri accordi relativi alla biodiversità in alcuni Paesi africani (Congo, Uganda, Sud Africa, Etiopia, Kenia, Lesotho, Liberia, Tanzania, Zambia) in cui tale pratica illegale è particolarmente diffusa.

4.3. Le fonti eurounitarie "repressive": il "pacchetto" EU *Wildlife Trade Regulations*.

A livello di unione europea diversi regolamenti, confluiti in un insieme denominato *EU Wildlife Trade Regulations*, hanno provveduto ad implementare la CITES. Si segnala il cd. *regolamento di base* (Regolamento (CE) n. 338/97 del Consiglio, del 9 dicembre 1996, poi modificato dal Regolamento (CE) n. 398/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009, con riguardo alle competenze di esecuzione conferite alla Commissione e recentemente dal Regolamento (UE) 2021/2280 della Commissione 16 dicembre 2021) relativo alla protezione di specie della flora e fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio, che negli allegati contiene un elenco di specie soggette a commercio disciplinato. Gli elenchi sono soggetti ad interventi di modifica ed integrazione, come stabilito dal Regolamento (UE) 2019/2117 della Commissione del 29 novembre 2019 che modifica gli allegati al Regolamento (CE) n. 338/97 del Consiglio relativo alla protezione di specie della flora e della fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio.

La seconda tipologia è quella del *regolamento di attuazione* del regolamento base (Regolamento (CE) n. 865/2006 della Commissione, del 4 maggio 2006), che è costantemente modificato (ultima modifica con il Regolamento (UE) 2021/2280 della Commissione 16 dicembre 2021).

Il *regolamento di esecuzione* (Regolamento di esecuzione (UE) n. 792/2012 della Commissione del 23 agosto 2012) interviene a disciplinare la struttura delle licenze, dei certificati e degli altri documenti previsti dal regolamento di base.

contribuire all'attuazione, all'aggiornamento e allo sviluppo della politica e della legislazione ambientale e climatica dell'UE cofinanziando progetti a valore aggiunto europeo.

⁴² L'Accordo è stato aperto alla firma il 9 settembre 1994 da parte di tutti gli stati africani, a Lusaka; successivamente dal 12 settembre al 12 dicembre 1994 presso la sede dell'UNEP a Nairobi, e dal 13 dicembre 1994 al 13 marzo 1995 presso la sede delle UN a New York.

Il *regolamento di sospensione* (Regolamento di esecuzione (UE) n. 1587/2019 della Commissione del 24 settembre 2019) viene utilizzato per interrompere temporaneamente l'introduzione nell'Unione di esemplari di talune specie di flora e fauna selvatiche.

Il *regolamento sui controlli ufficiali* (Regolamento (Ue) 2017/625 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017)⁴³ disciplina le procedure relative ai controlli ufficiali e alle altre attività, effettuati per garantire l'applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari⁴⁴. L'Unione europea è anche intervenuta per indirizzare gli Stati membri nella applicazione del complesso dell'*EU Wildlife Trade Regulations*, con la Raccomandazione della Commissione agli Stati membri (raccomandazione n. 2007/425/CE della Commissione.) Non ha contenuto vincolante ma esprime l'indirizzo politico dell'Unione il *Piano d'azione dell'Unione europea contro il traffico illegale di specie selvatiche* (COM/2016/087 final)⁴⁵.

4.4. Il quadro normativo nazionale di matrice “conservativa” ante riforma costituzionale.

Per quanto riguarda la normativa nazionale, il punto di partenza non può che essere la Carta fondamentale, il cui articolo 117, come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n.3, affida alla potestà legislativa statale la tutela di ambiente ed ecosistema (comma 2, lett. s), a quella concorrente il governo del territorio e la valorizzazione dei beni ambientali (comma 3) e alla potestà legislativa regionale la materia della caccia e della pesca, in quanto non espressamente riservate allo Stato (comma 4)⁴⁶. Le specie protette sono state

⁴³ A cui è ha fatto seguito il Regolamento di esecuzione (UE) 2021/632 della Commissione, recante modalità di applicazione del Regolamento (UE) 2017/625 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda gli elenchi di animali, prodotti di origine animale, materiale germinale, sottoprodotti di origine animale e prodotti derivati, prodotti composti, fieno e paglia soggetti a controlli ufficiali ai posti di controllo frontaliere e che abroga il Regolamento di esecuzione (UE) n. 2019/2007) della Commissione e la decisione 2007/275/CE sempre della Commissione.

⁴⁴ Recante modifica dei regolamenti (CE) n. 999/2001, (CE) n. 396/2005, (CE) n. 1069/2009, (CE) n. 1107/2009, (UE) n. 1151/2012, (UE) n. 652/2014, (UE) 2016/429 e (UE) 2016/2031 del Parlamento europeo e del Consiglio, dei regolamenti (CE) n. 1/2005 e (CE) n. 1099/2009 del Consiglio e delle direttive 98/58/CE, 1999/74/CE, 2007/43/CE, 2008/119/CE e 2008/120/CE del Consiglio, e che abroga i regolamenti (CE) n. 854/2004 e (CE) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 89/608/CEE, 89/662/CEE, 90/425/CEE, 91/496/CEE, 96/23/CE, 96/93/CE e 97/78/CE del Consiglio e la decisione 92/438/CEE del Consiglio

⁴⁵ Comunicazione della Commissione dl Parlamento Europeo, dl Consiglio, dl Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni

⁴⁶ L'assenza, nel novellato art. 117 Cost. di una espressa indicazione della materia “caccia” - in precedenza, invece, annoverata tra le materie rimesse alla potestà legislativa concorrente - ha determinato la sua riconduzione alla competenza residuale regionale. Tuttavia, pur costituendo la caccia materia certamente affidata alla competenza legislativa residuale della Regione, la Corte costituzionale ha più volte ribadito, da ultimo sent. N. 10 del 2019 che anche in tale ambito è necessario (in base all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.) Che la legislazione regionale rispetti la normativa statale adottata in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema ove essa esprima regole minime uniformi. Per quanto concerne la materia del commercio e detenzione di animali esotici, in occasione della impugnazione della legge della Regione Marche 24 luglio 2002, n. 12, recante Norme sulla detenzione e sul commercio di animali esotici, con sent. n. 222/2003, la Corte ha ricondotto la



“attenzionate” da numerosi interventi normativi, per lo più determinati dalla necessità di dare attuazione agli impegni assunti a livello internazionale (in ragione della ratifica dei trattati) ed alle direttive comunitarie.

Per quanto riguarda gli interventi “conservativi”⁴⁷ si richiama la Legge quadro sulle aree protette n. 394 del 6 dicembre 1991 (in parte modificata dalla Legge n. 426 del 9 dicembre 1998: “Nuovi interventi in campo ambientale”) che detta i principi fondamentali per l’istituzione e la gestione delle aree naturali protette, al fine di garantire e di promuovere, in forma coordinata, la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale del paese. I territori caratterizzati da rilevante valore naturalistico e ambientale sono sottoposti ad uno speciale regime di tutela e di gestione, allo scopo di perseguire, in particolare, la finalità di conservazione «*di specie animali o vegetali, di associazioni vegetali o forestali, di singolarità geologiche, di formazioni paleontologiche, di comunità biologiche, di biotopi, di valori scenici e panoramici, di processi naturali, di equilibri idraulici e idrogeologici, di equilibri ecologici*».

La legge n. 157, dell’11 febbraio 1992 (e successive modificazioni), ha invece introdotto norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio. La fauna selvatica è definita “*patrimonio indisponibile dello Stato*” ed è tutelata nell’interesse della comunità nazionale e internazionale. Nell’art. 2 si indicano come oggetto di tutela le specie di mammiferi e di uccelli dei quali esistono popolazioni viventi stabilmente o temporaneamente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale. Quindi tutte le specie della fauna omeoterma sono protette, ad eccezione delle specie cacciabili indicate all’articolo 18 ma una maggior tutela, anche sotto il profilo sanzionatorio, è riconosciuta alle specie elencate nell’articolo 2 (tabella 1). Infine, la legge recepisce anche la Direttiva Uccelli (79/409/CEE).

Il perno intorno al quale ruota tutto il sistema di tutela delle specie animali e vegetali, specialmente di quelle a rischio di estinzione, è comunque la legge del 14 febbraio 1994 n. 124, con la quale è stata ratificata (art. 1) ed è stata data piena ed intera esecuzione (art. 2) alla menzionata Convenzione di Rio sulla biodiversità. In anni più recenti è stata approvata la legge 1 dicembre 2015, n. 194 che tuttavia ha ad oggetto la biodiversità di interesse agricolo ed alimentare ed ha quindi un approccio antropocentrico, ossia intende promuovere la tutela e la valorizzazione delle «*risorse genetiche di interesse alimentare ed agrario*», cioè il materiale genetico di origine vegetale, animale e microbica, in quanto aventi un valore effettivo o potenziale per l’alimentazione e per l’agricoltura.

Rispetto agli impegni assunti in sede europea, con il D.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 è stato introdotto il Regolamento di attuazione della direttiva 92/43/CEE: il decreto utilizza ripetutamente l’espressione “conservazione”, in relazione alle misure da adottare per tutelare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali e seminaturali

legge regionale impugnata alla tutela della salute, e non alla tutela dell’ambiente (sotto lo specifico profilo della tutela delle specie animali in estinzione) sulla base della finalità prioritaria della legge, consistente nella tutela igienico-sanitaria e nella sicurezza veterinaria, in rapporto a possibili pericoli di diffusione di malattie e di aggressione alle persone.

⁴⁷ L’inserimento tra le fonti conservative non rende giustizia alle ampie e meritorie finalità della legge, tra le quali una più efficace gestione ambientale, la difesa ed il ripristino delle risorse naturali, infine l’integrazione più stretta tra uomo e ambiente, favorita da idonee strategie educative e ricreative.



(indicati nell'allegato A) della flora e fauna selvatici (indicate negli allegati B, D, ed E) e delle zone speciali di conservazione, determinate da un decreto ministeriale⁴⁸. Altre zone di protezione, questa volta in riferimento all'ambiente marino e costiero sono state identificate dalla legge n. 175 del 27 maggio 1999 che ha ratificato e dato esecuzione all'Atto finale della Conferenza dei plenipotenziari sulla Convenzione per la protezione del Mar Mediterraneo dall'inquinamento, con relativi protocolli, tenutasi a Barcellona il 9 e 10 giugno 1995, ossia al Protocollo relativo alle Zone Particolarmente Protette e alla Diversità Biologica nel Mediterraneo della Convenzione di Barcellona (Protocollo Aspim - Aree Speciali di Protezione di Interesse per il Mediterraneo). Il protocollo comprende l'istituzione di aree protette in quanto funzionali alla conservazione delle componenti della diversità biologica nonché degli ecosistemi specifici del Mediterraneo o degli habitat di specie minacciate e di interesse scientifico, estetico e culturale, garantendone la protezione. Le aree protette, denominate ASPIM, possono essere costituite da zone marine costiere sotto la giurisdizione dei Paesi o zone parzialmente/interamente in alto mare. I paesi che aderiscono si impegnano a mantenere in buono stato di conservazione la flora e la fauna marina, a garantire massima protezione alle specie elencate negli annessi del protocollo e a sviluppare Piani d'Azione Nazionali per la conservazione delle specie protette. Per le specie in Appendice 2, "Lista di specie in pericolo o minacciate", il protocollo prevede che i paesi garantiscano misure di protezione e di conservazione per vietarne l'uccisione, il commercio, ed il disturbo degli esemplari durante i periodi di riproduzione, migrazione, svernamento ed altri periodi in cui gli animali sono sottoposti a stress fisiologici⁴⁹.

Tra le misure attuative di impegni internazionali o europei⁵⁰, sia pur a carattere politico e non normativo, si colloca la Strategia nazionale per la biodiversità, predisposta dal Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione sulla diversità biologica elaborata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992 e ratificata dall'Italia con la Legge 14 febbraio 1994, n. 124, sulla quale la Conferenza Stato-Regioni ha sancito l'intesa il 7 ottobre 2010.

4.5. La normativa "repressiva" e l'attuazione della CITES: il decreto legislativo n. 135 del 5 agosto 2022.

⁴⁸ Il Decreto del Ministero dell'ambiente e della Tutela del Territorio del 25 marzo 2005 ha poi indicato l'elenco delle Zone di Protezione Speciale (ZPS), classificate ai sensi della Direttiva 79/409/CEE

⁴⁹ A livello nazionale, si segnala la Legge n. 963 del 14 luglio 1965 (pesca marittima) che all'art. 15 – Tutela delle risorse biologiche

⁵⁰ Come il Decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 3 settembre 2002 "Linee guida per la gestione dei siti Natura 2000" o il Decreto del Presidente della Repubblica 12 marzo 2003, n. 120 – Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n.357, concernente attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche che apporta alcune modifiche al D.P.R. 357 identificando, nello specifico, il compito del MATT nella definizione di linee guida per il monitoraggio e per i prelievi e le deroghe delle specie rigorosamente protette. Con la Legge 6 febbraio 2006, n. 66, l'Italia ha invece aderito all'accordo sulla conservazione degli uccelli acquatici migratori dell'afrika - EURASIA, con Allegati e Tabelle, siglato a l'Aia il 15 agosto 1996.



Tra le fonti interne di matrice repressiva, è preponderante il complesso normativo collegato all'attuazione della CITES e dei conseguenti regolamenti europei, a partire dalla legge n. 874 del 19 dicembre 1975, di ratifica della convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora minacciate di estinzione (CITES), alla successiva Legge n. 42 del 25 gennaio 1983, di ratifica ed esecuzione della medesima convenzione, alla Legge n. 150, del 7 febbraio 1992⁵¹ (e successive modificazioni.), di disciplina dei reati «relativi all'applicazione in Italia della convenzione sul commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione, firmata a Washington il 3 marzo 1973, di cui alla Legge 19 dicembre 1975, n. 874, e del Regolamento (CEE) n. 3626/82⁵², e successive modificazioni nonché norme per la commercializzazione e la detenzione di esemplari vivi di mammiferi e rettili che possono costituire pericolo per la salute e l'incolumità pubblica». Collegata alla necessità di ostacolare il commercio illegale di specie protette è stata la riorganizzazione del sistema di controlli transfrontalieri, anche su impulso delle fonti comunitarie: la legge 4 ottobre 2019, n. 117 (legge di delegazione europea 2018) nell'art. 12 (comma h), ha previsto una delega al Governo per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2017/625 per il trasferimento ai posti di controllo frontaliere delle competenze degli omologhi uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera dipendenti dal Ministero della Salute, con conseguente potenziamento delle dotazioni strumentali e del personale. Alla delega è stata data attuazione con i decreti legislativi n.23 e 24 del 2021, relativi ai controlli ufficiali sugli animali e le merci provenienti dagli altri Stati membri dell'Unione, e alle connesse competenze degli uffici veterinari per gli adempimenti comunitari del Ministero della salute. La nuova disciplina ha modificato i sistemi di controllo, sostituendo ai PIF (posti di ispezione frontaliere), i PCF (posti di controllo frontaliere) ed attribuendo a questi ultimi, sotto il controllo del Ministero della salute, le competenze degli uffici di sanità marittima aerea e di frontiera⁵³.

⁵¹ Con il Decreto del Ministero dell'ambiente e della Tutela del Territorio 8 Gennaio 2002 è stato istituito un registro di detenzione delle specie animali e vegetali protette, come previsto dall'art. 5, comma 5bis, della Legge 7 febbraio 1992, n. 150. Il decreto stabilisce i soggetti tenuti a dotarsi di registro, numerato e vidimato prima del suo utilizzo dal Servizio certificazione CITES del Corpo forestale dello Stato (poi assorbito da altro corpo), sul quale annotare, entro il 31 gennaio 2002, gli esemplari delle specie della flora e della fauna selvatica di cui agli allegati A e B del Regolamento CE n. 338\97 e successive modificazioni.

⁵² Tra i provvedimenti di attuazione della regolamentazione CITES, rientra anche il Decreto Ministeriale 31 dicembre 1983, Attuazione del Regolamento (CEE) n. 3626/82 del 3 dicembre 1982 e del Regolamento (CEE) n. 3418/83 del 28 novembre 1983, questi ultimi concernenti l'applicazione nella Comunità europea della convenzione di Washington sul commercio internazionale di flora e fauna selvatiche, loro parti e prodotti derivati, minacciate di estinzione.

⁵³ Il Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 177 ha invece razionalizzato le funzioni di polizia e assorbito il Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della Legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Con il decreto è stato istituito il Comando unità forestali, ambientali e agroalimentari che dipende gerarchicamente dall'arma dei Carabinieri. Il Comando Carabinieri per la Tutela Forestale riunisce sotto un unico comando tutti i reparti ed, ha alle dipendenze un NIAB (Nucleo Informativo Antincendio Boschivo) e i 14 Comandi Regione Carabinieri Forestale. In questi ultimi sono inquadrati gli 83 Gruppi Carabinieri Forestali, da cui dipendono i NIPAAF (Nuclei Investigativi di Polizia Ambientale Agroalimentare e Forestale), i Nuclei Carabinieri CITES, i 5 Centri Anticrimine Natura (PA-CT-AG-CA-UD) . Il



Successivamente con la legge n.53 del 2021 (legge di delegazione europea 2019-2020), il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare, entro dodici mesi, uno o più decreti legislativi per l'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento (UE) 2016/429 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, che aveva ad oggetto una serie di misure atte a prevenire la diffusione di malattie di origine animale, intervenendo sul sistema dei controlli e sul commercio di esemplari. La delega legislativa indicava tra i principi e criteri direttivi la previsione di «*ulteriori misure restrittive al commercio di animali, affiancate da un sistema sanzionatorio adeguato ed efficace, tra cui uno specifico divieto di importazione, conservazione e commercio di fauna selvatica ed esotica, anche al fine di ridurre il rischio di focolai di zoonosi, nonché l'introduzione di norme penali volte a punire il commercio di specie protette*» (art. 14, n.2, lett. q). Il Governo ha dunque adottato il Decreto Legislativo 5 agosto 2022, n. 135⁵⁴, che ha rinforzato la tutela delle specie protette, aggiungendo un nuovo comma all'art. 727 bis del codice penale, che prevede pene severe per il loro commercio, oltre che per la loro uccisione e detenzione, già vietate e sanzionate dalla precedente disciplina.

5. La legge costituzionale n. 1 del 22 febbraio 2022 e la tutela delle specie protette, in particolare quelle animali: discriminazioni volute o inconsapevole paradosso?

Tra la legge di delegazione europea ed il decreto legislativo n.135/2022, è intervenuta la riforma della "costituzione ambientale" italiana: la proposta di legge "Modifiche agli art. 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente", approvata in seconda lettura dalla Camera dei Deputati con la maggioranza dei due terzi dei componenti, è diventata la Legge cost. n. 1 dell'11 febbraio 2022 e ha ridefinito un tassello fondamentale dell'articolato contesto normativo che si è cercato di sintetizzare, senza alcuna pretesta di esaustività, nei precedenti paragrafi. Nello specifico, l'intervento normativo ha aggiunto ai primi due commi dell'art. 9 della Costituzione (1. *La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.* 2. *Tutela il paesaggio e il patrimonio storico ed artistico della Nazione*), un terzo che recita: "*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*". Nell'art. 41 invece sono stati indicati la salute e l'ambiente (comma 2) come ulteriori limiti alla libertà di iniziativa economica e privata (comma 1) ed è stata associato il fine ambientale a quello sociale, come parametro di riferimento per le attività pubbliche e private, che spetta alla legge indirizzare e coordinare, prevedendo attività di controllo e programmazione (comma 3).

Comando Carabinieri per la Tutela della Biodiversità e dei Parchi, esercita funzioni di direzione, di coordinamento e di controllo dei Raggruppamenti Carabinieri Biodiversità, Parchi e CITES, preposti alla tutela della biodiversità nelle 130 riserve naturali statali, alla tutela dei parchi nazionali e all'applicazione della CITES.

⁵⁴ Disposizioni di attuazione del regolamento (UE) 2016/429 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016 in materia di commercio, importazione, conservazione di animali della fauna selvatica ed esotica e formazione per operatori e professionisti degli animali, anche al fine di ridurre il rischio di focolai di zoonosi, nonché l'introduzione di norme penali volte a punire il commercio illegale di specie protette, ai sensi dell'articolo 14, comma 2, lettere a), b), n), o), p) e q), della legge 22 aprile 2021, n. 53



Sul concetto di ambiente⁵⁵ e di ecosistemi⁵⁶, peraltro già inseriti tra le materie di esclusiva competenza statale di cui all'art. 117, comma 2 lett. s) dalla legge costituzionale n.3 del 2001, la giurisprudenza costituzionale e la dottrina hanno avuto tempo e modo per esprimersi, contribuendo a delineare i contorni semantici dei due termini ed escludendo che si tratti di una endiadi. In particolare, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 12 del 2009⁵⁷, ha affermato «*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*», orientamento poi confermato dalla dottrina⁵⁸, che ha altresì osservato come «*il termine ambiente pare richiamare una dimensione statica del contesto naturale*», da intendersi quale elemento di «*vicinanza alle prospettive ed ai bisogni dell'individuo, con il termine ecosistemi, invece, paiono richiamarsi i diversi contesti naturali nella loro dimensione dinamica, ovvero volta a considerare le interazioni esistenti fra tutti i fattori biotici ed abiotici*»⁵⁹. Nel tracciare le sfere giuridiche di pertinenza delle due nozioni, è evidente che l'interprete costituzionale abbia fatto appello (anche) a studi differenti da quelli giuridici, come è inevitabile che accada quando si analizzano espressioni che "agganciano" il testo della Carta fondamentale alle acquisizioni di altre aree del sapere⁶⁰.

⁵⁵ Cfr. *supra*, nota 5.

⁵⁶ Cfr., per una definizione all'interno della letteratura ecologica, *supra* nota 6.

⁵⁷ In occasione di un contenzioso relativo alla legge regionale della Lombardia n. 31 del 2014.

⁵⁸ Cfr. S. ZANINI, *La tutela dell'ecosistema, tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, N°: 3/2019, p. 454.

⁵⁹ Cfr. Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2021, p. 122, prendendo spunto dalle audizioni svolte presso la Commissione Affari costituzionali della Camera e del Senato.

⁶⁰ In linea con quanto proposto dalla "dottrina della costituzione come scienza della cultura", che suggerisce, a proposito della interpretazione dei testi costituzionali, di adottare il "contesto", nel senso di sostrato culturale (religioso, filosofico, etico, pedagogico, politico, psicologico, economico ed ecologico) come chiave di lettura dei principi giuridici costituzionali, (cfr. P. HÄBERLE, *La Costituzione nel contesto*, in *Nomos*, n.2, 2000, tr. it., p. 8 e ss.). In realtà i concetti di "ambiente" ed "ecosistemi" erano presenti in diversi atti normativi di livello primario adottati prima della riforma, che avrebbero potuto costituire un riferimento pertinente nella applicazione del canone ermeneutico storico- normativo, in applicazione del concetto di "presupposizione" (cfr. S. MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 104 che, a proposito della difficoltà di definire alcune delle materie affidate alla potestà legislativa regionale, rinvia alle osservazioni di A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle regioni*, Roma, Bulzoni, 1974, p. 117 ss. Sul criterio interpretativo storico si v. almeno G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, rispettivamente pp. 367- 368, 364-357 e 372-375). Per quanto riguarda l'ambiente, in *primis*, la legge istitutiva dell'omonimo ministero (Legge 8 luglio 1986, n. 349), per gli ecosistemi, la legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Rio che contempla una serie di precisazioni terminologiche, tra le quali il significato di ecosistema (art. 2 ...« *l'espressione "ecosistema" significa un complesso dinamico formato da comunità di piante, di animali e di micro-organismi e dal loro ambiente non vivente, le quali grazie alla loro inter-azione, costituiscono una unità funzionale*»). Nella letteratura ecologica, secondo la versione aggiornata della descrizione di A. G. TANSLEY, *The Use and Abuse of Vegetational Concepts and Terms*, in *Ecology*, Jul., 1935, Vol. 16, No. 3, pp. 284-307, spec. 299 si intende per ecosistema una unità naturale in cui fattori organici ed inorganici convivono in stretta relazione con l'ambiente che li accoglie. Nel glossario del volume *Principles of Terrestrial Ecosystem Ecology*, (di F. S. CHAOIN, III, P. A. MATSON, P. M. VITOUSEK, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012), l'ecosistema è definito nel modo seguente: «*Ecological system consisting of all the organisms in an area and the physical environment with which they interact*». È evidente che non esiste un unico ecosistema ma tanti ecosistemi che



Il richiamo alla biodiversità è invece inedito e, supponendo che si tratti di qualcosa di diverso dall'ambiente e dagli ecosistemi, occorre appellarsi al canone interpretativo storico-normativo per dedurre la nozione presupposta⁶¹, alla stregua della normativa preesistente (statale e sovranazionale) e vagliata anche la derivazione scientifica del termine: per biodiversità o diversità biologica dovrebbe dunque intendersi la «*variabilità degli organismi viventi di ogni origine, compresi inter alia gli ecosistemi terrestri, marini ed altri ecosistemi acquatici, ed i complessi ecologici di cui fanno parte; ciò include la diversità nell'ambito delle specie, e tra le specie degli ecosistemi*» (cfr. art. 2 della CBD). Allo stesso tempo, proprio in considerazione della normativa multilivello riassunta nei paragrafi precedenti, si deve ritenere che il fine di tutelare la biodiversità giustifichi il particolare regime giuridico di protezione per le specie (di flora e fauna) a rischio di estinzione.

Delineato il contesto, è lecito chiedersi in che modo le modifiche testuali introdotte con la riforma impattino sulla tutela degli animali in genere: se il perimetro di senso delle definizioni (ambiente, ecosistemi, biodiversità) inserite nella prima parte del comma tre dell'art. 9, è quello sin qui argomentato, gli animali dovrebbero rientrarvi a pieno titolo. Tuttavia, il modo in cui la seconda parte del comma è formulata sembra "scindere" quella degli animali dalle altre sfere di tutela (costituzionale) ed affidarla alla legge statale. In altri termini, la salvaguardia di tutti le componenti dell'ambiente, di tutti gli elementi funzionali alla conservazione degli ecosistemi e delle varietà biologiche, scaturirebbe direttamente dalla fonte costituzionale, mentre le forme ed i modi di tutela degli animali (intesi come categoria speciale rispetto ai macro-ambiti inclusi nella definizione di ambiente, ecosistemi e biodiversità) sarebbero affidate al legislatore statale. Se questa dovesse essere la chiave di lettura della norma, quali ne sarebbero gli effetti?⁶² Il dato inconfutabile resterebbe comunque l'inserimento nel testo Costituzionale di una esplicita disposizione relativa agli animali, peraltro in seguito ad un dibattito parlamentare che aveva preso in considerazione anche diverse opzioni: da un lato il riferimento a questi ultimi in quanto "esseri senzienti" (riprendendo una dicitura presente nell'articolo 13 del Trattato di Lisbona dell'Unione europea), dall'altro l'esclusione del richiamo, potendosi ritenere la categoria già garantita all'interno di quelle relative agli ecosistemi e alla biodiversità. Ebbene, anche qualora si volesse etichettare la riforma in oggetto come una mera "stabilizzazione"⁶³ delle trasformazioni del tessuto costituzionale ad opera di atti e fatti normativi, o rilevanti sotto il

interagiscono: la IUCN (ha recentemente individuato 108 *Ecosystem Functional Groups*, cfr. IUCN, *Global Ecosystem Typology 2.0. Descriptive profiles for biomes and ecosystem functional groups*, D. A. KEITH, J. R. FERRER-PARIS, E. NICHOLSON, R. T. KINGSFORD (editors), IUCN, Gland, Switzerland, 2020.

⁶¹ In applicazione del canone ermeneutico storico-normativo, di cui alla nota precedente.

⁶² I due periodi infatti utilizzano registri diversi ed ingenerano alcuni dubbi interpretativi: correttamente, a nostro avviso, A. CIERVO, *Un altro mondo (non) è possibile*, in *Parolechiave*, 2/2021, 71, si interroga se con l'espressione "tutela degli animali" si faccia riferimento a tutte le specie o esclusivamente a quelle in estinzione ovvero a quelle la cui estinzione potrebbe impattare sugli ecosistemi.

⁶³ E quindi una "riforma bilancio" nel senso indicato da M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo*, Rassegna online, 1, 2020, pp. 1-2.



profilo politico, di livello nazionale e sovranazionale, piuttosto che un “programma”⁶⁴ a valere per il futuro, è innegabile che essa abbia determinato delle conseguenze immediate sulla implementazione del catalogo degli interessi meritevoli di copertura costituzionale⁶⁵, tanto più in quanto detto riconoscimento è stato inserito tra i principi fondamentali dell’ordinamento⁶⁶. La costituzionalizzazione del principio di tutela degli animali⁶⁷ segna il punto di approdo di una legislazione multilivello sempre più garantista e di una giurisprudenza (soprattutto di merito) che, sostenuta dalla dottrina più sensibile al tema⁶⁸, si è fatta portavoce di un cambiamento culturale oltre che normativo ed ha progressivamente dato atto dell’esistenza di fonti internazionali e nazionali che non solo tutelano la

⁶⁴ Alla quale però, come ricorda A. VALASTRO, *La tutela degli animali nella Costituzione italiana*, in *biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, n.2/2022, p. 262, potrebbero essere rivolte le medesime critiche che riguardano le altre riforme “programma” e cioè che «pur essendo in linea teorica più coraggiose perché ambiscono a fondare evoluzioni di discipline che si ritengono non più adeguate o delle quali si intendono colmare lacune e contraddizioni, per altro verso soffrono in Italia di una schizofrenia da ingegneria costituzionale che ne ha gravemente appesantito il passo e alterato l’efficacia». Per una sintesi delle critiche alla stagione delle riforme costituzionali che si è aperta a partire dagli anni ’80, si vedano almeno G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, spec. p. 243 ss, (che utilizza a tal proposito l’espressione “storia di un lungo regresso”), G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell’era della mondializzazione*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Cedam, Padova, 1998, (che considera la lunga stagione delle riforme un momento problematico della storia repubblicana, cfr. P. 212), M. LUCIANI, *Quattordici argomenti contro l’invocazione del potere costituente*, in *Democrazia e Diritto*, 1995, pp. 97-107 (che lamenta la “trasfigurazione” del testo costituzionale), A. PIZZORUSSO, *Le riforme costituzionali: una transizione per destinazione sconosciuta*, in *Foro italiano*, 2005, pp. 217 e ss e C. DE FIORES, *Le ragioni del revisionismo progressivo*, in *Democrazia e diritto*, 2016, p. 101 e ss. (i quali ultimi, nell’interrogarsi sulle ragioni della tendenza a riformare la Costituzione, le hanno rintracciate rispettivamente nel superamento del patto politico e nella ricerca della governabilità).

⁶⁵ Giova ricordare come anche di recente la posizione favorevole alla “reificazione” degli animali apparisse tutt’altro che superata, (come sottolinea S. ROSSI, *L’anello di Re Salomon. Note sulla condizione giuridica degli animali d’affezione*, in *Forumcostituzionale*, 2015, pp. 1-27; cfr. anche C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, 4, p. 505; D.V. CERINI, *Il diritto e gli animali: note giusprivatistiche*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 25 ss. A favore del riconoscimento degli animali come soggetti di diritto si vedano, oltre ai numerosi ed approfonditi contributi di A. VALASTRO, *Il maltrattamento di animali. Soggettività, Costituzione e tutela penale*, Pamega, Torino, 1996; ID, *Spunti per una riflessione sull’uccisione ingiustificata di animali*, in A. MANNUCCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 95 ss., ID, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2006, p. 67 ss.; ID., *La tutela penale degli animali e l’ammissibilità delle sentenze manipolatrici in campo penale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 1995, p. 374 6ssID., *La tutela penale degli animali: problemi e prospettive*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale. Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2012, p. 629 ss.; ID., *I travagliati percorsi della normativa sulla tutela penale degli animali: la legge n. 188 del 2004*, in *Studium Iuris*, 2005, p. 10 e ss., anche S. CASTIGNONE (a cura di), *I diritti degli animali*, Il Mulino, Bologna, 1985; V. POCAR, *Gli animali come soggetti di diritti e la legislazione italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1993, p. 397, S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e di biodiritto*, Ecig, Genova, 1996, p. 143; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 106 ss.; T. GUARNIER, *Dignità animale. Profili e problemi di tutela giuridica nel diritto e nella giurisprudenza*, goware, Firenze, 2013, p. 12 ss.

⁶⁶ Per i quali la Corte Costituzionale ha incontrovertibilmente negato la possibilità di una *reformatio in peius* ma altrettanto inequivocabilmente ammesso una *reformatio in melius* (cfr. *ex multis* la sentenza n. 1148 del 1988).



sopravvivenza delle specie e la loro salute⁶⁹ ma attribuiscono agli animali capacità emozionale⁷⁰. Oltre al citato art. 13 del Trattato di Lisbona⁷¹ che, richiamando il principio già previsto nel Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam, riconosce gli animali quali “*esseri senzienti*” e per ciò «*le loro esigenze in materia di benessere debbano essere tenute pienamente in considerazione durante la fase di formazione delle politiche in materia di agricoltura, trasporti, ricerca e mercato interno*», anche il Regolamento (CE) N. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 sul commercio dei prodotti derivati dalla foca nelle premesse afferma che «*Le foche sono esseri senzienti che possono provare dolore, angoscia, paura e altre forme di sofferenza*». Nel diritto interno, il codice penale, dopo la novella del 2004, ha introdotto l'articolo 544 ter c.p. “*Maltrattamento di animali*” e al primo comma la condotta vietata consiste nel «*cagionare una lesione oppure nel sottoporre un animale ‘a sevizie, comportamenti o fatiche e lavori insopportabili per le caratteristiche etologiche*» mentre al secondo comma è presente la condotta di «*sottoposizione a trattamenti che procurano un danno alla salute degli stessi*». Nel 2003 la Cassazione con la fondamentale sentenza n.46291 ha stabilito che per la

⁶⁷ Sul quale la dottrina sembra concorde, ritenendo che «gli animali vengono in rilievo non in quanto “specie” animali, bensì a livello individuale, ciascuno di essi singolarmente considerato in quanto essere vivente», cfr. Per tutti F. MUCCI, *La tutela degli animali tra diritto europeo, internazionale e costituzionale*, in *Eurojus*, n. 1 – 2022, p. 258.

⁶⁸ Cfr., oltre la dottrina citata nella nota 64, anche F. RESCIGNO, *Gli esseri animali quali “res senzienti”*, in *biolaw*, 19 dicembre 2019, pp. 679-696.

⁶⁹ Il panorama relativo alle fonti di disciplina (di *hard* e *soft law*) che hanno ad oggetto la salute animale è amplissimo: si ricordano, a livello internazionale il Codice di Sanità per gli Animali Terrestri OIE (Codice Terrestre) ed il Codice di Sanità per gli Animali Acquatici OIE (Codice Acquatico), elaborati ed aggiornati dalla *World Organisation for Animal Health*, che contengono gli standard per il miglioramento della sanità animale, il welfare e la salute pubblica veterinaria in tutto il mondo e, a livello europeo, il Regolamento (UE) 429/2016, *EU Animal Health Law* con i consequenziali regolamenti delegati. A livello nazionale si segnalano: la legge 22 aprile 2021, n.53, che fissa i principi e criteri direttivi per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 429/2016, il decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 23, in materia di controlli sanitari ed il decreto legislativo 21 marzo 2005, n. 73, che attua la direttiva 1999/22/CE relativa alla custodia degli animali selvatici nei giardini zoologici.

⁷⁰ Sulla scia degli studi scientifici che hanno certificato la presenza negli animali di differenti livelli di soggettività, sia pur limitati all'ambito emozionale (cfr. tra i più recenti, K. M. HORBACK, *The emotional lives of animals*, in *The Routledge Handbook of Animal Ethics*, Routledge, New York, 2019 pp. 55–70), la dottrina giuridica ha contribuito in modo significativo a sensibilizzare le istituzioni e l'opinione pubblica su questo tema. In tale ambito sono estremamente significativi gli studi di S. CASTIGNONE, che in *Oltre la Grande catena dell'essere per un'etica interspecifica* (in S. CASTIGNONE, L. BATTAGLIA (a cura di), *I diritti degli animali*, Centro di Bioetica, Genova, 1987, p. 15) afferma che «*La capacità di provare sofferenza è ciò che ci accomuna con gli animali, il dolore fisico e psichico non ha frontiere né di razza, né di sesso, né di specie. È l'elemento che ci consente di superare la barriera e di far rientrare gli animali nella sfera dell'etica a pieno titolo e non solo come eventuali fruitori di effetti secondari, di “ricadute” dei doveri che sicuramente abbiamo nei confronti degli altri soggetti umani*». Per un approfondimento che analizzi questo tema sotto diversi profili disciplinari, si v. M. ANDREOZZI, S. CASTIGNONE, A. MASSARO, *Emotività animali. Ricerche e discipline a confronto*, LED, Milano, 2013.

⁷¹ Per una ricostruzione storica delle origini della disposizione si v. F. BARZANTI, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'unione Europea*, 2013, 1, p. 49 e ss. Ma anche E. SIRSI, *Il benessere degli animali nel trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto Agrario*, anno XC, 2011, 2, p.220 e ss.



configurazione del reato di cui all'art 727 c.p. «non è richiesta la lesione fisica dell'animale, essendo sufficiente una sofferenza arrecata al medesimo, poiché la norma mira a tutelare gli animali quali esseri viventi capaci di percepire con dolore comportamenti non ispirati a simpatia, compassione e umanità». Nel nostro ordinamento, altre disposizioni hanno ad oggetto gli animali "di affezione" come la legge n. 201/2010 che ha ratificato la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, stipulata a Strasburgo il 13 novembre 1987 e la citata legge n. 281/1991 (la legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo).

La costituzionalizzazione del principio sgancia definitivamente la protezione degli animali dalle forme proprie di una tutela episodica di matrice giurisprudenziale e sposta stabilmente l'asse di bilanciamento tra i loro interessi e quelli della persona umana, responsabilizzando il legislatore a tener presente che tanto più quell'asse è inclinato a favore degli animali, quanto meno gli altri interessi coinvolti nel bilanciamento realizzino una delle forme di espressione della dignità umana e assumano quelle dell'esercizio di diritti economici. Si condivide infatti l'idea che le sofferenze degli animali acquistino rilevanza non solo quando siano la conseguenza della commissione di atti illeciti (che dunque configurino una ipotesi di reato) ma anche quando rappresentino l'esito del legittimo esercizio di un diritto di sfruttamento a fini economici.

Parimenti, sembra diretta ad un rafforzamento dello statuto giuridico degli animali, la scelta di demandare l'individuazione dei modi e delle forme di realizzazione della tutela ad una legge "statale"⁷², in quanto tale riserva esclude la potestà delle regioni di derogare ai principi fissati dalla normativa nazionale⁷³. Si condivide infatti l'opinione di quanti ritengono che la materia "tutela degli animali" debba essere considerata a sé stante e connotata da esclusività e trasversalità, perché fisiologicamente destinata ad incrociare le competenze regionali. Il "nucleo duro" di tale materia sarebbe rappresentato dalle norme penali in materia di maltrattamento, che opererebbero quali "livelli essenziali" in grado di condizionare il legislatore⁷⁴ delle regioni ordinarie ma anche di quelle speciali⁷⁵.

A non convincere del tutto è il modo in cui è strutturato il comma 3 dell'art. 9, perché pone in dubbio l'equivalenza tra i beni tutelati nella sua prima parte e nella seconda. In apertura infatti garantisce in modo esplicito e diretto l'ambiente, gli ecosistemi e, in modo del tutto innovativo, la biodiversità, con ciò privilegiando (più o meno consapevolmente) la salvaguardia della diversità biologica e segnatamente delle componenti biotiche *endangered* rispetto alla protezione degli animali (senza ulteriori specificazioni), previsti nella successiva

⁷² È da notarsi come l'espressione "legge dello Stato" ricorra nella Carta costituzionale esclusivamente entro il Titolo V della sua Parte II, relativo ai rapporti tra lo Stato e gli enti territoriali. Nelle disposizioni concernenti i principi fondamentali, così come nei quattro Titoli che compongono la Parte I e nei Titoli I, II, III, IV e VI che compongono la Parte II della Costituzione, figura, ove compaia, l'espressione "legge".

⁷³ Si accoglie in toto la ricostruzione di A. VALASTRO, cit. pp. 276-277, che ritiene si tratti di attribuzione di competenza esclusiva, nonostante il 117 Cost. Non sia stato modificato.

⁷⁴ A. VALASTRO ipotizza un parallelismo tra le norme penali sul maltrattamento degli animali e i livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117, lett. m della Costituzione, op. ult. cit. p.277.

⁷⁵ Non ritenendosi in tale ambito ammissibile una tutela a "geometria variabile", cfr. A. VALASTRO, op. ult. cit., p. 278.



proposizione. La riserva di legge statale per l'individuazione delle forme e dei modi di tutela di questi ultimi infatti, se da un lato è proiettata nel futuro, con l'intento di formalizzare uno statuto di garanzia specifico, dall'altro richiama tutto il sistema conservativo e repressivo di norme statali che già è in vigore e che assicura protezione in modo rafforzato ed organico alle specie animali e vegetali a rischio di estinzione, mentre garantisce in modo sporadico e disorganico (almeno per ora) le altre specie animali. Tra le "altre", vi sono quelle che si distinguono per la loro documentata capacità di provare non solo sensazioni ma emozioni, i cd. animali senzienti, alcuni dei quali vivono a stretto contatto con l'uomo. Dare risalto alla distinzione tra animali senzienti e non senzienti ed esplicitarla in Costituzione, attribuendovi un peso in termini di garanzia, avrebbe risolto definitivamente l'ambiguità di un sistema normativo domestico che fatica a metabolizzare la trasformazione dell'animale da "*res mobile*" ex art. 812 c.c. a titolare di diritti, anche per la sua capacità di provare "sentimenti", finora ritenuti meritevoli di tutela solo in quanto "per" e non "degli" animali, (come letteralmente prevede il Titolo IX bis del codice penale, introdotto dalla legge n. 189 del 20 luglio 2004).

La formulazione attuale dell'articolo 9 comma 3, pur apprezzabile nella sua sobrietà, a nostro avviso presta il fianco ad una lettura in chiave gerarchica delle diverse posizioni: ambiente, ecosistemi e biodiversità (e dunque specie protette), in posizione apicale e animali in genere in posizione subordinata, quasi che agli occhi del riformatore (ed ora dell'ordinamento giuridico costituzionale), un coleottero *saproxilico* o un'alga *fucophycea*, per le loro funzioni ecosistemiche ed il certificato rischio di estinzione, meritino una tutela maggiore di un animale domestico. Che non si tratti di una ipotesi di scuola è purtroppo testimoniato dalle recenti misure di contenimento della fauna selvatica, probabilmente adottate per evitare le incursioni dei cinghiali nelle periferie di Roma. La legge 29 dicembre 2022, n. 197 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025), nell'art. 1, comma 447, che modifica l'art. 19 della legge 11 febbraio 1992 n. 147, ammette la possibilità per le regioni e le provincie autonome di Trento e Bolzano, di agire in deroga alle regole generali sui divieti di caccia per la "tutela della biodiversità, ... per la tutela del suolo, ...per la selezione biologica". Tralasciando le cause di giustificazione della deroga diverse da quelle qui enunciate ed al di là della discutibile scelta di affidare anche ai cacciatori, sia pure con alcuni limiti e precise cautele, l'attuazione dei piani di controllo numerico, con la possibilità di abbattere gli esemplari "dannosi" perfino nelle zone protette ed urbane ed al di fuori del periodo venatorio, si rimarca che la norma (inserita in una fonte primaria statale) utilizza il richiamo alla biodiversità e alla tutela del suolo (elemento costitutivo dell'ambiente) per giustificare una compressione del principio di tutela degli animali tale da ammetterne l'uccisione.

Il testo non menziona la necessità di un bilanciamento tra principi di pari grado, individuando un ragionevole punto di equilibrio ma sembra piuttosto dichiarare i limiti di tutela della fauna selvatica, menzionando tra questi la salvaguardia dell'ambiente e della biodiversità, come se in tali definizioni non fossero incluse (paradossalmente) anche le specie selvatiche. Si tratta di una lettura del testo riformato che, se dovesse consolidarsi, vanificherebbe le aspettative di una valorizzazione della soggettività giuridica animale e per



di più contrasterebbe con i fondamenti valoriali della Costituzione. Da un lato infatti verrebbe totalmente ignorato il dibattito interno alla filosofia ambientale che ruota intorno alla differenza tra “agente” e “paziente morale”⁷⁶ e alla ampiezza da riconoscere alla seconda categoria⁷⁷, dibattito che incide in modo significativo sul sistema valoriale del diritto positivo. Secondo l’etica tradizionale soltanto gli esseri umani capaci di intendere e volere, sono in grado di agire in modo eticamente giusto o sbagliato⁷⁸, mentre tutti gli esseri umani (anche quelli non-paradigmatici come i neonati, o i comatosi o i disabili mentali) possono essere destinatari di azioni giudicabili dal punto di vista etico⁷⁹. La domanda che gli studi della filosofia morale più recente si pongono è se la categoria dei pazienti morali possa estendersi anche a soggetti non-umani, ai diversi elementi della natura ed in particolare agli animali. Si tratta di un quesito fondamentale per radicare il discorso etico anche nel rapporto tra uomo e natura, nelle relazioni interspecie e non solo intra-specie (umana). In questo area di confine tra *Moralis* e *Naturalis*⁸⁰, l’apporto delle scienze biologiche e delle neuroscienze si qualifica come imprescindibile e proprio da questi rami del sapere giungono informazioni, che richiedono attenzione, sulla capacità degli animali di “sentire” con progressivi livelli di intensità e addirittura di consapevolezza. Gli interessi correlati alle diverse gradazioni di capacità sensoriali e cognitive degli animali non possono non essere ritenuti meritevoli di tutela normativa⁸¹, che per l’ordinamento italiano si colloca al livello costituzionale, e non possono non incidere sui termini e sulla misura di un bilanciamento con altri interessi di pari grado.

Per altro verso, negando equivalenza tra specie protette ed altre specie animali, (comprese quelle “di affezione”), verrebbe anche disattesa l’etica personalista⁸², che percorre ed innerva

⁷⁶ La distinzione è rintracciabile nel pensiero di G. J. WARNOCK, *The Object of Morality*, New York, Methuen, 1971.

⁷⁷ T. REGAN, *The Case for Animal Rights*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1983.

⁷⁸ S. BARTOLOMMEI, *L’etica ambientale come nuova frontiera del pensiero morale contemporaneo*, in P. DONATELLI (a cura di), *Manuale di etica ambientale*, Firenze, Le Lettere, 2012, pp. 14-15, M. A. Warren, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 90-121.

⁷⁹ Sul punto si v. S. F. MAGRI, *Bioetica*, Roma, Carocci, 2011, p. 120 e M. ANDREOZZI, *Moralis e Naturalis. Limiti umani, confini non-umani*, in *rHM*, 36 Gennaio-Aprile 2017, pp. 1-7.

⁸⁰ Sul dialogo tra questi due “mondi” cfr. M. ANDREOZZI, *Le sfide dell’etica ambientale. Possibilità e validità delle teorie morali non-antropocentriche*, LED, Milano, 2015, pp. 19-43.

⁸¹ Cfr. P. SINGER, *Animal liberation: A new ethics for our treatment of animals*, New York, Random House, 1975, p. 25.

⁸² La persona rappresenta infatti, il fondamento teoretico della Costituzione, la “pietra d’angolo” dell’intero edificio costituzionale, come ricorda V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà, l’etica e l’estetica. Evoluzione di un principio*, in M. ESPOSITO, A. LOIODICE, I. LOIODICE, V. TONDI DELLA MURA, *Temi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 235, citando l’efficace espressione di G. La Pira, durante la seduta dell’11 marzo 1947, ora consultabile al link http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed058/sed058nc.pdf. Il principio personalista è posto «all’inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi», cfr. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n.17/2013, p. 3. La letteratura sul contributo dell’etica personalista al dibattito in Assemblea costituente ed alla stesura del testo costituzionale è vastissima; si citano *ex multis* il fondamentale contributo di P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla costituente e i suoi lavori*, Barbera, Firenze, 1949, ora in P. CALAMANDREI, *Opere-giuridiche*, Volume III, *Diritto e processo*



l'intero testo costituzionale. L'episteme personalista⁸³, infatti, non solo è coerente con il riconoscimento di interessi, meritevoli di tutela imputabili, agli animali (in genere) e, in quanto componenti del tessuto relazionale nel quale l'uomo è inserito (che include esseri viventi e non, umani e non umani) ma enfatizza la responsabilità del secondo nei confronti dei primi: la peculiarità del personalismo rispetto all'antropocentrismo individualista di matrice cartesiana, è la valorizzazione della dimensione comunitaria dell'uomo.

La persona, a differenza dell'individuo, si può cogliere solo come un *Mit-sein* ("essere con") che ne costituisce la strutturazione originaria e smuove l'essere dal recinto dell'autoriflessività, esponendolo «all'altro, agli altri, al mondo e nel mondo». L'espressione è di Mounier⁸⁴ che sottolinea anche come «ciascuno ha la propria verità solo in quanto è unito a tutti gli altri»⁸⁵. Mentre l'antropocentrismo individualista accentua la componente logica e egocentrica dell'essere umano, la coscienza di sé e del proprio agire razionale, il personalismo ne sottolinea la "relazionalità", che si sviluppa in senso orizzontale (oltre che verso la trascendenza) nel rapporto con i suoi simili ma anche con il contesto "vitale". Nella prospettiva personalista, che si è poi tradotta nel diritto costituzionale vivente, il rapporto tra uomo e ambiente, in tutte le sue componenti, compresa quella animale-non umana, non è concepito in termini (radicalmente) antropocentrici ed individualistici ma relazionali, per di più caratterizzati da una costante componente *deontica*. L'analisi della evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale⁸⁶ sul tema, ancor prima della riforma in oggetto, è in tal senso estremamente significativa: sin dalle prime sentenze, il rapporto tra uomo e

costituzionale, Roma tre-Press, 2019, p. 288 e ss., E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni initalia*, Il Mulino, Bologna, 1978, D. NOVACCO, *L'officina della costituzione italiana: 1943-1948*, Feltrinelli, Milano, 2000, L. MUSELLI, *Chiesa e Stato dalla resistenza alla Costituente*, Giappichelli, Torino, 1990, M. CASELLA, *Cattolici e Costituente. Orientamenti e iniziative del cattolicesimo organizzato*, ESI, Napoli, 1987, R. RUFFILLI (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, tomo I, *l'area liberal-democratica. Il mondo cattolico e la Democrazia Cristiana*, Il Mulino, Bologna, 1979, A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e poteri*, Jovene, Napoli, 2007, G. CAMPANINI, *Cristianesimo e democrazia. Studi sul pensiero politico cattolico del 900*, Morcelliana, Brescia, 1980, G. ALFANO, *I fondamenti della filosofia politica di Luigi Sturzo*, Solfanelli, Chieti, 2013.

⁸³ Storicamente il personalismo nasce come movimento di filosofia politica negli anni trenta del secolo scorso, dotandosi solo in un secondo momento di uno spessore storico, teoretico e teologico. Le origini del movimento sono a Parigi, nel 1932, e sono riconducibili a Denis de Rougemont, Emmanuel Mounier, Arnaud Dandieu, Robert Aron, Alexandre Marc e alle riviste *Esprit* e *Ordre Nouveau*, cfr. ad esempio, D. DE ROUGEMONT, *Définition de la personne*, *Esprit*, Paris, n. 27, décembre 1934, pp. 368-382, consultabile anche *open access* nel sito <https://www.unige.ch>. Il contributo del personalismo alla costruzione dell'Europa ed alla stesura delle carte costituzionali successive alla seconda guerra mondiale, e quindi anche a quella italiana, è riconosciuto in modo pressoché unanime nella dottrina. Si v. in proposito R. PAPINI, *L'apporto del personalismo alla costruzione dell'Europa*, Massimo, Roma, 1981, A. CANAVERO, J. D. DURAND, INSTITUT PIERRE RENOUVIN, *Il fattore religioso nell'integrazione europea: programma di ricerca "Les identités européennes au XXe siècle"*, Milano, Unicopli, 1999, B. VAYSSIERE, *Alexandre Marc. Il personalismo al servizio dell'Europa*, in *Il Federalista*, Anno XLIV, 2002, Numero 2, p.127 ss., ma anche A. O. DE LOS REYES, *El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de Comprensión y Modelos Predominantes de Recepción En La Europa Continental*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 91, 2011, pp. 135-178.

⁸⁴ Il cui pensiero in proposito è riassunto da L. ODINI, *Mounier (ancora) oggi?*, in *Pedagogia più Didattica*, Vol. 6, n. 1, aprile 2020, pp. 93-106.

⁸⁵ E MOUNIER, *Il personalismo*, AVE, Roma, 2004, p. 40.



contesto (prima paesaggistico, poi ambientale) è stato rappresentato non come un esercizio unilaterale di dominio assoluto ed illimitato, meramente strumentale al benessere individuale, ma come un agire limitato dalla constatazione che l'essere umano è inserito in una rete di rapporti di dipendenza reciproca (relazioni ecosistemiche) che non è solo interindividuale ma coinvolge il suo *habitat*, dunque è *interspecie ed inter-genere*. Senza sconfinare nelle teorie ecocentriche più radicali o biocentriche, secondo le quali l'ambiente sarebbe un bene tutelabile "a prescindere" dall'uomo, sia in termini etici, che giuridici, la Corte ha tratto dalla lettura del testo costituzionale il riconoscimento del "valore ambientale in sé". La specificità dell'essere umano, inteso dalla Costituzione come "ente dotato di una sua interiore autonomia"⁸⁷, è conseguentemente individuata in una relazionalità responsabile e solidarista, che non legittima condotte predatorie o ciniche nei confronti delle altre componenti ambientali biotiche o a-biotiche (o se si preferisce, dei "pazienti morali non umani"), ma anzi prescrive attenzione e cura per tutto ciò che insiste nello spazio vitale dell'uomo. In sostanza, quella specificità non si traduce in un privilegio ma in un obbligo di salvaguardia responsabile, all'interno di uno spazio relazionale condiviso con altri esseri (viventi e non), e riavvicina l'obiettivo del personalismo giuridico a quello delle teorie ecocentriche o addirittura biocentriche applicate al diritto, quanto meno sul piano concreto, che implica il riconoscimento del valore fondamentale ed intrinseco dell'ambiente, in tutte le sue componenti, animali compresi.

Una interpretazione dell'art. 9, comma 3 in chiave personalista, sarebbe, a nostro avviso, la via naturale per superare l'ambigua formulazione della riforma, riconoscendo agli animali, in particolare quelli senzienti, per la loro stretta appartenenza alla rete di relazioni in cui l'uomo è inserito, una dignità (almeno) pari a quella di una felce.

⁸⁶Per una ricostruzione sistematica della giurisprudenza costituzionale relativa al rapporto tra uomo e fattori ambientali, ci si permette di rinviare a M. PIERRI, Il limite antropocentrico dello sviluppo sostenibile nella prospettiva del personalismo costituzionale. Riflessioni a margine della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana, In RQDA, 2/2022, pp. 234-297, spec. p. 273 ss. In questa sede ci si limita a richiamare *ex multis*, la sentenza n. 12 del 2009, citata nel corpo del testo..

⁸⁷ Cfr. intervento di La Pira nella seduta della I Commissione del 9 settembre 1946.



L'AUTORITÀ DI BACINO DISTRETTUALE COME ENTE DI PIANIFICAZIONE E TUTELA AMBIENTALE.

Marco Di Lullo

Abstract: [ITA] L'articolo ha ad oggetto le autorità di bacino distrettuali disciplinate dal D.lgs. n. 152/2006, sia sotto il profilo dell'organizzazione che per quanto attiene alle competenze, con particolare riferimento a quella relativa alla pianificazione di bacino. In particolare, viene esaminato il contenuto e il valore del piano di bacino (e dei relativi stralci), nonché le competenze nell'assegnazione dei finanziamenti degli interventi in materia di mitigazione del rischio idrogeologico. Emerge il ruolo centrale dell'autorità quale ente di area vasta – nel cui ambito sono adeguatamente rappresentati sia gli interessi statali che quelli regionali - preordinato non solo alla difesa del suolo e delle acque, ma anche, più in generale – in considerazione dell'ampiezza della potestà pianificatoria e della relativa incidenza – di tutela del bene ambiente.

[ENG] This essay focuses on central role of the District Basin Authorities, public-sector entities responsible for the overall planning in the matter of soil and water protection, with the perspective of environmental preservation. After a short introduction concerning the historical evolution of the national and european law on soil and water protection, the essay analyzes the creation of the District Basin Authorities and their role in the national environmental protection system. Furthermore, the paper focuses on the current regulations for the internal organisation of the District Basin Authorities and analyzes the Authorities' planning power, with particular reference to the contents and the effects of the Basin Plans and their sub-Plans. Lastly, the essay examines the recently assigned attributions of the Authorities in the procedure for granting financial assistance for the implementation of the hydrogeological risk mitigation interventions and their key role in the italian environmental protection system.

SOMMARIO: Premessa; **1.** L'evoluzione della disciplina della tutela del suolo e delle acque: la nascita delle Autorità di bacino; **1.1.** La trasformazione delle Autorità in Autorità distrettuali; **2.** Organizzazione delle Autorità di bacino distrettuali; **3.** Le competenze dell'Autorità in materia di pianificazione; **3.1** (*Segue:*) i c.d. piani stralcio; **4.** Le recenti attribuzioni alle Autorità di bacino distrettuale per i finanziamenti degli interventi in materia di mitigazione del rischio idrogeologico; **5.** Considerazioni di sintesi: il ruolo centrale delle Autorità nelle pressanti sfide di tutela dell'ambiente.

Premessa.

Il presente lavoro trae spunto dalla constatazione della centralità che hanno assunto nell'agenda politica la tematica dell'adattamento ai cambiamenti climatici e quelle connesse della difesa del suolo, nella sua componente di contrasto e di mitigazione del rischio idrogeologico, e della tutela delle acque. A tale proposito il PNRR prevede, nell'ambito della



missione 2, avente ad oggetto la “rivoluzione verde e la transizione ecologica”¹, la componente 4 dedicata specificamente alla “tutela del territorio e della risorsa idrica” nella quale sono assegnate consistenti risorse² per le finalità di “prevenire e contrastare gli effetti del cambiamento climatico sui fenomeni di dissesto idrogeologico e sulla vulnerabilità del territorio” e di “garantire la gestione sostenibile delle risorse idriche lungo l’intero ciclo e il miglioramento della qualità ambientale delle acque interne e marittime”³. In tale contesto, assume un ruolo centrale l’Autorità di bacino distrettuale, ente pubblico preposto, dalla normativa nazionale e da quella comunitaria, alla pianificazione finalizzata alla difesa del suolo e alla tutela delle acque e conseguentemente alla tutela dell’ambiente di cui suolo e acqua sono componenti essenziali.

Il contributo ripercorre in primo luogo (par. 1) l’evoluzione della disciplina in materia di difesa del suolo e delle acque a livello nazionale e comunitario e, in correlazione, la nascita e il ruolo delle Autorità. Verrà quindi analizzata (par. 2) la normativa sull’organizzazione di tali enti, con specifico riferimento agli organi che assumono un ruolo di composizione degli interessi pubblici facenti capo allo Stato, alle Regioni e agli enti territoriali appartenenti al distretto idrografico, quale ambito territoriale di riferimento delle Autorità. Successivamente ci si soffermerà sulla potestà pianificatoria delle Autorità ed in particolare sul valore e sugli effetti del piano di bacino (par. 3) e dei relativi piani stralcio (par. 3.1) e sui rapporti con gli altri piani e programmi, segnatamente quelli urbanistici. Infine (par. 4), si darà conto delle più recenti attribuzioni, operate dalla disciplina nazionale, alle Autorità per i finanziamenti degli interventi in materia di mitigazione del rischio idrogeologico, per poi operare una ricostruzione di sintesi (par. 5) del ruolo di tale ente rispetto alla tutela dell’ambiente, ormai espressamente richiamata nell’ambito dei principi fondamentali della Costituzione.

¹ Cfr. PNRR, pp. 148 ss.

² Per la misura “prevenire e contrastare gli effetti dei cambiamenti climatici sui fenomeni del dissesto idrogeologico e sulle vulnerabilità del territorio” sono assegnati 8,49 MD di Euro; per la misura “garantire la gestione sostenibile delle risorse idriche lungo l’intero ciclo e il miglioramento della qualità ambientale delle acque interne e marittime”, 4,38 MD.

³ Lo stesso PNRR riconosce che “l’Italia è caratterizzata da un ecosistema naturale, agricolo e biologico unico. Un territorio di valore inestimabile che rappresenta un elemento centrale dell’identità, della cultura e della storia nazionale, motore dello sviluppo economico presente e futuro. La sicurezza di questo territorio, intesa come la mitigazione dei rischi idrogeologici, la salvaguardia delle aree verdi e della biodiversità, l’eliminazione dell’inquinamento delle acque e del terreno, e la disponibilità di risorse idriche sono aspetti fondamentali per assicurare la salute dei cittadini e, sotto il profilo economico, per attrarre investimenti. Sulla base di queste premesse la Componente pone in campo azioni per rendere il Paese più resiliente agli inevitabili cambiamenti climatici, proteggendo la natura e le biodiversità... Gli investimenti contenuti in questa componente consentiranno quindi di mitigare e gestire meglio il rischio idrogeologico del nostro Paese, che negli ultimi anni è aumentato e ha reso sempre più importante la necessità di operare sinergicamente sia sul tema della pianificazione e prevenzione che sul versante della gestione delle emergenze per rendere il Paese più resiliente agli inevitabili cambiamenti climatici, proteggendo la natura e le biodiversità... Infine, gli investimenti contenuti in questa componente mirano a garantire la sicurezza, l’approvvigionamento e la gestione sostenibile delle risorse idriche lungo l’intero ciclo, andando ad agire attraverso una manutenzione straordinaria sugli invasi e completando i grandi schemi idrici ancora incompiuti, migliorando lo stato di qualità ecologica e chimica dell’acqua, la gestione a livello di bacino e l’allocazione efficiente della risorsa idrica tra i vari usi/settori (urbano, agricoltura, idroelettrico, industriale)” (p. 149).



1. L'evoluzione della disciplina della difesa del suolo e delle acque: la nascita delle Autorità di bacino.

A seguito dell'alluvione di Firenze del 1966, il Governo istituì una Commissione tecnica interministeriale, nota come "Commissione De Marchi", dal nome del suo presidente, allo scopo di individuare possibili azioni di programmazione ed operative per risolvere i problemi tecnici, economici, legislativi e amministrativi connessi alla sistemazione idraulica e alla difesa del suolo.

I lavori della Commissione durarono fino al 1970 e si conclusero con la redazione di una relazione nella quale venivano analizzati l'assetto idraulico ed idrogeologico del Paese, con indicazione delle vulnerabilità e delle carenze di approccio, sia a livello tecnico che di tipo organizzativo. La medesima relazione evidenziava come la difesa del suolo dovesse essere trattata attraverso un approccio sistemico, inquadrata nell'ambito di bacini idrografici unitari, mediante una pianificazione di bacino idonea a costituire la base delle attività di intervento amministrativo, strettamente coordinata con gli strumenti generali di pianificazione territoriale⁴.

In tale contesto, peraltro, con il decreto del Presidente della Repubblica n. 616 del 1977 veniva avviato anche il processo di decentramento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni, anche in materia urbanistica ricomprendenti, ai sensi dell'art. 80 "la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente", nonché quelle inerenti ai beni ambientali.

Le risultanze della Commissione De Marchi furono recepite dalla legislazione nazionale soltanto con la legge 18 maggio 1989, n. 183, recante norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo, che aveva quale obiettivo principale quello di "assicurare la difesa del suolo, il risanamento delle acque, la fruizione e la gestione del patrimonio idrico per gli usi di razionale sviluppo economico e sociale, la tutela degli aspetti ambientali ad essi connessi"⁵ e che, al fine di garantire l'uniformità della tutela e dell'attuazione della disciplina su tutto il territorio nazionale, stabiliva che le disposizioni in essa contenute costituissero "norme fondamentali di riforma economico- sociale, nonché principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 Cost."⁶.

La legge n. 183 per la prima volta considerava in maniera unitaria le fasi della pianificazione, programmazione ed attuazione degli interventi connessi con la tutela del suolo e delle acque, integrando gli aspetti relativi alla tutela dalle calamità con quelli relativi

⁴ Cfr. A. MURATORI, *La gestione «all'europea» del rischio alluvioni: nuove modalità per affrontare un vecchio problema*, in *Riv. Ambiente & Sviluppo*, n. 2/2009, p. 109. Peraltro, la Commissione De Marchi, ha adottato un approccio innovativo indagando i problemi della sistemazione idraulica e della difesa del suolo anche in relazione ai problemi agricoli e forestali.

⁵ Art. 1, comma 1, L. n. 183/1989

⁶ Art 1, comma 5, L. n. 183/1989

all'utilizzo delle acque⁷. A tale proposito, il "bacino idrografico"⁸ (di rilievo nazionale, interregionale o regionale) veniva individuato quale ambito territoriale unitario di gestione delle acque e per gli interventi di assetto del territorio; il piano di bacino costituiva lo strumento di pianificazione e di individuazione degli interventi relativi all'uso del suolo e alla tutela delle acque nonché, più in generale, del coordinamento degli interessi ambientali⁹.

Sul piano soggettivo, un ruolo centrale veniva attribuito all'Autorità di bacino¹⁰, organizzazione amministrativa costituita dalla legge con il principale scopo di predisporre il piano di bacino, avente "valore di piano territoriale di settore e ... strumento conoscitivo, normativo e tecnico operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo e la corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato"¹¹. Pertanto, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, la legge del 1989 aveva la finalità di superare una suddivisione amministrativa che ostacolava - e talvolta impediva - la possibilità di affrontare in maniera unitaria, e in una scala territoriale adeguata, i problemi legati al ciclo dell'acqua e alla difesa del suolo e a tale scopo istituiva le Autorità di bacino, aventi il compito di assicurare la difesa del suolo, il risanamento delle acque e la tutela degli aspetti ambientali, nell'ambito del bacino idrografico¹². Al riguardo, con riferimento alle competenze, la medesima legge del 1989 intervenne con "condizionamenti pesanti ed incisivi in più di una materia di competenza regionale"¹³ attribuendo - come detto - compiti rilevanti alle Autorità di bacino.

⁷ Cfr. M. ALBERTON - E. DOMORENOK, *La sfida della sostenibilità. Il governo multilivello delle risorse idriche*, CEDAM, Padova, 2011, PP. 73 ss.; P. LOMBARDI, *La difesa del suolo*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI, (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014, Vol. III, pp. 667 ss.; P. LOMBARDI, *L'evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato Regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2012, n. 3, pp. 121 ss.; L. SPALLINO, *Difesa del suolo e consumo di suolo*, in S. NESPOR e L. RAMACCI (a cura di) *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2022; P. URBANI, *Modelli organizzatori e pianificazione di bacino nella legge sulla difesa del suolo*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1993, pp. 50 ss.;

⁸ Il bacino era definito dalla Legge come "il territorio dal quale le acque pluviali o di fusione delle nevi e dei ghiacciai, defluendo in superficie, si raccolgono in un determinato corso d'acqua direttamente o a mezzo di affluenti, nonché il territorio che può essere allagato dalle acque del medesimo corso d'acqua, ivi compresi i suoi rami terminali con le foci in mare ed il litorale marittimo prospiciente; qualora un territorio possa essere allagato dalle acque di più corsi d'acqua, esso si intende ricadente nel bacino idrografico il cui bacino imbrifero montano ha la superficie maggiore"

⁹ Cfr. G. GARZIA, *La pianificazione delle acque nel sistema dei piani regionali e locali*, in *Foro amm.*, 2006, pp. 298 ss.; P. STELLA RICHTER, *I piani di bacino*, in F. BASSI - L. MAZZAROLI (a cura di), *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, Torino, 2000, pp. 29 ss.

¹⁰ Sulle Autorità di bacino disciplinate dalla Legge del 1989 cfr. P. URBANI, *Le autorità di bacino di rilievo nazionale: pianificazione, regolazione e controllo nella difesa del suolo*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi, Modena, 1996, V.4, pp. 1687 ss.

¹¹ Art. 17, L. n. 183/1989. Sui piani di bacino nella legge n. 183/1989, cfr. L. RAINALDI, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Giuffrè, Milano, 1992,

¹² Cfr. M. DE BENEDETTO, *Gli Ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Rivista giuridica Amministrazione in Cammino*, 31 maggio 2017, pp. 7 ss.

¹³ P. LOMBARDI, *L'evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato Regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, cit., p. 123



Ciò indusse alcune Regioni e le Province Autonome ad adire la Corte costituzionale, sostenendo che la legge comportasse una compromissione delle loro competenze e autonomie.

La Corte tuttavia rigettò i ricorsi rilevando in primo luogo che *“la difesa del suolo è una finalità il cui raggiungimento coinvolge funzioni e materie assegnate tanto alla competenza statale quanto a quella regionale (o provinciale). Essendo, dunque, un obiettivo comune allo Stato e alle Regioni, la difesa del suolo può essere perseguita soltanto attraverso la via della cooperazione fra l’uno e gli altri soggetti. Naturalmente le forme della cooperazione possono essere svariate, poiché oscillano dalla concorrenza (paritaria o non) delle due parti nella produzione del medesimo atto (intese, pareri, etc.) al coordinamento dell’esercizio delle rispettive funzioni, dalla possibilità di utilizzazione di organi dell’altra parte alla creazione di “organi misti” in cui siano rappresentate, paritariamente o non, le due parti”*¹⁴. A tale proposito, la Corte ritenne che la figura delle Autorità di bacino – e la relativa composizione mista degli organici collegiali, di esponenti dei Ministeri e delle Regioni – costituisca una forma costituzionalmente legittima di cooperazione istituzionale dello Stato e delle Regioni¹⁵.

Tale valutazione del Giudice delle Leggi in ordine alle Autorità e all’insieme delle competenze ad esse attribuito dalla legge assume grande rilevanza e sostanzialmente ne rappresenta la ragion d’essere e il modello di funzionamento anche attuale¹⁶, pure in un quadro costituzionalmente modificato relativamente al riparto di competenze legislative, fermo restando che la tutela dell’ambiente – di cui suolo e acque rappresentano una componente essenziale – rientra tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Alla legge n. 183/1989 ha fatto seguito una legislazione di emergenza costituita, in primo luogo, per quanto rileva in questa sede, dal D.L. n. 180/1998, emanato a seguito dell’alluvione di Sarno del maggio 1998, il quale prevedeva che le Autorità di bacino adottassero, entro un anno, piani stralcio per l’assetto idrogeologico (c.d. PAI) con individuazione e perimetrazione delle aree a rischio idrogeologico.

1.1. La trasformazione delle Autorità in Autorità distrettuali.

Nella ricostruzione della disciplina in materia di tutela del suolo e delle acque, costituisce certamente un elemento di grande rilievo la Direttiva 2000/60/CE, che istituisce un quadro

¹⁴ Cfr. Corte Cost., 26 febbraio 1990, n. 85

¹⁵ In particolare, la Corte ha affermato che *“il governo dei bacini idrografici di rilievo nazionale è affidato a “autorità” appositamente costituite, alla cui composizione concorrono sia rappresentanti statali che regionali (o provinciali). Di per sé, pertanto, l’istituzione di tali “organi misti” non può considerarsi costituzionalmente illegittima, dal momento che rientra fra le possibilità che il legislatore ha di conformare la cooperazione fra Stato e Regioni in relazione al perseguimento di obiettivi comportanti numerosi punti di interferenza e di intreccio tra competenze statali e competenze regionali. Né può dirsi che la creazione delle suddette istituzioni sia di per sé irragionevole, poiché, anzi, quando ricorrono ipotesi di discipline funzionalmente e materialmente complesse e di reti pianificatorie particolarmente articolate, appare tutt’altro che arbitrario prevedere istituzioni a composizione mista dirette a fungere da supporto di organizzazione e di direzione unitaria del complesso governo del settore”*.

¹⁶Cfr. E BUOSO, *Difesa del suolo e sua tutela*, in (PAOLO DELL’ANNO – EUGENIO PICOZZA diretto da) *Trattato di diritto dell’ambiente*, Vol III, CEDAM, Padova, 2015, pp. 583 ss.; R. PEPE, *La natura giuridica delle Autorità di bacino*, in *Riv. Trim. st. e doc.*, 2010, pp. 105 ss.



per l'azione comunitaria in materia di acque (c.d. Direttiva quadro acque)¹⁷. Al riguardo, si deve rilevare che la normativa nazionale previgente appariva, con riferimento alla materia della tutela del suolo e delle acque, ampiamente “anticipatrice” di quella contenuta nella Direttiva, a tal punto che larga parte della stessa è stata poi trasfusa nella nuova disciplina nazionale di attuazione della normativa comunitaria.

La Direttiva ha l’obiettivo principale di ottenere un buono stato delle acque e tale finalità persegue mediante – tra l’altro – l’individuazione da parte degli Stati membri di bacini idrografici, da raggrupparsi in distretti idrografici secondo i criteri elaborati a livello comunitario¹⁸. I distretti “diventano dunque la sede più idonea per la pianificazione, il coordinamento e l’adozione dei programmi di misure e delle azioni volti a realizzare gli obiettivi della direttiva, stabilendo una stretta connessione tra la dimensione territoriale e quella funzionale delle risorse idriche”¹⁹.

Sotto un profilo organizzativo, viene prevista l’istituzione di autorità preposte a garantire il coordinamento e l’uniformità degli strumenti di gestione e tutela. La Direttiva lascia agli Stati membri decidere se le funzioni delle Autorità siano attribuite ad organismi già esistenti o se creare nuovi soggetti, la cui composizione e modo di funzionamento sono rimessi alla discrezionalità degli stessi Stati.

A livello nazionale, con il D.lgs. n. 152/2006, recante il c.d. “Codice dell’Ambiente”, il Legislatore, nell’ambito della disciplina della tutela del suolo e delle acque, è intervenuto sia “riportando” alcune disposizioni della legge del 1989 sia recependo quelle della Direttiva quadro acque in attuazione della quale ha introdotto alcune rilevanti novità relativamente alla disciplina delle Autorità di bacino. A tale proposito, l’obiettivo delle disposizioni della Sezione I della Parte III del Codice dell’Ambiente è più ampio di quello della legislazione previgente del 1989 in quanto esse sono finalizzate “ad assicurare la tutela e il risanamento del suolo e del sottosuolo, il risanamento idrogeologico del territorio tramite la prevenzione dei fenomeni di dissesto, la messa in sicurezza delle situazioni a rischio e la lotta alla desertificazione”²⁰ e sul punto acquista rilievo la definizione di suolo prevista ai fini dell’applicazione della Parte III del Codice che include non solo “lo strato più superficiale della crosta terrestre situato tra il substrato roccioso e la superficie”, ma “anche il territorio, il sottosuolo, gli abitati e le opere infrastrutturali”²¹. Sicché “l’inserimento della disciplina della tutela del suolo nel Codice dell’ambiente ne sottolinea opportunamente una nuova considerazione nella veste di fattore ambientale fondamentale e insostituibile”.²²

¹⁷ Sulla c.d. “Direttiva quadro acque” e la relativa attuazione cfr. *ex multis*; M. ALBERTON, M. PERTILE, P. TURRINI (a cura di), *La direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell’Unione Europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all’Italia*, Università degli Studi di Trento, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; P. URBANI, *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque*, in *Riv. Giur. Amb.*, n. 2/2004, pp. 210 ss.

¹⁸ Cfr. art. 3 Direttiva

¹⁹ M. ALBERTON, M. PERTILE, P. TURRINI, *op. cit.*, p. 13

²⁰ Cfr. art. 53, comma 1, D.lgs. n. 152/2006.

²¹ Art. 5, comma 1, *lett v-quater*, D.lgs. n. 152/2006

²² E. BUOSO, *op. cit.*, p. 571



Con specifico riferimento all'argomento oggetto di esame, l'art. 63, comma 3, D.lgs. n. 152/2006 ha previsto l'abolizione delle Autorità di bacino esistenti con attribuzione delle relative funzioni²³ alle costituende sette (nella sua versione originaria, otto) Autorità di bacino distrettuali²⁴. Invero, attraverso l'individuazione di sette bacini distrettuali (originariamente otto)²⁵ sul territorio nazionale, il Legislatore ha ampliato la base territoriale di riferimento delle Autorità di bacino collegandola al "distretto idrografico", definito come "l'area di terra e di mare, costituita da uno o più bacini idrografici limitrofi e dalle rispettive acque sotterranee e costiere"²⁶. In tal modo, le Autorità di bacino sono divenute un modello organizzativo unitario, essendo venuta meno la "tripartizione" prevista dalla legislazione previgente di Autorità di livello nazionale, ultraregionale e regionale e conseguentemente si è resa necessaria una profonda "riorganizzazione di carattere amministrativo"²⁷, anche per la transizione dal precedente al nuovo assetto. A tale proposito, per quanto le Autorità di bacino distrettuali siano state introdotte fin dal 2006, "le vecchie Autorità di bacino hanno continuato a svolgere le loro funzioni"²⁸ per un lunghissimo lasso di tempo. In particolare, l'art. 1, comma 3, D.lgs. n. 284/2006 aveva introdotto un regime transitorio, inserendo nell'art. 170 del D.lgs. n. 152/2006 il comma 2-bis a norma del quale "nelle more della costituzione dei distretti idrografici di cui al Titolo II della Parte terza del presente decreto e della revisione della relativa legislativa, con un decreto legislativo correttivo, le autorità di bacino di cui alla legge 18 maggio 1989 n. 183, sono prorogate fino alla data di entrata in vigore del decreto correttivo che, ai sensi dell'art. 1, comma 6, della L. n. 308 del 2004, definisca la relativa disciplina"²⁹.

L'art. 51, L. n. 221/2015 (c.d. Collegato Ambientale), nel riscrivere l'art. 63, D.lgs. n. 152/2006, ha previsto che, con decreto ministeriale, sarebbero stati disciplinati l'attribuzione e il trasferimento alle Autorità di bacino distrettuali del personale e delle risorse strumentali, ivi comprese le sedi, e finanziarie delle Autorità di bacino di cui alla legge 18 maggio 1989, n. 183. Di fatto, l'effettiva costituzione delle "nuove" Autorità di bacino distrettuali è quindi avvenuta solo nel febbraio 2017, con l'entrata in vigore del Decreto del Ministro

²³ Peraltro, come rilevato in dottrina, la soppressione delle Autorità di bacino attraverso il D.lgs. n. 152/2006 poneva alcune problematiche di conflitto tra norme statali e norme regionali atteso che le Autorità di bacino erano state istituite con provvedimenti regionali. Cfr. M. ALBERTON, *L'attività delle Autorità di bacino alla luce dei recenti sviluppi in tema di governo delle acque*, in *Le Istituzioni del federalismo: regione e governo locale*, 2010, pp. 363 ss.

²⁴ Le Autorità di bacino sono: Autorità di Bacino Distrettuale delle Alpi Orientali; Autorità di Bacino Distrettuale del Fiume Po; Autorità di Bacino Distrettuale dell'Appennino Settentrionale; Autorità di Bacino Distrettuale dell'Appennino Centrale; Autorità di Bacino Distrettuale dell'Appennino Meridionale; Autorità di bacino regionale della Sardegna; Autorità di Bacino del Distretto Idrografico della Sicilia.

²⁵ Art. 51, comma 5, L. n. 221/2015

²⁶ Art. 74, comma 2, lett. o), del D.lgs. n. 152/2006

²⁷ G. GARZIA, *La pianificazione delle acque nel sistema dei piani regionali e locali*, cit., p. 299.

²⁸ Corte cost., sent. n. 232/2009, cons. in dir. n. 13.4.

²⁹ Inoltre, lo stesso D.lgs. dell'8 novembre 2006, n. 284, stabiliva, all'art. 1, comma 4, che «Fino alla data di entrata in vigore del decreto legislativo correttivo di cui al comma 2-bis dell'articolo 170 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, come inserito dal comma 3, sono fatti salvi gli atti posti in essere dalle autorità di bacino dal 30 aprile 2006».



dell’Ambiente n. 294/2016, ossia dopo oltre un decennio di proroghe nel quale hanno continuato ad operare le originarie Autorità di bacino³⁰.

Nelle more dell’entrata in funzione delle Autorità distrettuali, le competenze delle stesse sono state aumentate dal Legislatore, per effetto della Direttiva 2007/60/CE relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni (c.d. Direttiva Alluvioni) recepita a livello nazionale dal D.lgs. n. 49/2010. A tale riguardo, la Direttiva Alluvioni si pone come complementare a quella relativa alle Acque *“che, pur ponendosi obiettivi di tutela del suolo e mitigazione degli effetti delle inondazioni come corollario dell’approccio olistico in tema di risorse idriche, non affronta specificamente la questione del rischio idrogeologico derivante dalle alluvioni”*³¹. Essa ha quale obiettivo principale quello di *“istituire un quadro per la valutazione e la gestione dei rischi di alluvioni volto a ridurre le conseguenze negative per la salute umana, l’ambiente, il patrimonio culturale e le attività economiche connesse con le alluvioni all’interno della Comunità”*³² e, per quanto rileva in questa sede, riconosce che, nonostante le alluvioni non siano di per sé prevedibili, *“le misure per ridurre tali rischi dovrebbero, per quanto possibile, essere coordinate a livello di bacino idrografico”*³³ e dunque il presupposto per l’applicazione della Direttiva Alluvioni è la costituzione dei distretti al pari di quanto previsto dalla Direttiva Quadro Acque.

Pur lasciando la Direttiva agli Stati membri la facoltà di affidare le funzioni dalla stessa indicate alle medesime Autorità previste dalla Direttiva Acque ovvero ad altri soggetti, il Legislatore nazionale, con il D.lgs. n. 49/2010, ha accentrato in capo alle Autorità di cui all’art. 63, D.lgs. n. 152/2006 i compiti previsti dalla disciplina comunitaria³⁴.

2. Organizzazione delle Autorità di bacino distrettuali.

In ciascun distretto idrografico di cui all’art. 64 del Codice dell’Ambiente è quindi stata istituita l’Autorità di bacino distrettuale espressamente qualificata come ente pubblico non economico, come tale assoggettata anche al controllo di gestione della Corte dei conti³⁵, nonché alla vigilanza del Ministro dell’Ambiente, che approva le deliberazioni della conferenza istituzionale permanente³⁶, nonché – di concerto con il Ministro dell’Economia - lo statuto, i bilanci preventivi, i conti consuntivi e le variazioni di bilancio, il regolamento

³⁰ Cfr. M. ALBERTON, *L’attività delle Autorità di bacino alla luce dei recenti sviluppi in tema di governo delle acque, cit.*, che, con riferimento alla proroga del funzionamento delle “vecchie” Autorità, parla di *“paradigma di Lazzaro”* (p. 573).

³¹ M. ALBERTON, M. PERTILE, P. TURRINI (a cura di), *op. cit.*, p. 20.

³² Cfr. art.1 Direttiva

³³ Preambolo, parr. 3 e 5.

³⁴ L’art. 3, comma 1, D.lgs. n. 49/2010 stabilisce che *“Ferme restando le competenze del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, agli adempimenti di cui agli articoli 4, 5, 6 e 7, comma 3, lettera a), provvedono, secondo quanto stabilito agli stessi articoli, le autorità di bacino distrettuali di cui all’articolo 63 del decreto legislativo n. 152 del 2006, alle quali, ai sensi dell’articolo 67 dello stesso decreto, compete l’adozione dei piani stralcio di distretto per l’assetto idrogeologico”*.

³⁵ Cfr. art. 6, comma 1, D.M. 294/2016

³⁶ Cfr. art. 63, comma 5, D.lgs. n. 152/2006



di amministrazione e contabilità, la pianta organica, il piano del fabbisogno del personale e gli atti regolamentari generali dell'Autorità³⁷.

A norma dell'art. 63 del Codice dell'Ambiente sono organi delle Autorità di bacino distrettuali: la conferenza istituzionale permanente (nota anche come CIP), il segretario generale, la conferenza operativa, la segreteria tecnica operativa e, in conformità alle previsioni della normativa vigente, il collegio dei revisori dei conti³⁸.

La conferenza istituzionale permanente (CIP) è l'organo di indirizzo politico dell'Autorità e ne adotta gli atti di indirizzo, coordinamento e pianificazione³⁹ e in particolare, "adotta criteri e metodi per l'elaborazione del Piano di bacino in conformità agli indirizzi e ai criteri di cui all'articolo 57"⁴⁰ e "adotta il Piano di bacino e i suoi stralci"⁴¹; inoltre delibera in ordine ai principali atti organizzativi dell'Autorità, quali lo statuto, i bilanci preventivi, i conti consuntivi e le variazioni di bilancio, il regolamento di amministrazione e contabilità, la pianta organica, il piano del fabbisogno del personale e gli atti regolamentari generali.

Il piano di bacino, come meglio si vedrà di seguito, è sovraordinato alle altre pianificazioni regionali e locali e produce un consistente impatto sia sulle attività dei soggetti pubblici che di quelli privati, anche in materia urbanistica⁴². Conseguentemente, alla luce dei contenuti e del valore del piano di bacino, la CIP assolve una funzione molto delicata, anche di composizione di diversi interessi pubblici, facenti capo a diverse amministrazioni, che possono in taluni casi risultare potenzialmente o concretamente confliggenti, nel rispetto dell'assetto costituzionale delle competenze legislative e amministrative fissato dalla riforma del 2001.

Pertanto, acquista rilievo la composizione del suddetto organo e le relative modalità di funzionamento.

La CIP è composta dai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome il cui territorio è interessato dal distretto idrografico, o dagli assessori dai medesimi delegati, nonché dal Ministro dell'Ambiente, dal Ministro delle Infrastrutture, o dai sottosegretari dagli stessi delegati, oltre che dal Capo del Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del

³⁷ Cfr. art. 6, commi 3 e 4 D.M. 294/2016

³⁸ Tali organi sono quasi completamente coincidenti con quelli che erano stabiliti dall'art. 12 della L. n. 183/1989, ossia il comitato istituzionale, il comitato tecnico, il segretario generale e la segreteria tecnico-operativa. In particolare, il comitato istituzionale doveva stabilire i criteri e i metodi per l'elaborazione dei piani di bacino; il comitato tecnico, presieduto dal segretario generale e costituito dai funzionari designati in pari numero dalle amministrazioni statali e da quelle regionali presenti nel comitato istituzionale, svolgeva attività di consulenza del comitato istituzionale; il segretario generale si occupava di favorire lo svolgimento delle varie attività da parte dell'autorità di bacino curandone gli adempimenti necessari e riferendo al comitato istituzionale sullo stato di attuazione del piano di bacino; la segreteria tecnico-operativa, infine, svolgeva attività operativa nell'ambito dell'ingegneria, dell'idrologia, della geologia, delle scienze ambientali, della pianificazione territoriale ed urbanistica, oltreché in campo giuridico, amministrativo ed economico.

³⁹ Cfr. art. 63, comma 5, D.Lgs. n. 152/2006.

⁴⁰ Art. 63, comma 6, lett. a)

⁴¹ Art. 63, comma 6, lett. e)

⁴² Cfr. sul punto, 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.*, 2010, n. 2, pp. 93 ss.



Consiglio dei ministri. Inoltre, nei casi in cui siano coinvolti i rispettivi ambiti di competenza, partecipano altresì alla CIP il Ministro delle politiche agricole e il Ministro della cultura, ovvero i sottosegretari dagli stessi delegati.

Come chiarito dall'art. 63, comma 5, D.lgs. n. 152/2006, la conferenza istituzionale permanente è validamente costituita con la presenza di almeno tre membri, tra i quali necessariamente il Ministro dell'Ambiente, e delibera a maggioranza dei presenti. Dunque, la CIP è un organo collegiale i cui membri sono tutti "esterni" all'Autorità e la sua composizione manifesta l'intenzione del legislatore di creare un coordinamento tra gli interessi locali e regionali, con quelli statali.

A tale proposito, occorre rimarcare che – così come accaduto con riferimento alla Legge del 1989 – anche con riferimento alla disciplina del 2006 e al ruolo e alle competenze delle Autorità di Bacino dalla stessa disegnato è stata sollevata questione di costituzionalità dalle Regioni per violazione delle loro competenze. Anche in tal caso, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'assetto delle competenze previsto dalla Legge sia conforme a Costituzione, affermando che *"se è vero che le competenze di tale nuovo organismo possono indirettamente avere conseguenze su ambiti materiali di competenza concorrente (come il governo del territorio), è anche vero che il coinvolgimento delle Regioni è assicurato dalla norma in esame che prevede la partecipazione dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome il cui territorio è interessato dal distretto idrografico di cui di volta in volta si tratta, alla Conferenza istituzionale permanente (art. 63, comma 4), principale organo dell'Autorità di bacino che assomma le vaste competenze elencate nel comma 5 dello stesso art. 63. Non sussiste, pertanto, la denunziata violazione delle attribuzioni regionali garantite dagli artt. 117 e 118 Cost. e del principio di leale collaborazione"*⁴³. Inoltre, la stessa Corte ha precisato che le disposizioni di cui agli artt. 63 e 64 D.lgs. n. 152/2006 non attengono alla materia del "governo del territorio", bensì *"attengono pienamente alla materia della tutela dell'ambiente, le Autorità di bacino distrettuale essendo preposte a compiti rientranti in quelli previsti in generale dalla sezione I della Parte III del D.lgs. n. 152 del 2006. Pertanto non è ravvisabile alcuna invasione di competenze regionali, né il principio di leale collaborazione richiede necessariamente che negli organismi a composizione mista la componente regionale sia numericamente equivalente a quella statale"*. Dunque, la Corte ha ricondotto le disposizioni che concernenti l'organizzazione e le competenze delle Autorità alla materia "tutela dell'ambiente" e perciò ha ritenuto le stesse conformi all'assetto e al riparto di competenze fissato in Costituzione, affermando che il modello organizzativo della CIP garantisce in maniera "costituzionalmente adeguata" la rappresentanza delle Regioni.

Occorre sottolineare che, alla luce delle disposizioni normative richiamate, la composizione della CIP non è "fissa", ma variabile e si diversifica a seconda della "ampiezza" del distretto di riferimento e degli interessi oggetto di valutazione, potendo accadere che la componente facente capo alle Regioni risulti (numericamente) preponderante poichè la prevalenza dei componenti "statali" o "regionali" dipende sostanzialmente dall'oggetto della CIP e (soprattutto) dal numero delle Regioni che appartengono al distretto.

Tuttavia le deliberazioni non possono essere assunte senza la presenza del Ministro dell'Ambiente (o del suo delegato) al quale spetta in ogni caso l'approvazione delle delibere

⁴³ Corte cost, 23 luglio 2009, n. 232



della CIP, ai sensi dell'art. 63, comma 5, D.lgs n. 152/2006, nell'ambito del proprio potere di vigilanza.

Sotto tale profilo, la doppia veste del Ministro, di componente della CIP e di soggetto vigilante cui è attribuito il potere di approvazione delle delibere, è assai singolare e occorre chiedersi se possa verificarsi la circostanza che siano adottate deliberazioni su cui il Ministro abbia espresso, in qualità di componente, voto negativo e sulle quali lo stesso Ministro è chiamato ad esprimersi per l'approvazione, potendosi configurare una sorta di "potere di veto". Ciò comporta, in buona sostanza, che, al fine di approvare una delibera, debba essere preventivamente raggiunta una condivisione tra le diverse "anime" dell'organo collegiale.

Anche per l'approvazione del piano di bacino (e dei relativi stralci) la componente statale sembra acquisire un ruolo determinante, atteso che il piano viene adottato dalla CIP e approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Ambiente, sentita la Conferenza Stato- Regioni⁴⁴.

La conferenza operativa è un organo collegiale con funzioni di tipo consultivo e tecnico, che esprime pareri sul Piano di bacino distrettuale e i relativi stralci, tra cui il piano di gestione del bacino idrografico, che deve essere elaborato dall'Autorità di bacino distrettuale, ed emana direttive, anche tecniche, al fine di consentire all'Autorità di bacino distrettuale di esprimere i pareri *"sulla coerenza con gli obiettivi del Piano di bacino dei piani e programmi dell'Unione europea, nazionali, regionali e locali relativi alla difesa del suolo, alla lotta alla desertificazione, alla tutela delle acque e alla gestione delle risorse idriche"*⁴⁵.

In particolare, la conferenza operativa è convocata dal segretario generale, che la presiede, ed è composta da rappresentanti delle amministrazioni presenti nella CIP. Inoltre, alla conferenza operativa possono essere invitati, in funzione consultiva, due rappresentanti delle organizzazioni agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale e un rappresentante dell'ANBI-Associazione nazionale consorzi di gestione e tutela del territorio e acque irrigue, per i problemi legati alla difesa del suolo e alla gestione delle acque irrigue.

La conferenza operativa delibera a maggioranza dei tre quinti dei presenti e può essere integrata, per le attività istruttorie, da esperti appartenenti a enti, istituti e società pubbliche, designati dalla conferenza istituzionale permanente e nominati con decreto del Ministro dell'Ambiente, senza però diritto di voto.

Altro organo dell'Autorità è il segretario generale che, ai sensi dei commi 7 e 8 del medesimo art. 63 del D.lgs. n. 152/2006, è il rappresentante legale dell'Autorità e provvede agli adempimenti necessari al funzionamento dell'Autorità di bacino, all'istruttoria degli atti di competenza della conferenza istituzionale permanente alla quale formula proposte, alla promozione della collaborazione tra le amministrazioni statali, regionali e locali, ai fini del coordinamento delle rispettive attività.

Inoltre, cura l'attuazione delle direttive della conferenza operativa e riferisce semestralmente alla conferenza istituzionale permanente sullo stato di attuazione del Piano di bacino.

⁴⁴ Cfr. combinato disposto degli artt. 66, comma 6 e dell'art. 57, comma 1, n. 2, lett a), D.lgs. n. 152/2006

⁴⁵ Art. 63, comma 9, D.lgs. n. 152/2006



Infine, al segretario generale è demandato il compito di curare la raccolta dei dati relativi agli interventi programmati e attuati nonché alle risorse stanziare per le finalità del Piano di bacino da parte dello Stato, delle Regioni e degli enti locali e comunque agli interventi da attuare nell'ambito del distretto, qualora abbiano attinenza con le finalità del Piano medesimo, rendendoli accessibili alla libera consultazione nel sito internet dell'Autorità.

Pertanto, il Segretario Generale assolve importanti compiti sia per quanto attiene alla gestione dell'Ente sia in materia istruttoria ed operativa, dovendo favorire il dialogo tra le diverse amministrazioni, verificare l'attuazione delle direttive assunte dalla conferenza operativa e procedere alla raccolta dei dati relativi agli interventi programmati e attuati nonché alle risorse stanziare per le finalità del Piano di bacino.

Il suddetto organo è nominato per cinque anni con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministero dell'Ambiente e le modalità di nomina evidenziano la volontà del legislatore di consentire al governo centrale di mantenere un controllo diretto sulle autorità di distretto: l'indicazione del nominativo da parte del dicastero di riferimento è evidentemente significativo della funzione dell'ente di gestione della risorsa idrica all'interno dell'assetto istituzionale dell'ambiente⁴⁶.

La Segreteria tecnica è composta dal Segretario Generale, che la presiede, e da organi professionali dell'Autorità nonché – in taluni casi – da dirigenti regionali che operano in settori rilevanti per lo svolgimento delle funzioni dell'Autorità.

Le funzioni e la composizione della segreteria tecnica operativa non sono fissate direttamente dalla disciplina legislativa e sono quindi rimesse all'autonomia statutaria delle Autorità.

In particolare, tale organo è preposto allo svolgimento di attività di carattere tecnico e in particolare quelle di cui all'art. 63, comma 10, D.lgs. n. 152/2006 e pertanto elabora il Piano di bacino distrettuale e i relativi stralci, tra cui il piano di gestione del bacino idrografico e il piano di gestione del rischio di alluvioni, nonché i programmi di intervento; esprime parere sulla coerenza con gli obiettivi del Piano di bacino dei piani e programmi dell'Unione Europea, nazionali, regionali e locali relativi alla difesa del suolo, alla lotta alla desertificazione, alla tutela delle acque e alla gestione delle risorse idriche.

3. Le competenze dell'Autorità in materia di pianificazione.

L'attività certamente preponderante delle Autorità – anche per l'impatto che la stessa produce rispetto agli enti territoriali, agli operatori economici e ai privati cittadini - concerne l'elaborazione del piano di bacino che attiene al distretto idrografico.

Stabilisce infatti l'art. 63, comma 10, D.lgs. n. 152/2006 che essa provvede "a) a elaborare il Piano di bacino distrettuale e i relativi stralci, tra cui il piano di gestione del bacino idrografico, previsto dall'articolo 13 della direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, e successive modificazioni, e il piano di gestione del rischio di alluvioni, previsto dall'articolo 7 della direttiva 2007/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, nonché i programmi di intervento; b) a esprimere parere sulla coerenza con gli obiettivi del Piano di

⁴⁶ Cfr. D.A. ROTTGEN - A. FARÌ, *Codice dell'Ambiente commentato*, Il Sole 24 Ore, Milano-Roma, 2021, p. 67.



bacino dei piani e programmi dell'Unione europea, nazionali, regionali e locali relativi alla difesa del suolo, alla lotta alla desertificazione, alla tutela delle acque e alla gestione delle risorse idriche". Dunque, l'Autorità non solo elabora il Piano di bacino distrettuale nelle sue diverse componenti (o stralci), ma verifica anche la coerenza con gli obiettivi del Piano medesimo, di tutti i piani e i programmi europei nazionali, regionali e infraregionali relativi a tematiche che, nel loro insieme, possono definirsi di tutela ambientale.

Al riguardo, come in precedenza anticipato, in attuazione della Direttiva Quadro Acque, l'ambito territoriale di riferimento di ciascuna Autorità è il "distretto idrografico" che consiste in una "area di terra e di mare, costituita da uno o più bacini idrografici limitrofi e dalle rispettive acque sotterranee e costiere che costituisce la principale unità per la gestione dei bacini idrografici"⁴⁷; il "bacino idrografico" è "il territorio nel quale scorrono tutte le acque superficiali attraverso una serie di torrenti, fiumi ed eventualmente laghi per sfociare al mare in un'unica foce, a estuario o delta"⁴⁸.

Il Piano di bacino è disciplinato dall'art. 65, D.lgs. n. 152/2006 che lo definisce come "lo strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo ed alla corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato".

I contenuti del piano sono raggruppabili in quattro categorie di elementi che debbono essere in esso ricompresi, ossia: elementi di carattere descrittivo, di carattere normativo e prescrittivo, di carattere tecnico-operativo ed elementi di natura programmatica⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. direttiva 2000/60/CE, art. 54, lett. t).

⁴⁸ Cfr. direttiva 2000/60/CE, art. 54, lett. r).

⁴⁹ In particolare, l'art. 65, comma 3, D.lgs. n. 152/2006 stabilisce che «Il Piano di bacino, in conformità agli indirizzi, ai metodi e ai criteri stabiliti dalla Conferenza istituzionale permanente di cui all'articolo 63, comma 4, realizza le finalità indicate all'articolo 56 e, in particolare, contiene, unitamente agli elementi di cui all'Allegato 4 alla parte terza del presente decreto:

a) il quadro conoscitivo organizzato ed aggiornato del sistema fisico, delle utilizzazioni del territorio previste dagli strumenti urbanistici comunali ed intercomunali, nonché dei vincoli, relativi al distretto, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42;

b) la individuazione e la quantificazione delle situazioni, in atto e potenziali, di degrado del sistema fisico, nonché delle relative cause;

c) le direttive alle quali devono uniformarsi la difesa del suolo, la sistemazione idrogeologica ed idraulica e l'utilizzazione delle acque e dei suoli;

d) l'indicazione delle opere necessarie distinte in funzione:

1) dei pericoli di inondazione e della gravità ed estensione del dissesto;

2) dei pericoli di siccità;

3) dei pericoli di frane, smottamenti e simili;

4) del perseguimento degli obiettivi di sviluppo sociale ed economico o di riequilibrio territoriale nonché del tempo necessario per assicurare l'efficacia degli interventi;

e) la programmazione e l'utilizzazione delle risorse idriche, agrarie, forestali ed estrattive;

f) la individuazione delle prescrizioni, dei vincoli e delle opere idrauliche, idraulico-agrarie, idraulico-forestali, di forestazione, di bonifica idraulica, di stabilizzazione e consolidamento dei terreni e di ogni altra azione o norma d'uso o vincolo finalizzati alla conservazione del suolo ed alla tutela dell'ambiente;

g) il proseguimento ed il completamento delle opere indicate alla lettera f), qualora siano già state intraprese con stanziamenti disposti da leggi speciali, da leggi ordinarie, oppure a seguito dell'approvazione dei relativi atti di programmazione;



In particolare, il piano di bacino contiene la pianificazione e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, difesa e valorizzazione del suolo e di corretta utilizzazione delle acque (art. 65, comma 1), in conformità ai criteri stabiliti dalla conferenza istituzionale permanente (comma 3). Si tratta di un piano contenente direttive alle quali devono uniformarsi la difesa del suolo, la sistemazione idrogeologica ed idraulica, l'utilizzazione delle acque e dei suoli (art. 65, comma 3, lett. c). Nell'ambito dell'ampio elenco di elementi (come dettagliato nell'allegato 4 alla Parte terza del decreto) richiamati dalla norma, vanno menzionati – per la diretta attinenza con la materia della tutela dell'ambiente – la valutazione preventiva dell'impatto ambientale dei principali interventi previsti (comma 3, lett. l), la determinazione delle norme d'uso e dei vincoli per la conservazione del suolo e la tutela dell'ambiente (lett. f), la normazione sulle estrazioni di materiale litoide dalle aree demaniali fluviali, lacuali e marittime (lett. m), l'indicazione di zone da assoggettare a speciali vincoli di protezione (lett. n), la statuizione delle priorità degli interventi e la previsione delle risorse finanziarie necessarie (lett. s) e t)⁵⁰.

Per quanto concerne l'approvazione dei piani di bacino, l'art. 66, D.lgs. n. 152/2006 stabilisce che, prima della loro approvazione, gli stessi siano sottoposti alla verifica di assoggettabilità alla valutazione ambientale strategica (VAS). Di seguito, la loro adozione è rimessa alla CIP.

L'adozione del piano deve essere pubblicata con le forme e con le modalità previste dal Codice dell'Ambiente con riferimento alla procedura di VAS in sede statale. Una volta conclusa la procedura di valutazione ambientale strategica, i piani di bacino sono approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri⁵¹.

h) le opere di protezione, consolidamento e sistemazione dei litorali marini che sottendono il distretto idrografico;
i) i meccanismi premiali a favore dei proprietari delle zone agricole e boschive che attuano interventi idonei a prevenire fenomeni di dissesto idrogeologico;

l) la valutazione preventiva, anche al fine di scegliere tra ipotesi di governo e gestione tra loro diverse, del rapporto costi-benefici, dell'impatto ambientale e delle risorse finanziarie per i principali interventi previsti;

m) la normativa e gli interventi rivolti a regolare l'estrazione dei materiali litoidi dal demanio fluviale, lacuale e marittimo e le relative fasce di rispetto, specificatamente individuate in funzione del buon regime delle acque e della tutela dell'equilibrio geostatico e geomorfologico dei terreni e dei litorali;

n) l'indicazione delle zone da assoggettare a speciali vincoli e prescrizioni in rapporto alle specifiche condizioni idrogeologiche, ai fini della conservazione del suolo, della tutela dell'ambiente e della prevenzione contro presumibili effetti dannosi di interventi antropici;

o) le misure per contrastare i fenomeni di subsidenza e di desertificazione, anche mediante programmi ed interventi utili a garantire maggiore disponibilità della risorsa idrica ed il riuso della stessa;

p) il rilievo conoscitivo delle derivazioni in atto con specificazione degli scopi energetici, idropotabili, irrigui od altri e delle portate;

q) il rilievo delle utilizzazioni diverse per la pesca, la navigazione od altre;

r) il piano delle possibili utilizzazioni future sia per le derivazioni che per altri scopi, distinte per tipologie d'impiego e secondo le quantità;

s) le priorità degli interventi ed il loro organico sviluppo nel tempo, in relazione alla gravità del dissesto;

t) l'indicazione delle risorse finanziarie previste a legislazione vigente».

⁵⁰ Cfr. P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, CEDAM, Padova, 2021, pp. 136 ss.

⁵¹ Al riguardo, è stato rilevato che "il piano di bacino, pur avendo riguardo a misure di conservazione degli equilibri ambientali di suolo e acqua, è il risultato di un insieme di decisioni assunte tanto da organismi tecnici quanto da organismi politici, con una prevalenza di questi ultimi". Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Governo del territorio e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino, 2015,



Particolare rilievo assume il valore giuridico del piano.

Esso è in primo luogo qualificato dalla norma come “piano territoriale di settore” ma, mentre il requisito della “territorialità” appare coerente con le caratteristiche del piano di bacino, in quanto “l’espressione piano territoriale viene normalmente utilizzata con riferimento a piani legati in qualche modo al territorio ...ovvero per quei piani che disciplinano l’uso del territorio”⁵², il carattere della “settorialità” appare meno confacente⁵³. Infatti, se è vero che il suo ambito di intervento è riferibile alla “difesa del suolo” è anche vero che tale obiettivo coinvolge una pluralità di settori ed interessi ad esso correlati, in quanto la difesa del suolo può riguardare qualsiasi attività umana che può essere svolta sul territorio⁵⁴; sicché, il piano di bacino “reca una pianificazione globale del territorio considerato, in funzione della sua sistemazione generale”⁵⁵ e presenta una complessità di aspetti tale da far sì che non possa essere assimilato ai tradizionali piani di settore⁵⁶.

Del resto, il piano di bacino assolve a finalità sia conoscitive, dal momento che effettua una ricognizione generale del contesto fisico, ambientale ed antropico del bacino idrografico, sia normative, in quanto detta prescrizioni e direttive per la salvaguardia, la tutela e la bonifica delle risorse suolo ed acqua nella loro accezione più ampia, sia una funzione programmatica individuando le metodologie e gli interventi strutturali e non-strutturali per la difesa del suolo e la gestione delle risorse idriche⁵⁷.

p. 237.

⁵² P. LOMBARDI, *L’evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato Regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, cit., p. 129

⁵³ In proposito, cfr. P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. Amm.* 2015, pp. 51 ss., che rileva che “niente affatto pacifica è peraltro la portata settoriale, e dunque squisitamente tecnica, di questo piano, ovvero la sua valenza pianificatoria, come tale volta a operare una comparazione di interessi e dunque permeata da discrezionalità” (p. 72). Rileva altresì la discussa natura del potere esercitato anche A. BARTOLINI, *Piano di bacino*, in S. BATTINI – L. CASINI – G. VESPERINI – C. VITALE (a cura di), *Edilizia e urbanistica*, UTET giuridica, Torino, 2013, pp. 783 ss.; cfr. A. GERMANO’, *Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione*, in *Commento al codice dell’ambiente*, Torino 2013, pp. 268 ss. che sottolinea il carattere polimorfico e non semplicemente settoriale del piano di bacino. E’ stato inoltre osservato da R. PAPANIA, *L’attività di pianificazione dei bacini idrografici nel testo unico ambientale*, in M.P. CHITI – R. URSI (a cura di), *Studi sul codice dell’ambiente*, Torino, 2009, p. 317, che laddove la norma attribuisce al piano di bacino valore di piano di settore, ciò significa “che le disposizioni del piano di bacino producono gli stessi effetti di quelle contenute in un piano di settore, ma nulla viene stabilito in ordine alla natura del piano di bacino medesimo”

⁵⁴ Cfr. G. FICO, *Norma in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione* in A. BUONFRATE (commentario diretto da), *Codice dell’ambiente e normativa collegata*, Utet, Torino, 2008, pp. 115 ss.

⁵⁵ P. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, p. 130; cfr. anche L. RAINALDI, *op. cit.*, pp. 43 ss.

⁵⁶ Sul “valore” dei piani di bacino cfr. *ex multis* P. STELLA RICHTER, *Il piano di bacino*, in *Riv. giur. Urb.*, 1998, pp. 523 ss; P. URBANI, *La pianificazione per la tutela dell’ambiente, delle acque e per la difesa del suolo*, in *Riv. giur. Amb.*, 2001, pp. 199 ss.. Recentemente è stato affermato da P. LOMBARDI, *Il rischio idrogeologico: paesaggio, ambiente e governo del territorio nella prospettiva degli strumenti di pianificazione*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2019, pp. 236 ss.; che il piano costituisce “uno strumento a contenuto “complesso”, poiché da un lato ha un contenuto normativo generale che disciplina, in funzione di direttiva e di coordinamento, l’esercizio dei poteri pianificatori dei soggetti pubblici, dall’altro può avere un contenuto prescrittivo concreto, attraverso l’imposizione di vincoli di immediata efficacia nei confronti di pubbliche amministrazioni e di privati” (p. 249).

⁵⁷ In proposito, il Consiglio di Stato ha rilevato che “Il piano di bacino... ha sostanzialmente tre funzioni: una funzione conoscitiva, una funzione normativa e prescrittiva, una funzione programmatica (che fornisce le



Se si considera, ad esempio, che il piano, nel perseguimento delle ampie finalità di cui all'art. 56, contiene – tra l'altro – *“la individuazione delle prescrizioni, dei vincoli e delle opere idrauliche, idraulico-agrarie, idraulico-forestali, di forestazione, di bonifica idraulica, di stabilizzazione e consolidamento dei terreni e di ogni altra azione o norma d'uso o vincolo finalizzati alla conservazione del suolo ed alla tutela dell'ambiente”* nonché *“l'indicazione delle zone da assoggettare a speciali vincoli e prescrizioni in rapporto alle specifiche condizioni idrogeologiche, ai fini della conservazione del suolo, della tutela dell'ambiente e della prevenzione contro presumibili effetti dannosi di interventi antropici”*, è evidente che esso, anche in ragione del contenuto non tipizzato delle prescrizioni e dei vincoli, può assumere un contenuto assai ampio, tendenzialmente generale.

In questo senso, è stato opportunamente rilevato che i Piani di bacino non rappresentano piani finalizzati unicamente alla difesa del suolo in quanto tale, ma perseguono la tutela dell'integrità fisica del territorio *“sotto i suoi molteplici aspetti geologico, idrologico, idrogeologico, idraulico, ambientale, urbanistico, agrario e paesaggistico”*⁵⁸. Emerge quindi la sostanziale non tipizzazione dei contenuti del piano, in quanto essi non sono rigidamente predeterminati dal legislatore considerato che l'art. 65 del Codice dell'Ambiente li indica per *“categorie”*, prevedendo che lo stesso possa contenere elementi di tipo conoscitivo, normativo, tecnico-operativo o programmatico.

Per quanto attiene agli effetti del piano, l'art. 65, comma 4, D.lgs. n. 152/2006 stabilisce che le disposizioni del Piano di bacino approvato hanno, qualora dalle stesse previsto in modo espresso, carattere immediatamente vincolante per le amministrazioni e gli enti pubblici, nonché per i soggetti privati, ove trattasi di prescrizioni dichiarate di tale efficacia dal piano di bacino.

Al riguardo, è stato autorevolmente osservato che *“i piani di bacino vengono equiparati ai piani territoriali di settore, non già per significare che si tratta di strumenti inerenti alla disciplina urbanistica (di competenza regionale o provinciale), ma semplicemente al fine ... di stabilire che i vincoli posti dal predetto piano obbligano immediatamente le amministrazioni e gli enti pubblici (statali e regionali), i quali sono tenuti ad osservarli e ad operare in conseguenza”*⁵⁹.

Pertanto, il piano può disporre vincoli di immediata efficacia anche rispetto alla proprietà privata e la scelta di individuare la casistica e la tipologia dei vincoli è sostanzialmente lasciata alla valutazione dell'Autorità di bacino in sede di redazione o aggiornamento del piano, che avviene con le modalità sopra indicate che garantiscono adeguate forme di pubblicità e di partecipazione dei soggetti destinatari.⁶⁰

Conseguentemente, i piani possono prevedere sia l'impossibilità assoluta di modificare il bene oggetto del vincolo sia la possibilità di procedere ad una modifica previo accertamento della compatibilità dell'intervento con le finalità del vincolo⁶¹.

possibili metodologie d'intervento finalizzate alla mitigazione del rischio” (Cons. Stato, Sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6438).

⁵⁸ Cfr. L. CONTI, *I distretti idrografici, gli strumenti, gli interventi*, in D.A. ROTTGEN - A. FARÌ, *Codice dell'Ambiente commentato*, Il Sole 24 Ore, Milano-Roma, 2021, p. 67.

⁵⁹ Corte cost., n. 85/1990 cit.

⁶⁰ Cfr. art 66, comma 7, D.lgs n. 152/2006



Con riferimento ai rapporti con gli altri strumenti di pianificazione e programmazione vigenti, *“il piano di bacino distrettuale, in quanto piano territoriale e di direttive è posto ai vertici del sistema di pianificazione sia ambientale che urbanistico”*⁶². E' infatti previsto che i piani e programmi di sviluppo socio-economico e di assetto ed uso del territorio devono essere coordinati con il piano di bacino approvato, o comunque non devono essere in contrasto con lo stesso. In proposito, le Autorità competenti sono tenute, entro dodici mesi dall'approvazione del piano, ad adeguare i rispettivi piani territoriali e programmi regionali quali, in particolare, quelli relativi alle attività agricole zootecniche ed agroforestali, alla tutela della qualità delle acque, alla gestione dei rifiuti, alla tutela dei beni ambientali e alla bonifica.

Con specifico riferimento alla disciplina urbanistica, l'art. 65, D.lgs. n. 152/2006 stabilisce che le Regioni, entro novanta giorni dalla data di pubblicazione del Piano di bacino sui rispettivi Bollettini Ufficiali regionali, emanano le disposizioni concernenti l'attuazione del Piano stesso nel settore urbanistico. In ogni caso, qualora sia decorso tale termine, gli enti territorialmente interessati dal Piano di bacino sono comunque tenuti a rispettarne le prescrizioni nel settore urbanistico. Qualora i suddetti enti non provvedano ad adottare i necessari adempimenti relativi ai propri strumenti urbanistici entro sei mesi dalla data di comunicazione delle predette disposizioni, e comunque entro nove mesi dalla pubblicazione dell'approvazione del Piano di bacino, provvederanno d'ufficio, le Regioni provvedono d'ufficio all'adeguamento rispetto alle disposizioni del Piano.

In particolare, è stato osservato come, piuttosto che un coordinamento specifico tra i vari strumenti di pianificazione, vi sia un coordinamento a senso unico con onere di tutti i piani di adeguarsi alle disposizioni del piano di bacino⁶³.

Da quanto precede, emerge la sovraordinazione dei piani di bacino rispetto agli altri strumenti di pianificazione ed appare chiaro l'intento del legislatore di farne un *“superpiano”*⁶⁴ che, in caso di mancato coordinamento con gli altri strumenti di pianificazione, prevale su questi ultimi⁶⁵.

⁶¹ Cfr. G. FICO, *op. cit.*, pp. 115 ss. In proposito, osserva l'Autrice che è *«ciò che avviene, ad esempio, nel caso dei vincoli idrogeologici. Detti vincoli, infatti, non precludono qualsiasi attività di trasformazione del territorio vincolato, ma esclusivamente le forme di attività edilizia suscettibili di compromettere la stabilità del terreno, di depauperare il patrimonio boschivo o di turbare il regime delle acque mediante attività di nuova costruzione, demolizione o di ingente modificazione dei manufatti preesistenti che incidano in misura apprezzabile sull'altezza, sull'assetto planivolumetrico e sulla struttura architettonica degli edifici»*.

⁶² A. CROSETTI, *Suolo (difesa del)*, in *Dig. Disc. Pubbl, Agg, II*, 2008, p. 880

⁶³ Cfr. P. LOMBARDI, *L'evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato-regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione, cit.*, pp. 121 ss.

⁶⁴ Cfr. L. RAINALDI, *op. cit.*, p. 74

⁶⁵ Cfr. P. LOMBARDI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati: la difesa del suolo quale archetipo di virtuose forme di cooperazione tra distinti ambiti di amministrazione, cit.*, ove l'Autrice osserva che *“il piano di bacino distrettuale sembra ... definire un nuovo complesso di stringenti eterodeterminazioni della pianificazione urbanistica, sulla quale gli stessi enti territoriali possono influire attraverso la prevista partecipazione agli organi istituzionalmente deputati alla sua formazione oppure dando luogo ad un tempestivo adeguamento nel settore urbanistico che consenta di sfruttare gli spazi di manovra eventualmente consentiti”* (p. 105).



Con specifico riferimento alla relazione intercorrente tra il piano di bacino e gli strumenti urbanistici, si deve osservare che *“il piano di bacino non può sostituirsi agli strumenti urbanistici nella indicazione delle direttive generali e degli obiettivi specifici riferibili all’assetto del territorio”*⁶⁶. Infatti, il piano di bacino è definito dal D.lgs. n. 152/2006 quale piano di settore, cioè a dire può intervenire nei settori e per gli obiettivi assegnati dalla norma che lo disciplina. Pertanto *“solo nel perseguimento dei suoi obiettivi, il piano potrà contenere disposizioni che impattano anche nell’ambito urbanistico”*⁶⁷.

In tal senso, si può ipotizzare che, al fine di tutela del suolo, in aree qualificate a *“pericolosità elevata”* sotto il profilo del dissesto idrogeologico, possano essere previsti nel piano sensibili limitazioni sotto il profilo urbanistico-edilizio. E tuttavia, ove venissero effettuate opere che consentissero ad un’area di uscire da quel livello di pericolosità, automaticamente dovrebbero cessare le limitazioni urbanistiche previste per quella tipologia di area. In altri termini, la limitazione di carattere edilizio-urbanistico viene ad essere strettamente connessa ad un’esigenza di tutela dal rischio idrogeologico.

Pertanto, il contenuto del piano concerne direttamente fondamentali componenti ambientali, quali il suolo, le acque e impatta in modo vincolante su altre materie direttamente connesse all’ambiente quali l’urbanistica⁶⁸. Il piano, *“in tal senso funge da strumento di coordinamento degli interessi ambientali esistenti nel bacino in funzione della tutela del suolo ...”*⁶⁹.

A tale proposito, si deve considerare che *“il territorio costituisce il necessario riferimento sia della disciplina giuridica del paesaggio che di quella dell’ambiente, declinato sotto il profilo della tutela del suolo”*⁷⁰. Occorre pertanto verificare quali siano i rapporti tra piano paesaggistico, disciplinato dagli artt. 135 ss., D.lgs. n. 42/2004 (c.d. Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio), ed il piano di bacino. Sul punto, si deve ricordare che l’art. 145, D.lgs. n. 42/2004 stabilisce, in via generale, la prevalenza del piano paesaggistico rispetto agli altri strumenti di pianificazione⁷¹, prevedendo che *“le previsioni dei piani paesaggistici ... non sono derogabili da*

⁶⁶ F. ZEVIANI PALLOTTA, *Le funzioni di coordinamento nei nuovi strumenti di prevenzione e risanamento ambientale*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1990, II, p. 165

⁶⁷ *Ibidem*

⁶⁸ A tale riguardo, si segnala che tutte le Autorità di distretto, nei propri siti istituzionali, riportano puntualmente tutta la pianificazione di competenza insistente sul distretto. In taluni casi le stesse Autorità mettono a disposizione degli operatori dei software che consentono agli stessi di verificare, in modo interattivo, le tipologie di intervento - e le relative caratteristiche - realizzabili, conformemente alle disposizioni pianificatorie di competenza, in una determinata area del distretto.

⁶⁹ G.A. PRIMERARO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana, la salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 84

⁷⁰ Cfr. P. LOMBARDI, *Il rischio idrogeologico: paesaggio, ambiente e governo del territorio nella prospettiva degli strumenti di pianificazione*, cit., p. 236

⁷¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 367/2007, su cui cfr. M. IMMORDINO; *La dimensione forte della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, n. 1/2008; e sentenza n. 180/2008 su cui cfr. F. DI DIO, *Cogenza del piano paesaggistico sul piano di assetto delle aree naturali protette: siamo sicuri che si tratti di un rapporto gerarchico?*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008, pp. 801 ss. Sul valore *“prevalente”* del piano paesaggistico, cfr., *ex multis*, G.F. CARTEI, *Paesaggio*, in S. CASSESE (diretto da) *Diz. Dir. Pubbl.*, 2006, V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4063 ss.



*parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico, sono cogenti per gli strumenti urbanistici..., sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici. Per quanto attiene alla tutela del paesaggio, le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette*⁷².

La suddetta disposizione non menziona espressamente i piani di bacino e si pone quindi il problema del suo coordinamento con quanto previsto dall'art. 65, commi 4 e 5, D.lgs. n. 152/2006 che – come in precedenza ricordato - stabilisce che i piani e programmi di sviluppo socio-economico e di assetto ed uso del territorio devono essere coordinati e comunque non in contrasto con il piano di bacino e che impone alle amministrazioni competenti di adeguare gli strumenti urbanistici alle previsioni del piano e comunque a rispettarne le prescrizioni nel settore urbanistico.

Le due disposizioni menzionate quindi sembrano - in prima battuta - assegnare un valore equoordinato ai due strumenti di pianificazione prevedendone la prevalenza su piani e programmi di sviluppo socio-economico e sugli strumenti urbanistici. Tuttavia, l'art. 145 prevede altresì che, per quanto attiene alla tutela del paesaggio, il piano paesaggistico prevale sugli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore.

Occorre quindi comprendere se e in che misura tale disposizione sia da riferirsi anche al piano di bacino e la dottrina ha rilevato come non sia semplice individuare un criterio di prevalenza tra i due piani *“che appaiono espressione di interessi tra loro non comparabili ed entrambi a caratterizzazione assoluta”*⁷³. A tale proposito, è stato osservato che vi sono alcuni interessi *“che non possono non avere una posizione sovraordinata e sono quelli che proteggono la stessa sopravvivenza umana: si pensi alla difesa del suolo (e dunque dell'uomo) da eventi che possono metterne a repentaglio l'esistenza... la consistenza di tali interessi è tale da non consentire alcuna mediazione: ...un interesse che non accetta di essere comparato e può solo essere recepito per quello che è, condizionando ogni scelta che ne discende”*⁷⁴. Sicché, tenuto anche conto che, in base all'art. 145, comma 3, D.lgs. n. 42/2004 *“la prevalenza [del piano paesaggistico] è quindi attinente solo agli aspetti ... relativi alla mera tutela del paesaggio”*⁷⁵, il piano paesaggistico potrebbe ritenersi *“recessivo”* rispetto al piano di bacino in relazione alle disposizioni di quest'ultimo che

⁷² In ordine alle problematiche dei rapporti tra il piano paesaggistico e gli altri strumenti di pianificazione, con particolare riferimento al piano per il parco, cfr. S. AMOROSINO; *I rapporti tra i piani dei parchi e i piani paesaggistici alla luce del Codice Urbani*, in *Aedon*, n. 3/2006; L. DE LUCIA, *Piani paesaggistici e piani per i parchi. Proposta per una razionale divisione del lavoro amministrativo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2014, pp. 72 ss. Cfr. anche A. SOLA, *Il rapporto di primazia dei piani paesaggistici*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2020

⁷³ P. CHIRULLI, *op. cit.*, p. 99, nota 138 e cfr. dottrina ivi richiamata. In senso difforme A. BARTOLINI, *op. cit.*, il quale ritiene che alla “regola” della prevalenza del piano di bacino sugli altri strumenti di pianificazione e programmazione che incidono sugli interessi tutelati dal medesimo piano le cui disposizioni sono *“prevalenti... anche su quelle previste dai piani di bacino”* (p. 788).

⁷⁴ P. CHIRULLI, *op. cit.* pp. 105-106 e sul punto si rinvia alla dottrina ivi richiamata.

⁷⁵ Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2012, n. 3518



attengono all'incolumità delle popolazioni, in ragione della primarietà dei beni ad esse attinenti⁷⁶.

Si deve poi considerare che mentre il piano paesaggistico ha una valenza regionale quello di bacino ha quale riferimento territoriale il distretto idrografico che – come ricordato – travalica i confini delle singole Regioni e quindi investe (almeno potenzialmente) un contesto territoriale certamente più ampio, in ragione degli interessi tutelati e delle finalità previste dalla normativa; inoltre il piano di bacino – per quanto già previsto dalla l. n. 183/1989 – ha assunto l'attuale valore e portata a seguito dell'emanazione del D.lgs. n. 152/2006 (attuato per quanto di interesse solo a partire dal 2016) e cioè dopo l'entrata in vigore del D.lgs. n. 42/2004 ed in ogni caso la modifica del comma 3 dell'art. 145 dello stesso D.lgs. n. 42/2004 apportata dal D.lgs. n. 157/2006 non ha introdotto alcun riferimento al piano di bacino, diversamente da quanto avvenuto per il piano del parco; infine, alcuni piani stralcio (PGRA e PGA) del piano di bacino – che ne condividono natura ed efficacia - costituiscono strumenti di attuazione della normativa comunitaria. Non deve poi trascurarsi che l'art. 65, comma 5, D.lgs. n. 152/2006 sopra richiamato, con riferimento ai piani e programmi che devono adeguarsi al piano di bacino, contiene un'elencazione che, sulla base del tenore letterale della disposizione, può ritenersi esemplificativo e non esaustivo.

Alla luce delle suesposte considerazioni appare difficile ipotizzare che il rapporto tra i due piani possa essere risolto in termini di "prevalenza assoluta" di uno dei due, mentre il criterio che appare più conferente sembra essere quello della competenza⁷⁷, anche in considerazione del disposto dell'art. 145, comma 3, D.lgs. n. 42/2004, che – come detto - limita la prevalenza del piano paesaggistico agli aspetti di tutela del paesaggio. *"In altri termini, per gli ulteriori specifici profili di tutela presenti vi sarebbe una sorte di riserva di competenza in favore della diversa normativa di settore di difesa del suolo, che impedisce di ritenere che tra i due tipi di piano sussista un rapporto propriamente gerarchico"*⁷⁸.

D'altra parte, anche a voler ricondurre la difesa del suolo (non tanto e solo agli aspetti relativi alla sopravvivenza umana ma) alla tutela dell'ambiente, tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente costituiscono valori costituzionali che difficilmente possono entrare in "conflitto". In concreto, la pianificazione territoriale e segnatamente quella urbanistica dovrà

⁷⁶ Cfr. P. CARPENTIERI, *Art. 145*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, pp. 176 ss., in part. p. 180. Tuttavia, si osserva che la Corte costituzionale - chiamata a pronunciarsi sull'art. 2, comma 3, della legge regionale n. 11 del 2015, il quale sostituisce il comma 5 dell'art. 2 della legge reg. Liguria n. 36 del 1997 con il comma seguente *"i piani di bacino, nonché i piani delle aree protette di cui alla vigente legislazione regionale, vincolano, nelle loro indicazioni di carattere prescrittivo, la pianificazione territoriale di livello regionale, metropolitano, provinciale e comunale con effetto di integrazione della stessa e, in caso di contrasto, di prevalenza su di essa"* - ha ritenuto che *"la norma regionale, subordinando la pianificazione territoriale di livello regionale ai piani di bacino e ai piani per le aree protette, si pone in evidente contrasto con il principio di prevalenza del piano paesaggistico sugli atti di pianificazione ad incidenza territoriale posti dalle normative di settore, dettato dall'art. 145, comma 3, del codice dei beni culturali e del paesaggio"* (Corte cost., 10 marzo 2017, n. 50).

⁷⁷ Cfr. P. LOMBARDI, *Il rischio idrogeologico: paesaggio, ambiente e governo del territorio nella prospettiva degli strumenti di pianificazione*, cit., p. 253

⁷⁸ P. LOMBARDI, *L'evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato Regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, cit., p. 134; cfr. anche G. CIAGLIA, *La nuova disciplina del paesaggio*, IPSOA, 2009, p. 132



considerare e adeguarsi alle prescrizioni vincolanti eventualmente contenute in entrambi i piani, attenendosi, in caso di coesistenza di prescrizioni sul medesimo ambito territoriale, a quelle più stringenti, in modo tale da recepire implicitamente anche quelle ulteriori⁷⁹. Nell'ambito dei procedimenti autorizzatori relativi ad interventi che acquistano rilievo per entrambe le discipline, occorrerà quindi verificare la rispondenza dell'intervento a tutte le disposizioni che lo concernono⁸⁰.

In ogni caso, è stato osservato che, al fine di evitare la sussistenza di eventuali contrasti tra i due piani "è auspicabile che il conflitto venga sempre prevenuto o risolto a monte, e pertanto alla luce di valutazioni svolte nella loro sede naturale, che è sempre quella amministrativa, onde evitare il loro inevitabile trasferimento alla sede giurisdizionale"⁸¹

Si deve infine rilevare che, a fronte dell'ampia potestà pianificatoria spettante all'Autorità di bacino e degli effetti della pianificazione stessa anche sulle posizioni giuridiche dei privati, il rispetto delle previsioni dei piani, in assenza di specifica previsione sul punto nell'ambito del D.lgs. n. 152/2006, è rimessa alla verifica di altri enti e in particolare di quelli competenti al rilascio dei provvedimenti autorizzatori o concessori inerenti agli interventi di trasformazione del suolo richiesti⁸². Ciò a meno che non sia la stessa norma di piano a prevedere l'obbligo di un preventivo assenso da parte dell'Autorità di bacino. Tale circostanza può venire a costituire un limite all'effettiva capacità dei piani di perseguire in concreto gli obiettivi di tutela ambientale assegnati loro dalla legge.

3.1 (Segue:) i c.d. piani stralcio.

La disciplina vigente, in ragione del contenuto assai complesso del piano di bacino, consente che esso possa articolarsi in piani per sotto-bacini o mediante piani-stralcio relativi

⁷⁹ In ordine ai rapporti tra pianificazione di area vasta e pianificazione urbanistica, cfr. L. DE LUCIA, *Pianificazione di area vasta e pluralismo amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, pp. 39 ss.; P. CHIRULLI, *op. cit.*

⁸⁰ A tale riguardo, si segnala che il D.P.R. n. 31 del 2017, avente ad oggetto "Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata" annovera, nell'allegato A, tra gli interventi non soggetti ad autorizzazione paesaggistica "opere idrauliche; interventi di realizzazione o adeguamento della viabilità forestale al servizio delle attività agrosilvopastorali e funzionali alla gestione e tutela del territorio" (A 20) nonché "interventi di manutenzione degli alvei, delle sponde e degli argini dei corsi d'acqua, compresi gli interventi sulla vegetazione ripariale arborea e arbustiva, finalizzati a garantire il libero deflusso delle acque – Interventi di manutenzione e ripristino funzionale dei sistemi di scolo e smaltimento delle acque e delle opere idrauliche in alveo" (A 25) e "interventi puntuali di ingegneria naturalistica diretti alla regimazione delle acque e/o alla conservazione del suolo" (A 26). Sono assoggettati alla procedura semplificata considerata dall'allegato B, rilevanti interventi di settore come "interventi di modifica di manufatti di difesa delle acque delle sponde dei corsi d'acqua e dei laghi per adeguamento funzionale" (B 39) e "interventi sistematici di ingegneria naturalistica diretti alla regimazione delle acque, alla conservazione del suolo o alla difesa dei versanti da frane e slavine" (B 40).

⁸¹ P. LOMBARDI, *Il rischio idrogeologico: paesaggio, ambiente e governo del territorio nella prospettiva degli strumenti di pianificazione*, cit., p. 255

⁸² Cfr. G. GARZIA, *La disciplina amministrativa del vincolo idrogeologico e del piano di assetto idrogeologico (PAI)*, in F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER, P. URBANI (a cura di) *Trattato di diritto del territorio*, vol. 2, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1121., pp. 1124 ss.



a settori funzionali⁸³. Tali piani hanno la medesima natura e gli stessi effetti giuridici del piano di bacino.

Tra i suddetti piani, alcuni sono obbligatori in quanto previsti dalla legislazione nazionale attuativa delle Direttive comunitarie in materia di acque e alluvioni. Ci si riferisce in particolare al piano gestione delle acque (che nella legislazione nazionale è chiamato piano di gestione del bacino idrografico) e al piano di gestione del rischio alluvioni, che costituiscono gli strumenti di pianificazione funzionali agli ambiti di tutela in cui si esplica l'azione di tutela dell'Autorità di Bacino, cioè a dire l'assetto delle risorse idriche – e quindi una “tutela dell'acqua”, ovvero degli utilizzi della risorsa idrica – e l'assetto del territorio – e quindi una “tutela dall'acqua”, ovvero dai fenomeni di dissesto idrogeologico.

In particolare, il Piano di Gestione delle Acque (PGA) è previsto dall'art. 13 della Direttiva Quadro Acque che stabilisce un preciso cronoprogramma per il raggiungimento degli obiettivi prefissati – il buono stato ambientale per tutti i corpi idrici, superficiali e sotterranei ed aree protette connesse – individuando nel PGA lo strumento operativo e gestionale per attuare una politica coerente e sostenibile della tutela delle acque, attraverso un approccio integrato dei diversi aspetti gestionali ed ecologici alla scala di distretto idrografico.

A livello nazionale, il piano di gestione del bacino idrografico è previsto dall'art. 117, D.lgs. n. 152/2006 e costituisce “un'articolazione interna del Piano di bacino distrettuale di cui all'articolo 65. Il Piano di gestione costituisce pertanto piano stralcio del Piano di bacino e viene adottato e approvato secondo le procedure stabilite per quest'ultimo”. Dunque, esso ha il medesimo valore e produce i medesimi effetti del piano di bacino, acquisendo sostanzialmente un valore sovraordinato agli altri strumenti di pianificazione di settore e per tale motivo il medesimo art. 117 stabilisce che le Autorità, “ai fini della predisposizione dei Piani di gestione, devono garantire la partecipazione di tutti i soggetti istituzionali competenti nello specifico settore”. I contenuti del Piano di Gestione, così come previsti dalle norme nazionali, coincidono con quelli individuati dalla Direttiva europea e comprendono la descrizione delle caratteristiche del bacino e delle aree protette, della sintesi degli inquinamenti e degli altri impatti antropici, delle iniziative di monitoraggio e delle misure per conseguire gli obiettivi ambientali, come dettagliati nella parte A dell'All. 4 alla Parte III del D.lgs. n. 152/2006.

Al piano di gestione deve conformarsi il piano di tutela delle acque che, ai sensi dell'art. 121 D.lgs. n. 152/2006, deve essere adottato da ciascuna Regione. In particolare, le Autorità di bacino definiscono gli obiettivi su scala di distretto cui devono attenersi i piani di tutela delle acque, nonché le priorità degli interventi e verificano la conformità del piano agli atti di pianificazione o agli atti di indirizzo surrichiamati, esprimendo parere vincolante. Il Piano di tutela è approvato dalle Regioni. Il suddetto piano di tutela contiene le misure necessarie alla tutela qualitativa e quantitativa del sistema idrico ed è stato ritenuto dalla Corte costituzionale uno “strumento fondamentale di programmazione, attuazione e controllo [...] per l'individuazione degli obiettivi minimi di qualità ambientale per i corpi idrici, la cui disciplina rientra nella competenza legislativa statale in materia di tutela dell'ambiente (sentenza n. 44 del 2011; nello stesso senso, sentenze n. 254, n. 251, n. 246 e n. 232 del 2009)”⁸⁴. Per quanto attiene alla

⁸³ Cfr. art. 65, comma 8, D.lgs. n. 152/2006

⁸⁴ Corte cost., 21 giugno 2019, n. 153.



competenza relativa all'assetto del territorio e alla "tutela dall'acqua", lo strumento pianificatorio di derivazione comunitaria di competenza delle Autorità di bacino è il Piano di Gestione del Rischio Alluvioni (PGRA).

Il PGRA è previsto dall'art. 7 della Direttiva Alluvioni che mira a costruire un quadro omogeneo a livello distrettuale per la valutazione e la gestione dei rischi da fenomeni alluvionali, al fine di ridurre le conseguenze negative nei confronti della salute umana, dell'ambiente, del patrimonio culturale e delle attività economiche.

In particolare, l'art. 7 della Direttiva prevede che gli Stati membri predispongano i suddetti piani coordinati a livello di distretto idrografico o di unità di gestione, sulla base delle mappe di pericolosità e rischio di alluvioni predisposte dagli stessi Stati membri.

All'interno del PGRA devono essere definiti obiettivi appropriati per la gestione del rischio alluvioni nelle aree a cui sono applicati, focalizzandosi sulla riduzione delle potenziali conseguenze negative che le alluvioni possono avere per la salute umana, l'ambiente, il patrimonio culturale e le attività economiche e, se ritenuto appropriato, privilegiando iniziative di tipo non strutturale e/o che agiscano sulla riduzione della probabilità di inondazione⁸⁵. Per il raggiungimento dei suddetti obiettivi devono essere definite idonee misure⁸⁶ le quali devono riguardare tutti gli aspetti della gestione del rischio di alluvioni, ovvero la prevenzione⁸⁷, la protezione⁸⁸, la preparazione⁸⁹ e la ricostruzione e valutazione post-evento⁹⁰. I PGRA possono anche comprendere la promozione di pratiche sostenibili di uso del suolo, il miglioramento delle capacità di ritenzione delle acque nonché il ricorso all'inondazione controllata di certe aree in caso di evento alluvionale.

⁸⁵ Cfr. art.7, comma 2 Della Direttiva.

⁸⁶ Cfr. ISPRA, *Piani di gestione del rischio alluvioni*, in www.isprambiente.gov.it.

⁸⁷ Misure che agiscono sulla vulnerabilità e sul valore degli elementi esposti. A tale categoria appartengono le misure di vincolo atte a evitare l'insediamento di nuovi elementi esposti nelle aree allagabili (politiche di gestione e pianificazione del territorio); le misure di rimozione e ricollocazione (politiche di delocalizzazione); le misure di "adattamento" per la riduzione della vulnerabilità degli elementi esposti (interventi su edifici, reti pubbliche, ecc.).

⁸⁸ Misure che agiscono sulla probabilità di inondazione. A questa categoria appartengono le misure per ridurre il deflusso in alveo agendo sui meccanismi di formazione dei deflussi nel bacino di drenaggio e sulla naturale capacità di laminazione delle aree golenali e della piana inondabile; misure strutturali per la regolazione dei deflussi che hanno un significativo impatto sul regime delle portate; misure che agiscono sulla dinamica dell'evento di piena favorendone il deflusso; misure per migliorare il drenaggio delle acque superficiali in ambiente urbano; programmi di manutenzione delle opere di difesa.

⁸⁹ Misure volte a migliorare la capacità di risposta agli eventi alluvionali della popolazione e del sistema di protezione civile. A questa categoria appartengono le misure per l'istituzione e/o il potenziamento dei sistemi di allertamento e previsione di piena; le misure per migliorare la pianificazione d'emergenza e la capacità di risposta delle istituzioni durante l'emergenza da alluvione; le misure per accrescere la consapevolezza e la preparazione della popolazione rispetto agli eventi alluvionali; tali misure includono evidentemente le attività di formazione e informazione.

⁹⁰ Misure volte a superare le condizioni di criticità derivanti da un evento alluvionale attraverso attività di messa in sicurezza e ripristino. A esse si aggiungono le attività, riconducibili alla fase di valutazione preliminare del rischio, di acquisizione di informazioni e dati inerenti gli eventi alluvionali quali l'estensione dell'inondazione e i danni conseguenti.



Nell'ordinamento italiano la Direttiva è stata recepita con il D.lgs. n. 49/2010 che ha individuato nelle Autorità di bacino distrettuali le autorità competenti per gli adempimenti legati alla Direttiva stessa e nelle Regioni, in coordinamento tra loro e col Dipartimento Nazionale della Protezione Civile, gli enti incaricati di predisporre ed attuare, per il territorio del distretto a cui afferiscono, il sistema di allertamento per il rischio idraulico ai fini di protezione civile.

In particolare, l'art. 7 del suddetto Decreto legislativo, nel ricalcare i contenuti dell'art. 7 della Direttiva, stabilisce che *“detti piani sono predisposti nell'ambito delle attività di pianificazione di bacino di cui agli articoli 65, 66, 67, 68 del decreto legislativo n. 152 del 2006, facendo salvi gli strumenti di pianificazione già predisposti nell'ambito della pianificazione di bacino in attuazione della normativa previgente”* (comma 3, lett a) e dunque anche tali piani rientrano a pieno titolo nella pianificazione *“stralcio”* predisposta dall'autorità di bacino, con il valore e l'efficacia e il procedimento di approvazione propri del piano di bacino medesimo.

Conseguentemente, la suddetta disposizione prevede la *“sovraordinazione”* delle disposizioni del PRGA rispetto a quella vigente degli altri enti territoriali, specificando che gli enti territorialmente interessati si conformano alle disposizioni dei suddetti piani *“a) rispettandone le prescrizioni nel settore urbanistico, ai sensi dei commi 4 e 6 dell'articolo 65 del decreto legislativo n. 152 del 2006; b) predisponendo o adeguando, nella loro veste di organi di protezione civile, per quanto di competenza i piani urgenti di emergenza di cui all'articolo 67, comma 5, del decreto legislativo n. 152 del 2006...”*⁹¹.

L'elaborazione dei PGRA è temporalmente organizzata secondo cicli di pianificazione in quanto la Direttiva prevede che i Piani siano riesaminati e, se del caso, aggiornati ogni sei anni.

Nell'ambito della pianificazione relativa all'assetto del territorio e segnatamente all'assetto idrogeologico esiste un ulteriore strumento di pianificazione, antecedente al PGRA e attualmente in parziale *“sovrapposizione”* a quest'ultimo, ed è il Piano di Assetto Idrogeologico (PAI).

Tale strumento di pianificazione è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legislazione di emergenza adottata a seguito dell'alluvione di Sarno del 1998, cioè a dire il D.L. n. 180/1998, che prevedeva che tutte le Autorità di bacino adottassero entro un anno piani per l'assetto idrogeologico con l'individuazione e la perimetrazione delle aree a rischio idrogeologico e l'individuazione delle misure di salvaguardia per le suddette aree.

⁹¹ Art. 7, comma 6, D.lgs. n. 49/2010.



Successivamente, tale disposizione è stata sostanzialmente trasfusa nell'art. 67, D.lgs. n.152/2006⁹². All'interno dei PAI sono anche individuate *“le infrastrutture e i manufatti che determinano il rischio idrogeologico”*⁹³.

Il PAI, per espressa previsione di legge, costituisce uno stralcio del piano di bacino e pertanto ne condivide la natura giuridica, gli effetti e le finalità, come espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale⁹⁴, anche se – differentemente dal piano di bacino – non è sottoposto a VAS⁹⁵.

Pertanto, *“i vincoli in esso contenuti sono riconducibili alla più generale figura dei vincoli di piano di bacino in senso stretto di cui all'art. 65, comma 3, lett n), D.Lgs n. 152/2006”*⁹⁶, a mente del quale il piano deve contenere *“l'indicazione delle zone da assoggettare a speciali vincoli e prescrizioni in rapporto alle specifiche condizioni idrogeologiche, ai fini della conservazione del suolo, della tutela dell'ambiente e della prevenzione contro presumibili effetti dannosi di interventi antropici”*.

Quanto agli effetti dei vincoli di piano, non può che richiamarsi primariamente la disposizione di cui all'art 65, comma 4, D.lgs. n. 152/2006, in forza del quale i piani di bacino possono contenere sia disposizioni alle quali gli enti territoriali devono adeguarsi, sia anche disposizioni direttamente vincolanti per i privati e quindi conformative della proprietà: *“le previsioni del PAI, pertanto, producono effetti sugli usi del territorio e delle risorse naturali e sulla pianificazione urbanistica anche di livello attuativo, nonché su qualsiasi pianificazione e programmazione territoriale insistente sulle aree di pericolosità idrogeologica”*⁹⁷.

⁹² Detta disposizione disciplina al comma 1, individua il contenuto dei PAI, mentre al comma 2, prevede un ulteriore strumento di pianificazione di carattere emergenziale, denominato “piano straordinario”. I piani straordinari sono diretti a rimuovere le situazioni a più elevato rischio idrogeologico e devono contenere prioritariamente le aree a rischio idrogeologico per le quali è stato dichiarato lo stato di emergenza e contenere, in particolare, l'individuazione e la perimetrazione delle aree a rischio molto elevato per l'incolumità delle persone, per la sicurezza delle infrastrutture e del patrimonio ambientale e culturale. Il piano straordinario costituisce un *prius* logico e giuridico del PAI e le sue misure di tutela hanno efficacia transitoria, sino all'approvazione del PAI stesso.

⁹³ Art. 67, comma 6, D.lgs. n. 152/2006. Aggiunge la disposizione che *“Sulla base di tali individuazioni, le regioni stabiliscono le misure di incentivazione a cui i soggetti proprietari possono accedere al fine di adeguare le infrastrutture e di rilocalizzare fuori dall'area a rischio le attività produttive e le abitazioni private. A tale fine le regioni, acquisito il parere degli enti locali interessati, predispongono, con criteri di priorità connessi al livello di rischio, un piano per l'adeguamento delle infrastrutture, determinandone altresì un congruo termine, e per la concessione di incentivi finanziari per la rilocalizzazione delle attività produttive e delle abitazioni private realizzate in conformità alla normativa urbanistica edilizia o condonate. Gli incentivi sono attivati nei limiti della quota dei fondi introitati ai sensi dell'articolo 86, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e riguardano anche gli oneri per la demolizione dei manufatti; il terreno di risulta viene acquisito al patrimonio indisponibile dei comuni. All'abbattimento dei manufatti si provvede con le modalità previste dalla normativa vigente. Ove i soggetti interessati non si avvalgano della facoltà di usufruire delle predette incentivazioni, essi decadono da eventuali benefici connessi ai danni derivanti agli insediamenti di loro proprietà in conseguenza del verificarsi di calamità naturali”*.

⁹⁴ Cfr. Corte cost., 23 luglio 2009, n. 232.

⁹⁵ Cfr. art. 68, comma 1, D.lgs. n. 152/2006.

⁹⁶ G. GARZIA, *La disciplina amministrativa del vincolo idrogeologico e del piano di assetto idrogeologico (PAI)*, cit., p. 1121.

⁹⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6438



Se il PAI assume dunque gli effetti del piano di bacino di cui è stralcio, “*ne consegue che le prescrizioni contenute nel PAI non presentando un contenuto predefinito dal legislatore, potranno, anzi dovranno essere graduate dall’Autorità di bacino in relazione alle specifiche esigenze di tutela connesse all’assetto idrogeologico del territorio*”⁹⁸.

Pertanto il PAI – in quanto stralcio del piano di bacino – può determinare vincoli alquanto ampi, con la sola limitazione che essi devono essere adottati previa adeguata valutazione delle specifiche condizioni idrologiche del territorio e con la finalità indicate dalla medesima disposizione di conservazione del suolo, tutela dell’ambiente e della prevenzione contro effetti dannosi di interventi antropici.

A tale proposito, occorre rilevare che i PAI presentano degli elementi comuni, quali la perimetrazione delle aree affette da pericolosità idraulica e geologica, la valutazione sulle condizioni di pericolosità, la classificazione delle aree e l’individuazione di una corrispondente disciplina normativa.

Tuttavia, non tutti i PAI risultano omogenei nell’assunzione dei rispettivi approcci metodologici con la conseguenza che alcune condizioni di pericolosità non hanno avuto un identico criterio di indagine e ad esse, conseguentemente, non è sempre corrisposta l’attribuzione della medesima classificazione⁹⁹.

Sempre sul piano contenutistico, occorre poi rilevare la possibile sovrapposizione tra diversi piani stralcio in materia di tutela del rischio idrogeologico e segnatamente del PAI e del PGRA. Tale sovrapposizione trova la propria ragion d’essere nella “stratificazione” dei diversi interventi normativi che si sono succeduti nel tempo e nella necessità di fare in certo qual modo salve le disposizioni di tutela del suolo preesistenti, nelle more dell’approvazione dei nuovi strumenti.

Si è infatti osservato che la previsione dei PAI risale al 1998 e quindi ad un momento antecedente alla costituzione delle Autorità distrettuali e del relativo Piano di bacino. Così il Legislatore del 2006 ha previsto che nelle more dell’adozione del (complesso) piano di bacino, le Autorità approvassero i PAI di dimensione distrettuale¹⁰⁰ e tuttavia che, nelle more dell’approvazione del primo o del secondo, continuassero ad applicarsi i previgenti PAI adottati dalle soppresse Autorità di bacino di cui alla legge del 1989, prevedendo le modalità di modifica degli stessi¹⁰¹.

Il PGRA inserito nell’ambito della pianificazione di distretto a seguito del recepimento della Direttiva Alluvioni, per espressa previsione di legge fa “*salvi gli strumenti di*

⁹⁸ G GARZIA, *ibidem*; cfr. anche E. GAZ, *I piani di assetto idrogeologico e il loro rapporto con la disciplina urbanistica e paesaggistica*, Relazione al XXIX Convegno annuale dell’Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti, sul tema: “*Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*”, Cortina d’Ampezzo, 5 luglio 2019

⁹⁹ Cfr. C. LANNA, *Ruolo e competenze delle Autorità di bacino*, Relazione al XXIX Convegno annuale dell’Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti, sul tema: “*Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*”, Cortina d’Ampezzo, 5 luglio 2019.

¹⁰⁰ Art. 67, comma 1, D.lgs. n. 152/2006

¹⁰¹ Art. 68, comma 4 bis, D.lgs. n. 152/2006.



*pianificazione già predisposti nell'ambito della pianificazione di bacino in attuazione della normativa previgente*¹⁰² e dunque anche i PAI predisposti sulla base della normativa previgente.

Tuttavia, poiché in base all'art. 63, comma 10, D.lgs. n. 152/2006 il PGRA può essere considerato come uno stralcio settoriale relativo alla pericolosità idraulica e da alluvioni del piano di bacino deve ritenersi che, alla luce del contenuto e delle finalità dei PAI e dei PGRA, i contenuti della parte del settore idraulico sviluppata nei PAI debbano tendenzialmente essere "assorbiti" dai PGRA, mentre la parte del settore geologia e movimenti gravitativi ("frane") dei PAI è destinata a permanere in essere, almeno sino all'approvazione del (più ampio) piano di bacino.

4. Le recenti attribuzioni alle Autorità di bacino distrettuale per i finanziamenti degli interventi in materia di mitigazione del rischio idrogeologico.

Tra le più recenti attribuzioni delle Autorità di bacino una particolare rilevanza assumono i compiti alle stesse demandati in relazione al finanziamento degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico. Al riguardo, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 settembre 2021 - in attuazione di quanto disposto dall'art. 10, comma 11, del D.L. 24 giugno 2014, n. 91 - sono stati aggiornati i criteri, le modalità e l'entità delle risorse destinate al finanziamento degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico, in precedenza recati dall'Allegato I al D.P.C.M. 28 maggio 2015.

In particolare, l'allegato I al DPCM, redatto all'esito dei lavori del gruppo di lavoro sul dissesto idrogeologico istituito presso il Ministero dell'Ambiente con la partecipazione dei rappresentanti regionali e delle autorità di bacino distrettuali, fissa i criteri e le modalità di individuazione degli interventi prioritari di mitigazione del rischio idrogeologico ai fini della loro ammissione al finanziamento statale¹⁰³ e disciplina le modalità di presentazione delle richieste di finanziamento degli interventi, il procedimento di valutazione delle richieste di finanziamento, il monitoraggio degli interventi. Il Decreto, pertanto, individua uno specifico iter istruttorio, articolato in cinque fasi, tutte sottoposte al coordinamento ed alla supervisione del Ministero dell'Ambiente, ovvero:

a) la fase 1 - che potremmo definire "introduttiva" - concerne le modalità di presentazione delle istanze di finanziamento e si sviluppa tramite l'inserimento dei relativi dati e la loro validazione da parte delle Regioni attraverso il sistema online ReNDiS (Repertorio Nazionale degli interventi per la Difesa del Suolo);

b) la fase 2 - che qui maggiormente interessa - concerne la valutazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico proposti dalle Regioni da parte dell'Autorità di bacino distrettuale territorialmente competente, che svolge il ruolo di "filtro di ammissibilità" degli interventi;

c) la fase 3 ha ad oggetto la convalida dell'intervento proposto e l'assegnazione del relativo punteggio - necessario al fine di inserire il singolo intervento proposto nella relativa

¹⁰² Art. 7, D.lgs. n. 49/2010.

¹⁰³ Peraltro, come chiarito dallo stesso D.P.C.M. 27.09.2021, i criteri di selezione e la sequenza di accertamento non si applicano nel caso di interventi di manutenzione ordinaria.



graduatoria regionale delle richieste di finanziamento - sempre ad opera dell’Autorità di bacino distrettuale territorialmente competente.

All’esito di tali tre fasi, dunque, vengono predisposte le singole graduatorie regionali, in cui risultano inseriti i vari interventi che le stesse Regioni - a seguito del conforme parere delle Autorità di bacino distrettuali - ritengono meritevoli di finanziamento e, quindi, adeguate a consentire la mitigazione del rischio idrogeologico.

Solo gli interventi inseriti in dette graduatorie possono, annualmente, essere destinatari dei fondi previsti a livello nazionale per il finanziamento di tale tipologia di interventi.

Il procedimento di valutazione degli interventi è, poi, strutturato in ulteriori due fasi, le cui attività sono eseguite direttamente dal Ministero dell’Ambiente, ovvero la fase 4 - avente ad oggetto la classificazione degli interventi proposti - e la fase 5, concernente la valutazione economica ed “appaltistica” dei medesimi interventi.

Tali ultime due fasi sono, dunque, sostanzialmente esecutive, nel senso che tramite queste ultime vengono concretamente individuati - sulla base delle risorse finanziarie effettivamente disponibili a legislazione vigente - gli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico che verranno realizzati tramite l’apporto di risorse economiche provenienti dallo Stato.

Così conclusa la sintesi del procedimento di individuazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico ammessi a godere dei finanziamenti statali, non si può non rilevare che uno dei maggiori elementi di novità del procedimento richiamato - in particolare rispetto a quello previgente, individuato dal D.P.C.M. 28 maggio 2015 - è costituito dal ruolo centrale attribuito alle Autorità di bacino distrettuali, preposte ad un vaglio preliminare di ammissibilità dei singoli interventi.

In particolare, a fronte di ciascuna delle richieste di finanziamento presentate dalle Regioni tramite la piattaforma ReNDiS, l’Autorità di bacino distrettuale competente a livello territoriale è chiamata ad esprimere un parere, sulla medesima piattaforma, in merito alla coerenza dell’intervento proposto rispetto agli strumenti di pianificazione vigenti.

L’Autorità, dunque, deve valutare la coerenza dei dati relativi ai criteri di classificazione inseriti dalla Regione con quelli in proprio possesso e - anche a seguito di eventuali richieste di integrazione documentale - procede alla disamina degli elaborati tecnici al fine di verificare che l’opera “proposta” ricada in aree perimetrate nella pianificazione di bacino, oppure in aree comprese negli aggiornamenti in corso della pianificazione di bacino o in aree colpite da eventi calamitosi recenti.

Effettuata tale valutazione, l’Autorità di bacino esprime il parere sulla compatibilità degli interventi proposti con gli strumenti di bacino vigenti per le aree di interesse del progetto e sulla incidenza delle opere sulla mitigazione della pericolosità o del rischio idraulico ed idrogeologico.

Nella medesima sede, inoltre, l’Autorità valuta se un determinato intervento - classificato dalla Regione quale intervento “integrato” (o win-win) - posseda i relativi requisiti ovvero costituisca un semplice intervento “ordinario”¹⁰⁴ e verifica che gli interventi proposti

¹⁰⁴ Al riguardo occorre precisare - per ragioni di chiarezza espositiva - che gli interventi integrati sono definiti dall’art. 7, comma 2, del D.L. n. 133/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 164/2014 (cd. decreto Sblocca Italia) come quegli interventi sul reticolo idrografico che non devono alterare



rispettino i presupposti e le condizioni atte ad impedire il deterioramento dei corsi idrici, nei termini di cui all'art. 4, punti 7, 8 e 9 della Direttiva Quadro Acque, dettando, se necessario, eventuali prescrizioni per la fase esecutiva¹⁰⁵. Inoltre, il decreto stabilisce che nel caso in cui l'intervento concorra all'attuazione di una misura di piano, il sistema assegna ulteriori punteggi cumulativi a quelli dei criteri di valutazione. Anche tale aspetto si ritiene sia oggetto di verifica da parte dell'Autorità, la cui attività incide quindi sia sull'astratta finanziabilità o meno dell'intervento proposto sia sull'attribuzione del punteggio da attribuirvi e quindi sulla concreta possibilità che lo stesso intervento sia finanziato.

Il parere espresso dall'Autorità - nei termini in precedenza richiamati - non ha tuttavia un mero valore istruttorio, ma diviene centrale nell'ambito del procedimento, costituendo un vero e proprio presupposto di procedibilità della richiesta di finanziamento: infatti, qualora l'Autorità esprima parere negativo, l'intervento non può proseguire nell'iter di valutazione e dunque non potrà essere oggetto di finanziamento. Stabilisce infatti il Decreto, al par. 2.3 che *"qualora l'Autorità esprima parere negativo, l'intervento non può, pertanto, proseguire nell'iter di valutazione"*¹⁰⁶.

Dunque, il parere espresso dall'Autorità ha natura obbligatoria e vincolante.

Tali nuove competenze delle Autorità attestano un'assoluta centralità di queste ultime non soltanto a livello pianificatorio - come in precedenza rilevato - ma anche in fase "esecutiva", poiché è dalle valutazioni tecniche espresse dalle Autorità che discende la possibilità dei singoli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico di accedere ai finanziamenti e, quindi, in definitiva, di essere concretamente realizzati.

In altri termini, la finalità del decreto è quella di garantire che le risorse economiche destinati alla realizzazione di interventi di mitigazione del rischio vengano assegnate ed

ulteriormente l'equilibrio sedimentario dei corsi d'acqua, bensì tendere ovunque possibile a ripristinarlo: ne consegue, quindi, che tali interventi "integrati" sono quelli *"finalizzati sia alla mitigazione del rischio sia alla tutela e al recupero degli ecosistemi e della biodiversità, ovvero che integrino gli obiettivi della direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, e della direttiva 2007/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni..., in grado di garantire contestualmente la riduzione del rischio idrogeologico e il miglioramento dello stato ecologico dei corsi d'acqua e la tutela degli ecosistemi e della biodiversità"*. Tali interventi, dunque - essendo idonei non soltanto a mitigare il rischio idrogeologico ma anche a migliorare il profilo ambientale - godono di punteggi maggiori nell'ambito delle Graduatorie Regionali e sono più agevolmente ammessi ai finanziamenti statali: proprio per tale ragione è stato previsto il citato vaglio preliminare da parte delle Autorità, finalizzato a verificare se gli interventi qualificati come "win win" dalle Regioni possano effettivamente ritenersi tali.

¹⁰⁵ L'Allegato I al D.P.C.M. chiarisce che, relativamente alla valutazione del deterioramento e all'eventuale mitigazione degli impatti negativi sul corpo idrico, si può eventualmente fare riferimento a quanto indicato nella Linea Guida n. 36 "Esenzioni dagli obiettivi ambientali a norma dell'articolo 4, paragrafo 7", approvata nell'ambito della Strategia Comune di Attuazione (CIS) della Direttiva quadro acque ed alla Direttiva alluvioni. Nel caso in cui l'intervento concorra all'attuazione di una misura di piano, il sistema assegna ulteriori punteggi cumulativi a quelli dei criteri di valutazione secondo le modalità illustrate al paragrafo successivo.

¹⁰⁶ Fermo restando che il medesimo intervento potrà, comunque, essere nuovamente valutato a seguito di successive integrazioni tecniche e documentali da parte della Regione con riferimento ai rilievi effettuati dall'Autorità nell'ambito della valutazione di competenza.



utilizzate in modo coerente con la pianificazione in materia, di competenza delle Autorità, così da evitare interventi su proposta regionale disallineati rispetto alle esigenze del territorio così come emergenti dagli appositi strumenti pianificatori.

5. Considerazioni di sintesi: il ruolo centrale delle Autorità nelle pressanti sfide di tutela dell'ambiente.

La legislazione vigente assegna alle Autorità distrettuali di bacino un ruolo centrale nella tutela dell'ambiente.

Esse, infatti, hanno competenze di pianificazione e programmazione che concernono direttamente il suolo e le acque, che – come ci ricorda la Corte costituzionale sin dal secolo scorso¹⁰⁷ - costituiscono due componenti essenziali del bene “ambiente”, la tutela delle quali rientra, in linea di massima, nell'ambito della materia “tutela dell'ambiente”, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. s) della Costituzione.¹⁰⁸

In particolare, il piano di bacino distrettuale adottato dall'Autorità contiene anche le norme d'uso e i vincoli per la conservazione del suolo e la tutela dell'ambiente (art. 65, comma 3, lett. f), D.lgs. n. 152/2006).

Lo stesso piano, che può essere anche costituito da “piani stralcio”, dà attuazione alla Direttiva europea in materia di acque, attraverso il piano di gestione delle acque e alla c.d. Direttiva alluvioni, mediante il piano di gestione del rischio alluvioni.

A tale proposito, occorre sottolineare che le disposizioni del piano di bacino e dei relativi piani stralcio prevalgono rispetto agli altri strumenti di pianificazione, ivi compresi quelli di tipo urbanistico, e possono assumere carattere immediatamente vincolante per le amministrazioni e gli enti pubblici, nonché per i soggetti privati. Inoltre, l'ambito territoriale di riferimento della pianificazione delle Autorità è il distretto idrografico che ha, per le proprie caratteristiche, una valenza ultraregionale. Sicchè le disposizioni del piano di bacino e dei relativi piani stralcio vengono a comporre un quadro unitario sovraregionale di misure finalizzate alla tutela dell'ambiente che possono incidere anche su tematiche, rientranti nella materia “governo del territorio”, che in linea di massima spettano alla competenza delle Regioni.

Ci si riferisce in particolare al contrasto al consumo di suolo¹⁰⁹ che presenta strette interrelazioni con le tematiche afferenti alla prevenzione e mitigazione del rischio alluvioni e più in generale del dissesto idrogeologico, oggetto della pianificazione di competenza delle Autorità.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641.

¹⁰⁸ Cfr. in materia di tutela delle acque, ex multis, Corte cost., 24 luglio 2009, n. 246; 24 luglio 2009, n. 251; 11 febbraio 2011, n. 44; in materia di difesa del suolo cfr. Corte cost., 12 aprile 2017, n. 77.

¹⁰⁹ Sulla tematica del contrasto al consumo di suolo cfr. ex multis G.F. CARTEI, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2014, 1261; G. F. CARTEI, *Il suolo tra tutela e consumo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 4, 2016, 10; L. DE LUCIA, *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI (a cura di), *La coesione politico territoriale*, in L. FERRARA – D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 299; L. DE LUCIA, *Il contenimento del consumo di suolo nell'ordinamento italiano*, in G.F. CARTEI – L. DE LUCIA (a cura di), *Contenere il consumo del suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, 2014, 91.

Ciò emerge chiaramente, ad esempio, dalla Comunicazione COM (2021) 699 al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, avente ad oggetto una *“Strategia dell’UE per il suolo per il 2030. Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima”*, del 17 novembre 2021, nella quale la Commissione europea ha illustrato le ragioni sottese alla scelta di presentare una prossima proposta legislativa - finalizzata all’adozione di una Direttiva europea - in materia di cura e gestione dei suoli. In particolare, la Commissione europea ritiene improcrastinabile un intervento legislativo avente ad oggetto la risorsa “suolo” proprio per poter coordinare in maniera efficace le politiche in materia di acque e suolo, e anche in considerazione delle caratteristiche complementari del suolo a una parte degli obiettivi dell’Unione in materia di clima e biodiversità oltre che a obiettivi economici di lungo termine. A livello nazionale, la stretta correlazione tra le due tematiche è dimostrata, sul piano legislativo, dall’art. 4, comma 4 *novies*, D.L. n. 141/2019 (c.d. Decreto Clima) che prevede che *“a decorrere dal 1° gennaio 2020, nelle aree interessate da pericolosità o da rischio idraulico di grado elevato o molto elevato, come definite dalle norme tecniche di attuazione dei relativi Piani di bacino, non sono consentiti incrementi delle attuali quote di impermeabilizzazione del suolo”*. Sempre a livello nazionale – oltre a quanto previsto nel PNRR (cui si è fatto cenno in premessa) - il Piano per la Transizione Ecologica, previsto dall’art. 57 bis, D.lgs. n. 152/2006 (introdotto dall’art. 4, D.L. n.22/2021) e approvato nel marzo 2022 dal Comitato Interministeriale per la Transizione Ecologica, pone tra i suoi macro-obiettivi quello dello *“Adattamento ai cambiamenti climatici”*, da attuarsi anche mediante *“interventi di contrasto ai dissesti idrogeologici in atto... anche attraverso l’azzeramento del consumo di suolo”* (p. 31).

Dunque, le misure e le disposizioni adottate dall’Autorità nell’ambito della pianificazione di sua competenza possono produrre effetti incisivi anche con riferimento al consumo di suolo e più in generale sugli ambiti di pianificazione regionale e infraregionale di competenza degli enti territoriali.

L’Autorità di bacino quindi è un ente il cui ambito territoriale di riferimento travalica quello regionale ed è calibrato in base alle finalità di tutela assegnate dalla legge.

La potestà pianificatoria dell’Autorità è particolarmente incisiva sia in senso orizzontale che verticale.

In senso orizzontale, oltre all’ambito territoriale di riferimento particolarmente esteso, il contenuto del piano di bacino e dei relativi stralci è assai ampio in quanto attiene direttamente alla difesa del suolo e alla tutela delle acque, recando una pianificazione globale del territorio considerato e indirettamente impatta su settori di competenza di altri Enti e in particolare su quelli attinenti al governo del territorio; inoltre, il contenuto dei piani è sostanzialmente non tipizzato in quanto individuato per categorie e concerne elementi di carattere descrittivo, di carattere normativo e prescrittivo, di carattere tecnico-operativo ed elementi di natura programmatica.

In senso verticale, il piano di bacino è sovraordinato ai piani e programmi di sviluppo socio-economico e di assetto ed uso del territorio e in particolare anche ai piani urbanistici, che devono essere coordinati con il piano di bacino approvato, le cui disposizioni prevalgono sugli altri strumenti di pianificazione e possono assumere valore cogente anche per i privati,



venendo a conformare (e limitare) la loro posizione giuridica. Dunque, l’Autorità di bacino costituisce un’autorità di area vasta i cui poteri di pianificazione sono finalizzati alla tutela dell’incolumità delle popolazioni e dell’ambiente e che, per le proprie finalità istituzionali, assume un ruolo fondamentale anche nelle attuali sfide di tutela dell’ambiente quali – oltre a quella già richiamata relativa al contrasto al consumo di suolo - quella assai “evidente” ed urgente relativa all’adattamento ai cambiamenti climatici, sulla quale si concentra l’attenzione dell’Unione Europea¹¹⁰ nonché del Ministero dell’Ambiente¹¹¹, con le connesse componenti relative al rischio alluvioni e al dissesto idrogeologico¹¹².

Il rispetto dell’assetto delle competenze fissato in Costituzione è garantito mediante adeguate norme di organizzazione e di funzionamento degli organi dell’Autorità e in particolare da quelle relative alla Conferenza istituzionale permanente nonché dalle norme relative all’iter di approvazione del piano di bacino, che salvaguardano l’esigenza di temperamento dei diversi interessi correlati all’esercizio della potestà pianificatoria delle Autorità.

¹¹⁰ Cfr. COM(2021) 82 final del 25 febbraio 2021, Plasmare un’Europa resiliente ai cambiamenti climatici – La nuova Strategia dell’UE di adattamento ai cambiamenti climatici.

¹¹¹ Cfr. Piano Nazionale Adattamento ai Cambiamenti Climatici, versione dicembre 2022, ove si afferma che “i cambiamenti climatici rappresentano e rappresenteranno in futuro una delle sfide più rilevanti da affrontare a livello globale ed anche nel territorio italiano. L’Italia si trova nel cosiddetto “hot spot mediterraneo”, un’area identificata come particolarmente vulnerabile ai cambiamenti climatici (IPCC, ARC.6; IPCC ARC.5; EEA 2012). Il territorio nazionale è inoltre notoriamente soggetto ai rischi naturali (fenomeni di dissesto, alluvioni, erosione delle coste, carenza idrica) e già oggi è evidente come l’aumento delle temperature e l’intensificarsi di eventi estremi connessi ai cambiamenti climatici (siccità, ondate di caldo, venti, piogge intense, ecc.) amplifichino tali rischi i cui impatti economici, sociali e ambientali sono destinati ad aumentare nei prossimi decenni. È quindi evidente l’importanza dell’attuazione di azioni di adattamento nel territorio per far fronte ai rischi provocati dai cambiamenti climatici”.

¹¹² Cfr. M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2019, pp. 291 ss.



LE CONCESSIONI IDROELETTRICHE: IL BENE-ACQUA TRA CONCORRENZA E SOSTENIBILITÀ.

Giacomo Biasutti

Abstract: ormai da tempo l'Unione Europea sprona l'Italia verso la progressiva apertura alla concorrenza nella concessione delle risorse idroelettriche. Il contributo vuole fare il punto sulle recenti modifiche legislative alla ricerca di criteri che possano indirizzare nella definizione della dimensione ottimale della gestione dell'asse fluviale. Si vuole così dimostrare che nella materia *de qua* è il bene oggetto del procedimento ad evidenza pubblica -l'acqua- che costituisce il limite proprio della discrezionalità amministrativa.

Abstract: for some time now, the European Union has been urging Italy towards the progressive opening up to competition in the concession of hydroelectric resources. The contribution aims analyze the recent laws in such matter in the search for criteria that can guide the definition of the optimal dimension of the management of the river. Thus the essay aims to demonstrate that in the matter it is the object of the tender – i.e. public water - which constitutes the very limit of administrative discretion.

SOMMARIO: 1. La gestione degli assi fluviali: una questione a cavallo tra il diritto della concorrenza ed il diritto ambientale - 2. Il bene acqua: le competenze nella evoluzione della consapevolezza ambientale - 3. Gli assi fluviali tra elementi naturalistici, competenze amministrative e interessi economici: la definizione dell'oggetto della concessione - 4. Le formule gestionali nei recenti rimaneggiamenti normativi - 5. La crisi energetica come occasione di sviluppo degli assi fluviali. Verso la gestione condivisa del bene-acqua - 6. La natura del bene come veicolo per ripensare ai rapporti tra pubblico e privato?

1. La gestione degli assi fluviali: una questione a cavallo tra il diritto della concorrenza ed il diritto ambientale.

Uno dei temi che in tempi recenti ha occupato con sempre più interesse il legislatore¹ e la giurisprudenza² è quello dell'affidamento delle concessioni di grande derivazione idroelettrica³. Da un lato, l'afflato eurounitario impone sempre maggiori

¹ Cfr. il *paper* di ricerca, con prefazione di T.E. FROSINI, *Le concessioni idroelettriche in Italia. Principi, norme e prospettive future*, ad opera della Fondazione Magna Carta.

² In ultimo, vedasi Corte costituzionale, 22 dicembre 2022, n. 265, in *Federalismi.it*, XXXIV, 2022.

³ Ma, più in generale, si è posta attenzione alla legislazione in tema di ambiente quale forma di regolazione verso le generazioni future di un bene comune indisponibile. Vedasi, sul punto, A. CRISMANI, *La protezione costituzionale del diritto all'acqua pubblica tra crisi finanziaria e diritti umani. L'art. 70.a della Costituzione slovena sul "Diritto all'acqua potabile"*, in *Amministrazione in cammino*, 30 dicembre 2016, ove in particolare l'Autore afferma come la disciplina in materia di acque pubbliche sia stata in



aperture al mercato; dall'altro la tutela della risorsa idrica impone scelte che collidono a volte con l'interesse imprenditoriale alla massimizzazione del profitto ritratto dalla gestione dell'asse fluviale. Si tratta, infatti, di uno dei casi in cui il bene oggetto di disciplina influenza maggiormente le norme di diritto positivo che lo riguardano⁴.

Progressivamente, infatti, è divenuta sempre più pressante la necessità di garantire il più ampio accesso al mercato⁵, superando quella rigidità nella domanda che finiva con il favorire necessariamente le gestioni uscenti in regime di *in house* delle vecchie aziende municipalizzate⁶. Questo, però, più recentemente ha anche portato a riflettere sulla reale efficienza ambientale di una gestione particellare dell'asse fluviale, che atomizza la risorsa idrica in un proliferare di competenze⁷ che diviene spesso molto difficile controllare o ricondurre ad unità. L'inefficienza della frammentazione, infatti, risulta acuita da una serie di fattori, non ultima la scarsa produttività complessiva del sistema⁸. Di qui, la necessità di ricondurre ad efficienza

molti casi l'apripista delle disposizioni di diritto ambientale generale.

⁴ Situazione simile, con i dovuti distinguo, a quella che si ritrova nell'ambito dei beni culturali, che al pari dell'ambiente sono bene-fine dell'ordinamento rispetto al bene-mezzo della concorrenza che è però utile a renderli fruibili per i cittadini. Nel secondo caso, infatti, la disciplina è servente rispetto al raggiungimento di altri scopi (ad esempio il risparmio di spesa o l'esercizio di servizi pubblici). Per tutti, vedasi L. PRISCOLI, *La concorrenza, Quaderno del servizio studi della Corte costituzionale*, in *cortecostituzionalei.it*, in uno con i relativi riferimenti giurisprudenziali.

⁵ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Giuffrè, Milano, 2012, infatti, sottolineava come «l'intero sistema si presenta ancora oggi praticamente ingessato, con margini di ridisegno alquanto ridotti principalmente per effetto del fattore di rigidità rappresentato dalle concessioni di derivazione e di emungimento rilasciate (e rinnovate) nel tempo», pag. 443, cit. Vedasi anche M. COLLEVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario. Alla ricerca di un giusto bilanciamento tra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Cacucci editore, Bari, 2000. Vedasi anche B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, ove l'Autore analizza la questione della gestione della risorsa idrica nella prospettiva della legislazione dei beni demaniali: l'elemento comune di fondo è che anche da questo punto prospettivo lo sfruttamento economico del bene-acqua reca in sé un intrinseco interesse pubblico (pag. 27 ss., cit).

⁶ Si tratta, come si può intuire, di una sorta di diritto di insistenza *sui generis* derivante direttamente dalla conformazione naturale del bene oggetto di disciplina. Lo sottolinea già S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2003. Vedasi anche sul tema L.R. PERFETTI, «Diritto di insistenza» e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amm. – Consiglio di Stato*, I, 2003, e M.A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi.it*, XXIV, 2013.

⁷ Per una ricostruzione sistematica dell'assetto di competenze a livello costituzionale, vedasi F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007.

⁸ Di quest'idea A. CRISMANI, *op. cit.* il quale propone di riflettere sulla circostanza per cui «Fattori ostili come la scarsità delle risorse, le difficili condizioni dei conti pubblici, la mancata ripresa dei fattori di crescita e della produttività, l'utilizzo delle risorse pubbliche a scopi di risanamento hanno determinato un impatto negativo sui diritti sociali ed economici e li hanno trasformati in diritti finanziariamente condizionati, riconfigurando di fatto il tipo di Stato», pag. 5, cit. S.R. MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e Prospettive*, Pisa, 2018, invece, partendo dall'analisi della evoluzione normativa della disciplina di settore, sottolinea come la progressiva liberalizzazione del settore idroelettrico dovrebbe portare al



il sistema sotto un duplice profilo: quello amministrativo, con risparmio di tempo e risorse nelle procedure di gara maggiore coerenza nell'individuazione delle politiche strategiche e quello privato, con la garanzia della possibilità di un più proficuo sfruttamento a fini idroelettrici. Sullo sfondo, resta però l'idea che entrambi questi aspetti facciano da cornice al bene giuridico tutelato, restando sempre serventi all'idea che la risorsa idrica debba esser preservata onde mantenersi riproducibile a servizio delle generazioni future⁹.

Ci si trova, insomma, avanti alla tensione tra interessi pubblici meritevoli di tutela: parte di questi riguardano la concorrenza e l'economicità nella gestione dei beni pubblici¹⁰, mentre altra parte si riferisce invece a valori ambientali e di tutela di una risorsa non ripetibile come è l'acqua¹¹. Trovare il giusto equilibrio è opera non facile cui è chiamato dunque il legislatore prima e l'amministratore poi, pur con l'aiuto di alcuni referenti che provengono dalla giurisprudenza interna e sovranazionale¹².

2. Il bene acqua: le competenze nella evoluzione della consapevolezza ambientale.

L'acqua è uno dei beni demaniali per antonomasia¹³: a partire dal diritto civile,

contemperamento della riduzione dei costi con il miglioramento del servizio -anche in una prospettiva ambientale.

⁹ Questa l'idea espressa da A. MASSARUTTO, *L'acqua: un dono della natura da gestire con intelligenza*, Il Mulino, Bologna, 2008 oltre che, a livello europeo, contenuta nella c.d. direttiva acque, 2000/60/CE.

¹⁰ Si parla quindi, da un lato, della massima apertura alla concorrenza degli affidamenti e del superamento della gestione diretta da parte degli enti locali nei quali le derivazioni vengono ad essere collocate, mentre dall'altro ci si riferisce alla necessaria tutela delle piccole imprese cui deve essere comunque garantito l'accesso alle gare, ove possibile.

¹¹ Dunque, una risorsa necessariamente pubblica, come dimostra il regime di demanialità - originariamente statale- delle acque superficiali, come rimarca A. POGGIA, *Acqua e ambiente*, in G.P. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008.

¹² Tra le ultime, appunto, la sentenza della Corte costituzionale richiamata alla nota 2, come pure la n. 117/2022 e n. 256/2020.

¹³ Definito tale, infatti, già dall'art. 822 del Codice civile, che recita «*Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia ...*». Di converso e specularmente, l'art. 144 del Testo Unico delle norme in materia ambientale, d.lgs. n. 152/2006, prevede a sua volta che «*Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato. Le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale. La disciplina degli usi delle acque è finalizzata alla loro razionalizzazione, allo scopo di evitare gli sprechi e di favorire il rinnovo delle risorse, di non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la piscicoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici*». L'evoluzione della disciplina dimostra quindi che il bene-acqua è inteso sempre più come una componente qualitativa dell'ecosistema che deve essere garantito non solo per le generazioni attuali, quanto soprattutto lasciato in eredità il più possibile intatto per le generazioni future. Di qui il concetto di bilancio idrico, che esprime proprio la necessità di equilibrio tra le diverse istanze (economica, del presente e ambientale, proiettata verso il futuro). Cfr. P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2012, pag. 78 ss. La prospettiva di indagine, peraltro, è stata da tempo oggetto di attenzione anche da parte di studiosi non italiani, come P. BIRNIE-A.E.



dunque, esso gode di una disciplina speciale. Si tratta, nell'essenza, di un patrimonio comune¹⁴ che finisce in alcuni casi addirittura con il trascendere la singola potestà statale, ove l'asse fluviale si espanda oltre il confine del singolo paese¹⁵.

A questo aspetto però si aggiunge il fatto che, specie alla luce della accelerazione degli obiettivi di transizione ecologica imposta dall'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - PNRR, l'acqua dolce è anche una risorsa che deve sempre più essere sfruttata per consentire l'abbattimento dell'approvvigionamento da fonti energetiche di matrice fossile¹⁶. La crisi politico-energetica iniziata nel 2021, peraltro, ha ulteriormente dimostrato la capitale importanza della progressiva emancipazione

BOYLE-C. REDGWELL, *International law and the environment*, Oxford University Press, Oxford, 2021, ove si focalizza in particolare l'attenzione sulla circostanza per cui gli assi fluviali sono beni che trascendono i rigidi confini degli stati nazionali (ma nella stessa prospettiva anche S. MC CAFFEREY, *The law of international watercourses*, Oxford University Press, Oxford, 2019) e P. SANDS, *Principles of international environmental law*, Philippe Sands, Cambridge, 2018.

¹⁴ In dottrina si è annoverata l'acqua, infatti, tra i «beni comuni naturali» da parte ad esempio di E. BOSCOLO, *op. cit.*, pag. 211, cit. Non si può però mancare di sottolineare come tale ricostruzione teorica sia ancora oggi non del tutto condivisa. Vi sono infatti autori che, ben diversamente, ritengono sia del tutto fuori fuoco inquadrare l'acqua tra i beni comuni pensando che così si risolvano le tematiche giuridiche di gestione della risorsa. In questi termini, ad esempio, G. DI PLINIO, voce *Ambiente*, in E. SOMAINI, (a cura di), *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, Giappichelli, Torino, 2015, secondo cui «Al di là della valutazione politica e del rilievo pratico che si voglia attribuire a una categoria dello spirito come quella dei beni comuni, il valore scientifico della sua costruzione giuridica ha la resistenza di un fiocco di neve fluttuato in casa dalla porta semiaperta».

¹⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla Convenzione di Helsinki del 1992, approvata dall'allora Comunità Europea con decisione 95/308/CE e ratificata dall'Italia con legge 12 marzo 1996, n. 171. Si tratta di un accordo che vuole promuovere, essenzialmente, una gestione condivisa e sostenibile della risorsa idrica, vista allo stesso tempo come strumento di sviluppo economico e via per il progredire di una pacifica collaborazione tra le nazioni europee. Occorre segnalare, peraltro, che per quanto riguarda l'aspetto degli usi internazionali delle vie d'acqua diversi dalla navigazione è invece stata stipulata la Convenzione sul diritto delle utilizzazioni dei corsi d'acqua internazionali diverse dalla navigazione, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 maggio 1997 (su tale atto, vedasi A. SILVERIO, *Convenzione (non ancora in vigore) sul diritto delle utilizzazioni dei corsi d'acqua internazionali diverse dalla navigazione - ed altro - adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York, in data 21 maggio 1997*, in questa Rivista, 7 febbraio 2008).

¹⁶ Si deve, infatti, ricordare, che proprio il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, alla missione M2C2, relativa a *Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile*, prevede come obiettivo quello l'«Incremento della quota di energia prodotta da fonti di energia rinnovabile (FER) nel sistema, in linea con gli obiettivi europei e nazionali di decarbonizzazione», rispetto al quale la linea di investimento è pari a 23,78 miliardi di euro. Questi investimenti, peraltro, si pongono in linea con il rispetto dei *target* di emissione previsti nell'ambito del c.d. *European Green Deal* (COM/2019/640), atto di indirizzo dell'Unione Europea in attuazione dell'accordo di Parigi volto alla limitazione del riscaldamento globale (peraltro già in parte attuato dall'Italia con il PNIEC - Piano Nazionale Integrato Energia e Clima, dicembre 2019).



dall'approvvigionamento energetico estero¹⁷, il che ha ulteriormente aumentato l'attenzione verso lo sfruttamento degli assi fluviali.

Da questo quadro complessivo, si può calare il ragionamento a partire dall'individuazione delle competenze alla disciplina giuridica delle acque di superficie. Sulla relativa gestione, allora, vi è la concorrenza di almeno due diversi poli attrattivi: quello afferente alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema¹⁸ e quello relativo alla concorrenza¹⁹. In entrambi i casi, la centralità del bene giuridico tutelato²⁰ fa sì che la potestà di disciplina della materia -dunque la competenza amministrativa che ne consegue a valle²¹- sia ascrivita in via esclusiva allo Stato²². Si tratta, peraltro, di

¹⁷ In quest'ottica, peraltro, si può pure vedere il fatto che con il d.l. n. 21/2022, relativo al cd. «golden power», si sia previsto che a decorrere dal 1° gennaio 2023, vi sia l'obbligo di notifica degli acquisti, a qualsiasi titolo o con qualsiasi modalità effettuati, di partecipazioni di controllo da parte di soggetti appartenenti all'Unione europea nel settore dell'energia. Questo al fine di consentire l'esercizio del potere sostanzialmente di veto da parte dello Stato.

¹⁸ Art. 117, comma 2, lett. s), della Costituzione. Cfr. per una introduzione, *ex multis*, D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (a cura di), *op. cit.*, pag. 233 e ss., ma, anche, M. CECCHETTI, *La materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale. Lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, I, 2007.

¹⁹ Art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione. Cfr. R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, nota a Corte costituzionale n. 14/2004, in *Regioni*, IV, 2004. Vedasi anche F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2002, L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del titolo V della Costituzione: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, III, 2003, e, più recentemente, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2016 e M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Cacucci editore, Bari, 2019.

²⁰ Che nel caso dell'ambiente è, come detto, un tipico bene fine dell'ordinamento (un tempo pure correlato alla salute, quantomeno prima della recente riforma costituzionale dell'art. 9, di cui alla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, cfr. M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, I, 2022, nonché A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, IV, 2021). Nel caso della tutela della concorrenza si tratta invece come si anticipava di un c.d. bene-mezzo, ossia un bene giuridico la cui tutela è funzionale al conseguimento o alla protezione di altri beni giuridici meritevoli di tutela nell'ordinamento (come, ad esempio, il libero sviluppo economico privato o la regolarità di cassa delle pubbliche istituzioni e, financo ed *in primis* la soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso alla singola commessa).

²¹ Cfr. M.R. SPASIANO, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del 1° Colloquio di diritto dell'ambiente (Teramo, 29-30 aprile 2005)*, Giuffrè, Milano, 2006.

²² Salve, come si vedrà, le competenze delle Regioni e Province Autonome e salvo comunque il fatto che, in diversi casi lo stesso Stato tende a delegare la gestione minuta della risorsa ad enti locali in maniera decentrata.



una competenza doppiamente trasversale²³ poiché attiene a due materie²⁴ che, tipicamente, trascendono i rigidi confini che solitamente demarcano i poteri legislativi tra centro e periferia. A questi due plessi competenziali se ne affianca però un terzo, laddove l'articolo 117, comma 3, affida alla potestà legislativa concorrente la materia della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia²⁵. Sulla base di questo affastellato quadro normativo, quindi, gli art.144 e ss. del d.lgs. n. 152/2006 stabilisce i principi di tutela ed uso sostenibile delle risorse idriche, disegnando un quadro al rispetto del quale sono tenuti tutti gli attori istituzionali.

Alla luce di un tanto, il punto dal quale si deve partire nell'analisi della questione concessoria delle derivazioni idriche è il fatto che la disciplina, ogniqualvolta tocchi anche indirettamente aspetti concorrenziali ovvero il bene ambiente, non potrà che essere appannaggio esclusivo dello Stato. Anche in materia energetica, ove la competenza è concorrente, sarà quest'ultimo a definire un quadro complessivo di disciplina all'interno del quale si iscrive l'attività legislativa regionale. Nei fatti, ciò che avviene è una distinzione gestionale delle concessioni a seconda della relativa portata, secondo principi di efficienza, peraltro ricordando che ai sensi della c.d. direttiva Bolkenstein²⁶ si tratta di un servizio fornito dietro retribuzione, dunque soggetto comunque ai principi di libertà di stabilimento degli operatori economici²⁷. Da questo quadro emerge che la concorrente disciplina regionale, in via autonoma potrà essere limitata ad aspetti del tutto marginali e solamente nel caso in cui l'intervento sia funzionale al miglioramento degli *standards* di tutela ambientale²⁸ e di

²³ Cfr. M. CECCHETTI, *op. cit.*, ove si afferma che «la tutela dell'ambiente si atteggia come interesse tipicamente "trasversale" rispetto a una molteplicità indefinita di settori, di materie e di ambiti oggettivi nei quali intervengono le politiche pubbliche, coinvolgendo parimenti e in primis, ancorché tramite il riconoscimento di ruoli diversi e l'esercizio di competenze distinte, tutti gli enti della Repubblica e, soprattutto, i legislatori (e le amministrazioni) dello Stato e delle Regioni», pag. 130, cit., nonché, dello stesso Autore, *La Corte costituzionale come "titano" nell'esplosione della complessità: il contenzioso tra Stato e Regioni sulla riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, II, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2021

²⁴ Il termine «materia», in effetti, è stato peraltro oggetto di critica dalla stessa giurisprudenza costituzionale, laddove per un certo periodo di tempo il giudice delle leggi ha preferito riferirsi al tema in termini di "valore giuridico". Il concetto, in effetti, è decisamente più labile rispetto a quello di materia fatto proprio dall'ordinamento giuridico: il fine di questa interpretazione è ampliare i margini di intervento «migliorativo» da parte delle Regioni, intendendo il riparto di competenze in senso non escludente rispetto ad un bene comune. Cfr. M CECCHETTI, *op. cit.*

²⁵ Sul punto, vedasi G.B. CONTE-M.A. SANDULLI, *Le grandi derivazioni a scopo idroelettrico: uso di una risorsa strategica fra problemi di competenza legislativa e tutela comunitaria del diritto di stabilimento e della concorrenza*, in *www.aragon.es*.

²⁶ Direttiva 2006/123/UE.

²⁷ Art. 49 T.F.U.E. e successivo art. 57.

²⁸ Tale eventuale intervento sussidiario di carattere migliorativo ha peraltro trovato legittimazione in alcuni arresti del giudice costituzionale, come la sentenza 26 luglio 2002, n. 407 (poi però ampiamente riletta dalla successiva giurisprudenza). Vedasi in merito P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, XX, 2020.



competitività complessiva del sistema²⁹. Per gli altri aspetti, questi soggetti opereranno solamente per delega statale³⁰. La trasversalità degli interessi toccati, in altre parole, limita fortemente la possibilità di intervento, tanto dello Stato³¹, quanto delle Regioni e degli enti locali³².

3. Gli assi fluviali tra elementi naturalistici, competenze amministrative e interessi economici: la definizione dell'oggetto della concessione.

Per esaminare quali siano le strategie di gestione della risorsa idroelettrica, occorre anzitutto avere contezza di cosa si intenda per asse fluviale dal punto di vista giuridico -o, per meglio dire, cosa si intenda con il concetto per identificare l'estremo materiale di disciplina.

Sotto il profilo naturalistico, occorre anzitutto considerare la nozione di *bacino idrografico*. Con tale termine, infatti, si definisce la porzione del territorio dalla quale vengono addotte le acque che alimentano il fiume³³. Partendo da questa prospettiva, l'*asse* o *corso* fluviale, è l'estremo di captazione finale delle acque addotte nel bacino. Dal punto di vista geomorfologico, quindi il bacino è l'unità fisiografica fondamentale per poter individuare un regime di disciplina delle acque, qualsiasi ne sia l'ipotesi di sfruttamento ai fini economici³⁴.

Un riferimento normativo diretto, in quest'ottica, si rinviene all'art. 68-bis, del Codice dell'ambiente – d.lgs. n. 152/2006, con riguardo ai c.d. contratti di fiume. Si tratta di strumenti volontari di programmazione strategica di carattere negoziato attraverso i quali i diversi operatori titolari di poteri gestori sul bacino idrografico concertano le rispettive attività nell'ambito di uno sfruttamento condiviso della

²⁹ Questo non toglie, però, come molte volte sono proprio gli enti locali che, attraverso la conoscenza puntuale dei luoghi e delle esigenze di chi vi risiede, vengono delegati alla individuazione concreta delle caratteristiche delle concessioni idroelettriche – prima fra tutte la dimensione delle stesse rispetto all'asse fluviale preso in considerazione.

³⁰ Salva la competenza speciale delle regioni a statuto autonomo, per le quali tuttavia resta fermo il rispetto dei principi concorrenziali, sulla base dei quali la Corte costituzionale ha in effetti a più riprese dichiarato l'incostituzionalità anche della normativa adottata dalle regioni autonome (da ultimo vedasi il caso del Friuli Venezia Giulia e la già citata sentenza n. 265/2022).

³¹ Rispetto all'Unione Europea, che come noto detta la linea in materia di libera concorrenza.

³² Con riferimento ai quali, dunque, la competenza è il risultato della progressiva erosione delle residue potestà statali che non vengono concentrate nel plesso centrale a Roma. Non a caso, la Corte costituzionale ha a più riprese ricordato che «la nozione di «concorrenza» di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. «non può non riflettere quella operante in ambito europeo ...» (così, la sentenza n. 83/2018 cit., ma si vedano anche le nn. 291 e 200 del 2012 e la n. 45/2010).

³³ Così viene definito il bacino, che diviene *imbrifero* ove invece le acque di raccolta derivino in via esclusiva dal dilavamento delle piogge; cfr. G. SUPINO, *Le reti idrauliche*, Pàtron, Bologna, 1965. Vedasi anche, quanto alla letteratura più prettamente riferita agli aspetti idraulici del fenomeno, G. BENINI, *Sistemazioni idraulico-forestali*, UTET, Torino, 1990 e A. ARMANINI, *Principles of river hydraulics*, Springer, Zurigo, 2018.

³⁴ Così M. BASTIANI (a cura di), *Contratti di fiume. Pianificazione strategica e partecipata dei bacini idrografici*, Flaccovio Dario, Palermo, 2011.



risorsa³⁵. L'idea di fondo, dunque, è proprio quella che l'elemento fisico (il fiume) sia l'estremo di una attività amministrativa ma, al contempo, detti i limiti della funzione amministrativa stessa sulla base delle relative caratteristiche. In quest'ottica, il bacino è dunque anche il parametro di misura iniziale per cercare di definire una dimensione gestionale ideale della risorsa. Questo perché non solo consente di partire nella ricerca dell'assetto gestorio dal bene-fine che ne è oggetto³⁶, ma anche perché si tratta di un dato empirico riscontrabile con certo maggiore facilità rispetto all'applicazione asettica di criteri di tipo mercantilistico-concorrenziale³⁷ o, più in generale, di perimetrazioni operate cartolarmente ed in astratto partendo dalle competenze amministrative dei singoli enti territoriali.

Alla luce di un ciò, pertanto, si deve partire dal dato naturalistico e individuare il bacino idrografico. Da questo punto di partenza, poi, si possono individuare le competenze afferenti, perché i confini naturali non seguono quelli amministrative. In ragione di ciò, nella materia *de qua* si vede sin da subito l'importanza e l'utilità di attivare eventuali forme di collaborazione tra i soggetti istituzionali coinvolti³⁸. Si

³⁵ In effetti, la formulazione della norma riecheggia molto l'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali) che disciplina invece l'accordo di programma quale formula di amministrazione negoziata di interventi complessi. Si tratta, in quel caso, di un accordo *ex art.* 15, l. n. 241/1990, attraverso il quale amministrazioni in rapporto di reciproca indipendenza, dettano le linee di un'azione coordinata per il migliore soddisfacimento degli interessi dei quali sono tributarie. Nel caso dei contratti di fiume, invece, questi si sono ritenuti per parte della dottrina non veri e propri contratti ma, al pari degli accordi di programma, delle formule negoziali di diritto pubblico (cfr., ante riforma del Codice dell'ambiente con inserimento dell'art. 68-bis, G. GARZIA, *La pianificazione delle acque nel sistema dei piani regionali e locali*, in *Foro amm. – Consiglio di Stato*, I, 2006, pag. 298 ss.). Dunque, vi è anche stato chi ha proposto di ricondurre la figura al novero delle ipotesi di partenariato pubblico-privato, sebbene in sostanza *extra codicem* in quanto non direttamente riferibile al d.lgs. n. 50/2016 (cfr. A. PORTERA, *I contratti di fiume*, in *Federalismi.it*, XVIII, 2017). Invero, a prescindere dalla correttezza di questa ricostruzione, il riferimento alle ipotesi di partenariato torna utile per richiamare concetti come quello di sostenibilità economico-finanziaria della gestione della risorsa nel lungo periodo e di assunzione del rischio gestionale in capo al privato. In questo caso, l'ampiezza del bacino e le modalità di concessione del relativo sfruttamento vengono determinate anche in base a questi fattori economici oltre che riferendosi ai soli -ma comunque preponderanti- elementi naturalistici.

³⁶ Stante la sopra accennata preponderanza della necessità di tutela ambientale rispetto agli aspetti economici. Si tratta di una prevalenza, peraltro, che non ha carattere assoluto, ma che chiama il legislatore -dunque a valle l'amministratore- ad una prudente valutazione caso per caso dell'equilibrio tra la necessità di garantire la massima apertura al mercato con il rispetto di valori fondamentali quali quelli della tutela della salute e delle risorse ambientali. Vedasi sul punto la sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2022, n. 4 ed i precedenti specifici ivi citati, tra cui e sentenze del medesimo giudice nn. 56/2020 e 30/2016.

³⁷ Cfr. M.M. FRACANZANI, *L'ambiente tra tutela e (necessario) profitto nel d.lgs. n. 152 del 2006*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, CEDAM, Padova, 2007.

³⁸ Proprio in quest'ottica si pongono gli strumenti di coordinamento come gli accordi di programma ed i c.d. contratti di fiume. Se certamente, infatti, ciascuna Regione -ove delegata, o ad autonomia speciale- può dettare una disciplina delle acque per la porzione di asse idrico che rientra nei propri confini, il senso di una gestione ambientalmente orientata dell'acqua quale bene demaniale che si proietta verso il futuro impone invece il coinvolgimento -quantomeno istruttorio- di tutti i soggetti posti a monte e a valle di una eventuale concessione di sfruttamento. Vedasi sul punto L. MARTINEZ, *Il*



tratta di formule di partenariato pubblico-pubblico che potrebbero teoricamente financo arrivare a definire l'ampiezza giuridica del bacino; nondimeno in linea generale nella prassi ciò che si vede è che tendenzialmente è sempre una unica amministrazione che, ai fini della concessione in utilizzo delle acque, definisce un ambito ottimale all'interno del perimetro territoriale delle proprie competenze³⁹. E questo perché il dialogo tra vari plessi competenziali, se supera la soglia della mera consultazione, tende a essere considerato come un elemento di rallentamento del sistema⁴⁰.

Ai primi due elementi -naturalistico ed amministrativo- si accosta quindi il terzo, che è quello di carattere economico. Nell'ambito di un bacino idrografico, infatti, la gestione unitaria dell'asse può essere raggiunta solo ove l'accorpamento di varie centrali di captazione in una unica concessione⁴¹ risulti sostenibile sotto il profilo tecnico-economico. Invero, da un punto di vista astratto, punti di adduzione produttivi potrebbero «trainare» anche concessioni meno remunerative. Dall'altro lato, però, nell'ottica privata, accorpate concessioni con livello di remuneratività diverso tra loro comporta invece il rischio che gli investimenti vengano concentrati esclusivamente nella porzione fluviale in grado di generare reddito. Il corretto bilanciamento di queste opposte istanze, quindi, può essere raggiunto esclusivamente attraverso la corretta redazione della documentazione di gara, ove indicare puntualmente quali siano gli oneri⁴² di investimento sulla rete che in ogni

governo delle risorse idriche tra competenze statali e territoriali, in M. GIGANTE, (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*. Atti del convegno tenutosi a Sassari il 20 e 21 maggio 2011, Jovene editore, Napoli, 2012, secondo la quale «Pare ... intravedersi il tramonto di scelte normative che si limitavano alla semplice allocazione delle funzioni verso il livello centrale ed anzi, al contrario, appare una certa tendenza a spogliare il centro di alcuni poteri in materia di acqua». Per una analisi di carattere più marcatamente economica della questione del riparto di competenze, il riferimento corre a L. DANESI-M. PASSARELLI-P. PETRUZZI, *Quale livello di regolazione per i servizi idrici? Uno schema di analisi sulla distribuzione verticale ed orizzontale delle funzioni di regolazione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, in specie pag. 389 ss.

³⁹ L'art. 14 della legge 18 maggio 1989, n. 183 (oggi integralmente abrogata ad opera del Codice dell'ambiente) stabiliva però già oltre trent'anni orsono quali fossero i bacini idrografici di rilevanza nazionale. Tra questi, sia fiumi che scorrevano interamente all'interno di una unica regione, sia fiumi transregionali. All'evidenza, dunque, il criterio distintivo era di carattere naturalistico e non giuridico, a conferma delle premesse concettuali che si sono sopra adombrate.

⁴⁰ Pare essere una riprova di questa conclusione, ad esempio, la disciplina introdotta all'art. 17-bis, della l. n. 241/1990, ossia il c.d. silenzio orizzontale tra P.A. Cfr. A. CARRÀ, *Il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche: prospettive di semplificazione e limiti applicativi*, in *Cammino diritto*, VII, 2022.

⁴¹ Ma, di converso, questo ragionamento può essere operato anche ove si spezzetti l'asse in diverse concessioni.

⁴² Ci si riferisce, in particolare, anche al fatto che gli appalti pubblici sono oggi strumento di miglioramento della qualità dell'ambiente attraverso l'imposizione dei c.d. *standards* ambientali minimi, ossia di quel minimo di livello di tutela che deve sempre essere garantito, divenendo componente qualitativa fondamentale dell'offerta in gara. Il riferimento corre all'art. 34, d.lgs. n. 50/2016 ed al precedente d.m. del Ministero dell'ambiente, 11 aprile 2008, di approvazione del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, come



caso debbono essere soddisfatti. La dimensione economica della gestione, insomma, viene a valle dei primi due aspetti che si sono sopra l'umbrati proprio perché è una creazione sintetica operata dall'amministrazione -o dalle diverse amministrazioni- che gestisce l'asse⁴³. Nondimeno, dal punto di vista del giurista pratico, è indubbiamente anche la più importante, perché dall'equilibrio⁴⁴ delle diverse istanze -fine di lucro del privato e tutela della risorsa pubblica- si giunge al risultato finale di garantire uno sfruttamento sostenibile del bene-acqua.

Guardando alla questione invece partendo dal profilo economico, in effetti, si parte all'inverso nella definizione della formula amministrativa attraverso la quale concedere la gestione: a seconda del fatto che vi sia o meno un mercato in grado di assicurare il soddisfacimento dei pubblici interessi garantendo al contempo una remuneratività per il prestatore del servizio⁴⁵, si potrà infatti stabilire se la formula

aggiornato dal d.m. 10 aprile 2013 ed integrato da numerosi decreti adottati per specifici settori merceologici. È una impostazione, quest'ultima, che trova conferma anche nel Codice dei contratti pubblici di imminente adozione da parte del Governo. Cfr. per una introduzione generale al tema, P. DELL'ANNO, *La tutela ambientale come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, Relazione presentata al Convegno nazionale «*La Costituzione Repubblicana, fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*», Vicariato di Roma – Ufficio Pastorale Universitaria, Roma 13-15 novembre 2008 in *lexambiente.it*, 30 novembre 2008, nonché, con specifico riferimento alla materia degli appalti pubblici, G. QUINTO, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico*, in questa Rivista, I, 2020, nonché G. FIDONE, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. DELL'ANNO-E PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, CEDAM Padova, 2015, e M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Giuffrè, Milano, 2008, il quale in particolare sostiene come la spesa pubblica possa avere la funzione di "incentivare la produzione verde, orientando e modificando i cicli produttivi delle imprese".

⁴³ Sono infatti queste ultime a definire l'ampiezza giuridica del bacino, come si è visto.

⁴⁴ Il termine in questo caso riecheggia volontariamente la nozione di equilibrio economico-finanziario, che come noto è uno -e forse il più importante- dei requisiti indefettibili che deve sempre realizzarsi nell'ambito delle concessioni. Vedasi in proposito l'art. 165, d.lgs. n. 50/2016, rubricato *Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni*, ed, in giurisprudenza, circa la valutazione del PEF – Piano Economico Finanziario come strumento di valutazione del rischio, in ultimo, Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795, ove si ricorda che «*Se la concessione si qualifica per il trasferimento del rischio operativo dal concedente al concessionario, il PEF è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'amministrazione concedente alla luce delle discipline tecniche ed economiche applicabili e sulla base delle eventuali prescrizioni che la stessa amministrazione ha dettato con la lex specialis della procedura per la selezione del concessionario*». In dottrina, per una introduzione sul tema, M. MECCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. I contratti di concessione*, in *Giornale dir. amm.*, IV, 2016.

⁴⁵ Lo schema di ragionamento, in effetti, in questo senso non è dissimile da quello proposto da G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Il Mulino, Bologna, 2009, ove secondo gli Autori la c.d. teoria dei giochi, che categorizza le scelte razionali degli operatori sulla base della relativa convenienza economica, può essere una valida formula di spiegazione non solo con riferimento alle scelte degli imprenditori sul mercato (ed ai comportamenti dei consumatori) ma anche avendo riguardo alle determinazioni della pubblica amministrazione. E questo, specie in materia di servizi pubblici, ove alla potestà regolatoria dello Stato si affianca il potere decisionale degli enti locali rispetto alle concrete modalità di erogazione del servizio.



gestionale sarà quella dell'appalto ovvero quella di un partenariato pubblico-privato, magari *sui generis*.

4. Le formule gestionali nei recenti rimaneggiamenti normativi.

Proprio dalla ricostruzione della catena logico-giuridica di decisione circa le formule da utilizzare per la gestione dell'asse fluviale, si può partire nel cercare di individuare quali siano i possibili strumenti per garantire la compartecipazione privata nello sfruttamento della risorsa-acqua. Questo, dal presupposto che una forma attiva di partenariato garantisca il migliore equilibrio tra la tutela del bene e le esigenze di sfruttamento economico dello stesso.

Anzitutto, si deve ricordare che l'utilizzo di un bene demaniale non può essere disposto a favore di terzi tramite contratti di diritto privato; l'unico strumento dispositivo idoneo è costituito infatti da una categoria di provvedimenti amministrativi tipici⁴⁶, che sono le concessioni⁴⁷. Tuttavia, in questo caso trattiamo anche di un servizio, del pari, pubblico: quello di generazione di energia elettrica per il tramite dello sfruttamento della risorsa idrica ai fini della successiva immissione nella rete elettrica nazionale per la vendita⁴⁸. Anch'esso, in quanto tale, è pertanto

⁴⁶ In questa prospettiva la tipicità del provvedimento amministrativo assume una pregnanza ancora maggiore, posta la precisione con la quale il legislatore ha definito la tipologia di atto e i profili contenutistici dello stesso. Si tratta di elementi cui, in tempi recenti, si è ulteriormente associato quello procedimentale, a seguito della determinazione delle modalità di affidamento delle concessioni. Prospettiva, quest'ultima, peraltro prefigurata da C. MAINARDIS, *Concessioni idroelettriche di piccola derivazione e procedura di rinnovo: tra precetti dell'UE, lacune normative ed interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in questa Rivista, IV, 2021, ove l'Autore concorda con gli auspici di ulteriore aperture pro-concorrenziali provenienti, in particolare dall'AGCM, sebbene ritenga che il quadro regolatorio in allora vigente – ma come si vedrà recentemente innovato – già consentisse di operare scelte in favore delle procedure competitive senza necessità di una riforma legislativa puntuale in tal senso.

⁴⁷ Per una panoramica generale su questo tipo di provvedimenti, cfr. R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione nel servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998, nonché A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Monduzzi editoriale, Bologna, 1993, pag. 380 ss. Per risalire alle radici storiche, A.M. SANDULLI, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1958 e F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, CEDAM, Padova, 1965. Quanto, invece, al diverso tema -che pur presenta notevoli punti in comune- delle c.d. concessioni economiche, vedasi invece B. LUBRANO, *Le sovvenzioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁴⁸ Sul punto vedasi, in particolare, A. COLAVECCHIO, *I mercati interni dell'energia elettrica del gas naturale: profili comunitari*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2001, pag. 481 ss., ove, a partire dalla direttiva 96/92/CE, si ricostruisce come i provvedimenti sovranazionali, pur avendo determinato nel tempo la progressiva apertura verso il mercato della produzione e dispacciamento dell'energia elettrica, non hanno comunque portato ad una completa liberalizzazione del sistema. I mercati elettrici permangono, infatti, in ogni caso soggetti ad apposita vigilanza per la valenza pubblicistica che li ammantava. Vedasi anche AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel «terzo pacchetto» comunitario*, in *Osservatorio sulla regolazione amministrativa – Quaderno 2*, Milano, 2010. Vedasi anche, più recentemente, F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2020.



ritenuto un servizio⁴⁹ fornito dietro retribuzione ai sensi della c.d. Direttiva servizi⁵⁰, con la conseguenza che il privato gestore deve essere individuato attraverso una procedura ad evidenza pubblica⁵¹.

Si tratta tuttavia altresì di un settore che presenta, come si è già intuito, notevoli elementi di sensibilità: ai profili di tutela della concorrenza⁵² e di protezione dell'ambiente -*recte* della risorsa- si aggiunge oggi quello della necessità di garantire l'approvvigionamento energetico necessario al Paese con progressiva emancipazione dalle fonti fossili⁵³. Infatti, se il raggiungimento degli obiettivi del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 (PINEC)⁵⁴ già imponeva massicci investimenti sulle energie rinnovabili, l'attuale situazione di crisi negli approvvigionamenti esteri ha imposto una rilevantissima accelerazione verso la decarbonizzazione. Da altro punto di vista, però, la crisi ha pure ulteriormente sensibilizzato il legislatore verso una disciplina attenta degli investimenti esteri rispetto alle società che gestiscono le risorse energetiche nazionali⁵⁵, introducendo nuove ipotesi di c.d. *golden power*⁵⁶ che

⁴⁹ In questi termini, F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005, nonché E. PICOZZA-S.M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, CEDAM, Padova, 2015.

⁵⁰ Si tratta della nota direttiva n. 123/2006, c.d. direttiva Bolkenstein.

⁵¹ In effetti, la conclusione non è altrettanto lineare nel caso si facesse maggiore riferimento alla componente demaniale del bene-acqua. Nel caso in cui si faccia questione della concessione in uso esclusivo di un bene demaniale, infatti, se da un lato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea spinge da sempre e con sempre maggiore intensità per l'affidamento attraverso procedure competitive (in ultimo, vedasi la sentenza sulla nota questione della proroga delle concessioni demaniali marittime, sez. V, 14 luglio 2016), dall'altro il legislatore interno non ha ancora concepito la procedura selettiva come una gara *tout court* assimilabile a quelle disciplinate dal Codice dei contratti pubblici. Sul punto, vedasi l'analisi di B. CARAVITA-G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, XX, 2021, nonché, sulla medesima Rivista, G. CARULLO-A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, XXVI, 2020.

⁵² Questa, in particolare, la prospettiva di D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2004.

⁵³ Specie quelle di provenienza estera, alla luce della grave crisi energetica che si sta progressivamente sviluppando quale diretta conseguenza della crisi geopolitica in essere.

⁵⁴ Il Piano, come noto, punta alla totale decarbonizzazione dell'approvvigionamento energetico nazionale entro il 2050. Per il raggiungimento di questo obiettivo vi è un investimento rilevantissimo sulle fonti di energia "verde" come quella idroelettrica. Si tratta di obiettivi deliberati nel 2019 che oggi si allineano con il PNRR nell'ambito della c.d. transizione ecologica. Vedasi, C. CANDELISE-G. RUGGIERI, *Status and Evolution of the Community Energy Sector in Italy*, in *Energies*, 2020, ove si delineano le prospettive *de iure condendo* nella disciplina regolatoria del settore con riferimento. Per l'appunto, alla progressiva decarbonizzazione.

⁵⁵ Tra le quali rientra anche quella idroelettrica, specie nella formula delle grandi derivazioni.

⁵⁶ Con questa espressione ci si è soliti riferire all'insieme di quei poteri attraverso i quali lo Stato tutela propri interessi sensibili nell'ambito di scambi di diritto privato. Essi, si articolano in vario modo e vanno dal divieto di acquisizione estera alla presenza di poteri di veto in sede di assemblea, fino alla nomina unilaterale degli amministratori di vertice del soggetto giuridico sottoposto a controllo o vigilanza. Si tratta di poteri che vengono ereditati dal periodo delle grandi privatizzazioni degli anni '90 ma che oggi sono di assai discussa compatibilità con l'ordinamento concorrenziale imposto



troveranno applicazione in via ordinaria. Si tratta di disposizioni che inevitabilmente, attenendo ad interessi fondamentali dello Stato, finiscono nel loro complesso inevitabilmente con il comprimere il residuo spazio di autonomia delle singole Regioni e degli enti locali⁵⁷. Si tratta, nondimeno, di un *modus operandi* che ha progressivamente trovato avallo da parte del Giudice delle leggi, che ha sottolineato come «*al cospetto delle autonomie speciali, permangono comunque inalterate, almeno a livello di principio, le ragioni in favore di una regolazione uniforme degli aspetti più rilevanti della materia. Esse riguardano, certamente, il rispetto dei vincoli europei quanto all'affidamento di beni e servizi pubblici, perché la tutela effettiva della concorrenza e della trasparenza, che rappresenta un interesse primario dell'Unione europea*»⁵⁸. Si è pertanto assistito, in tempi recenti e complice anche il PNRR che deve essere attuato secondo le scadenze prestabilite, ad un progressivo riaccentramento delle competenze. Il che, alla luce degli elementi definatori dell'ambito gestionale ottimale dell'asse fluviale⁵⁹, può far sollevare più di qualche dubbio.

Volendo però richiamare gli interventi legislativi più recenti in tema di procedure di affidamento delle concessioni idroelettriche, abbiamo la legge di bilancio 2018⁶⁰, art. 1, comma 833, il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135⁶¹, il d.l. n. 21/2022⁶² e la legge sulla concorrenza del 2021, l. n. 118 2022. Sintetizzando al massimo, ciò che pare emergere quale dato ineludibile da questi rimaneggiamenti normativi è che l'assegnazione di queste concessioni debba giocoforza avvenire tramite procedura competitiva,

dall'Unione Europea, come sottolinea E.M. TEPEDINO, *Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo*, commento a T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488, in *Amministrazione in cammino*, ove l'Autrice conclude che «*Fino ad oggi, il Governo ha fatto uso dei poteri speciali in un numero molto limitato di casi, il che potrebbe indurre a ridimensionare la portata pratica delle criticità evidenziate ... Eppure, queste ultime non possono essere eccessivamente sottostimate, considerati l'ampliamento degli spazi di intervento governativo e la recente tendenza ad assoggettare a controllo non solo vicende di carattere straordinario ma anche normali attività contrattuali, quali l'acquisizione di beni e servizi*», pag. 16, cit. Insomma, i recenti rimaneggiamenti legislativi, indotti dalla congiuntura economica e di politica internazionale, possono riacuire le criticità già rilevate dalla dottrina. In termini, anche M. CLARICH-G. MARRA, *Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, in *dirittobancario.it*, aprile 2022.

⁵⁷ Che si è visto *supra* non essere particolarmente significativo per la latenza dei beni giuridici coinvolti -ambiente e concorrenza- che costituiscono come detto ipotesi di competenza statale di carattere trasversale particolarmente invadente rispetto alle prerogative delle Regioni.

⁵⁸ In questi termini, Corte costituzionale, 22 marzo 2022, n. 117, in *Federalismi.it*, XIV, 2022.

⁵⁹ Che come detto porta a ritenere che la dimensione ottimale di gestione non possa che essere individuata da una amministrazione di prossimità.

⁶⁰ Legge 27 dicembre 2017, n. 205.

⁶¹ *Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*, convertito con l. n. 12/2019. In questo caso non si trattava di una riforma organica in materia di concessioni idroelettriche, ma le disposizioni si inserivano in un più generale quadro di semplificazione dell'attività della pubblica amministrazione.

⁶² Che, nello specifico, ha appunto introdotto nuove ipotesi di *golden power* in materia di approvvigionamento energetico.



sebbene vi sia margine per il legislatore locale⁶³ di definirne le modalità puntuali di espletamento delle singole procedure. In altri termini, è rimessa alle Regioni la definizione -in parte- del *quomodo*, non invece *l'an*, essendo oramai ineludibile l'evidenza pubblica. Invero, ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 79/1999, come in ultimo modificato dal d.l. n. 135/2018, in esito alla selezione, la concessione può alternativamente essere affidata: ad operatori economici; a società a capitale misto pubblico privato (a patto che il socio privato sia del pari scelto attraverso l'espletamento di apposita gara⁶⁴); mediante forme di partenariato ai sensi degli articoli 179 e seguenti del Codice dei contratti pubblici⁶⁵.

Sono quindi diverse le opzioni che vengono lasciate all'amministrazione per selezionare il concessionario, che tendenzialmente debbono ritenersi equivalenti l'una con l'altra, senza la prevalenza di forme di concessioni «pure»⁶⁶. Sennonché le

⁶³ Ossia per Regioni a statuto ordinario e speciale e per le Province Autonome di Trento e di Bolzano.

⁶⁴ Si tratterà in questo caso di una c.d. gara a doppio oggetto, laddove da un lato vi sarà una offerta tecnica, dall'altro l'offerta di partecipazione nella compagine societaria dell'azienda che poi gestirà la concessione. In giurisprudenza, il T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. II-bis, 6 luglio 2018, n. 7524 ha precisato come «*si deve rilevare che la differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'Amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza. In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C196/08, Acoset). La Corte di Giustizia ha, così, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolgesse in unico contesto una gara avente ad oggetto sia la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) sia l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione. La chiave di volta del sistema è, dunque, rappresentato dal fatto che l'oggetto sia predeterminato e non genericamente descritto, poiché altrimenti sarebbe agevole l'aggiramento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza».* In dottrina vedasi D. ANSELMI, *L'affidamento a società miste*, in A. VIGNERI-M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, in *Astrid online*, 2016, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, V, 2007, M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giur.*, 2007, D. IELO-V. LOPILATO, *Società miste locali e servizi pubblici: affidamento diretto, scelta del socio di minoranza e limiti all'attività extra moenia*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2002, e G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI-M. DUGATO. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁶⁵ Stante la genericità del riferimento agli istituti del partenariato codicistico, deve comunque ritenersi che la tipologia di compartecipazione pubblico-privata che si seleziona, in ragione della peculiarità del suo oggetto, non possa non scontare i requisiti che sono stati enucleati nel caso in cui si selezioni un *partner* privato in una società a capitale misto. E, cioè, «*i criteri di scelta ... si devono riferire ... anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo*» (così Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015 n. 992, ed, in termini, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456).

⁶⁶ Con il termine ci si vuole riferire alle c.d. concessioni calde o tiepide, ossia quelle concessioni per le quali è il bene concesso a produrre il reddito che remunera in via prevalente il privato che lo gestisce.



disposizioni rendono alcuni indirizzi precisi sulle modalità di scelta del partner che consentono di indirizzare l'ente locale nell'operare la scelta sulla tipologia gestionale nel singolo caso concreto. Infatti, tra i requisiti da tenere in considerazione il comma 1-ter del predetto articolo 12, prevede debbano essere considerati⁶⁷ «i livelli minimi in termini di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza⁶⁸ ..., determinando obbligatoriamente una quota degli introiti derivanti dall'assegnazione, da destinare al finanziamento delle misure dei piani di gestione distrettuali o dei piani di tutela finalizzate alla tutela e al ripristino ambientale dei corpi idrici interessati dalla derivazione» nonché «le misure di compensazione ambientale e territoriale, anche a carattere finanziario, da destinare ai territori dei comuni interessati dalla presenza delle opere e della derivazione compresi tra i punti di presa e di restituzione delle acque garantendo l'equilibrio economico finanziario del progetto di concessione». La disposizione, quindi, apre una prima breccia alla possibilità di considerare il bene nella sua complessità al fine di determinarne il regime gestionale. Infatti, includere espressamente i criteri di mitigazione degli impatti ambientali e di miglioramento nella conservazione della risorsa idrica,

In questi termini ha definito la fattispecie la determinazione 11 marzo 2010, n. 2, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Peraltro, così già G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva-quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, in M.A. SANDULLI-R. GAROFOLI (a cura di), *Nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva n. 18 del 2004*, Giuffré, Milano, 2005 e, più recentemente, L. BERIONNI, *L'applicabilità delle norme del Codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi*, in *Foro amm. – TAR*, n. VII-VIII, e M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e project finance*, Giuffré, Milano, 2020, ove l'Autore annovera anche la concessione di servizio pubblico all'interno dello schema concettuale del partenariato pubblico privato. Dello stesso autore vedasi, inoltre, *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

⁶⁷ Anche in questo caso senza però esprimere una gerarchia, ossia senza indicare una prevalenza di alcuni criteri rispetto agli altri, cosicché la scelta finale è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che dovrà prudentemente apprezzare in concreto quale sia l'opzione che meglio risponde ai diversi interessi pubblici coinvolti.

⁶⁸ Un tanto, peraltro, «in coerenza con gli strumenti di pianificazione a scala di distretto idrografico in attuazione della direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000». Si tratta della c.d. direttiva acque, ossia la normativa-quadro che determina in maniera innovativa il *framework* delle competenze unionali in tema di gestione della risorsa idrica, con l'obiettivo di prevenire il deterioramento della matrice e migliorarne, attraverso modalità di utilizzo sostenibile, la componente qualitativa ambientale. Cfr. L. DE VITO, *La normativa comunitaria in materia di acque*, in *Amministrazione in cammino* nonché S. SCHEUER, *La direttiva quadro dell'Unione europea sulla protezione delle acque: si apre una nuova era?*, in *Riv. giur. ambiente*, VI, 2000, nonché F. MONYE-J. RABACA, *The European Union Water framework directive (EU WFD. Brief presentation*, in ICLEI – *Local Governments for Sustainability*, 2005. La prima degli autori citati, in particolare, conclude come, quantomeno al tempo «Il nostro Paese, dunque, benché non abbia grossi problemi di scarsità, incontra enormi difficoltà nel completare e concepire in maniera compiuta il ciclo integrato dell'acqua», con la conseguenza che «Questo tema si interseca inevitabilmente con il tema della responsabilità ambientale ma, come si è detto, tutt'oggi le due normative (sulle politiche idriche e sulla responsabilità ambientale) sembrano agire parallelamente, creando non un alleggerimento bensì un aggravio procedurale», pag. 33 cit.



consente di valorizzare quelle ipotesi gestionali che meglio consentano di garantire l'equilibrio tra concorrenza, produttività e protezione dell'ecosistema⁶⁹.

A queste linee di indirizzo ha dunque dato seguito in ultimo la legge competitività n. 118/2022, che ha ulteriormente modificato il d.lgs. n. 79/1999 stabilendo come obiettivo primario delle procedure di gara anche il recupero della capacità di invaso, in ogni caso confermando il ruolo determinante ai fini della scelta del partner economico delle misure di compensazione ambientale e territoriale da questi proposte⁷⁰. L'inserimento dei criteri di mitigazione nell'ambito dell'invaso fluviale pare oggi essere divenuto un elemento determinante nelle procedure di affidamento, con una notevole innovazione rispetto a quanto previsto dal T.U. Acque⁷¹.

Il quadro complessivo che si può ricavare da queste disposizioni è quindi piuttosto chiaro. La gestione delle concessioni idroelettriche deve essere aperta agli operatori del mercato ed un tale obiettivo può essere realizzato solo attraverso procedure realmente competitive. Questa apertura è infatti funzionale al miglioramento della qualità del servizio e all'ulteriore sviluppo della produttività di questa fonte rinnovabile, sempre più centrale nel prospetto di una progressiva decarbonizzazione a medio-lungo periodo. Tuttavia, nell'organizzare le procedure di affidamento, le Regioni e le Province Autonome devono considerare una pluralità di

⁶⁹ Si deve ricordare, per vero, che una delle più rilevanti novità del Codice dei contratti pubblici che è in via di superamento è stata quella di introdurre espressamente i criteri ambientali minimi quali parametro per l'assegnazione delle pubbliche gare, come sottolineato da F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2019, in specie pag. 167 ss. Da altro punto di vista vi è anche chi ha sottolineato come lo strumento della spesa pubblica può essere utilizzato fruttuosamente per indirizzare le dinamiche dell'innovazione tecnologica verso virtuose pratiche di miglioramento dei parametri ambientali, come F. LICATA, *I contratti pubblici come strumento di promozione dell'innovazione*, in A. MALTONI (a cura di) *I contratti pubblici: La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, e A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2018. Tuttavia, in questi casi, il riferimento ai parametri ambientali indirizza nella selezione dell'offerta, non già delle modalità gestionale. Con riferimento allo specifico oggetto di trattazione, vedasi M. DE FOCATIS – A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, nel quale vari esperti si confrontano sulle prospettive di gestione pro-concorrenziale delle concessioni idroelettriche.

⁷⁰ Peraltro, la disposizione introduce altresì l'obbligo di avviare le procedure competitive di selezione dei concessionari entro due anni, così ponendo in essere una accelerazione notevole quanto ai tempi di apertura al mercato del sistema di generazione elettrica da fonte idrica nel nostro paese. Invero, si tratta di una previsione nella sostanza analoga a quelle ancora oggi vigenti nell'ambito della gestione delle reti di dispacciamento del gas naturale; tuttavia, proprio in tale ambito, a oltre dieci anni dalla previsione di cui trattasi, si è ancora ben lontani dall'aver messo a regime una gestione d'ambito attraverso procedure competitive omogenee.

⁷¹ Il r.d. n. 1775/1993, infatti, contiene solamente alcune scarse disposizioni che si occupano delle concessioni idroelettriche, come il relativo art. 4, che prevede, piuttosto genericamente e senza puntualizzare alcun criterio operativo, venga istruita una procedura di concessione per la richiesta di uso in esclusiva delle acque pubbliche.



fattori, tra i quali emerge con assoluta preponderanza, proprio alla luce dell'assetto valoriale e di competenze che si è andato determinando nella materia *de qua*, l'aspetto ambientale di gestione della risorsa idrica. Tale elemento, tuttavia, non è più visto in maniera atomistica come semplice criterio migliorativo dell'offerta⁷², ma si riconnette agli aspetti economici legati agli investimenti necessari per l'approvvigionamento nel singolo bacino fluviale o lacuale⁷³. Dunque, a sua volta, attiene al dimensionamento ambientale della gestione dell'asse, dovendo quindi essere incluso già a livello di programmazione gestionale⁷⁴.

5. La crisi energetica come occasione di sviluppo degli assi fluviali. Verso la gestione condivisa del bene-acqua.

Come visto, solo apparentemente si potrebbe esser portati a concludere che le recenti riforme considerino l'acqua degli assi fluviali -quantomeno ai fini della produzione energetica- un bene economico produttivo, come tale soggetto alle regole della concorrenza⁷⁵. E, pertanto, che la prospettiva con la quale il legislatore guarda alla gestione delle acque parrebbe per conseguenza non poter essere quella demaniale -o meglio dei beni comuni- bensì quella pro-concorrenziale di una concessione di servizio pubblico economico⁷⁶.

⁷² Era questa, in effetti e quantomeno in un primo momento, pure la prospettiva dei criteri ambientali minimi di cui si è riferito *supra*, cfr. F. De LEONARDIS, *Green public procurement: from Recommendation to Obligation*, in *International Journal of Public Administration*, II, 2011.

⁷³ Come si anticipava, infatti, i due aspetti (quello economico che interessa al gestore e quello ambientale che lo trascende verso la collettività) non possono essere considerati in maniera atomistica, ma formano un tutt'uno nello stabilire la migliore modalità gestionale della risorsa. Vedasi, ancora, M.M. FRACANZANI, *op. cit.*, specie pag. 280, ove l'Autore già sottolineava l'impossibilità di agire sulla qualità della risorsa idrica solamente operando dal punto di vista della domanda (senza però poter alzare il costo in capo all'utente) bensì dovendo avere conto pure -e diremmo ora, soprattutto- all'offerta degli operatori economici, che dal punto di vista tecnico può essere arricchita di componenti virtuose nel risparmio e nella conservazione del bene-acqua.

⁷⁴ In altre parole, quindi, la sostenibilità ambientale, che si riconnette a quella economica come misura degli investimenti necessari per la mitigazione degli impatti, è il parametro attraverso il quale ricostruire in via induttiva l'ampiezza della concessione. Questo perché il criterio consente, a sua volta, di determinare quando una concessione sia effettivamente sostenibile sotto il duplice profilo dell'ecosistema e della sua messa a reddito, senza reciproco danno di un profilo sull'altro.

⁷⁵ In tale direzione si era espresso S. MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in *Federalismi.it*, VIII, 2008, laddove affermava che, alla luce della legislazione al tempo vigente, «potrebbe pertanto ritenersi che eventuali misure di proroga delle concessioni potrebbero essere adottate dalle Regioni, solo in presenza di specifiche condizioni locali, la cui peculiarità imponga la previsione di un ragionevole "regime transitorio", ritenuto necessario al fine di facilitare la transizione al nuovo assetto concorrenziale». In punto, vedansi anche le intuizioni di A. POLICE-G. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004.

⁷⁶ Per quanto in questo caso di interesse generale, afferendo la produzione di energia, per usare i termini di cui alla direttiva n. 2006/123/UE. Cfr. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Diritto pubblico*, 1998.



Questa conclusione, se ha un predicato generale nella fase di programmazione - posto che, come detto, la dimensione ambientale influenza la progettazione amministrativa della concessione- può avere risultati ancor più evidenti con riferimento alle opzioni gestionali operate a valle sulle singole procedure. A ben vedere, infatti, ci sono diversi elementi che possono essere valorizzati per ritenere che l'affidamento, con una concessione «pura»⁷⁷, ad un operatore economico privato selezionato tramite gara non sia sempre e comunque l'unica opzione possibile. Anzitutto, delle tre scelte ipotizzabili, due conducono a forme di collaborazione forte tra pubblica amministrazione: la società mista⁷⁸ e le variegata⁷⁹ ipotesi di partenariato presenti nel Codice dei contratti pubblici⁸⁰. Già di per sé, queste ipotesi sono prefigurate dal legislatore in ragione della insita necessità di instaurare forme di co-amministrazione di un bene-fine dell'ordinamento, qual è l'acqua. Si tratta infatti di una risorsa che, proprio perché non riproducibile, essenziale -dunque intimamente pubblica- non può essere lasciata appannaggio solo dell'imprenditore privato ma nemmeno - e questo è un punto di approdo che fino a non molto tempo addietro poteva dirsi affatto scontato - alla sola Pubblica Amministrazione⁸¹. Si è infatti visto che la definizione dell'asse fluviale, quale dimensione ottimale della gestione della

⁷⁷ Ancora una volta, ci si riferisce alla ipotesi di concessione calda o tiepida.

⁷⁸ Si tratta in questo caso di una ipotesi di partenariato istituzionale, cfr. M. TIBERIL, *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*, Atti del XXVIII Convegno del Gruppo San Giustino in collaborazione con l'IPE e l'Università della Campania «Luigi Vanvitelli»; una riflessione sullo sviluppo economico in un territorio disciplinare di confine tra il diritto, l'etica, l'economia e la finanza, Franco Angeli, Milano, 2018, ove l'Autore, nel definire le diverse tipologie di collaborazione tra P.A. e privato, sostiene che «*Il Partenariato, volto a favorire la partecipazione del privato, comprende numerose forme di cooperazione tra p.a. e imprese private, l'elenco previsto nel codice dei contratti pubblici è soltanto indicativo*». La conclusione che trae peraltro lo scritto è che l'elemento distintivo fondamentale del partenariato rispetto alle ulteriori ipotesi di compartecipazione gestionale del Codice dei contratti pubblici (ossia alcune formule particolari di appalto e, soprattutto, le concessioni) stia nelle modalità con cui questo istituto alloca il rischio tra amministrazione e privato ma anche, e soprattutto verrebbe da dire, nell'atteggiarsi collaborativo del rapporto tra i due soggetti. L'allocazione del rischio, infatti, non è che l'espressione economica di questo rapporto di collaborazione proattiva.

⁷⁹ Variegata in quanto, come si rappresentava alla nota che precede, la relativa enumerazione ad opera del d.lgs. n. 50/2016 non viene ritenuta tassativa quanto alle tipologie di collaborazione che possono venire ad instaurarsi tra pubblico e privato.

⁸⁰ La norma, infatti, non predetermina in assoluto una formula di partenariato rispetto alle altre quando formula l'indicazione di cui si discute.

⁸¹ Così, con riferimento ad una altra categoria di beni-fine dell'ordinamento, come quelli culturali, P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, II, 2016. Vedasi però in senso critico rispetto a questa impostazione P. MADDALENA, *La inattualità del disegno di legge sui beni comuni della Commissione Rodotà*, in *Attuare la costituzione*, I, 2019, il quale afferma che la prospettiva della creazione di una categoria omnicomprensiva dei beni comuni non garantisca in realtà di per sé alcuna certezza né di una migliore tutela delle risorse né di una maggiore condivisione nella loro gestione in partenariato con i soggetti privati.



concessione idroelettrica, è questione che non può essere rimessa alla discrezionalità amministrativa pura, poiché ha per presupposta l'individuazione ed apprezzamento di parametri estrinseci, sia naturalistici che socio-economici.

Nondimeno, non appare previsto alcun tipo di collaborazione a livello programmatico, e questo è in definitiva il vero punto mancante dell'impianto procedurale delle incipienti procedure per il rilascio delle concessioni. Si ammette la collaborazione, ma solo in via esecutiva. Si introducono criteri di mitigazione ambientale, ma questi ultimi sono definiti ancora una volta in via unilaterale dall'amministrazione regionale che gestisce l'asse fluviale.

Tuttavia, ancor più sottilmente, risulta evidente che la prospettiva di fondo sulla quale si radicano gli interventi normativi dei quali si è dato conto è sempre e solo quella concorrenziale⁸². Il che vuol dire, invertendo il ragionamento, che si guarda all'acqua sempre nell'ottica del mercato, disciplinando il fenomeno come tutela di un bene mezzo -la concorrenza, appunto- anziché come aspirazione alla trasmissione alle generazioni future di un bene fine -che è l'ambiente⁸³. Forse, allora, partendo dal bene fine per arrivare a dare una disciplina che sia anche rispettosa del bene mezzo - che è ciò che viene richiesto a livello europeo⁸⁴- si potrebbe aprire la via alla partecipazione sussidiaria anche a livello programmatico⁸⁵. Un esempio in questa prospettiva è quello delle comunità energetiche⁸⁶, ossia le associazioni di cittadini,

⁸² O, per meglio dire, la risposta che doveva rendere il legislatore con le diverse riforme era quella di aprire il più possibile al mercato lo sfruttamento delle concessioni idroelettriche.

⁸³ In questi termini valorizza l'introduzione della locuzione «ambiente» all'interno dell'art. 9 della Costituzione A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE Online*, XXXIX, IV, 2022, la quale afferma in particolare come la previsione di una posizione giuridica direttamente azionabile dal cittadino in materia ambientale da parte della giurisprudenza è stata nel tempo, in effetti, una risposta all'inerzia del legislatore. Tuttavia, affermare la sussistenza di una possibilità di azione equivale a individuare un legame privilegiato -o meglio giuridicamente consistente- tra il cittadino e la risorsa della quale si chiede protezione attraverso detta azione. Non a caso, l'Autrice sottolinea come la modifica dell'articolo 9 della Costituzione attiene molto più ad una dimensione collettiva del bene ambiente che ad una sua visione individualista come legame privilegiato di un determinato numero di individui rispetto alla risorsa. Il che, in effetti, si pone in assonanza con le riflessioni che si vanno proponendo in tema di gestione delle derivazioni idroelettriche. Vedasi anche, sul medesimo argomento, A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, in *Quaderni cost.*, II, 2021.

⁸⁴ Basti ricordare che solo recentemente l'Unione Europea ha proceduto ad archiviare la procedura di infrazione per incompatibilità con il diritto unionale della disciplina interna in materia di concessioni idroelettriche (procedura 2011/2026). Vedasi in punto AA.VV., *Atti del convegno "Idroeuropa? il regime delle concessioni idroelettriche in Europa: lo stato dell'arte, problemi, quali gli insegnamenti da trarre?"*, in *Amministrazione in cammino*, 2014.

⁸⁵ Che si è visto essere il riferimento principale operato a livello normativo quando le disposizioni si riferiscono ad ipotesi di partenariato di cui al Codice dei contratti pubblici ovvero ad ipotesi di costituzione di società a capitale misto pubblico-privato il cui unico scopo istituzionale è la gestione della concessione idroelettrica.

⁸⁶ Istituite nel nostro paese dal d.l. n. 62/2019 in attuazione della direttiva europea c.d. RED II, 2018/2001/UE.



amministrazioni e operatori economici che fanno rete con lo scopo di produrre, scambiare e consumare energia prodotta in via esclusiva da fonti rinnovabili nell'ambito del proprio territorio di riferimento⁸⁷. L'obiettivo, evidentemente, non è solo quello di massimizzare il risparmio energetico e l'autoproduzione, ma anche quello di istituire forme virtuose di collaborazione pubblico privata⁸⁸ nella gestione di beni non riproducibili⁸⁹. Il limite di questo strumento, che lo pone essenzialmente al di fuori del mercato, giace nella circostanza per cui le imprese che partecipano al progetto non possono caratterizzarsi per gestire attività di produzione e dispacciamento dell'energia elettrica in via principale, ma essere utenti-consumatori alla pari dei cittadini⁹⁰. Tuttavia, è rilevante come uno degli obiettivi principali delle comunità sia garantire benefici di tipo ambientale, economico e sociale⁹¹.

Insomma, anche in materia energetica e ambientale, pur nella reciproca tensione dei due poli di disciplina, vi è spazio per pensare ad ipotesi di compartecipazione reale nella gestione della risorsa, intesa non più nel senso di un partenariato minimale che attiene solo alla questione dell'allocazione del rischio imprenditoriale

6. La natura del bene come veicolo per ripensare ai rapporti tra pubblico e privato?

Arrivati a questo punto della trattazione possono essere tratte alcune conclusioni.

La prima è che, certamente, la gestione di un bene pubblico produttivo di eternalità economiche porta con sé l'ineludibile necessità di vedere tutelata la concorrenza. Ciò significa che le modalità con le quali l'amministrazione determina l'uso esclusivo del cespite in favore di un privato non possono essere rimesse alla discrezionalità del decisore. Per questo, gli ultimi interventi legislativi in materia

⁸⁷ Le norme di riferimento sono costituite dall'art. 42-bis, d.l. n. 162/2019 e dai provvedimenti attuativi, d.m. del Ministero dello Sviluppo Economico 16 settembre 2020 e delibera n. 318/2020/eel di ARERA.

⁸⁸ Il termine in questo caso ha una portata particolarmente ampia perché abbraccia anche i singoli cittadini e non solamente le realtà imprenditoriali che si rapportano con la pubblica amministrazione al fine di trarne vantaggio in termini di lucro soggettivo o oggettivo.

⁸⁹ In questi termini, cfr. V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in questa Rivista, III, 2022, nonché R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, IV, 2022. Per entrambi gli Autori, l'idea di fondo dello strumento della comunità energetica sta nella traslazione della responsabilità nella gestione dei beni comuni dallo Stato verso gli strati sociali. Si consideri però che altra parte della dottrina sottolinea invece come questo tipo di strumenti abbia come obiettivo principale l'inveramento della transizione ecologica più che la concreta revisione dei rapporti tra pubblico e privato, come ad esempio sottolineato da C. VIVIANI, *La transizione ecologica fra semplificazione e riorganizzazione amministrativa*, in *Giur. it.*, V, 2021.

⁹⁰ E questo perché, ancora una volta, altrimenti si potrebbero avere delle alterazioni del regime concorrenziale.

⁹¹ In altri termini, il legislatore ha raggiunto la consapevolezza piena che questi termini non possono né essere più visti in senso antitetico l'uno rispetto agli altri, ma nemmeno in via atomistica, considerando solo uno degli aspetti e prescindendo dai riverberi che ogni decisione ha sulle diverse matrici coinvolte nella gestione di beni che, in disparte quanto suggerirebbe il termine «energie rinnovabili», in realtà non sono riproducibili. In punto, ancora, M.M. FRACANZANI, *L'ambiente, op. cit.*



hanno cercato di individuare alcuni criteri che potessero indirizzare le scelte pubbliche. A ben vedere, tuttavia, i profili più rilevanti – quelli che deviano dalla ordinaria disciplina dell'evidenza pubblica – sono quelli che pongono al centro il tema ambiente nella scelta della modalità gestionale⁹². Insomma, le riforme consentono di confermare che la natura del cespite non può essere viatico per ogni e qualsivoglia scelta gestionale, ma anzi ne connatura i limiti⁹³.

A monte della scelta gestionale, però – e questo è il passaggio mancante nella disciplina – vi deve essere però la consapevolezza che per determinare la dimensione gestionale ideale dell'asse fluviale non si può partire da concetti meramente economici. A determinare il numero di installazioni idroelettriche che, in serie, formano l'oggetto della concessione, è il bacino: solo a valle di questa nozione stanno le riflessioni sulla concreta economicità gestionale. Ove peraltro la possibilità di remunerazione non vi fosse, si dovrebbe però consentire la via a ipotesi diverse, di compartecipazione pubblico privata sul modello delle comunità energetiche: la risorsa idrica è infatti fortemente legata al territorio, poiché gli assi fluviali ne costituiscono uno degli elementi distintivi. In tal modo, pare che l'elemento ambientale, in questa disciplina dell'evidenza pubblica, faccia emergere la necessità di una co-amministrazione⁹⁴, che se non si converte nella gestione condivisa della risorsa, quantomeno deve influire sulle modalità di determinazione dell'oggetto della procedura ad evidenza pubblica e nella scelta del *partner* privato. Infatti, la selezione dello strumento⁹⁵ (i partenariati e le società miste) si basa proprio sulla adeguata valorizzazione del bene sotto il profilo fisco e ambientale, che è non solo consentita, ma addirittura imposta dalle disposizioni vigenti.

V'è da chiedersi, però, se il *deficit* partecipativo che si è registrato nella fase decisoria possa essere recuperato con gli strumenti ordinari in assenza di previsioni *ad hoc*⁹⁶. Sicuramente la risposta è positiva laddove è possibile pensare ad accordi di programma⁹⁷ con la partecipazione del privato ovvero ad accordi *ex art.* 15 l. n.

⁹² E poi, a valle, anche nella scelta del *partner* economico della pubblica amministrazione.

⁹³ Ed, in questi termini, si atteggia anche il predicato gestorio della comunità, cfr. U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011.

⁹⁴ Nell'utilizzare questa espressione si riprende la felice intuizione di F. Benvenuti, poi ripresa nella materia *de qua* da O. PORCHIA, *La coamministrazione nell'ordinamento comunitario: il caso degli OGM*, in R. FERRARA-I.M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, CEDAM, Padova, 2003, pag. 199 e ss.

⁹⁵ In questi termini è infatti chiaro che esso è, appunto, *strumentale* rispetto a valori superiori dei quali è imprescindibile il rispetto. Ancora M.M. FRACANZANI, *op. cit.*

⁹⁶ A. CRISMANI, *op. cit.* segnala infatti la necessità, quando si fa questione della gestione di beni come l'acqua, di recuperare il *deficit* democratico che si genera ogniqualvolta le decisioni vengono operate in senso verticistico ed unilaterale.

⁹⁷ Il riferimento corre in questo caso all'art. 34 d.lgs. n. 267/2000. Per una introduzione, vedasi F. GRANATA, *Strumenti di programmazione negoziata*, Liguori, Napoli, 1999, S. CIMINI, *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in *Il diritto della regione*, IV-V, 1999, A. CONTIERI,



241/1990 attraverso i quali varie amministrazioni coinvolte nella gestione del bene definiscano un percorso decisionale comune. Il punto di debolezza, tuttavia, giace nel fatto che si tratterebbe di strumenti facoltativi, la cui attivazione viene rimessa alla discrezionalità -questa sì, puramente amministrativa, in quanto attinente al contemperamento di diversi interessi- della P.A. procedente. Per di più, non inserendosi in un *iter* prestabilito dal legislatore, è forte il rischio che il momento di condivisione venga visto come un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi imposti dal PNRR⁹⁸, dunque scartato a prescindere quale possibile fonte di danno⁹⁹.

Sarebbe quindi del tutto auspicabile un intervento normativo che imponesse formule di concertazione sussidiaria a monte delle procedure volte al rilascio delle concessioni idroelettriche: solo questo renderebbe evidente che la collaborazione nella definizione delle migliori modalità gestionali della risorsa ambiente non è un ostacolo al raggiungimento dei parametri di sviluppo ma, anzi, è la migliore garanzia di centrare gli obiettivi di transizione ecologica. Solo in questo modo, infine, si garantisce il diritto all'acqua come diritto sociale¹⁰⁰.

Strumenti di programmazione negoziata: la con sensualità per lo sviluppo: i principi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, nonché più recentemente, P. MASCARO, *L'Amministrazione per accordi tra regime pubblicistico e moduli privatistici*, in *Amministrazione in cammino*, 26 gennaio 2022, ove l'Autore conclude che, nonostante il tempo trascorso dalla introduzione di queste ipotesi di codeterminazione delle scelte amministrative, l'intesa con il privato non è altro che una diversa forma espressiva di un potere che rimane pur sempre unilaterale. E, per questa ragione, gli accordi rimangono oggi uno strumento in effetti sotto utilizzato da parte delle pubbliche amministrazioni.

⁹⁸ Si ricorda, infatti, che il Piano prevede che «*La prima linea di investimento ha come obiettivo l'incremento della quota di energie rinnovabili. L'attuale target italiano per il 2030 è pari al 30 per cento dei consumi finali, rispetto al 20 per cento stimato preliminarmente per il 2020. Per raggiungere questo obiettivo l'Italia può fare leva sull'abbondanza di risorsa rinnovabile a disposizione e su tecnologie prevalentemente mature, e nell'ambito degli interventi di questa Componente del PNRR: i) sbloccando il potenziale di impianti utility-scale, in molti casi già competitivi in termini di costo rispetto alle fonti fossili ma che richiedono in primis riforme dei meccanismi autorizzativi e delle regole di mercato per raggiungere il pieno potenziale, e valorizzando lo sviluppo di opportunità agro-voltaiche; ii) accelerando lo sviluppo di comunità energetiche e sistemi distribuiti di piccola taglia, particolarmente rilevanti in un Paese che sconta molte limitazioni nella disponibilità e utilizzo di grandi terreni ai fini energetici; iii) incoraggiando lo sviluppo di soluzioni innovative, incluse soluzioni integrate e offshore; iv) rafforzando lo sviluppo del biometano.*»

⁹⁹ Invero, a seguito della modifica operata dal d.l. n. 76/2020 al regime della responsabilità erariale con l'eliminazione delle ipotesi colpose in relazione dell'attuazione degli interventi PNRR, l'eventualità più significativa all'incorrere della quale il funzionario potrebbe dover rispondere avanti al giudice contabile è quella del ritardato raggiungimento dei propri obiettivi o l'inerzia. Cfr. M.T. D'URSO, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto semplificazioni") convertito dalla legge n. 120/2020*, in *Riv. Corte conti*, I, 2021, ove peraltro l'Autrice ricorda che la Corte costituzionale, nella sentenza 20 novembre 1998, n. 371, aveva oltre vent'anni orsono affermato la necessità «*di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzia nello svolgimento dell'attività amministrativa*».

¹⁰⁰ In questi termini, A. CRISMANI, *op. cit.*, pag. 15, cit. Vedansi anche, in senso analogo, V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, CEDAM, Padova, 2012 e F. BRUNO, *Tutela e gestione delle acque*, Giuffrè, Milano, 2012.



LINEAMENTI SULL'INTERESSE PUBBLICO TRA MITO E REALTÀ.

Giovanna Mastrodonato*

Abstract (It) La nozione di interesse pubblico è stata oggetto nel corso degli anni di molteplici studi, con impostazioni e conclusioni diverse, suscitate dai mutamenti delle successive forme di Stato e soprattutto delle trasformazioni subite dall'ordinamento e dalla pubblica amministrazione. Segnatamente, proprio il passaggio da un'amministrazione di stampo autoritativo ad un'amministrazione dapprima intesa come funzione, poi come funzione partecipata, ha implicato un'accentuata valorizzazione della ricerca di un interesse pubblico molto più concreto e "dinamico" rispetto a quello identificato esclusivamente con il fine di volta in volta prefigurato dall'ordinamento attraverso la norma attributiva del potere ad un soggetto amministrativo. Lo studio, muovendo da un'esigenza, fortemente avvertita in dottrina, di storicizzazione dell'interesse pubblico e dall'analisi di istituti di partecipazione procedimentale nella duplice declinazione di strumenti garanzia e di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, tuttora riconducibili al procedimento amministrativo, appare preordinato a valorizzare una nuova "cultura dell'interesse pubblico demitizzato", pur se, nel contempo, ancorato a parametri propri di un'attività non libera nei fini. Si conferisce, in tal modo, piena democraticità al "nuovo ordinamento amministrativo", trasformando l'amministrazione distante ed autoritaria in un'amministrazione al passo con i tempi, efficace e attenta alle esigenze della comunità.

Abstract (En) Over years, public interest notion has been topic of numerous studies, with different approaches and conclusions, triggered by changes across multiple statehood forms and, above all, by changes in the legal system and public administration. In particular, shift from an authoritative administration into an administration acting through function, then as a participatory function, has implied an accentuated exploitation of the search for a much more current and dynamic notion of public interest compared to the one identified with the purpose of each time prefigured by order by rules attributing power to an administrative subject. The study, starting from a need, strongly felt in doctrine, of historicizing the public interest and from the analysis of institutions of procedural participation in the dual declination of instruments guarantee and effectiveness and efficiency of administrative action, still attributable to the administrative procedure, appears pre-ordered to enhance a new "culture of public interest demystified", although, at the same time, anchored to the parameters of a non-free activity in the purposes. In this way, full democracy is given to the "new administrative order", transforming the distant and authoritarian administration into an administration in step with the times, effective and attentive to the needs of the community.

Parole chiave: interesse pubblico; pubblica amministrazione; procedimento amministrativo; evoluzione

Key words: public interest; public administration; administrative procedure; evolution



SOMMARIO: 1. Definizione di interesse pubblico nella dottrina tradizionale e criteri alla base della sua individuazione. 1.1. Interesse e interesse pubblico. 1.2. Interesse pubblico e interessi privati. 1.3. Interesse pubblico e interesse generale. 1.4. Interesse pubblico, interesse della collettività e interesse sociale nella nuova costituzione economica. 1.5. Interesse pubblico tra dimensione statale (o sovranazionale) e dimensione territoriale. 1.6. La ricostruzione dell'interesse pubblico intorno al concetto di valore. 2. Storicizzazione del concetto di interesse pubblico. 3. L'interesse pubblico nel procedimento amministrativo come luogo di invero dell'interesse. 4. Interesse pubblico e motivazione del provvedimento. 5. Interesse pubblico e partecipazione al procedimento. 6. Interesse pubblico e revoca. 7. Interesse pubblico e annullamento d'ufficio. 8. Verso una nuova cultura dell'interesse pubblico "demitizzato".

1. Definizione di interesse pubblico nella dottrina tradizionale e criteri alla base della sua individuazione.

Se è vero, come è stato recentemente posto in luce in dottrina, che «il diritto amministrativo è in costante mutamento, ma esso non ha carattere lineare e progressivo, bensì è segnato da frequenti contrasti e crisi, a volte da regressi»¹, è altrettanto certa una sua evoluzione, fino a ricomprendere - negli ultimi anni - anche il concetto di interesse pubblico²,

¹ Ricercatrice di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Bari.

Così G. DELLA CANANEA, *Genesi e sviluppo del diritto amministrativo*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 2.

² Cfr. sul tema, senza alcuna pretesa di esaustività, i contributi di: S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1930), ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 299; A. CATELANI, *In tema d'interesse pubblico e di interesse privato nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, in *Foro amm.*, 1967, II, p. 28; W. CESARINI SFORZA, *Sul concetto di interesse generale*, (1935) ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Milano, 1967, II, p. 263; E. BETTI, *Interesse (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 839; L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274; G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. Dir.*, 1970, p. 448; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)* in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 57; A. ANGIULI, *La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. Soc.*, 1983, p. 337; ID., *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, Napoli, 1986; D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, *Foro it.*, 1988, V, p. 205; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 320; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 25; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione*, in *Studi in onore di P. Virga*, Milano, 1994, II, p. 1305; M. SPASIANO, *Interesse pubblico-interesse privato: la crisi della «grande dicotomia»*, *Legalità e giustizia*, 1995, p. 547; ID., *Interesse pubblico e attività amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 15; F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, I, p. 243; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1998, III,



che - com'è noto - è stato a lungo considerato fondamentale per la caratterizzazione stessa del diritto amministrativo.

La circostanza che le trasformazioni del diritto amministrativo abbiano coinvolto il nucleo concettuale e le modalità di concepire l'interesse pubblico confermerebbe la centralità della categoria, tanto dell'organizzazione, quanto dell'azione delle pubbliche amministrazioni.

La nozione di interesse pubblico è stata approfondita da una pluralità di angoli prospettici, essendo le riflessioni che l'hanno investita orientate, se non determinate, da concezioni di ordine generale sui rapporti tra cittadino e Stato, sul ruolo delle amministrazioni pubbliche e sul significato della pubblicità di queste ultime; fino a configurarla, in una prospettiva che potrebbe apparire a tutta prima quasi rinunciataria, come una sorta di "mito"³, o addirittura un'etichetta sotto la quale possano svolgersi con disinvoltura le peggiori "malefatte" dell'autorità⁴.

Pur non essendo questa la sede per indagare *funditus* un tema relativo all'origine del diritto amministrativo, si può probabilmente ipotizzare che alla base della molteplicità delle

p. 907; ID., *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano, *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, vol. III, 2017, p. 2569; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, *Dir. amm.*, 1996, p. 413; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico nella prospettiva della revisione costituzionale*, in *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, Padova, 1999, p. 97; ID., *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in A. Contieri (a cura di), *L'interesse pubblico fra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, p. 242; G. CORSO, *Atto amministrativo e interesse pubblico nella legislazione degli anni novanta*, in *Studi in onore di A. Pensavecchio Li Bassi*, Torino, 2004, I, p. 323; S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, *Foro amm.-Cds*, 2006, p. 2349; A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010; A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» ed *interesse pubblico*, *ibidem*, p. 311; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, p. 335; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, p. 103; S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, cit., p.765; G. M. CARUSO, E. GUARNA ASSANTI, *L'interesse pubblico tra dinamiche organizzative e profili consensuali*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2020; R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 119.

³ M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., spec. p. 909.

⁴ L'espressione è di M.S. Giannini, fortemente critico rispetto alla riflessione giuridica precedente. In particolare, sull'impostazione teorica di V.E. Orlando che, muovendo da analisi critiche delle tendenze dei giuristi italiani, inclini a riflessioni politologiche e sociologiche, aveva sostenuto la necessità dell'uso rigoroso ed esclusivo del metodo giuridico e dell'analisi sistematica nell'approccio gnoseologico alle istituzioni dello Stato unitario, "collocando al centro la nozione di interesse pubblico" (Così S. CASSESE, *Giannini, Massimo Severo. Il contributo italiano alla storia del diritto*, in *Enc. Treccani online*, 2012), M.S. Giannini osservava che "l'attenzione per il concetto di interesse pubblico come vincolo finalistico dell'attività pubblica era errato, essendo compresenti nell'ordinamento più interessi pubblici in conflitto tra di loro" (S. CASSESE, *op. ult. cit.*).

Inoltre, dalla "rottura della nozione unitaria di interesse pubblico" derivano l'"abbandono della nozione monistica dello Stato-ente e la tesi della discrezionalità amministrativa come ponderazione di interessi pubblici" "secondo una concezione non meccanicistica" (*ivi, loc.cit.*).



ricostruzioni vi siano le profonde trasformazioni sociali e giuridiche tipiche dello Stato pluriclasse, innestatesi su di una concezione kantiana volta a configurare un diritto irreal, astratto; impostazione stratificata che ha finito per determinare «la viva esigenza di eliminare il taglio con la realtà, con la storia»⁵.

O, in alternativa, che la tendenza a ricercare la nozione di interesse pubblico come collegata strettamente alle contrapposizioni interesse legittimo/potere discrezionale e potere discrezionale/interesse pubblico abbia determinato, sulla scorta di una sapiente riflessione, l'attrazione dell'interesse pubblico nella sfera della destinazione di una rapportualità incentrata sull'altro elemento volta a volta assunto come principale di tale relazione logico-giuridica: quello del potere discrezionale o dell'interesse legittimo.

Con la conseguenza che la posizione dell'interesse pubblico ha finito per costituire una sorta di postulato⁶.

In realtà, l'interesse pubblico si afferma in un ambito concettuale che sembra gravitare intorno all'amministrazione pubblica «in genere o in una qualsiasi specificazione: alla sanità, all'edilizia, all'istruzione ecc.». Al contrario, all'interesse legittimo fa esplicito riferimento la Carta costituzionale con la norma sulla libertà di agire in giudizio (art. 24) per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi; e con la previsione di cui all'articolo 103, secondo cui il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti.

Infine all'articolo 113 i Costituenti hanno disegnato un regime di tutela assai esteso per i diritti e per gli interessi legittimi, disponendo che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale delle due fondamentali situazioni soggettive, diritti e interessi legittimi.

Dunque, appare necessario tener conto della tesi secondo cui l'interesse legittimo, a differenza dell'interesse pubblico, «gravita intorno al cittadino, inteso in quel senso antonomastico proprio dei nostri studi»⁷.

Non per marcare una differenza, anzi, proprio al contrario, per cercare di individuare il collegamento tra le due nozioni, esso è stato individuato nella norma di cui all'art. 97, comma secondo, Cost. che nell'esprimere riserva, sia pure relativa, in favore della legge, quanto all'organizzazione degli uffici della pubblica amministrazione (infatti, si può aggiungere un riferimento nell'art. 95, comma terzo Cost., che riserva alla legge il compito di provvedere «all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri») precisa la finalità dell'assicurazione del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione.

⁵ E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir.amm.)*, cit., spec. p. 3.

⁶ Si è talora ritenuto, specie da parte di dottrina autorevole, pur se non recente, che lo studio dell'interesse pubblico non sembra essere stato approfondito a sufficienza, con le dovute eccezioni, ma forse soltanto "sfiorato", poiché non sarebbe stato esteso a tutte le situazioni in cui si manifesti un contrasto tra gli interessi dei privati cittadini e il potere dell'amministrazione: per tali concetti cfr. ancora E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir.amm.)*, cit., spec. p. 3.

⁷ E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir.amm.)*, cit., spec. p. 6.



Con riferimento anche all'attività –come oggi si ritiene generalmente, anche in giurisprudenza⁸– non solo all'organizzazione degli uffici dell'amministrazione si può osservare che «in tal modo imparzialità e buon andamento costituiscono un presupposto dell'art. 97 come esigenza di certi caratteri dell'attività amministrativa rilevante a tal segno, che la Costituzione vi ha adeguato pur la conformazione del soggetto di quell'attività, con la conseguenza che quei caratteri escono dalla nebulosa delle aspirazioni e, attratti nel campo della realtà giuridica, divengono connotati dell'attività amministrativa e non un plusvalore dell'organizzazione»⁹. In tal modo l'art. 95 può essere interpretato alla luce, preminente, dell'art. 97 risultando «perciò vincolante la legislazione ordinaria: al principio di imparzialità...si accompagna...la separazione tra politica e amministrazione, tra l'azione del Governo che...è normalmente legata agli interessi di una parte politica...e l'azione dell'amministrazione che...è vincolata ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento»¹⁰.

Va fatto subito riferimento, nell'ambito degli studi più risalenti, tesi alla giustificazione dell'autorità preposta alla cura dell'interesse pubblico, alla lezione di Capograssi che – seguendo l'impostazione della scuola della libertà e dell'autorità– offre un approccio alto al tema della forza e dell'*imperium*, alla base dell'obbedienza dell'individuo che sembra piegarsi all'autorità perché «essa è la stessa causa della sua ragione che si fa forza e crea».

E poiché l'autorità è necessariamente «volontà di giustizia, l'adesione all'autorità costituisce la conformazione degli interessi umani ai fini della giustizia»¹¹. Si vede bene che, in questa preziosa lettura, il diritto vive precipuamente per *servire* alla vita dei singoli che formano la società e hanno il governo dell'autorità nella loro coscienza priva di deviazioni.

1.1. Interesse e interesse pubblico

D'altra parte, il difficile approccio alla definizione di interesse pubblico presuppone quella del concetto di interesse; si possono prendere le mosse per questa lettura dell'ordinamento da un'impostazione tradizionale¹² secondo la quale per interesse si deve intendere «ogni

⁸ Corte cost. n. 453/1990; n. 304/2020.

⁹ E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir.amm.)*, cit., spec. p. 6.

¹⁰ Così V. Cerulli Irelli, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2021, spec. p. 18.

¹¹ Su Giuseppe Capograssi cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e Autorità*, Napoli, 2021, spec. XXVI, che rilegge le Opere di Capograssi (*Opere*, Milano, 1959), in particolare il primo dei sette volumi, nell'intento di dimostrare come l'autorità sia nell'individuo che nella sua coscienza supera l'indifferenza, l'effimero, dunque “il male”, così come gli istinti beceri e transitori, nel naturale tentativo di perseguire la verità e la libertà. Se l'autorità si presenta in posizione protagonista nell'ordinamento amministrativo spetta tuttavia al giurista garantire «il circolo virtuoso che vede l'autorità nei singoli individui, portatori di libertà, rispettata dallo Stato che dalla società è stato costruito e che con le sue leggi, gli interventi, i programmi e i provvedimenti puntuali deve garantire libertà e autorità espresse dalla società che di quelle Istituzioni determina il fine, orientandone l'azione». Cfr. sul tema S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno, Salerno 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, p. 10, il quale sottolinea che «il provvedimento amministrativo non è più la sintesi della dialettica fra autorità e libertà, perché non è più espressione della sovranità. (...) La Costituzione rende recessivo il momento dell'autorità nella dinamica relativa all'esercizio del potere».

¹² Ci si riferisce a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, 1952, p. 40, nota 2.



situazione socialmente apprezzabile, anche priva di rilevanza patrimoniale, suscettibile di ricevere la protezione del diritto». Tuttavia il primo sviluppo di questo punto di partenza implica il riconoscimento che l'interesse può considerarsi concetto fondamentale del diritto a condizione che non si prescinda dal rapporto e dai riflessi nei confronti degli altri individui, pertanto emerge come altrettanto rilevante, sin dal primo momento in cui si comincia a riflettere sul concetto di interesse pubblico, l'esigenza di coordinare normativamente le azioni umane, superando in tal modo eventuali conflitti.

Probabilmente proprio questa circostanza è alla base del *dilemma* –ancora insoluto, del diritto amministrativo, con il quale deve sempre fare i conti qualsiasi tentativo di normazione– relativo alla conflittualità ineliminabile (e assai difficilmente sanabile) dei due termini del rapporto: da un lato «la prospettiva dell'interesse pubblico istituzionalmente perseguito dall'amministrazione come interesse qualitativamente superiore agli interessi dei singoli» e, dall'altro, «la prospettiva dello Stato di diritto che impone la garanzia degli interessi dei singoli in quanto tali, anche di fronte all'interesse pubblico»¹³.

Il contributo di Falzea¹⁴ offre la tesi per la quale il sostantivo “interesse” ricalca l'omonimo verbo latino, che ha molteplici significati, ma che in questo caso viene proposto nell'accezione di una relazione di valore, nel senso di “interesse di qualcuno”, che “importa a qualcuno”.

“Pubblico”, invece, secondo termine della locuzione che si intende approfondire, andrebbe –forse– interpretato secondo il suo significato etimologico originario, derivante dal latino *publicus*, che a sua volta sembra discendere da *populus*, inteso da Cicerone¹⁵ come

¹³ Cfr. M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 347. L'a. inoltre ritiene che la legge sul procedimento non abbia raggiunto nei fatti i risultati sperati quanto alla garanzia delle posizioni dei cittadini nei confronti della p.a. Infatti «l'attuale conformazione assunta dalla legge n. 241/1990 –a seguito delle pressoché annuali modifiche apportate dalle leggi n. 340/2000, n. 15/2005, n. 80/2005, n. 69/2009, n. 180/2011, n. 35/2012, n. 134/2012, n. 190/2012, n. 98/2013, n. 124/2015– è il risultato di un costante processo di riscrittura che ha impedito la creazione di uno vero e proprio statuto del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione e che non riesce neppure a soddisfare una basilare esigenza di certezza della disciplina vigente».

¹⁴ *Introduzione alle scienze giuridiche*, II ed., Milano, 1979, p. 137.

¹⁵ In un'opera della prima metà del sec. XII, che definisce *Verba legalia*, in F. Patetta, *De verbis quibusdam legalibus*, *Bibliotheca Juridica Medii Aevi, Scripta Anecdota Glossatorum*, vol. II, Bologna, 1982. Altra ricostruzione di “pubblico”, che presenta senza dubbio interesse sull'etimo del termine, si deve a V. CAPUTI JAMBRENGHI, A. ANGIULI, *Servire il popolo. Osservazioni sul servizio integrato di interventi e servizi sociali*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, p. 537, sub nota 1, pp. 537-538. Infatti «Va richiamata subito un'osservazione di Vittorio Emanuele Orlando che si legge nell'*incipit* del monumentale *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, con la collaborazione sua e di altri giureconsulti italiani, pubblicato a Milano a partire dal 1900, del quale si segnala innanzitutto il vol. I, 5, sub nota 1: “Il diritto amministrativo non è che un ramo del diritto pubblico, di quel diritto, cioè, giusta la stessa origine etimologica del qualificativo “pubblico”, studia precisamente i principi giuridici che lo Stato regolano”. E a questo proposito in nota n. 1 aggiunge “La radice di *publicus* è comune a quella di *populus*, la quale espressione, com'è noto, indicava presso i romani lo Stato (*populus romanus Quiritium*)”. Ma cfr., dopo 120 anni, F. BONOMI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, in *Dizionario etimologico online*, voce *Pubblico, Pubblico*, dove si osserva che il latino *publicus* sta per *publicus, pop'licus*, contrazione di *populis* da *populus* (popolo). Che appartiene a – o concerne – tutto il popolo, quindi comune a tutti; fatto per tutti; noto a tutti; opposto a Privato. Come sostantivo, il popolo stesso. Soggiunge l'A.:



“*collectio multorum ad iure vivendum*” e non come mero aggregato di individui. Tuttavia va altresì aggiunto che –in una fase iniziale almeno– con il termine popolo si individuano soltanto gli strati borghesi della popolazione, quelli che nel Medioevo originavano dalla separazione città/campagne e dalla successiva formazione di una classe mercantile caratterizzata da un’identità collettiva, dal compimento cioè di una prima rivoluzione borghese, che darà origine ad una società «*à dominante économique*»¹⁶. Sicché, quello che è stato denominato –in modo denigratorio– come popolo *grasso*, soprattutto a seguito della *democratizzazione* del comune, sembra essere alla base dell’azione demolitoria che ha visto soccombere l’ordinamento aristocratico in favore di quello fondato su principi volti ad introdurre la democrazia¹⁷.

1.2. Interesse pubblico e interessi privati.

Preliminarmente, per tentare un approccio che, se pur nei limiti di un breve contributo, miri a “disvelare” il mito dell’interesse pubblico, si potrebbe utilizzare un metodo volto a valorizzare il suo *proprium*, magari procedendo *per differentiam*, che si prefigga, cioè, di delineare alcuni caratteri *propri* di tale interesse. Ci si potrebbe anche interrogare circa l’utilità di considerare un approccio che miri a configurare un interesse pubblico “puro”, in senso stretto, oppure in senso più “inclusivo”, ossia volto ad evocare una notevole eterogeneità di significati.

La dottrina ha infatti inizialmente individuato l’interesse pubblico come «particolare tipo di movente delle azioni umane»¹⁸ che si definisce proprio in contrapposizione all’interesse privato¹⁹, specificando altresì che l’interesse pubblico è cosa diversa rispetto all’interesse della pubblica amministrazione. La posizione teorica relativa all’interesse come movente

Pubblico differisce da *Comune*, di cui nessuno ha la proprietà ma tutti gli uomini hanno l’uso, come l’acqua del mare e simili; mentre ciò che è pubblico è di dominio di una città e l’uso ne è più limitato, come i teatri, i templi, le piazze, le vie. Ma cfr. di recente l’interessante ricostruzione di A. CIOFFI, *Il problema dell’interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 127 ss., : “La norma giuridica, specie la norma del diritto pubblico, presuppone una materia, una situazione reale, una certa vita o natura delle cose; e il fatto che in esse vi siano spirito e materia insieme, l’uomo e la società, la vita individuale e la vita collettiva o così peculiarmente pubblica trascende il testo in quanto la parola è stata scritta per interessi superindividuali. Si riferisce all’essere di quegli interessi della società... soprattutto significa ciò che è utile alla vita di tutti (come sostiene Santi ROMANO, *L’interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, *Scritti minori*, Milano, 1959, I, 90 ss.) che rappresenta un’esigenza universale della comunità, un interesse generale o leggermente diversificando un interesse pubblico specifico (141-150)”».

¹⁶ Cfr. I. M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in A. Barone (a cura di), *Scritti giuridici di Ignazio Maria Marino*, Napoli, 2015, vol. II, p. 1483 e P. JONES, *Economia e società nell’Italia medievale: la leggenda della borghesia*, in *Storia d’Italia*, Annali 1, *Dal feudalesimo al capitalismo*, Torino, 1978, p. 371.

¹⁷ I. M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in A. Barone (a cura di), *Scritti giuridici di Ignazio Maria Marino*, cit., spec. p. 1483, che riflette sugli esiti degli studi di R. VILLARI, *Mille anni di storia. Dalla città medievale all’Unità dell’Europa*, Roma Bari, 2000, p. 34.

¹⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 68.

¹⁹ V., sulle differenze tra interessi pubblici e privati, S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696.



delle azioni umane²⁰ è in linea del resto con le teorie che ricercano la massima ampiezza nella definizione del pubblico interesse, offrendogli un significato amplissimo, individuandone la consistenza «in qualsiasi esigenza positiva o negativa che ogni individuo avverte nei confronti della realtà circostante»²¹. E' da osservare che questa tesi implica un'evidente circoscrizione, una nozione più ristretta di interesse, dove assumono rilievo soltanto gli interessi suscettibili di soddisfazione a mezzo di comportamento umano: in tal modo l'indagine va limitata alla volontà dell'uomo che guida dunque l'azione umana e che trasforma la realtà fenomenica.

Quanto alla distinzione tra interessi pubblici e interessi privati, si sottolinea la circostanza per la quale la linea di demarcazione è riconducibile proprio alle motivazioni poste alla base dell'esistenza stessa del diritto pubblico e del diritto privato; mentre, infatti, il diritto pubblico è fondato sulla soddisfazione di bisogni della collettività²², gli interessi privati, invece, trovano la ragion d'essere in un appagamento per così dire egoistico e tendono ad essere soddisfatti talvolta con pregiudizio di interessi privati di altri soggetti.

Va, tuttavia, osservato che la configurazione di interessi pubblici e privati, distinti e contrapposti per natura o nei rapporti disciplinati dal diritto, in quanto tali suscettibili di entrare in conflitto, non appare condivisibile almeno sul piano dell'opportunità rispetto ad esigenze generali di sistema.

Si è infatti ritenuto che la suddivisione del diritto in due parti a seconda dei suoi scopi, ossia in relazione alla circostanza che esso tuteli interessi privati o interessi pubblici, non possa accogliersi «perché non esistono scopi giuridici opposti e coordinati, ma soltanto due modi diversi di considerare la stessa cosa. Considerata come regolamentazione generale, qualsiasi parte del diritto...è fondata su un interesse pubblico, ma qualsiasi disposizione generale deve nei suoi particolari esprimersi in diritti e doveri privati»²³. Del resto, tale impostazione pare diretta derivazione delle teorie del maestro²⁴, nel suo contributo più noto

²⁰ A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit.

²¹ L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, cit.

²² Conseguentemente, secondo C.E. GALLO, (voce) *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della P.A.*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, 1999, p. 284, l'interesse pubblico: «non è l'interesse di una amministrazione, non è un interesse della collettività personalizzato in una organizzazione, ma è l'interesse del pubblico, e cioè della collettività e delle individualità dei singoli cittadini che si trovano di fronte al potere amministrativo».

²³ Cfr. A. ROSS, *Diritto e Giustizia*, Torino, 2000. A livello di teoria generale, la dottrina pura del diritto di Kelsen trova una dottrina antitetica in quelle correnti di pensiero che tendono a sottolineare l'effettività del diritto, definendo "giuridico" il diritto così come applicato dai giuristi: queste teorie si definiscono del realismo giuridico in particolare scandinavo e americano. Un esponente del realismo giuridico scandinavo fu proprio un allievo di Kelsen, il danese Alf Ross, che studiò presso di lui a Vienna prima di trasferirsi a Uppsala e poi a Copenaghen.

²⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. TREVES, Torino, 1967 e Id., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 2021. Si tratta di un'opera che ha influenzato tutto il mondo giuridico a partire dal 1934, quando le dittature europee obbligarono il giurista all'esilio. In seguito Kelsen andò arricchendo il suo disegno teorico-giuridico, che avrebbe trovato compimento soltanto nel 1960. L'opera disegna una teoria generale del diritto positivo, cioè del diritto previsto dal legislatore e non come dovrebbe essere secondo concezioni sociologiche, etiche o politiche: è cioè una "dottrina pura del diritto" (*reine Rechtslehre*), liberata da ogni legame con nozioni morali, politiche o sociologiche; solo in questo modo



e rilevante del XX secolo e punto di riferimento per le successive riflessioni filosofico-giuridiche. Secondo questa linea teorica generale non avrebbe senso la suddivisione tra interessi pubblici e interessi privati, posto che si tratta di due metodi di produzione giuridica l'uno di tipo autocratico, implicante l'esercizio di autorità, l'altro di tipo democratico, basato cioè sull'esercizio di autonomia.

1.3. Interesse pubblico e interesse generale.

Tra le varie formule definitorie utilizzate dalla dottrina ed emerse anche in giurisprudenza, che talvolta hanno dato adito a confusione per la particolare contiguità rispetto alla nozione di pubblico interesse, ve ne sono alcune che condividono con l'interesse pubblico più di qualche carattere comune, come l'espressione "interesse generale", anche se in proposito si è rilevato come non sia sempre vero che il tratto distintivo dell'interesse pubblico si rinvenga nella generalità, mentre il tratto distintivo di quello privato sarebbe identificabile nel *particolare*²⁵.

È pur vero, d'altronde, che la prima distinzione tra interesse generale (τὸ κοινὸν) e interesse particolare (τὸ ἴδιον) si deve a Platone²⁶, che nella *Repubblica* menziona più volte l'interesse comune della città, costituendo questo assai verosimilmente l'antesignano del concetto di interesse generale, perché comune a tutti i cittadini. In questa prospettiva si può collocare il concetto di πόλις, intesa dal filosofo come «uno spazio civico omogeneo, la cui unità implica, se non la distinzione netta tra lo Stato e la società, almeno una differenziazione tra la sfera politica e la sfera privata»²⁷.

egli ritiene si possa garantire il carattere obiettivo della scienza del diritto, posto che una teoria scientifica dovrebbe occuparsi solamente del suo oggetto. Per tal via risulta evidente che, se l'oggetto di scienza è il diritto, quella scienza deve occuparsi soltanto di come il diritto è (del suo essere, *sein*) non di come sarebbe meglio che fosse (del suo dover essere, *sollen*). In tale prospettiva va letto il concetto di "dottrina pura": la scienza giuridica deve occuparsi soltanto del diritto, per come esso è nella realtà. Dopo avere tracciato i confini del diritto rispetto alla natura e alla morale, il lavoro di Kelsen indica le linee direttrici della scienza del diritto, distinguendo il principio di causalità (proprio della natura) da quello di imputazione (proprio del diritto). Nella "statica del diritto" viene affrontata la struttura della norma giuridica, mentre nella "dinamica del diritto" si analizza in che modo le singole norme siano valide in quanto conformi alle norme del livello gerarchicamente superiore: esse vengono organizzate in un "ordinamento piramidale" (*Stufenbau*). Infine Kelsen dedica preziose riflessioni al legame tra il diritto e lo Stato e conclude la sua teoria generale del diritto positivo analizzando il problema dell'interpretazione delle norme giuridiche.

²⁵ In questo senso si vedano le osservazioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, I, 1970, p. 106 e S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, p. 95.

²⁶ Cfr. PLATONE, *La Repubblica*, con Introduzione di M. Vegetti, Roma-Bari, 2000. Anzi, può dirsi che la contrapposizione tra pubblico e privato si rivela fondamentale nella costruzione dell'idea di Stato e di città che disegna Platone, infatti, come nota V.L. PROVENCAL, *The Family In Aristotle*, in www.swgc.mun.ca/animus, «Plato's Republic discloses how the unity of the state depends on the unity of the family by undoing the popular assumption that family and state are independently grounded in opposed principles, the state in what is common according to reason, to koinon, the family in what is private according to nature, to idion. To koinon is there presented as the sole principle of all forms of koinwnia: state, family, individual and soul; to idion appears as the principle of division, strife and self-destruction in states, souls, individuals and families. Aristotle chiefly criticizes Plato's logic by which the unity of the state is made dependent on the unity of the family».



L'interesse generale, configurato, a sua volta, come contrapposto all'interesse privato, è difficilmente definibile, considerata la genericità dei soggetti che possono esserne destinatari, risultando esso unicamente riconducibile ad un «vantaggio della generalità, che accomuna cioè tutti i componenti della società»²⁸. D'altra parte, la difficoltà di delimitare opportunamente l'interesse generale scaturisce dalla particolare circostanza per la quale la sua forza sembra essere riferibile piuttosto «a quanto evoca che non a ciò che significa precisamente»²⁹, oltre che alla oggettiva problematicità riguardante l'estrema mutevolezza di un concetto così indefinito per sua stessa natura, che assume significati diversi a seconda delle epoche storiche di riferimento, ma anche dei diversi territori cui si ricollega, considerato che per gran parte esso dipende dai costumi e dalle trasformazioni sociali³⁰.

Secondo una recente opinione³¹, anzi, un criterio di demarcazione utile per cercare di meglio definire l'interesse generale, riconoscendone una specificità più netta rispetto all'interesse pubblico, con il quale è sovente confuso, potrebbe rinvenirsi nella teoria di Weber³² relativa alle diverse forme di razionalità: la categoria logica dell'interesse generale apparterebbe alla «razionalità rispetto ai valori», mentre quella dell'interesse pubblico sarebbe espressione della «razionalità rispetto ai fini». In tale visione se quest'ultima categoria indica il perseguimento del fine pubblico individuato dalla legge, l'interesse generale invece «tende ad orientare l'azione umana in modo che preferisca l'interesse della società a quello meramente individuale»³³.

Va, al contrario, menzionata la circostanza per la quale –come nota uno studio degli anni '50³⁴– la dottrina aveva ritenuto, perverso, semplicistica l'immedesimazione tra interesse pubblico e interesse generale³⁵.

Viceversa, quanto all'interesse generale, almeno per una tendenza affermata largamente nella successiva esperienza dottrina e giurisprudenziale, esso viene senz'altro qualificato come un'entità diversa rispetto all'interesse pubblico³⁶, posto che rappresenta un *quid* –con caratteristiche indefinite e dai mutevoli confini a seconda delle epoche storiche– che non appartiene all'amministrazione, ma costituisce espressione di un'esigenza imperativa e di

²⁷ Per l'evoluzione storica del concetto di interesse cfr. da ultimo M. GALDI, *La categoria dell'interesse nel diritto pubblico. Profili di teoria generale, nazionali ed eurolunitari*, Bari, 2022, spec. p. 22.

²⁸ M. GALDI, *La categoria dell'interesse nel diritto pubblico*, cit., p. 22.

²⁹ Cfr. sul punto gli studi condotti dalla dottrina d'oltralpe, in particolare, D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, 1977; F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, 1986, p. 43; M. LOMBARD, *Irréductible intérêt général*, AJDA, 2006, p. 1809.

³⁰ Come viene sottolineato da M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 ed., rivista e aggiornata da A. Hauriou, Paris, 1933, p. 59.

³¹ M. GALDI, *La categoria dell'interesse nel diritto pubblico*, cit., p. 24.

³² M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1968, vol. I, p. 21.

³³ M. GALDI, *La categoria dell'interesse nel diritto pubblico*, cit., p. 25.

³⁴ N.R. POUND, *Rassegna degli interessi sociali*, in *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, 1952, p. 288.

³⁵ Cfr., per un inquadramento più ampio dei temi connessi alla definizione dell'interesse pubblico, il contributo di M.R. SPASIANO, *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro, (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, p. 11.

³⁶ Così A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, in A. Rallo, A. Scognamiglio, a cura di, *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2017, p. 75.



carattere generale, così come viene delineato nel diritto europeo³⁷, sulla scia del diritto francese.

Infatti si deve osservare che nell'ordinamento francese il concetto di interesse generale è presente sin dal *code civil*, definito in seguito dalla giurisprudenza del Conseil d'État³⁸ alla stregua di «*pierre angulaire*», «*épine dorsal*», «*justification primordiale*» e come «*le fondement de l'État moderne et du droit public*», configurandosi pertanto come limite esterno all'autonomia privata e, conseguentemente, persino come eventualmente antitetico rispetto allo stesso interesse pubblico dell'amministrazione. Considerato come finalità dell'azione pubblica, l'interesse generale entra a pieno titolo nel controllo di legalità sull'eccesso di potere, come risulta costantemente dalla giurisprudenza sin dalla decisione *Pagès* del 22 gennaio 1901, a partire dalla quale «*le juge de l'excès de pouvoir va systématiquement vérifier que la puissance publique n'agit pas en vue de fins étrangères à l'intérêt général. La première tâche du juge est bien de vérifier l'existence de l'intérêt général invoqué à l'appui de la décision contrôlée*»³⁹

È infatti evidente, in tale prospettiva, come l'interesse pubblico e l'interesse generale – inizialmente considerati dalla dottrina più risalente come del tutto fungibili – esprimono concettuali differenti e possano quindi non coincidere o addirittura entrare in conflitto. Come è stato osservato, l'interesse generale non è (o almeno non è più) l'interesse pubblico, ma entrambe le categorie costituiscono una componente essenziale del concetto di legalità amministrativa, in quanto rispondono alla medesima esigenza: la valutazione dei bisogni sociali all'interno del diritto amministrativo⁴⁰.

Quest'ultimo, in tal modo, si pone come esigenza specifica della funzione, mentre l'interesse generale corrisponde all'interesse che riguarda l'utilità di tutti⁴¹.

Si pensi al caso della dichiarazione di pubblica utilità⁴², ad esempio, che riguarda l'interesse di tutti, in virtù del quale viene pertanto richiesto il sacrificio individuale: l'interesse generale in tal caso risiede nelle richieste dei cittadini che hanno investito l'amministrazione. Tuttavia non può dirsi che vi sia una specifica categoria per inquadrare l'interesse generale, anzi, sembra che esso possa ricomprendere le più svariate tipologie di interesse, dall'ordine pubblico, alla moralità pubblica, alla protezione delle persone fragili, alla sanità⁴³.

Ciò che sembra contraddistinguere l'emersione delle peculiarità dell'interesse generale è proprio l'accostamento alle libertà economiche e la circostanza per la quale esso si presenta

³⁷ Si pensi all'espressione «esigenze imperative di carattere generale», utilizzata ad esempio nella direttiva 2006/123/Ce, come ricorda N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 603.

³⁸ Conseil d'État, *Études et documents n. 50*, 1998, Paris, *La documentation française*, 1999. Cfr. per inquadrare similitudini e peculiarità tra ordinamento francese e ordinamento italiano in materia di interesse generale, il prezioso contributo di A. CIOFFI, *Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie*, in *Ius Publicum Network Review*, 2, 2014.

³⁹ Conseil d'État, *Études et documents n. 50*, cit., p. 306.

⁴⁰ A. CIOFFI, *Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie*, cit. p. 16.

⁴¹ Così A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economica*, cit., spec. p. 81.

⁴² Per questo caso specifico cfr. le osservazioni di S. TRAORÈ, *Contribution à l'étude de l'acte déclaratif de l'intérêt général*, in *Rev. droit public*, 2015, p. 1533.

⁴³ Così A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economica*, spec. p. 81.



come limite rispetto alle stesse, mentre l'interesse pubblico sorge insieme al potere amministrativo, anzi sembra che il potere derivi dall'interesse pubblico. In altre parole la differenza sostanziale riguarda la derivazione dell'interesse generale, che «opera direttamente per legge, aspira all'universalità e può limitare la libertà economica solo in casi nominati e tassativi; l'interesse pubblico specifico esprime le esigenze dell'amministrazione in alcune sue materie; sono esigenze non universali e neanche singolari, ma sono esigenze particolari e possono divenire particolarmente forti quando siano proprie di certe materie, di certe fasi storiche e di certi pezzi della società»⁴⁴.

Inoltre, all'interno della stessa nozione di interesse generale, come emerge da un *Rapport du Conseil d'État*⁴⁵ espressamente dedicato all'interesse generale, si può individuare una suddivisione ulteriore tra la concezione utilitarista e quella volontarista, laddove la prima indica la *summa* degli interessi particolari, incentrati sulla libertà economica individuale. Viceversa, alla stregua della concezione «*volontariste et rousseauiste, l'intérêt général fait abstraction des intérêts des individus: l'intérêt personnel s'efface devant la Loi, expression de la volonté générale*», in tal modo l'interesse generale pare iscriversi nel solco della tradizione volontarista e repubblicana francese⁴⁶.

Il c.d. interesse della legge, invece, è configurabile quale interesse di tutta la comunità politica all'esatta osservanza delle norme da parte dei giudici⁴⁷, dovere di ogni magistrato e delle Sezioni unite della Corte di cassazione, nell'esercizio di fondamentale rilievo –in vista della “tenuta” dell'ordinamento– della nomofilachia.

L'interesse all'osservanza della legge sarebbe, pertanto, differenziabile rispetto all'interesse pubblico per una minore ampiezza dell'oggetto, posto che il tema di cui ci si sta occupando non risulta limitato o limitabile ai soli interessi «individuati ed assunti come propri dal diritto vigente»⁴⁸.

1.4. Interesse pubblico, interesse della collettività e interesse sociale nella nuova costituzione economica.

A questo proposito, una formula assai generica, ben lontana dal costituire una definizione, individua l'interesse pubblico nella somma degli interessi dei componenti una determinata comunità⁴⁹, anche se in questo caso va rilevato che l'interesse pubblico sarebbe riferibile ad

⁴⁴ Così A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, p. 83.

⁴⁵ *Conseil d'État, Études et documents n. 50*, cit. p. 249.

⁴⁶ A CIOFFI, *Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie*, cit.

⁴⁷ Sul punto cfr. già V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, p. 527.

Con specifico riferimento alla disciplina dettata per il processo amministrativo dalla norma di cui all'art. 99, co. 5 c.p.a. e sulla ricostruzione dell'interesse cui essa è preordinata, cfr. A. ANGIULI, *L'Adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in F. Francario - M.A. Sandulli, a cura di, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Napoli, 2017, p. 173. Sul tema generale cfr. E. FOLLIERI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, A. Barone, *La vocazione “unitaria” della giurisdizione*, in E. Follieri - A. Barone, a cura di, *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015.

⁴⁸ A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit., p. 59.

⁴⁹ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1789), Oxford, 1969, p. 126.



un parametro generalista e di ordine meramente quantitativo, confluendo nei confini, se vi siano, dell'interesse collettivo.

La ricerca della differenza rispetto all'interesse collettivo, invero, ha condotto alla definizione concettuale per la quale l'interesse collettivo sta ad indicare l'interesse proprio di una pluralità di soggetti appartenenti alla comunità di riferimento, quello pubblico invece dimora nella società politica e, secondo un'interpretazione classica, tuttora presente in giurisprudenza, è "portato", per essere attuato e protetto da ogni soggetto pubblico, anzitutto dallo Stato, dagli enti territoriali e da tutti i soggetti pubblici in quanto tali. L'interesse collettivo potrebbe sì identificarsi con l'interesse pubblico, ma con l'avvertenza che ciò potrà riguardare soltanto quei soggetti che compongono una determinata collettività⁵⁰.

Nondimeno, va osservato che per le situazioni che riguardano interessi diffusi o meta-individuali - per i quali si rileva la presenza di «un debole profilo soggettivo»⁵¹, mentre, d'altro canto essi sarebbero caratterizzati da un'accentuata rilevanza sociale - lo scenario di riferimento può senz'altro dirsi profondamente mutato nel corso degli anni.

Tuttavia il processo amministrativo non sempre si è rivelava in grado di fornire risposte adeguate ai bisogni collettivi: proprio per la caratteristica che più di altre li contraddistingue - essi apparivano sforniti del requisito della personalità, ossia del riferimento a soggetti individuati - ciononostante sono via via divenuti socialmente sempre più rilevanti⁵². Lo stesso sistema del diritto amministrativo, inoltre, sembrava prevalentemente costruito sulla tutela delle situazioni individuali, protette nei confronti del potere e sorrette - sul piano processuale - da azioni di tutela: tale sistema appariva meno proteso invece «a curare, producendo risultati adeguati e puntualmente verificabili, gli interessi della collettività *at large*»⁵³. Ciò può anche considerarsi frutto della prevalenza del formalismo, che ha condotto a privilegiare quei profili attinenti alla valutazione relativa alla legittimità dell'azione amministrativa, piuttosto che l'attenzione nei riguardi della bontà dei risultati, posto che non è chi non veda come «un'azione formalmente legittima può aver prodotto cattivi risultati»⁵⁴.

⁵⁰ Come rimarca A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, cit., p. 68.

⁵¹ In questo senso v. R. LOMBARDI, *Le azioni collettive*, in F.G. SCOCA, a cura di, *Giustizia amministrativa*, VIII ed., Torino, 2020, p. 214.

⁵² R. LOMBARDI, *Le azioni collettive*, cit.

⁵³ Su questo argomento cfr. V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., spec. XI.

⁵⁴ V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., spec. XI-XII. L'a. propone una serie di "rimedi" per il corretto funzionamento della macchina amministrativa: «dalla disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi, eccessivamente pervasiva, che dà peso determinante a violazioni anche marginali, alla disciplina delle responsabilità amministrative e penali che limitano la responsabilizzazione dei funzionari, all'assenza di adeguati strumenti di risoluzione delle controversie (comпонimenti bonari) alternativi alla giurisdizione, facilmente accessibili e non costosi». In particolare la questione amministrativa, nella prospettiva proposta dall'a., deve essere presa come un impegno fondamentale del giurista, il quale deve farsi carico di collaborare con il sistema politico, dialogando costantemente con esso, al fine di partecipare proattivamente al funzionamento del sistema amministrativo rinnovato. Oltre a ciò si devono predisporre adeguate Scuole che fungono da necessaria fucina per la preparazione del personale, basate su una formazione multidisciplinare, anche su discipline aziendalistiche, che son restate per troppo tempo trascurate nel nostro approccio prettamente giuridico al "problema amministrativo". Deve essere valorizzato maggiormente il merito



In realtà, sembra che la formula “interesse pubblico” finisca per ricomprendere (e/o ricollegarsi agevolmente con) una svariata congerie di significati, potendo essere talvolta ricondotta nel settore ampio dell’“interesse sociale”, inteso a sua volta come quell’interesse necessario al progresso della società e alla realizzazione dell’eguaglianza tra le classi.

Soltanto per inciso va soggiunto che nei corsi e ricorsi storici si può dire che quest’ultima accezione sembra acquistare nuova rilevanza, ormai senz’altro valorizzata anche a séguito dell’introduzione, nell’ambito dei principi generali, della “economia sociale di mercato”⁵⁵, ad opera della norma di cui all’art. 3 del Trattato di Lisbona (Tfue). In virtù di tale nuova “sfida” lanciata dall’Unione europea, mirante al perseguimento di una delle tante declinazioni della giustizia sociale nei Paesi membri dell’Ue, così come propugnato dai sostenitori dell’ordoliberalismo sin dagli anni ‘30 dello scorso secolo, sembrerebbe che l’interesse pubblico abbia nuovi e più ampi confini, oltre che più nobili connotati, crescendo in tal modo sia dal punto di vista quantitativo, che da quello qualitativo.

Infatti, il continuo processo di cambiamento ed innovazione della costituzione economica ha condotto da tempo all’ampliamento dei poteri pubblici, posto che è evidente la trasformazione del modello economico avvenuta negli ultimi anni, sulla quale ha avuto impatto determinante il succedersi di crisi di livello mondiale –ad es. quella originata dai c.d. mutui *subprime*, quella sanitaria e quella dovuta al conflitto russo-ucraino– che ha comportato il cambio sostanziale di paradigma dallo Stato “imprenditore” allo Stato “regolatore” ed infine al nuovo ruolo che lo vede in veste di “protettore”⁵⁶. Tale circostanza ha comportato che lo Stato sembra oggi occuparsi di una moltitudine di settori e attività, spaziando dalla promozione della crescita e dell’innovazione alla gestione delle attività produttive e dei settori strategici; e, tuttavia, il rischio opportunamente evidenziato⁵⁷ riguarda proprio la compatibilità delle nuove e più pressanti ingerenze dello Stato nell’economia con il modello dell’economia di mercato, sul quale si basa l’intero ordinamento europeo.

nelle progressioni di carriera e occorre utilizzare strumenti più flessibili di organizzazione degli uffici, utilizzando inoltre schemi di contabilità economica sul modello privatistico: tutto ciò si rende indispensabile e inderogabile se si vuole assicurare effettivamente una buona amministrazione, con servizi che risultino efficienti per la collettività, nel rispetto dei diritti dei singoli. Sicché può dirsi che per effettuare questo mutamento vitale per risolvere la “questione amministrativa” «occorre l’apporto di diverse discipline, e una rimodulazione della scienza del diritto amministrativo, nonché una strategia politica consapevole e determinata. Ma è la “forza sociale”, elemento fondativo di ogni istituzione (...Guarino), che può piegarne le “rigidità” al servizio degli interessi e dei bisogni dei singoli e delle loro formazioni sociali».

⁵⁵ Gli schemi dell’economia sociale di mercato, ad esempio, in particolare per quanto attiene al diritto urbanistico e all’esercizio del potere pianificatorio, «oggi appaiono gli unici capaci di disegnare un modello economico sociale proteso a perseguire il valore dell’uguaglianza», come nota S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005, spec. p. 20.

⁵⁶ In tal modo –dopo aver ripercorso l’evoluzione dei rapporti tra Stato ed economia in Italia– si esprime C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell’economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, II ed., Napoli, 2022, spec. pp. 64-65.

⁵⁷ Cfr. la preziosa trattazione generale sull’economia pubblica a confronto con le diverse impostazioni (libera concorrenza) del diritto europeo e globale in C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell’economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, cit., p. 65.



1.5. Interesse pubblico tra dimensione statale (o sovranazionale) e dimensione territoriale.

Altra suddivisione caratterizzata per categorie di interessi, in relazione alla dimensione "territoriale" dell'interesse, riguarda la proposta di ripartizione tra interesse pubblico nazionale e regionale⁵⁸.

Tuttavia va soggiunto che quella concezione secondo cui soltanto gli interessi a soddisfazione necessaria, riferita allo Stato persona o agli enti pubblici ad esso collegati, sembra che più non corrisponda alla condizione della realtà giuridicamente rilevante dei rapporti sociali presenti nell'evoluzione continua dell'ordinamento⁵⁹.

Si può forse ipotizzare una distinzione preliminare che conduca alla più idonea collocazione sistematica dell'interesse individuale, collettivo e pubblico: mentre il primo fa riferimento all'individuo, quello collettivo si potrebbe invece ricondurre alle entità sociali intermedie promananti dalla comunità, infine l'interesse pubblico potrebbe essere individuabile come quell'interesse che ha «come punto di riferimento soggettivo la stessa comunità generale o anche comunità minori che di quella siano derivazioni, o anche entità che, comunque, siano dall'ordinamento riconosciute come figure giuridiche soggettive pubbliche»⁶⁰.

1.6. La ricostruzione dell'interesse pubblico intorno al concetto di valore.

Un solo –ma assai rilevante– contributo di diritto comune è possibile approfondire in questa sede, data la sua altezza e sapienza, prima di affrontare il tema della storicizzazione dell'interesse pubblico⁶¹.

Secondo questa dottrina, prima di ogni studio sull'interesse giuridicamente rilevante, è necessario distinguere diversi piani di interessi, collocando «ad un livello superiore... l'interesse della comunità alla soluzione dei problemi che vanno insorgendo nella vita sociale e che esigono una risposta giuridica»⁶². E questo costituirebbe «l'interesse giuridico fondamentale, il *Grundwert* che informa l'intero sistema culturale del diritto ed esprime l'esigenza primaria di ogni comunità alla conservazione nel modo migliore in concreto possibile del proprio tipo di vita»⁶³. In conseguenza «le regole giuridiche, siano esse norme o

⁵⁸ Cfr. per questa contrapposizione SANTI ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1930), in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 299 e G. BERTI, *Caratteri dell'autonomia comunale e provinciale*, Padova, 1967, p. 31.

⁵⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, p. 67. A questo proposito non può non ricordarsi altresì che la dottrina tradizionale sembra pacifica nel ritenere lo Stato apparato alla stregua di unico depositario della sovranità e unico creatore del diritto, mentre lo Stato ente, inteso come Dio terreno può considerarsi figlio di un'ideologia ormai superata. Così M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., spec. p. 912.

⁶⁰ Così M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., spec. p. 909.

⁶¹ Cfr. A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, Accademia nazionale dei Lincei, 27-29 maggio 1991, Roma, 1992.

⁶² A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 14.

⁶³ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 14.



principi, sono fenomeni e concetti che rispetto all'interesse fondamentale stanno in posizione di necessaria subordinazione»⁶⁴.

Di grande significato è la considerazione successiva: «L'alto livello di indeterminatezza rende l'interesse fondamentale incapace di realizzarsi da solo...Da esso muove perciò un diffuso e costante processo di determinazione progressiva, che ha come fase terminale l'interesse già compiutamente determinato nella individuazione ultima dell'azione»⁶⁵ mediante la quale si realizza e nella prospettiva formale della situazione in cui ottiene soddisfacimento.

Premessa questa impostazione di grande chiarezza e rispondenza alle basi giuridiche dell'ordinamento generale, l'a. passa a considerare l'interesse concreto che può essere collocato nell'ambito dell'interesse fondamentale, ma ad una condizione: la previa «verificazione di un fatto che causa ed evidenzia l'insorgere dell'interesse nella sua individualità. Il rapporto diretto tra i due interessi, senza il filtro di categorie deontiche intermedie, non può condurre che a risultati generici e perciò stesso parziali. Esso, cioè, consente di stabilire, come conseguenza necessaria ma anche esclusiva, che l'interesse concreto è un interesse giuridicamente rilevante. Non di più»⁶⁶.

Infatti non si conosce ancora il complesso di azioni che sono da intraprendere e le loro modalità per soddisfare l'interesse inserito in una situazione concreta: «Il dover fare, perciò, svolge un ruolo essenziale nel soddisfacimento dell'interesse concreto e di conseguenza anche nel soddisfacimento dell'interesse fondamentale, e ciò per il doppio motivo, che il dover-fare si riflette sulle modalità del dover-essere, e che solo per suo tramite gli interessi giuridici concreti passano dalla condizione di rilevanza alla condizione di efficacia»⁶⁷.

È dunque meritevole di condivisione piena la considerazione dell'a. secondo cui «La civiltà giuridica di una società si misura, almeno qualitativamente, dalla esistenza nel suo ordinamento giuridico di regole di comportamento enunciate e rese preventivamente conoscibili dai consociati e dal grado della loro determinatezza delle regole giuridiche e la loro migliore conoscibilità»⁶⁸.

Tornando agli interessi, la tesi trova conferma nelle sue premesse: «Gli interessi giuridici, non diversamente dai bisogni della vita materiale, sono dotati di una sostanziale ricorrenza e costanza. Attraverso la continua reiterazione delle situazioni che li rendono attuali, gli interessi comuni acquistano una loro unità di significato che li consolida nel tempo. È evidente che questa continuità attiene agli aspetti essenziali degli interessi, gli unici dai quali, come dai richiamati bisogni materiali, ci si possa attendere la costanza, mentre altri fattori restano contingenti e sono irripetibili»⁶⁹.

L'a. ritiene in conclusione, con un primo passaggio che «L'interesse giuridico fondamentale e gli interessi più generali in cui esso si va articolando si traducono nel sistema di principi generali su cui si struttura deontologicamente l'ordinamento», questa seconda

⁶⁴ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 14.

⁶⁵ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 14.

⁶⁶ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 15.

⁶⁷ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 15.

⁶⁸ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 16.

⁶⁹ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 16.



categoria degli interessi generali, che si frappone tra quello fondamentale di tutta la società e quello concreto si manifesta in quanto «il grado elevato di indeterminatezza dei principi generali li fa gravitare sul dover-essere della situazione auspicata piuttosto che sul dover-fare dell'azione realizzatrice». Gli interessi che risultano collegati alla finalizzazione ovvero alla situazione auspicata esigono per affermarsi nell'ordinamento, per venire alla luce, una «integrazione di eventi o di interventi determinativi, e tra questi assume una posizione eminente la produzione della norma ordinaria e soprattutto della norma legislativa; la certezza del diritto è meglio garantita se le norme ordinarie sono fissate»⁷⁰.

Falzea si fa a considerare la presenza dell'amministrazione pubblica nei rapporti di vita sociale a livello di «esigenze empiriche» di governare con razionalità anche la vita sociale, in particolare i rapporti e gli interessi che coinvolgono la pubblica amministrazione, perché siffatte esigenze trovano la loro soddisfazione nelle norme dell'ordinamento che espongono un «nesso di solidarietà assiologica, e perciò stesso di coerenza logica, tra le regole di un medesimo ordinamento giuridico»⁷¹.

Nel riprendere il tema della definizione dei diversi tipi giuridici che regolano la condensazione degli interessi in una comunità generale, si chiarisce che il connettivo «con il quale le regole di un ordinamento giuridico risultano solidali è costituito ... dai principi: da quelli minimi (internormativi) che convogliano sotto l'*eadem ratio* due o più norme singolarmente individuate, ai principi medi (o polinormativi) che accomunano un insieme di norme operanti in un unico campo di interesse – come possono essere gli istituti e i complessi istituzionali o materie – fino ai principi massimi (od onninormativi) che abbracciano l'intero mondo del diritto positivo»⁷².

In perfetta coerenza con la premessa classificazione si afferma che «I principi fondamentali, pur con la loro forte idealità, sono regole di diritto positivo. Accolti nell'ordinamento giuridico, una volta che la loro positività formale si arricchisce di positività sostanziale, spiegano tutta la loro efficacia regolatrice dell'azione sociale, condizionando la validità di tutte le altre regole giuridiche e la portata del loro contenuto normativo»⁷³.

Visto che i principi fondamentali sono proiettati verso l'elevazione ed il miglioramento del tipo di vita nella società, evidentemente essi sono espressione anzitutto di forte idealità; con il che si osserva un secondo carattere distintivo, quello della indeterminatezza, che è maggiore e più evidente di quanto non accada nei principi comuni.

Al centro della mirabile tesi si colloca infatti la prevalenza del dover-essere, della situazione di soddisfacimento del valore, «del comportamento, cioè, cui è demandata la

⁷⁰ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 17.

⁷¹ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 23.

⁷² A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., pp. 23-24.

⁷³ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 25. Tuttavia l'a. aggiunge che «nell'entrare a fare parte del diritto positivo i principi fondamentali non perdono del tutto l'originario tratto ottativo, che consente ad essi di mantenere le distanze dalle norme comuni e di tenerne in costante evidenza, col fatto stesso della loro presenza, la condizione di perfettibilità, proponendosi come modello e traguardo del loro perfezionamento: un modello e un traguardo destinati spesso a restare inattuati e irraggiunti ma pure sempre vitali, perché tesi perennemente a sollecitare la società alla loro attuazione e al loro raggiungimento. Per ciò che hanno di ottativo, essi si presentano dunque come ottativi categorici».



realizzazione del valore della situazione di libertà, piuttosto che del diritto di vedere rispettata la libertà propria o del dovere di rispettare la libertà altrui; della situazione di eguaglianza, piuttosto che del diritto o del dovere di un trattamento egualitario»⁷⁴.

Si riconosce qui l'importanza dell'interesse non (o super) individuale, tanto in materia di affermazione e preservazione della libertà quanto del principio costituzionale di eguaglianza. Non individuale non può essere qui tradotto in collettivo, ma in interesse *pubblico*, nel quale soltanto può rinvenirsi la prevalenza del dover-essere, il compito di rappresentare (e per "realizzare") i valori da soddisfare a vantaggio di tutta la comunità indifferenziata.

È dunque «soprattutto nei principi fondamentali che ogni società ripone la maggiore garanzia ideale e formale dei valori umani, così come nei principi comuni c'è la loro maggiore garanzia reale e sostanziale»⁷⁵.

Si può ritenere pertanto, sulla scorta di una ricostruzione di concetti vividi e di teorie agevolmente condivisibili, che proprio nei principi fondamentali tanto i singoli, quanto e soprattutto le società politiche ripongono il bisogno di preservare la garanzia ideale e formale dei valori umani; viceversa nei principi comuni tale garanzia trova sostegno nella realtà, nella concretezza dei rapporti e degli interessi che quella comunità distinguono dalle altre.

2. Storicizzazione del concetto di interesse pubblico.

A questo punto per procedere nell'indagine sull'interesse pubblico sembra doversi considerare che, proprio in relazione al tema, la prospettiva c.d. storicistica potrebbe condurre a ipotesi scerve da ogni mitizzazione⁷⁶. Invero l'interesse pubblico non può configurarsi, acriticamente, come un *deus ex machina*, bensì va inquadrato tra gli interessi giuridicamente rilevanti che vengono costantemente a coesistere.

Non deve trascurarsi, infatti, che l'interesse non può prescindere dall'immediato riferimento al contesto storico sociale e politico nel quale nasce: gli interessi pubblici subiscono infatti un'influenza determinante da parte delle ideologie politiche e sociali "dominanti"⁷⁷.

Determinata, se sia concesso, la prospettiva, infatti, è soltanto in questa, che può iscriversi lo studio e l'approfondimento dell'interesse pubblico, considerato che le decisioni politiche si tramutano in norme giuridiche, che pervadono il territorio prospettato dalle prime e consentono quindi di definire l'interesse pubblico. Esso, pertanto, non può dirsi originato «dall'invisibile armonia degli interessi individuali, ma dalla concreta e storica

⁷⁴ Cfr. A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 26. In tal modo possono distinguersi, all'interno dell'ordinamento giuridico, due campi di regole giuridiche: il campo delle norme ordinarie –composto dai principi comuni generali che definiscono il tipo di vita della società– e il campo dei principi fondamentali, costituito dai principi superiori, volti a definire giuridicamente il modello dello stile di vita della società. Ne discende che i principi generali fondamentali si rivelano trascendenti rispetto al sistema normativo ordinario e «costituiscono una sorta di Super-Io cosciente della società come i principi generali comuni ne rappresentano il Super-Io inconscio (o, forse meglio, superconscio)».

⁷⁵ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 26.

⁷⁶ M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit. p. 913.

⁷⁷ In questo senso M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 106.



determinazione dell'autorità politica, incorporata, per così dire, nelle norme del diritto»⁷⁸. Questa teoria, prettamente civilistica e di alta espressione, non ritiene l'inesistenza dell'interesse pubblico o generale, «sovrastante i conflitti dei gruppi sociali e dei partiti politici; un interesse, che sia imputabile ad astratte entità come il "popolo" o la Nazione o lo Stato»⁷⁹; ma considera soltanto l'esistenza di interessi che risultino «vittoriosi su altri interessi, i quali o per sempre soccombono o tentano le vie della rivolta e della vittoria futura»⁸⁰. Ciò precisato, va dunque osservato che nella fase successiva a quella emergente per prima dalla dinamica dei rapporti e dei conflitti all'interno della società, le varie "vittorie" e fasi storiche ottengono in seguito riconoscimento nelle apposite norme giuridiche, facendo in tal modo propendere per la conclusione per la quale «l'interesse pubblico è, insomma, tutt'uno con il contenuto delle determinazioni normative»⁸¹.

Sicché la dottrina dell'epoca è, dunque, pervenuta ad un rilevante risultato, almeno quanto alla competenza in relazione alla determinazione dell'interesse pubblico, che non può spettare ad altri che alla decisione politica, assunta nei modi e nelle forme della democrazia rappresentativa, posto che «la definizione dell'interesse pubblico coincide necessariamente con la decisione della volontà politica, la quale, –non nella neutralità del tecnicismo, ma nell'ardente conflitto dei partiti– delibera il tipo e il rapporto delle diverse specie di interessi»⁸².

Sempre storicamente, si rileva la puntualizzazione della problematica interpretazione funzionale dell'aggettivo pubblico, ossia dei suoi confini, in particolar modo se esso designi

⁷⁸ Cfr., nell'illustrazione del fenomeno "interesse pubblico", la tesi originale, tutta privatistica, di Natalino Irti, che sembra contestarne in radice l'autonomia concettuale (N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 435).

⁷⁹ N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit. p. 435.

⁸⁰ N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, p. 435.

⁸¹ N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., p. 437. Su quest'ultima affermazione sembra convenire L. IEVA, *Potere tecnico-discrezionale della p.a. e sindacato del giudice amministrativo: profili teorici ed applicativi*, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 2665, «L'azione amministrativa della pubblica amministrazione si connota peculiarmente per il perseguimento di predeterminati interessi pubblici, ovverosia di interessi della generalità dei consociati per come sono stati elaborati a seguito del processo democratico che conduce all'emanazione di leggi (e di altre fonti normative) le quali disciplinano, più o meno compiutamente, talune potestà pubbliche».

⁸² N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., p. 437. Cionondimeno, in relazione alla configurazione di una Costituzione economica la nostra Carta costituzionale risulta frutto di una scelta compromissoria, che rende ardua l'individuazione dell'interesse pubblico, tacendo su economia di mercato e su libera concorrenza, posto che «i tre commi dell'art. 41 rispecchiano...le tradizioni liberale, solidaristica e socialista: dalla tutela dell'iniziativa privata al disegno unitario e programmatico di tutte le attività economiche. Il tentativo di definire l'interesse pubblico in materia economica è disperato ed inutile (vi soccorse, oscillando da uno ad altro estremo, la volontà delle coalizioni di partiti, succedutesi nel primo cinquantennio repubblicano). L'art. 43, prevedente la statizzazione di imprese "che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale", viene utilizzato nel 1962 con riguardo alle industrie elettriche. Giace in oblio il comma 2° dell'art. 47, onde la Repubblica è tenuta a favorire "l'accesso del risparmio popolare [...] al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese". Il materiale costituzionale del '48 non permette di determinare, con bastevole rigore ed utile precisione, la nozione di interesse pubblico in campo economico».



interessi qualificabili come generali o che attengano in qualche modo alla generalità dei cittadini, oppure come interessi settoriali.

Secondo una linea teorica, che ha inciso profondamente sugli sviluppi successivi⁸³, gli interessi pubblici soltanto in un numero limitato di casi possono dirsi generali, come riferibili alla generalità degli individui. In realtà va sottolineata l'estrema eterogeneità degli interessi pubblici, almeno con riferimento agli ordinamenti propri degli Stati pluriclasse, e molto più verosimilmente si sottolinea, al contrario, la possibilità che gli interessi pubblici possano entrare in conflitto.

In tale prospettiva Giannini ritiene che essi possano essere ricondotti, in una sorta di *summa divisio*, alle due categorie facenti capo agli interessi generali e agli interessi settoriali, intendendosi per interessi generali quello –ad esempio– alla sicurezza, all'istruzione pubblica, alla salute e per interessi settoriali quelli curati dall'amministrazione della marina con riguardo agli interessi dei costruttori navali, degli armatori, della gente del mare, dei lavoratori portuali e dei pescatori marittimi, ecc.

La suddivisione all'interno della categoria dogmatica dell'interesse pubblico (interesse generale nella terminologia di Falzea, che, fin dove può, inquadra il problema senza ricorrere alle nozioni di pubblico e generale, e senza mettere in crisi la ricostruzione pubblicistica dei termini del rapporto tra interessi), lascia intatto il rapporto tra "pubblico" e "generale".

All'affermarsi delle prime forme di Stato di diritto nel XIX erano meno frequenti indubbiamente i contrasti di interessi, posto che la società borghese, la dottrina e la giurisprudenza avevano sviluppato un univoco concetto di interesse pubblico, sostanzialmente coincidente con quello ritenuto dalla borghesia, classe effettivamente dominante nella parte seconda del secolo. Ciò spiega come non vi fossero contrasti rilevanti tra interessi eterogenei, o quantomeno questi non fossero così numerosi come è accaduto successivamente. Si tenga inoltre presente che al momento dell'Unità d'Italia su 25 milioni di cittadini il corpo elettorale era costituito da 500.000 elettori, tutti appartenenti alle classi di proprietari terrieri, imprenditori, ufficiali dell'esercito, o liberi professionisti; lo Stato di diritto borghese si poteva dunque configurare come uno Stato monoclasse⁸⁴. Nello Stato pluriclasse, invece, emerge l'esigenza non di valutare gli interessi di una sola classe sociale, ma di effettuare una valutazione comparativa degli interessi pubblici di più classi e di più gruppi, interessi eterogenei.

A ciò si aggiunga che, mentre lo Stato pre-moderno "faceva poca amministrazione" –limitandosi alla cura di bisogni ed interessi della comunità assai circoscritti, come la viabilità, i trasporti, la riscossione delle imposte, l'ordine pubblico e la sicurezza–, lo Stato moderno –«soprattutto nella sua forma più recente nella quale le stesse Costituzioni impongono lo svolgimento di molteplici compiti nell'interesse della collettività, nel settore economico e in quello delle politiche sociali (la sanità, la scuola, la previdenza ecc.)– "fa molta amministrazione", si arricchisce di funzioni sempre più vaste e complesse, sino ad investire con la propria azione tutti i settori della società; che divengono via via settori "amministrati",

⁸³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, cit., spec. p. 110.

⁸⁴ M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit. p. 913 e M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975, p. 23.



perché contrappuntati di atti amministrativi che vietano, che consentono, che autorizzano, che prelevano beni, che concedono beni; ovvero, opera direttamente fornendo prestazioni al corpo sociale, curandone i disabili e gli ammalati, istruendone i giovani, e così via»⁸⁵.

Analogamente, del resto, nell'ambito dello Stato pluriclasse si può osservare l'impatto determinante del normativismo⁸⁶, che ha condotto alla produzione di una legislazione alluvionale e capillare, investendo «anche gli aspetti più minuti della vita economica e sociale», anche se, in seguito, registra il trascorrere da una legislazione di dettaglio alla normazione per principi⁸⁷. Sicché sembrava configurarsi «un panorama normativo ipertrofico, in cui i vari interventi del legislatore sono andati stratificandosi, dando luogo a contraddizioni e ad antinomie»⁸⁸. Conseguentemente, il giudice amministrativo ha svolto un ruolo del tutto centrale, in tale prospettiva, ponendosi come principale fonte di ispirazione per il legislatore, che ha proseguito la tradizionale opera di recepimento normativo degli orientamenti innovativi del Consiglio di Stato passati al vaglio del Parlamento.

Del resto è lo stesso giudice amministrativo a svolgere continuamente «un'attività di riconduzione a sistema, stabilendo la legge da applicare e l'ambito della sua estensione, desumendo da norme speciali regole generali, rinvenendo aree derogatorie in relazione a disposizioni generali, e così via»⁸⁹.

È noto che anche la fine dello Stato assoluto sembra aver lasciato un segno indelebile, paragonabile soltanto agli effetti irreversibili della Rivoluzione francese, alla quale si deve il fatto di aver avviato finalmente il processo di democrazia, sia pure con iniziali contraddizioni evidenti (l'uso della forza contro il dissenso). In tal modo, lo Stato legale o "di diritto" del XIX, ed il successivo Stato liberale e borghese, inaugurano «un modello plutocratico tipico dell'oligarchia liberale». In altre parole, si possono intravedere «barlumi di democrazia attuati, attraverso le libertà fondamentali e l'eguaglianza formale di fronte al diritto, da uno Stato che non supera il livello delle garanzie formali, lo Stato del periodo aureo del positivismo giuridico»⁹⁰.

⁸⁵ V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., spec. pp. 27-28.

⁸⁶ Cfr. sul punto A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1363.

⁸⁷ In tal modo si prendevano le mosse per un processo di codificazione della frammentata produzione normativa, che prevedeva testi unici per materie, e, attraverso lo strumento della delegificazione, l'attività di normazione secondaria.

⁸⁸ A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, cit.

⁸⁹ A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, cit.

⁹⁰ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in A. Barone (a cura di), *Scritti giuridici di Ignazio Maria Marino*, cit. spec. p. 1491.

Cfr. A. Barone che, nella prefazione della raccolta a sua cura, svolge una rilevante analisi sul contributo di Franco Pugliese, vicino, nelle idee di fondo, ad Ignazio Marino, e conclude mirabilmente: «Non so di quante cose è fatta la ricerca scientifica, anche la nostra: di sacrifici, di meticolosità, ma anche di ansie, di errori, di casualità, ma soprattutto di libertà, di entusiasmo, anzi, di vera e propria passione, di onestà intellettuale; proprio quello che si sta perdendo, e per colpa nostra. Perché non riusciamo ad entusiasmare, non riusciamo a dire ai giovani: coltiva il tuo entusiasmo, non importa quello che diranno di te; la ricerca è lo scopo nobile, non è fatta di un cumulo di banalità che suonano bene ad orecchie compiacenti».



Siffatta nuova prospettiva produrrà come conseguenza la circostanza che il diritto sarà un prodotto dello «Stato attraverso la legge, che costituirà per lunghissimo tempo il riferimento eminente del diritto del cittadino e del potere dello Stato»⁹¹.

Sicché nel primo novecento lo Stato inizia a percorrere nuove vie verso la democraticità, estendendo a tutti gli uomini i diritti di cui godevano soltanto pochi in precedenza e conferendo nuova pienezza al termine popolo: senza *demos* le istituzioni non possono dirsi infatti democratiche⁹².

Emerge così con tutta evidenza che il concetto di interesse pubblico muta nel tempo, in particolare presenta un'evoluzione decisiva con il sopraggiungere dello Stato pluriclasse; di conseguenza il ruolo della pubblica Amministrazione diventa sempre più arduo e al tempo stesso determinante, poiché le viene assegnato il compito strategico di traghettare l'interesse pubblico nei singoli rapporti giuridici dunque nell'interesse pubblico concreto, compiendo in tal modo «un completamento soggettivo della norma da applicare al caso concreto»⁹³.

È questa la ricostruzione più diffusa del rapporto tra esercizio del potere amministrativo attribuito dalla norma di cui all'art. 97, comma 3 Cost. ai pubblici Uffici amministrativi, norma attributiva del potere e situazioni giuridiche soggettive coinvolte dall'esercizio con atti favorevoli, restrittivi o ablatori, legittimamente adottati nel pubblico interesse.

Inoltre va considerata cosa assai diversa l'interesse pubblico che appare individuato ed imposto con la forza del potere rispetto all'interesse pubblico –frutto di epoca diversa e più intrinsecamente democratica– «che intende farsi carico degli interessi essenziali della propria collettività, che di questa percepisce i bisogni e pretende di soddisfarli, offrendo servizi che non recuperano il costo della loro produzione, ma entrano nel meccanismo della redistribuzione-giustizia»⁹⁴. Per tal via il nuovo modello di pubblica Amministrazione tende a privilegiare il profilo di soddisfazione dei bisogni dei cittadini, ad accorciare le distanze tra essi e l'Amministrazione, non limitandosi dunque ad un mero compito di salvaguardia della legalità, ma conferendo «un nuovo significato alla normazione e svolgendo, ad un tempo, un ruolo integrativo, di completamento della normazione, e, per ciò stesso, reinterpretando la democraticità della forma di Stato»⁹⁵.

Così come lo Stato del XIX era collocato fuori dalla linea dei bisogni dei cittadini, ben altro atteggiamento viene osservato dall'epoca del suffragio universale; in particolare può considerarsi che l'allargamento –ad opera del Governo Giolitti– del suffragio nel 1912 conduce alla conclusione per la quale l'*elettività* diviene indice di democraticità, con l'elezione dei sindaci nei comuni con più di diecimila abitanti in applicazione della precedente legge comunale e provinciale del 1888. Ora, se lo Stato autoritario e lontano dai cittadini rappresentava un'idea dell'interesse del popolo come altamente mitizzata e ideale, molte cose cambiano in corrispondenza delle trasformazioni dei rapporti tra cittadini e

⁹¹ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., spec. p. 1486.

⁹² I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., spec. p. 1492.

⁹³ M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit. p. 914.

⁹⁴ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., pp. 1492-1493.

⁹⁵ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., p. 1493. Secondo l'a., inoltre, il nuovo rapporto tra cittadini e amministrazioni pubbliche ha nella *polis* un riferimento privilegiato: sono infatti i comuni ad approntare gran parte dei servizi per i cittadini.



pubblica Amministrazione nel nuovo XX. È chiaro che lo Stato di diritto può dirsi raggiunto in tale prospettiva soltanto nel momento in cui il cittadino possa «vantare diritti nei confronti dello Stato che si esprime anche come autorità», anche se in questa situazione il rapporto pare essere ancora sbilanciato in favore del più forte, una sorta di «deità che per principio corrisponde ad un interesse pubblico incontrovertibile»⁹⁶. Il vero mutamento nei rapporti tra amministrazione e cittadini si verifica, viceversa, soltanto quando interviene una *personificazione* nei rapporti tra cittadini e istituzioni, quando, cioè, i rapporti si fanno contigui e quando la locuzione *Stato di diritto* comincia a riferirsi realmente ad una equiordinazione tra interessi dei cittadini e interessi pubblici: in altre parole, secondo una felice espressione di sintesi, quando «democrazia e diritto si legano in un rapporto umano»⁹⁷.

Dalla Carta costituzionale sembrano emergere alcune evidenze, a partire dall'art. 28, che positivizza la responsabilità diretta di funzionari e dipendenti pubblici e proseguendo con le norme di cui agli articoli 98, che fonda la condizione dei pubblici impiegati come «posti al servizio della Nazione»; e 67, che esclude il vincolo di mandato per i membri del Parlamento, ai quali spetta la rappresentanza della Nazione.

Si consideri, ancora, che nel momento in cui al ministro, centro di riferimento per la cura di un bene o di un valore costituzionalmente protetto, subentrano per tutta la gestione amministrativa i dirigenti e i funzionari, il rapporto tra cittadini e Stato sembra divenire più stretto, rendersi più “personalizzato”. Ed è proprio la legge sul procedimento amministrativo, l. 7 agosto 1990, n. 241, che sembra fare un passo ulteriore (rispetto alle norme presenti in Costituzione, che già avevano “personificato” il rapporto tra cittadino e Stato) verso la democraticità dei rapporti, inaugurando una nuova stagione di «rapporti ineludibilmente personalizzati»⁹⁸, anche in virtù del principio di partecipazione del cittadino, accolto innovativamente –ma altresì permanentemente– nel nostro ordinamento.

Nello stesso solco - cioè nella prospettiva di una “demitizzazione” dell’interesse pubblico, volta alla coesistenza tra interessi pubblici e privati - si pone anche Nigro, per il quale l’interesse pubblico istituzionalmente tutelato dalla pubblica amministrazione «non è un

⁹⁶ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., p. 1498.

⁹⁷ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., p. 1499. Sul tema delle distanze, tuttora persistenti, tra cittadino ed amministrazione e tra istituzioni, con effetti sul raggiungimento di un’adeguata legittimazione democratica, cfr., di recente, C. FRANCHINI, *Il pensiero di I.M. Marino nell’evoluzione della tematica sulla legittimazione democratica: una prospettiva*, in *www.giustamm.it* , n. 12/2022.

⁹⁸ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., p. 1501. Sulla devoluzione della gestione della cosa pubblica ai dirigenti ed ai responsabili dei servizi cfr. d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (“Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell’articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421”), modificato dall’art. 1 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (“Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell’articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59”) al fine di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato». Successivamente è invece intervenuto il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (“Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”).



interesse che incorpora o nega gli interessi privati, ma che convive con essi, di volta in volta sacrificandoli o soddisfacendoli»⁹⁹.

Inoltre, l'aver riconosciuto che la cura dell'interesse pubblico è un'attività –pur se posta in essere dalla pubblica amministrazione– che può rivelarsi sia come pubblicistica sia come privatistica ha senz'altro favorito il mutamento nella *figura juris* dell'interesse pubblico. In tal senso, l'attività amministrativa, come conferma l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 4 del 1999¹⁰⁰, si configura, non solo quando l'amministrazione esercita funzioni e poteri pubblici, ma anche quando l'interesse pubblico concreto (ovvero le proprie finalità istituzionali) è perseguito attraverso un'attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati.

Tuttavia, la legge sul procedimento amministrativo comporta anche una nuova modalità di individuazione dell'interesse pubblico concreto che appare come un risultato mai scontato, sicuramente non determinabile *a priori*, ma soltanto all'esito di una valutazione –comparativa e proporzionata– di interessi. Il procedimento volto alla “trasformazione” dell'interesse pubblico –che conduce all'individuazione dell'interesse pubblico concreto– costituisce dunque l'esito finale della valutazione qualitativa e quantitativa dei vari interessi pubblici, generali e settoriali, collettivi ed individuali.

Il legislatore, peraltro, definito un interesse come pubblico, lo considera riferito ad una categoria non soggetta ad una particolare –più intensa– tutela giuridica, anche al fine di evitare possibili conflitti tra questo e altri interessi¹⁰¹, posto che non si può sempre pretendere che l'interesse pubblico «individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale»¹⁰².

Va a questo punto osservato che proprio al fine di arginare possibili situazioni di abuso e di arbitrio, che sarebbero riconducibili all'ampia discrezionalità riservata al soggetto che agisce nell'interesse pubblico, sono stati proposti alcuni “rimedi”, volti in primo luogo a valorizzare il principio d'imparzialità, in secondo luogo ad ampliare lo spazio per gli interessi legittimi, cioè l'area delle garanzie, con la conseguente riduzione di quello riservato agli interessi semplici; in tal modo si favorisce l'estensione dell'area della legittimazione a

⁹⁹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* (v. ed. a cura di E. Cardi - A. Nigro), Bologna, 2000, p. 98. Nello stesso senso si delineava anche la posizione di V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, II ed., 1994, p. 189.

¹⁰⁰ Si legge infatti al punto 4.1.: «Le esigenze del buon andamento e della imparzialità "dell'amministrazione" (come disciplinate dall'art. 97 della Costituzione) riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato. Ogni attività dell'amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale. L'attività amministrativa è quindi configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante una attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati (anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale)».

¹⁰¹ L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, cit., p. 289.

¹⁰² A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 77.



ricorrere in sede giurisdizionale per la tutela di interessi diffusi, oltre a ampliare anche quella degli interventi *ad adiuvandum* nel processo, consentendo pertanto a soggetti estranei all'interesse legittimo e titolari di un c.d. interesse materiale o semplice di poter intervenire nel processo amministrativo¹⁰³.

Quanto al rapporto tra interesse pubblico e discrezionalità¹⁰⁴, esso appare da qualche tempo rivitalizzato in corrispondenza dell'insorgente esigenza di effettività della tutela dell'interesse legittimo, soprattutto di quello pretensivo. Esso sembra essersi evoluto in relazione allo sviluppo della giurisprudenza pretoria del giudice amministrativo: potrebbe anzi dirsi che quest'ultima ne rappresenti il rovescio della medaglia¹⁰⁵.

L'attività amministrativa è sempre caratterizzata dalla necessità di rispettare il perseguimento dell'interesse pubblico¹⁰⁶: questo è il fine, la cui necessaria presenza a monte dell'esercizio del potere amministrativo sostanzialmente consente al giudice dell'esercizio della funzione amministrativa il controllo sull'esercizio del potere discrezionale attraverso l'analisi del suo vizio tipico, quello dell'eccesso di potere¹⁰⁷.

Tuttavia, quando si attribuisce un potere discrezionale, esso - come è stato opportunamente sottolineato - sembra richiedere giustificazioni più pregnanti, in particolare, la volontà legislativa di attribuire all'amministrazione un ambito di «libertà [...] per permetterle meglio di tutelare l'interesse pubblico»¹⁰⁸.

In questa prospettiva non può ritenersi ammissibile il carattere discrezionale degli apprezzamenti della pubblica amministrazione «ove questi non volgano al miglior perseguimento dell'interesse pubblico. A tale stregua, leggendo criticamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di danni da guerra, Capaccioli ha ritenuto che non possa esser considerata discrezionale la valutazione in ordine al carattere fraudolento delle azioni poste in essere dal danneggiato per ottenere un risarcimento più ingente»¹⁰⁹.

In relazione, invece, alla distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, la nozione di discrezionalità tecnica sembra porsi come *contradictio in adiecto* in quanto non può darsi valutazione che sia tecnica e discrezionale allo stesso tempo¹¹⁰. Per

¹⁰³ M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., p. 915.

¹⁰⁴ Sulla discrezionalità amministrativa cfr., tra le prime trattazioni complete, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1985; A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel tempo*, Bari, 1988; F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, p. 960.

¹⁰⁵ N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2018.

¹⁰⁶ Come ribadito da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, p. 53.

¹⁰⁷ L. MANNARI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 365.

¹⁰⁸ E. CAPACCIOLI, *Sulla natura della pretesa al risarcimento dei danni da guerra*, in Id., *Diritto e processo, scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, p. 11.

¹⁰⁹ Cfr. P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 955.

¹¹⁰ Così P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, cit., spec. pp. 961-962. Secondo l'a su alcuni fondamentali aspetti del diritto amministrativo «la lezione di Capaccioli



tal via, seguendo il solco costituito dalle impostazioni di Oreste Ranelletti e Cino Vitta¹¹¹, Enzo Capaccioli considera la “tecnica” come sistema neutrale di apprestamento dei mezzi idonei a raggiungere lo scopo; la discrezionalità, invece, è volta alla determinazione della finalità pubblica da perseguire nel caso concreto «sicché [...] sta di fatto che le due valutazioni tecnica e discrezionale, non coincidono mai; dove comincia l'una finisce l'altra e dove c'è l'una non vi è posto per l'altra». Il criterio tecnico non si confonde con la scelta più adatta a soddisfare l'interesse pubblico: «la medesima soluzione tecnica e la conoscenza della fattibilità tecnica possono identicamente servire per soddisfare interessi privati».

Nonostante la discrezionalità amministrativa abbia negli anni e con i corsi e ricorsi storici subito alterne vicende, sembra che permangano alcuni veri e propri *dogmi* della specialità amministrativa –che consentono ancora la sopravvivenza di una sorta di bolla di immunità

è ancora insuperata». In particolare si può far riferimento ad «alcune fondamentali chiavi operative per la corretta interpretazione delle leggi amministrative, collegando strettamente ruolo e funzione della pubblica amministrazione alla condizione e consistenza delle situazioni giuridiche soggettive; da cui deriva, d'altra parte, la misura e l'intensità del sindacato giurisdizionale».

¹¹¹ Rispettivamente in *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I, p. 263 ss., 281 ss., 310 ss.; e in *Diritto amministrativo*, Torino, 1937, I, p. 288, che distingue con chiarezza di analisi le due figure: «La discrezionalità dicesi pura quando a guida dell'a.p. non esiste alcuna norma, tranne quella generalissima di operare nel pubblico interesse, oppure la norma esiste, ma è talmente lata e indeterminata da lasciare pieno campo all'apprezzamento subbiiettivo dell'agente. Esempi di norme con tale latitudine si hanno quando la legge a substrato dell'atto amministrativo pone i motivi di ordine pubblico o di utilità pubblica, o richiede i requisiti della grave urgenza o semplicemente dell'urgenza. In tutti i casi spetta all'agente di determinare se gli elementi e le condizioni richieste dalla legge esistano e se rivestano tale grado da giustificare l'intervento dell'a.p., facendo all'uopo un apprezzamento subbiiettivo delle esigenze collettive. ... La discrezionalità si dice tecnica in certi casi in cui l'atto amministrativo discrezionale è preceduto da un giudizio tecnico. ... Tecnica è vocabolo che viene dal greco e che significa il complesso delle norme date dall'esperienza e dalla scienza secondo cui un lavoro materiale od intellettuale deve compiersi per raggiungere il suo scopo; vi sono dunque tante specie di cognizioni tecniche quante sono le specie dell'umano lavoro, e così si può parlare di tecnica igienica, economica, pedagogica, e via dicendo. L'operazione tecnica può essere necessaria all'a.p. in diversa guisa, ma qui interessa quella necessaria ad accertare gli elementi di fatto richiesti per esplicare l'attività amministrativa: p. es., quanto l'a.p. deve imporre il tributo secondo il reddito dei fondi, le occorre prima la stima economica dei fondi stessi; se l'a.p. può far chiudere la casa insalubre, le occorre accertare l'insalubrità secondo le norme igieniche. All'uopo. poiché i funzionari amministrativi non sono versati nell'operazione tecnica, bisogna che i loro atti siano preceduti dalle operazioni dei tecnici (ingegneri, medici, ecc.), che possono essere a loro volta così funzionari pubblici di ruolo speciale, come anche liberi professionisti assunti all'uopo».

Cfr. di recente V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Lineamenti sulla discrezionalità amministrativa pura*, in *Forum Discrezionalità e amministrazione*, Convegno nazionale AIPDA (Bologna, 8.10.2022), in www.aipda.it, con riferimenti tanto alle garanzie *ut* e *ne* presenti nell'ordinamento generale, quanto alla metafora con la quale Capaccioli, nel corso di un Convegno nell'Università di Bari, illustra la differenza tra attività vincolata da norme di legge (come raggi del sole) che direttamente esprimono le regole dei rapporti giuridici dominati dalla presenza di diritti soggettivi (i raggi illuminano la realtà –cioè le leggi regolano nella società– recando con sé le regole di garanzia *ne* non si danneggino i diritti soggettivi). Nella seconda metafora tra i raggi solari e la realtà dove vive la società si interpone un prisma che riceve i raggi solari (l'attribuzione di poteri prevista dall'art. 97 comma terzo Cost.) e ruota (discrezionalmente) nel riflettere quello stesso raggio, con gli stessi hertz, sulla realtà sociale. Il raggio fuoriuscito dal prisma è il procedimento discrezionale del soggetto pubblico nei confronti del soggetto destinatario dell'esercizio del potere (garanzia *ut*) affinché la volontà espressa dal legislatore trovi attuazione legale dalla pubblica amministrazione.



rispetto al sindacato giurisdizionale, con conseguente pregiudizio per la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale–, come quello relativo alla separazione tra amministrazione e giurisdizione e quello, ancora oggi evocato di frequente, dell'inesauribilità del potere amministrativo¹¹². In relazione a quest'ultimo tema, infine, molti studi recenti convergono nella necessità di diversamente dimensionare l'ambito del potere amministrativo¹¹³: ed è proprio il procedimento amministrativo, con il suo svolgimento, che costituisce il presupposto per il quale, una volta svoltasi la valutazione dei diversi interessi pubblici e privati¹¹⁴, si possa pervenire ad una decisione improntata al principio di proporzionalità che, conseguentemente, determini una via in definitiva obbligata per il legittimo esercizio del potere amministrativo, pur discrezionale.

a L'interesse pubblico nel procedimento amministrativo come luogo di inveroamento dell'interesse.

L'interesse pubblico, la sua attuazione e protezione, come si è cercato di porre in luce, è il fine ultimo dell'intera attività amministrativa e la sua centralità emerge nella concezione di provvedimento, come l'atto mediante il quale l'autorità amministrativa dispone in ordine all'interesse pubblico della cui cura è investita, esercitando le proprie potestà e correlativamente incidendo favorevolmente o con atti limitativi o ablatori nelle situazioni soggettive del privato¹¹⁵.

Questa circostanza ben si rispecchia anche nella legge generale sul procedimento amministrativo; anzi, deve ritenersi che, dalla considerazione del significato profondo di ciascuna norma ivi contenuta, si possa agevolmente rilevare come l'intera legge sul

¹¹² Cfr. sul punto il contributo di G. DE GIORGI CEZZI, *Sull'inesauribilità del potere amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 955. Cfr. ancora N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit. Per una critica alla tesi dell'inesauribilità del potere amministrativo, caratteristica ad esso riconosciuta, che fonda e giustifica istituti e interpretazioni del diritto positivo, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018. L'a., infatti, contesta anche l'impostazione di Santi Romano e la sua concezione generale del potere giuridico come entità che sovrasta singoli rapporti e di cui viene predicata l'estraneità rispetto ai concreti rapporti giuridici.

¹¹³ Come rileva N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., «connotare di discrezionalità (...) ogni operazione logica, intellettuale, applicativa e volitiva nell'ambito dell'esercizio della funzione, equivale ad estendere una sfera di potere riservato ben oltre l'ambito di esplicazione della scelta tradizionalmente qualificata come politica», peraltro rischiando di svalutare in modo sostanziale le norme partecipative introdotte dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

¹¹⁴ Negli ultimi anni si segnala una tendenza invalsa nella giurisprudenza amministrativa che farebbe uso strumentale «dei concetti di merito o di valutazione di interessi, come etichetta da impiegare ogni qualvolta una determinata questione non si voglia (più che non si possa) sindacare». Così M. ALLENA, *Articolo 6 CEDU, Procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2012, p. 281.

¹¹⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, spec. p. 236. Sul provvedimento amministrativo cfr. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972; G. CORSO, G. FARES, *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.



procedimento amministrativo risulti permeata da riferimenti –anche impliciti– all’interesse pubblico.

In tal senso, come spesso si sottolinea, non può negarsi il “valore ordinante” del procedimento amministrativo che resta il principale punto di incontro e mediazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, anche quando il confronto e il temperamento degli interessi alla fine si traduca nel mero onere della loro considerazione, con il conseguente obbligo di motivazione della decisione finale di accoglimento o di rigetto dell’istanza privata, alla luce della l. n. 241/1990¹¹⁶ nel combinato disposto di cui all’art. 3 –che la lega alle risultanze dell’istruttoria, obbligando l’organo amministrativo a considerarle coerentemente oltre che ad indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’Amministrazione– e all’art. 10, che sottolinea i “diritti dei partecipanti”.

Nel 1940 –pur se preceduta dalla legge austriaca sullo stesso tema– la monografia di Aldo Mazzini Sandulli¹¹⁷ sul procedimento, definita «un vero e proprio fulmine a ciel sereno»¹¹⁸, colloca il procedimento amministrativo nell’ambito di una nozione in prevalenza –si ritiene da parte della dottrina– di tipo formale, come una previsione del succedersi di momenti di azione amministrativa nel tempo, non intervenendo in tal modo *funditus* sulla nozione sostanziale di procedimento e tuttavia non soltanto consentendo alla dottrina di recuperare il tempo perduto, ma altresì conducendola «in una posizione avanzata nello studio del tema» del procedimento¹¹⁹.

La legge austriaca sul procedimento, maturata nella scuola di diritto amministrativo di Adolf Merkl, era stata emanata per risolvere, con l’accentuazione della legalità formale, la spaventosa crisi sociale e politica dell’epoca ed attenuare la spinta delle forze eversive¹²⁰.

Nell’elaborare la sua teoria del procedimento, Benvenuti prende le mosse proprio dalla c.d. concezione formale del procedimento amministrativo elaborata da Sandulli e mette di fatto insieme i suoi aspetti più rilevanti di tipo formale e sostanziale, identificando quest’ultimo come la sede ove avviene la ponderazione tra interessi, pubblici e privati.

¹¹⁶ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 209.

¹¹⁷ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

¹¹⁸ Così A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, p. 248.

¹¹⁹ In seguito, tuttavia, in virtù dell’entrata in vigore della Costituzione –e con l’emergere dei principi fondamentali del buon andamento e dell’imparzialità– la dottrina ha compiuto un nuovo passo in avanti nella teoria del procedimento amministrativo. Infatti «la concezione sostanziale o funzionale del procedimento –anticipata già negli scritti del 1930 di Ugo Forti nel citato volume di Sandulli– viene compiutamente teorizzata negli scritti pubblicati successivamente, in particolare da Feliciano Benvenuti, Massimo Severo Giannini e Mario Nigro. Sicuramente fondamentale si è rivelato, in questo contesto, il contributo dottrinario di Feliciano Benvenuti», che sposta il centro di gravità degli studi sul procedimento dall’analisi degli aspetti strutturali a quelli funzionali. Per queste considerazioni cfr. D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti «involuzioni»*, in *Foro amm. TAR*, fasc.11, 2011, p. 3779.

¹²⁰ Su ciò e sui limiti della garanzia effettiva degli interessi pur meritevoli di riconoscimento e tutela, offerta ai cittadini dalla loro partecipazione al procedimento cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Procedimento “efficace” e funzione amministrativa giustiziale*, in *AA.VV., Studi Vignocchi*, Modena, 1992, I, p. 319.



La teorica benvenutiana del procedimento come forma della funzione amministrativa consente di riempire di contenuto la struttura della procedura, finalizzandola all'esercizio in concreto della funzione amministrativa, che dovrà operare le scelte all'interno della comunità tra gli interessi generali da proteggere e quelli non riconoscibili in sede normativa, ma identificabili nelle situazioni reali, posto che la norma attributiva del potere ha individuato questo compito di scelta basato su criteri di proporzionalità e, fin dove possibile, di legittimità enunciati all'atto dell'attribuzione.

Si può dunque ritenere che la teoria c.d. formale ha avuto il merito di evidenziare che l'effetto –imputabile all'atto– è inevitabilmente «esito dell'intera struttura che dell'atto appare servente»¹²¹. In seguito, con l'affermarsi della concezione del procedimento come forma della funzione, viene chiarito che l'attività amministrativa è funzione propria dell'amministrazione, non soltanto riguardo all'effetto, ma anche in relazione al procedimento, a seguito del definitivo superamento, nello Stato pluriclasse, della visione liberale dell'amministrazione come mera esecutrice della legge.

Infine, alla sopravvenuta concezione del procedimento –e delle attività volte alla cura di interessi pubblici– come espressione della potestà amministrativa discrezionale può ricondursi il punto di arrivo della teoria dell'attività amministrativa di cura degli interessi pubblici come attività socialmente rilevante per tutta la comunità nella quale esercita le sue competenze, in altre parole come funzione.

Del resto, sembra che il procedimento¹²², che rappresenta ormai il modello tramite il quale si esprime l'attività amministrativa, sia di tipo organizzativo sia funzionale, rileva in dottrina anche per la peculiarità di atteggiarsi alla stregua di uno straordinario mezzo di comunicazione tra amministrazioni e cittadino: invero già nell'impostazione di Benvenuti¹²³ proprio l'interesse pubblico risulta la leva cui si deve la nuova centralità assunta dal

¹²¹ Così V. MAZZARELLI, *Motivazione, III) Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 3.

¹²² Cfr., per una ricostruzione storica dell'evoluzione dottrinale che condurrà all'attuale configurazione del procedimento amministrativo, A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, spec. p. 645 e A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit. Tuttavia, si ritiene necessaria la consultazione dei contributi fondamentali –oltre a quelli già citati– sul tema del procedimento amministrativo: A. M. SANDULLI, voce *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 1966, vol. XIII, p. 1021 ss. e in *Scritti giuridici*, vol. III, Napoli 1990, p. 359.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano 1964; F. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1469; G. BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, p. 779; ID., *Per la struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir.soc.*, 1980, p. 437; F. TEDESCHINI, voce *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano 1986, p. 872; A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi Bachelet*, I, Milano 1987; G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli procedurali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini 1987, p. 819; M. NIGRO, *Il procedimento fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 5; E. CARDI, voce *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma 1991; G. BERTI, *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amministrare* 1991, p. 201; R. VILLATA, G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, in *Digesto IV, Discipl. pubbl.*, XI, Torino 1996, p. 574.

¹²³ Si vedano le osservazioni di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, p. 85.



procedimento amministrativo nell'ordinamento interno, così come accadrà poco dopo e progressivamente in quello europeo¹²⁴.

Se è vero che la formula interesse pubblico compare nella disciplina di vari istituti giuridici, come ad es. nelle norme sulla motivazione del provvedimento (art. 3), nelle norme sul conflitto d'interessi (art. 6 *bis*), nelle norme sulla revoca (art. 21 *quinquies*) ed in quelle sull'annullamento d'ufficio (art. 21 *nonies*), a questa ragione si deve condividere quella tesi ricostruttiva della disciplina secondo cui l'interesse pubblico sembra quasi "un *quid* cristallizzato dalle norme sull'azione amministrativa"¹²⁵. La stessa Costituzione, a riprova della centralità del tema dell'interesse pubblico, «è nella sua prevalenza costituita da norme

¹²⁴ Infatti analogamente a quanto accade nell'ordinamento interno, anche tra Uffici della Commissione europea e cittadini il procedimento costituisce forse il più rilevante strumento di contatto, che si prefigura pertanto alla stregua di uno dei tratti comuni che possono rinvenirsi tra procedimento europeo e nazionale. In realtà, trascurata a lungo la sequenza procedimentale da parte dei primi studiosi di diritto comunitario –che hanno preferito concentrare l'attenzione sulla parte finale scaturente dal procedimento stesso, ossia l'atto– soltanto di recente si è cominciato a studiare il procedimento amministrativo europeo, come serie di atti preordinati all'emanazione di un provvedimento finale. Anzi –anche sulla scorta di recenti contributi dottrinali incentrati sullo studio della problematica struttura del procedimento composto– si è perfino giunti ad affermare l'esatto contrario di quanto sostenuto dai primi studi sull'argomento. Non sarebbe, dunque, secondo questa impostazione dogmatica, confermata dalle conclusioni cui è pervenuta la sentenza Borrelli del 1992, l'atto finale a meritare l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, ma il percorso compiuto dall'amministrazione –comunitaria e nazionale nel caso dei procedimenti composti– in un momento precedente rispetto all'emanazione dell'atto conclusivo del procedimento, in particolare gli atti endoprocedimentali che concludono le varie fasi di cui si compongono i procedimenti amministrativi composti. Secondo un'impostazione, si potrebbero individuare diverse categorie di procedimenti di rilevanza comunitaria: i procedimenti amministrativi europei in senso stretto, (esempio tipico è il procedimento di infrazione), quelli cioè concentrati a livello europeo, le cui controversie vengono trattate innanzi al giudice europeo; i procedimenti amministrativi composti, (esempi tipici: applicazione delle regole antitrust, procedimento in materia di assegnazione dei marchi dop e igp, in materia di ogm e fondi strutturali) ormai i più numerosi –si può dire che in questo caso la *species* tenda ormai ad assorbire il *genus*– a testimoniare una integrazione tra diritti amministrativi sempre più intensa, i procedimenti amministrativi nazionali destinatari di specifici limiti e principi posti dal diritto europeo, ossia quelli più fortemente conformati dalle regole europee. Negli ultimi anni in particolare, infatti, si è assistito ad un vero e proprio scivolamento graduale che ha visto alcune materie appartenenti a quelle proprie dell'amministrazione diretta dell'Unione a materie i cui procedimenti vengono svolti congiuntamente a livello comunitario e nazionale. Per lungo tempo non sono mancati dubbi (espressi autorevolmente) –non privi di fondamento– sulla stessa sussistenza di un diritto amministrativo comunitario. Infatti è nota la posizione ostile di Giannini rispetto alla configurabilità del diritto amministrativo europeo –basata sul fatto che nei primi tempi di esistenza della Comunità essa non aveva fini generali, ma particolari, settorialmente circoscritti e predeterminati dal Trattato istitutivo, inoltre la sua plurisoggettività si riferiva agli Stati e non ai cittadini europei– veniva in seguito superata per l'allargamento dei fini perseguiti dall'Unione. Il diritto amministrativo europeo subisce critiche nette in dottrina, apparendo come il risultato di quel fenomeno definito "ad hoc crazia" e –in assenza di una base costituzionale– si presenta come il frutto di decisioni prese caso per caso, mostrandosi altresì aperto a soluzioni in continua evoluzione sul piano dell'interpretazione dei principi derivanti dai trattati e della loro applicazione alle fattispecie concrete. Sicché, l'approccio iniziale nei confronti del diritto amministrativo europeo è risultato piuttosto denso di perplessità, senz'altro tardivo, ma soprattutto condizionato dalla difficoltà di trasferire senza snaturarla totalmente la dogmatica amministrativa nazionale nel più ampio contesto comunitario. Nonostante l'originaria



che prescrivono la realizzazione di interessi pubblici, lasciando perlopiù nel vago le scelte, cioè tipi di comportamento idonei a realizzare questi interessi»¹²⁶.

4. Interesse pubblico e obbligo di motivazione.

Nell'ambito della legge sul procedimento amministrativo una delle più rilevanti manifestazioni dell'interesse pubblico appare nella motivazione¹²⁷, considerata a ragione «la parte più importante del provvedimento»¹²⁸, posto che in essa sembrano albergare le ragioni del corretto esercizio dell'azione amministrativa.

Se si assume il procedimento come sede di emersione degli interessi e come strumento di garanzia del privato risulta evidente che, in tale contesto, la motivazione assume una

perplexità di Giannini –espressa in un momento in cui l'ordinamento comunitario si trovava in una fase ancora sperimentale e si rivolgeva sostanzialmente agli Stati– oggi l'esistenza di un diritto amministrativo europeo caratterizzato da un *corpus* di regole, *case law* e un'articolazione di uffici amministrativi, sembra un dato pacificamente acquisito in dottrina (G. FALCON, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea*, in G. Falcon, a cura di, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008); anzi, secondo J. SCHWARZE (*European Administrative Law*, revised 1° ed., 2006 e nello stesso senso J.B. Auby, *Le projet de constitution européenne et le droit administratif*, in *Riv.it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 1089) allo stato attuale si potrebbe sinanco configurare una "Comunità di diritto amministrativo". In seguito, con l'incremento dei compiti epperò dei fini pubblici e delle loro combinazioni, i procedimenti si sono rivelati sempre più complessi e diversificati e anche per questo motivo il procedimento ha acquisito ampio rilievo a livello comunitario. Tra le prime trattazioni sistematiche sull'evoluzione del diritto europeo, soprattutto in materia di rapporto tra procedimento nazionale e comunitario, si colloca quella –assai utile per gli studi successivi– che si deve a E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003. Al Trattato di Lisbona si deve l'introduzione di molteplici *nova* tendenti all'affinamento e la valorizzazione del diritto amministrativo europeo. In questa prospettiva si possono segnalare in particolare la nuova competenza dell'Unione relativa alle azioni di sostegno, coordinamento e integrazione delle attività degli Stati membri in materia di pubblica amministrazione (art. 2 par. 5 e art. 6 TFUE); l'affermazione del principio secondo il quale l'effettiva integrazione amministrativa tra Stati membri e Unione è essenziale per il corretto funzionamento dell'Unione, ed è considerata materia di comune interesse (art. 197 TFUE); e l'espressa previsione di un apparato amministrativo diretto dell'Unione (comprensivo di Istituzioni, uffici, agenzie esecutive ecc.) con l'affermazione di principi guida (apertura, efficacia e indipendenza), come recita l'art. 298 TFUE «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente». Inoltre, sempre in una prospettiva di potenziamento del rapporto tra diritto degli Stati membri e diritto amministrativo europeo, va considerata l'affermazione del valore legale della Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 2000 alla stessa stregua dei Trattati, con la conseguente positivizzazione del diritto ad una buona amministrazione (*ex art. 41* vengono introdotti imparzialità, equità, motivazione e termine ragionevole, oltre ad altri diritti procedurali). Evoluzione della Carta può ritenersi il Manifesto di Marsiglia, documento adottato il 4 marzo 2022, in occasione del IX Vertice europeo delle regioni e delle città organizzato nel quadro della presidenza francese del Consiglio dell'Ue. L'adozione di un approccio dal basso al processo decisionale delle istituzioni europee sembra costituire infatti la prospettiva più opportuna per ripristinare e tenere viva la fiducia dei cittadini europei nell'Unione, ciò che garantirebbe in via esclusiva il rafforzamento delle fondamenta democratiche dell'Ue, in modo da consentire alle comunità locali di rispondere più efficacemente a sfide sociali quali l'assistenza sanitaria, le disparità territoriali, le catastrofi naturali e i cambiamenti climatici. Cfr. altresì S. BATTINI, E. CHITI, D.U. GALETTA, B.G. MATTARELLA, C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, M. P. CHITI, (a cura di M.P. Chiti), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018; D.U. Galetta, *Le Model Rules di ReNEUAL e gli aspetti più innovativi della collaborazione fra amministrazioni nell'UE* :



funzione del tutto centrale, volta a configurare un procedimento decisionale in cui le risultanze dell'istruttoria sono vagliate dall'amministrazione al fine di valutare la decisione più in linea rispetto alla soddisfazione del pubblico interesse.

Può dirsi che la *ratio* della norma recante l'obbligo di motivazione scaturisca direttamente dall'art. 97 Cost., su cui fonda l'obbligo della pubblica Amministrazione di perseguire il buon andamento, dunque direttamente ed anzitutto il pubblico interesse allo sviluppo del benessere e della personalità del cittadino (art. 2), che si può identificare nel fine previsto dalla legge e talvolta prefigurato dalla stessa amministrazione in caso di attribuzione di potere troppo vago¹²⁹.

È la motivazione del provvedimento, infatti, ad aprire la strada per la valutazione della legittimità della scelta amministrativa, consentendo il controllo del complesso dell'attività procedimentale posta in essere e di reagire alla eventuale lesione provocata con il provvedimento in modo da consentire l'esperibilità dei mezzi a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi *ex artt.* 24, 103 co.1 e 111 co. 6 Cost. La motivazione si configura pertanto quale rilevante mezzo di controllo democratico dell'azione amministrativa e del rispetto

procedimento amministrativo, scambio dei dati e gestione delle banche dati, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2018, p. 347; ID., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M.C. PIERRO, a cura di, *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019; ID. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo: argomenti (e materiali)*, Torino, 2020.

¹²⁵ Cfr. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 797.

¹²⁶ L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, cit., spec. p. 274.

¹²⁷ La letteratura sul tema della motivazione è molto ampia, tuttavia si possono indicare alcuni contributi fondamentali: F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur.it.*, 1908, III, 253; C.M. JACCARINO, *Studi sulla motivazione, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933; L. RAGGI, *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, in *Giur. it.*, 1941, III, 163; G. ROHERSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1941, p. 129; G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1942, p. 9; C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1943, III, 2; R. JUSO, *Tratti caratteristici della giurisprudenza sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 661; M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e al privato interesse*, Milano, 1960; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1595; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 257; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 683; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, p. 774; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 837; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894.

¹²⁸ Così F. DE LEONARDIS, *Principi dell'azione amministrativa. Il procedimento amministrativo*, in A. Romano, a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 251.

¹²⁹ Per quanto attiene all'obbligo di motivare nel diritto eurounitario, cfr. la base giuridica offerta dalle norme di cui all'articolo 296 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dove si statuisce che «Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati», (ma anche dalle norme dell'articolo 298 per l'adozione di norme volte a garantire un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente).



della legge da parte della collettività, oltre ad assumere la veste di strumento centrale per esercitare il sindacato giurisdizionale.

In realtà nella fase subito successiva all'entrata in vigore del testo costituzionale si sono registrate perplessità evidenti in riferimento all'introduzione del nuovo obbligo gravante sulla pubblica amministrazione, posto che poteva sembrare eccessivo addossare al momento pubblico dell'ordinamento l'obbligo –inesistente sostanzialmente nei rapporti giuridici tra privati– di rendere pubbliche le singole ragioni del provvedimento da adottare. Soltanto in seguito –ma certamente prima dell'entrata in vigore della l. 241/1990– si ritenne quest'obbligo come un comportamento dovuto degli organi amministrativi, accettato e unanimemente condiviso, addirittura polifunzionale perché volto al conseguimento di tre obiettivi: consentire l'interpretazione dell'atto amministrativo, agevolare il controllo amministrativo e l'accertamento giudiziale, (per) garantire la legittimità dell'azione in ordine all'operato dell'amministrazione¹³⁰. L'estensione –inizialmente controversa– dell'obbligo agli atti amministrativi ampliati e non incidenti sulle posizioni di controinteressati –rinnovi consentiti dall'ordinamento di concessione di bene o di servizio, autorizzazioni e abilitazioni, se non incidenti anche su interessi altrui– non poteva invece scaturire agevolmente dall'evoluzione giurisprudenziale, perché atti di questo tipo giuridico, non ledendo posizioni soggettive, non vengono sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo per difetto di legittimazione e di interesse dell'eventuale ricorrente¹³¹.

La dottrina, dal canto suo, non ha mancato, almeno inizialmente, di manifestare alcune riserve di fronte alla posizione giurisprudenziale che privilegia la garanzia della legittimità rispetto alla speditezza dell'azione amministrativa ed anche con voce autorevole¹³² ha cercato

¹³⁰ Così M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., che sottolinea, concordando con la giurisprudenza, il fenomeno rilevante della funzione della motivazione del provvedimento amministrativo: “è quella di consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un determinato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad essa conferito dalla legge e facendo valere eventualmente nelle opportune sedi, giustiziali e giurisdizionali, le proprie ragioni. L'ampia discrezionalità riconosciuta ad una pubblica amministrazione in una determinata materia non sottrae i relativi provvedimenti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, volto a controllare, proprio attraverso l'esame della motivazione, l'esercizio del potere sotto il profilo della logicità, la razionalità e la congruità, per evitare che esso possa scadere nel mero arbitrio”. Cfr. Cons. Stato, IV, 29 aprile 2002, n. 2281, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³¹ In una fase precedente all'introduzione dell'obbligo generale di motivare gli atti amministrativi la giurisprudenza aveva infatti cristallizzato un obbligo di motivazione per alcune categorie, ben individuate, di atti amministrativi: provvedimenti di diniego, provvedimenti di secondo grado (annullamento, conferma, convalida, rettifica, riforma e revoca), provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del privato (provvedimenti ablatori, disciplinari, sanzionatori), provvedimenti ampliati aventi istruttoria complessa (autorizzazioni, concessioni), provvedimenti dichiarativi-valutativi. Così M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit. Non mancava tuttavia chi autorevolmente riteneva che l'obbligo della motivazione potesse sussistere, “anche all'infuori di tassative prescrizioni, tutte le volte che un atto discrezionale tocchi una pretesa ad un comportamento legittimo della pubblica amministrazione”. Così C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, cit., loc. cit., spec. p. 13.

¹³² F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, cit., spec. p. 253. Non è, dunque, soltanto dovuta all'attuazione della assoluta prevalenza del raggiungimento del fine economico-sociale in tempi il più possibile brevi la considerazione della buona amministrazione come permeata



di dirottare l'attenzione su altri presidi di legittimità, ma senza successo (anche se sulla questione della obbligatorietà generale la dottrina sarebbe tornata in tempi recenti ad avanzare dubbi motivati)¹³³.

Restano comunque, a mo' di bilancio di un dibattito dottrinale ormai secolare sul tema della motivazione, alcuni punti ancor irrisolti in relazione ad esempio al valore sostanziale o formale della motivazione ed alla corrispondenza della motivazione ai motivi reali sottesi alla decisione. D'altra parte, se è vero che già da tempo la giurisprudenza aveva affermato il principio di motivazione come obbligo generale per (quasi) tutti gli atti amministrativi è pur vero che la norma di cui all'articolo 3 contiene un elemento assai interessante che può ritenersi innovativo almeno rispetto alla prassi, tenuta dal legislatore italiano, di evitare le definizioni (sull'ammonimento di Celso *omne definitio periculosa*): il collegamento necessario con le risultanze dell'istruttoria, che viene ulteriormente rafforzato da una norma introdotta dalla novella legislativa del 2005. Non va infatti trascurato il valore sostanziale di tale formula normativa che rappresenta un non frequente contributo del legislatore alla costruzione di una nozione giuridica ben delineata e soprattutto funzionale a scopi garantisti.

Il primo risultato colto dalla accurata formulazione dell'art. 3 può dirsi quello di aver arginato la «libera fluttuazione della volontà psicologica dell'autorità decidente»¹³⁴, che sembra aver contribuito non poco ad alterare nel tempo il già difficile equilibrio del rapporto libertà-autorità, che soltanto –in virtù dell'introduzione, con la l. n. 241 del 1990, di istituti garantisti alla stregua della motivazione, della partecipazione e dell'accesso– può dirsi meglio bilanciato.

Proprio il collegamento operato dalla norma alle risultanze istruttorie sarebbe in grado di impedire deviazioni del percorso dell'autorità che si esterna nella motivazione, posto che tale collegamento è rivolto ad «ancorare il provvedimento conclusivo all'intera vicenda che ne ha preceduto l'emanazione, alla somma degli apporti interni ed esterni che hanno consentito

dall'esigenza di rapidità nella concessione dei procedimenti: Cammeo già poneva in questione l'obbligo di motivazione come fonte di ritardo inammissibile dell'azione amministrativa nel suo confronto con i vari interessi da questa coinvolti.

¹³³ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit. e Id., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, spec. p. 102, dove l'a. al termine di una fine analisi definisce l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 come *inutile intralcio* all'attività amministrativa, frutto della scelta volta a reinserire nella decisione amministrativa un formalismo ormai fine a se stesso.

L'orientamento della giurisprudenza sul tema si può viceversa suddividere in due fasi storiche: nella prima si è registrata una valorizzazione della funzione della motivazione del provvedimento, fino raggiungere momenti di aperto formalismo, in una seconda fase si è assistito ad una revisione della posizione precedente, con una conseguente dequotazione della motivazione. E' noto questo ultimo termine adottato da M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., loc. cit., per descrivere il fenomeno relativo ad una attenuazione della finalità garantistica della motivazione, quando il giudice si convinca comunque della sostanziale legittimità del provvedimento, ed infatti l'a. a questo proposito sostiene che «quel che conta è ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare», spec. p. 266.

¹³⁴ Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'accesso nel corso del procedimento amministrativo e il problema della motivazione dell'atto conclusivo*, in *Studi Benvenuti*, 1996, I, Modena, spec. pp. 380-381.



l'adeguata ponderazione degli interessi. Ognuno di essi dovrà trovare una sua collocazione almeno implicita nell'emanazione dell'atto quale risultanza del lavoro partecipativo ed elaborativo che l'ha preceduta»¹³⁵.

Si deve alla, pur controversa, *novella* del 2005 –l. n. 15– il ritorno alla disciplina del procedimento amministrativo, anzitutto codificando gran parte della elaborazione giurisprudenziale dell'ultimo quindicennio; inoltre disciplinando –quel che più rileva– il provvedimento e alcune sue caratteristiche, sino al punto da introdurre *novum* di notevole portata, non sicuramente censurato in dottrina.

Le norme di cui all'art. 3 della legge 241 del 1990 –come abbiamo già accennato – non sono state investite direttamente dalla novella legislativa, tuttavia il loro esame ha riguardato, direttamente o di riflesso, l'istituto della motivazione non è privo di interesse: la l. n. 15, infatti, ne ha in parte codificato la *vis expansiva*, che, ad eccezione di un incremento di autoritarietà nell'esercizio della funzione amministrativa, peraltro rinvenibile soltanto in alcune previsioni, può assurgere infine a istituto decisivo per la garanzia di trasparenza dell'attività amministrativa a vantaggio della paritarietà tendenziale del rapporto con gli amministrati e per rendere possibile un rapporto consapevole e consapevolmente leale e collaborativo¹³⁶.

La disciplina della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza –nota anche come “motivazione anticipata”– di cui all'art. 10 *bis*, sembra –ad esempio– amplificare il valore dell'istituto della motivazione, imponendo all'Amministrazione, prima di emanare un provvedimento sfavorevole per il cittadino, di comunicargli i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Il nuovo istituto, non a caso collocato immediatamente prima delle norme relative agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, attribuisce indubbiamente a colui che partecipi al procedimento più concrete *chances* di ottenere dall'amministrazione con la quale egli è entrato in contatto quanto gli preme.

Sembra, anzi, che si vada configurando, accanto alle norme di cui all'articolo 11 che prevedono la conclusione negoziata del procedimento, un più ampio spazio deputato a

¹³⁵ Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'accesso nel corso del procedimento amministrativo e il problema della motivazione dell'atto conclusivo*, cit., spec. pp. 380-381.

¹³⁶ Sul versante delle maggiori garanzie offerte al privato, va ricordata –solo per inciso– anche l'affermazione del carattere generale, e non più speciale, della nullità del provvedimento amministrativo. D'altra parte, però, costringe ad un passo indietro sul piano delle garanzie attraverso la previsione di un ampliamento dell'area di quei vizi formali del provvedimento dai quali può non discendere l'annullabilità degli atti vincolati. Ancora una volta la motivazione viene valorizzata, da un lato, e dall'altro costretta a misurarsi con le esigenze di efficacia e celerità dell'azione amministrativa. Sul tema della nullità del provvedimento cfr. le magistrali osservazioni di A. ROMANO, *Nullità del provvedimento*, in A. Romano, a cura di, *L'Azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 795.



divenire nuovo “luogo del consenso”¹³⁷, connotato anche dalla significativa circostanza di essere localizzato nella fase predecisionale¹³⁸.

Si vuol dire che una visione generale della riforma possa agevolmente approdare alla constatazione per la quale essa non si risolve in una *deminutio*, ma, al contrario, in una rivalutazione della figura del cittadino (*recte* del destinatario del provvedimento) «che oggi trova protezione giuridica in quanto tale, e non quale mero strumento di realizzazione dell'interesse della stessa p.a.».

Solo una norma, che si analizzerà in prosieguo, invece registra una netta subordinazione dell'interesse sostanziale del cittadino rispetto all'interesse pubblico: si tratta della norma sulla revoca del provvedimento, nella misura in cui essa venga interpretata come riconoscimento della possibilità di ritirare, perché inopportuni, anche provvedimenti di carattere autorizzativo, dunque con effetto ampliativo della sfera giuridica del destinatario.

Nello specifico, l'interesse pubblico viene individuato in un fatto giuridico accertato nel procedimento, posto che nella norma di cui all'art. 3 si impone che la motivazione indichi i presupposti di fatto¹³⁹. Dunque, la pubblica amministrazione avvia un processo di identificazione dell'interesse con il fatto, azione che «dà una certa oggettivazione ed è il fenomeno essenziale»¹⁴⁰. Sembra pertanto decisiva l'azione della pubblica amministrazione nelle vesti di soggetto volto alla ricerca di quel fatto specifico che rivela l'interesse pubblico nel concreto ed è posto alla base della decisione. Ed è proprio per individuare legittimamente i fatti rilevanti che, come ha ritenuto la giurisprudenza costante, è nella motivazione che l'organo amministrativo deve esporre quegli «elementi di fatto significativi e idonei ad indicare l'interesse pubblico perseguito in concreto»¹⁴¹.

¹³⁷ Così si esprime a prima lettura G. BOTTINO, *Articolo 10 bis*, in *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Milano, 2005, p. 394. Sebbene secondo la maggior parte della dottrina (come ha ritenuto G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *www.lexitalia.it*) la disposizione di cui all'art. 10 bis risulti essere particolarmente innovativa e foriera di un possibile ulteriore sviluppo della partecipazione di privati al procedimento amministrativo, non sono tuttavia mancate critiche di segno opposto che hanno dato vita ad un dibattito dottrinario di notevole interesse.

¹³⁸ Per tal via, l'istituto di cui all'articolo 10 bis produce l'effetto di avvicinare ancor di più il diritto amministrativo – inteso come norma d'azione - alle regole ed ai principi del diritto comune, in linea con quanto disposto, per l'adozione di atti di natura non autoritativa, dall'articolo 1, comma 1 bis introdotto dalla novella del 2005.

¹³⁹ Così A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., p. 797.

¹⁴⁰ In questo senso A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., che riporta il prezioso contributo di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 113-117, 276, 353-354. Inoltre sulla motivazione cfr. A. Cioffi, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 199.

¹⁴¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 242, in *Foro amm.*, CdS, 2002, 64. Invece cfr. Cons. St., sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393, che sembra delineare diversi gradi di dettaglio per la motivazione in relazione agli interessi privati incisi: «lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale».



Vi sono tuttavia casi in giurisprudenza in cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulta attenuato proprio in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati, circostanza che consente di soddisfare tale onere, nelle ipotesi di maggior rilievo, «attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del *jus poenitendi* (Ad. Plen. 8/2017)»¹⁴².

5. Interesse pubblico e partecipazione al procedimento.

La partecipazione¹⁴³ del cittadino al procedimento può dirsi fattore essenziale dell'azione pubblica, sia sul piano del concreto svolgimento ed arricchimento delle fasi procedurali – nello specifico dell'istruttoria– sia su quello dei rapporti tra potere pubblico e cittadino. In

¹⁴² In tal senso cfr. la recente pronuncia del Cons. Stato, sez. II, 17 ottobre 2022, n. 8840: ivi si rimarca la delicatezza della funzione svolta dalla motivazione qualora gli interessi pubblici riguardino paesaggio e ambiente: «L'esercizio del potere di autotutela è dunque espressione di una rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI 28 dicembre 2021 n. 8641; sez. IV, 27 luglio 2021 n. 5557 18/06/2019, n. 4133)».

¹⁴³ È nota la vastità dei contributi scientifici sulla partecipazione al procedimento amministrativo, considerato anche che il momento più alto del dibattito dottrinale si può collocare verso la metà degli anni sessanta, in un'epoca ben precedente rispetto alla legge 241 del 1990. Cfr., senza alcuna pretesa di completezza, almeno i contributi di: A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit.; F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1961; ID., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, p. 25; G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977; F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1977, p. 1625; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, p. 223; A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Milano, 1987, p. 521; E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, 377; A.ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; R. CARANTA, L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000; S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000; M.A.SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000; F.TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 627; A.CROSETTI, F. FRACCHIA, (a cura di) *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002; F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, a cura di, *La partecipazione negli enti locali*, Torino, 2002; M.OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; M.A.SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir.amm.*, 2002, p. 555; M.R.SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 283; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018. Si vedano, infine, le preziose considerazioni di F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Dir. proc.amm.*, 2019, p. 1; A. ROMANO, a cura di, *L'Azione amministrativa*, Torino, 2016, cit.



particolare, la partecipazione si rivela determinante per i procedimenti volti all'emanazione di provvedimenti autoritativi, precludendo all'amministrazione pubblica «di ridefinire la rappresentazione procedimentale degli interessi, superando quella manifestata come interesse proprio» dai privati partecipanti¹⁴⁴.

Sicché può dirsi che questo istituto rileva soprattutto per la fase istruttoria, poiché riguarda le modalità con cui l'amministrazione deve procedere all'accertamento dei fatti e alla ponderazione degli interessi, pubblici e privati, rilevanti nel procedimento.

Sino alla legge n. 241 del 1990, nondimeno, si definiva "debole"¹⁴⁵ il rapporto intercorrente tra pubblica amministrazione e cittadino, mancando norme identificative dell'obbligo della prima di curare gli interessi dei secondi nell'ambito di procedure garantite e nel quadro del dovere di buona amministrazione. Tuttavia, l'applicazione leale delle norme di cui all'art. 97 della Costituzione e di tutte le altre norme incidenti su diritti fondamentali del cittadino, obblighi della Repubblica e dello Stato (che sarebbe impossibile –data la vastità dell'argomento– trattare in questo studio) avrebbe consentito già dal 1948 l'inversione del rapporto tra autorità e libertà¹⁴⁶. L'istituto della partecipazione accolto nella legge sul procedimento ha costituito una risposta tardiva, certamente necessaria all'esigenza crescente di costruire una via verso la tendenziale paritarietà tra cittadino e pubblica amministrazione: la via virtuale che può congiungere questi due soggetti del diritto amministrativo è proprio la partecipazione.

Nei tre lustri trascorsi dopo il 1990, sino alle porte della legge 15, la partecipazione è però rimasta il più delle volte scarsamente attuata perché erroneamente intesa, come un dialogo potenziale, ma sempre a distanza, nel corso del quale al privato era consentito solo di prendere visione degli atti, estrarne copia e produrre memorie, che andavano obbligatoriamente esaminate dall'amministrazione procedente, con valore istruttorio e con l'effetto di obbligare l'organo procedente a motivare il suo dissenso: conquista non certo irrilevante, ma quasi isolata.

¹⁴⁴ R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, cit., p. 17 ss., p. 23.

¹⁴⁵ L'espressione è di M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, cit. Cfr. sul punto anche C.E.GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della p.a.*, in *Dig. disc.publ.*, Torino, 1999.

¹⁴⁶ Inoltre, l'articolo 41 del Trattato di Nizza si fonda sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla giurisprudenza che ha consacrato la buona amministrazione come principio generale di diritto (cfr. *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia Ue del 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, *Burban*, in *Racc.* 1992, p. I-2253, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, causa T-167/94, *Nölle*, in *Racc.* 1995, p. II-2589; del 9 luglio 1999, causa T-231/97, *New Europe Consulting* e altri, in *Racc.* 1999, p. II-2403). Le espressioni di questo diritto enunciate nei primi due paragrafi derivano dalla giurisprudenza (cfr. le sentenze della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, in *Racc.* 1987, pag. 4097, punto 15; del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem*, *Racc.* 1989, p. 3283; del 21 novembre 1991, causa C-269/90, *TU München*, in *Racc.* 1991, p. I-5469, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 6 dicembre 1994, causa T-450/93, *Lisrestal*, in *Racc.* 1994, p. II-1177; del 18 settembre 1995, causa T-167/94, *Nölle*, in *Racc.* 1995, p. II-2589) e dalla base giuridica di cui all'articolo 298 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea per l'adozione di norme volte a garantire un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente.



L'analisi del fenomeno nella sua evoluzione¹⁴⁷ ha consentito di individuare anzitutto i portatori di interessi nell'ambito del procedimento, che sono riconducibili a tre categorie: enti e organismi pubblici, centri esponenziali di interessi collettivi¹⁴⁸ e soggetti privati, che rappresentano pertanto interessi pubblici, interessi collettivi ed interessi privati.

Ciò che va evidenziato, in particolare, in relazione al tema di questo studio, è la circostanza per la quale anche se la natura dell'interesse che spinge l'intervento del privato è personale, in virtù dell'istituto della partecipazione, esso potrebbe molto verosimilmente risultare determinante anche per il raggiungimento di interessi pubblici; si pensi alla disciplina dei patti di collaborazione che vedono la –singolare e mai scontata– coincidenza del bene comune con l'interesse del privato cittadino. La partecipazione per tal via può favorire significativi ausili per la concretizzazione del pubblico interesse o bene comune: infatti non è insolito che l'interesse pubblico venga determinato con il concorso attivo degli interessati, ancorché l'esito finale del procedimento deluda le loro aspettative. Non è di certo infrequente, infatti, che tra interesse pubblico e interessi privati si realizzi una sostanziale convergenza, che faccia venir meno le ragioni del contrasto tra pubblici e privati interessi.

Sono state tuttavia rilevate criticamente talune problematiche che mettono in luce le difficoltà del “dialogo competitivo” che si realizza fra gli interessi pubblici, di differente grado e significato, e quelli privati: è proprio qui che il “nodo della partecipazione” si manifesta in tutta la sua rilevanza, sovente non «adeguatamente intercettata e, soprattutto, opportunamente trattata»¹⁴⁹.

Del resto, v'è nel nostro ordinamento un principio di garanzia offerto a tutti i cittadini dalla Costituzione, per il quale il legislatore non può non considerare «con la dovuta cura pubblica l'individuazione e la rilevanza degli effetti che scaturiscono dall'esercizio del potere»: ed è proprio quella cura che è destinata ad essere la «ricchezza contenutistica e funzionale del provvedere»¹⁵⁰. Il provvedimento, in questa nuova prospettiva, è chiamato a risolvere i problemi e i conflitti sociali, «a curare gli interessi generali, in una parola a fare integrazione sociale»¹⁵¹.

Nonostante l'apparente neutralità o asetticità delle norme sulla partecipazione, infatti, in realtà la qualità delle posizioni soggettive coinvolte può essere diversamente graduata, per l'oggettiva rilevanza degli interessi e per la diversificata capacità di auto-rappresentarli. In altre parole, se le facoltà e le pretese partecipative sono di tutti gli aventi diritto, sovente si rileva con chiarezza che altro è «la partecipazione dispiegata nel procedimento dal *quavis de populo*, dall' “uomo qualunque”, da “*Man in the street*”, al quale si deve certamente il

¹⁴⁷ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, VII, 2021, spec. p. 349.

¹⁴⁸ Cfr. la trattazione classica di A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari, Napoli, 1984-1986.

¹⁴⁹ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 209; Id., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014.

¹⁵⁰ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, spec. p. 475.

¹⁵¹ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., spec. p. 475.



massimo rispetto, e ben altro è il ruolo che può essere giocato, magari in uno stesso procedimento, dai portatori di interessi c.d. forti»¹⁵².

Va da sé che ciò implica che gli interessi, nello specifico gli interessi pubblici, vengono sempre “interpretati”, quindi definiti, nei procedimenti, anche quando le norme siano sufficientemente chiare, segnatamente in procedure molto spesso negoziate e partecipate nell'ambito delle quali si evidenzia il ruolo ricoperto «da una partecipazione circolare nella quale campeggiano, alla stregua di attori fondamentali, i “professionisti” della partecipazione, al cospetto di una platea, anche molto vasta e variegata, di “dilettanti”, di *Men in the street*, spesso incapaci di contrastare il punto di vista rappresentato dai primi, ossia dai Signori della partecipazione e del procedimento amministrativo»¹⁵³.

Benché l'eccesso di forma nel procedimento amministrativo sia stato talvolta sottolineato in senso critico dalla dottrina è forse il caso di ricordare che proprio la forma in questo caso, ossia quando ci siano in gioco interessi di grado differente, è ciò che serve al cittadino, solitamente soggetto più debole nel gioco degli interessi, e soltanto grazie ad essa è possibile difendere chi è debole dal peso di chi è più forte¹⁵⁴.

In definitiva, il provvedimento finale consta nel risultato ragionato di un'attività di mediazione e concertazione fra i soggetti pubblici e privati in vista di un risultato di comune interesse. In tal modo sembra possa trattarsi di una sorta di “circolarità” di molti procedimenti amministrativi, connotata dalla variegata presenza di più *stakeholder*, portatori di interessi sia individuali che superindividuali. Ciò conduce ad un livello più alto, potrebbe dirsi più “nobile”, di partecipazione al procedimento amministrativo, che non si esaurisce nella rappresentazione del punto di vista “egoistico” di chi entra nella procedura amministrativa «ma contribuisce altresì (e contestualmente) a rimuovere le asimmetrie informative che possono viziare il percorso conoscitivo e deliberativo del decisore collettivo pubblico»¹⁵⁵.

Su tale percorso incide - non può trascurarsi- la disciplina attuale della conferenza di servizi che, positivizzata in termini di istituto di semplificazione dell'azione amministrativa in astratto idoneo a costituire un modulo di rilievo per l'efficacia di quest'ultima in ragione della previsione in ordine alla concentrazione della partecipazione delle amministrazioni interessate e coinvolte, presenta, tuttavia, profili critici quanto alle previsioni di dettaglio - più volte modificate nel tempo- sui poteri specifici di ogni soggetto pubblico partecipante (ad esempio: silenzio-assenso delle amministrazioni convocate e assenti; inefficacia dell'opinione dissenziente tardivamente pervenuta o non adeguatamente motivata anche in senso costruttivo, ecc.).

L'evidente rischio di impoverimento dell'interesse pubblico concreto sarebbe scongiurato, tuttavia, attraverso una motivazione adeguata della decisione conclusiva, affidata, a regime in prima battuta all'amministrazione procedente, che non potrebbe prescindere dall'esame di

¹⁵² R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit.

¹⁵³ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit.

¹⁵⁴ Cfr. le illuminanti ricerche internazionali di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, ed. 1992, spec. p. 740.

¹⁵⁵ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit.



tutti gli elementi istruttori emersi, ivi compresi quelli a supporto di rappresentazioni di interesse tardive, epperò formalmente inefficaci. Analogamente, trattandosi di atti qualificati di alta amministrazione, anche le decisioni finali assunte a seguito di intese eventualmente raggiunte ad iniziativa, prevista dalla legge, del Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero su deliberazione dello stesso Consiglio, devono esser supportate da una motivazione ampia e particolarmente dettagliata sulle singole vicende emerse durante la conferenza di servizi¹⁵⁶.

Su linee non dissimili non possono non menzionarsi la tematica dei beni comuni, relativa ai c.d. nuovi diritti (di terza e di quarta generazione), e i temi riguardanti gli spazi pubblici, il diritto alla città, le *smart cities* o le *smart communities*, che implicano nuove modalità di partecipazione, più intense e probabilmente anche più efficaci¹⁵⁷. Esse sovente richiamano istanze partecipative che si declinano nelle arene pubbliche, ma talvolta sono previste anche al di fuori del procedimento amministrativo, con strumenti pattizi o tramite lo strumento normativo.

Non v'è dubbio, infatti, che i nuovi processi "creativi" siano strettamente correlati agli spazi urbani e sono proprio i beni c.d. comuni –non ancora catalogati e tipizzati nell'ordinamento, ma identificabili in varie tipologie di beni, dall'acqua pubblica alle opere d'arte, spazi urbani, università ("i farmaci", si aggiunge da parte di Rodotà)–, «funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività»¹⁵⁸, che consentono il dispiegarsi della vita sociale e che contribuiscono a formare la figura del cittadino consapevole e attivo, richiedendo d'altra parte l'azione per una loro tutela efficace: del resto non si possiede un bene comune ma si è partecipi del bene comune¹⁵⁹.

¹⁵⁶ In tal senso cfr l'ampia trattazione dell'argomento in A. ANGIULI V. CAPUTI JAMBRENGHI, *De-procedimentalizzazione dell'azione amministrativa e conferenza di servizi*, in *L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino 2021, p. 275.

¹⁵⁷ Per un'analisi assai interessante sulle *smart cities* e la loro funzione cfr. da ultimo G.F. FERRARI, a cura di, *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano, 2021, spec. p. 9-37 e 621- 640. Cfr. inoltre sul tema E. CARLONI, M. VAQUERO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in A.A. VV., *Smart cities e amministrazioni intelligenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, p. 880; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *www.federalismi.it*, 2015; D. SICLARI, "Creating value on the market and into society": *Le c.d. Benefit Corporation nel contesto della strategia di Europa 2020 per una crescita smart: inclusiva e sostenibile*, in G. Olivieri, V. Falce (a cura di), *Smart cities e diritto dell'innovazione*, Milano, 2016, p. 171; F. GASPARI, *Smart city, agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, 2018, S. ANTONIAZZI, *Smart City: diritto, competenze e obiettivi (realizzabili?) di innovazione*, in *www.federalismi.it*, 2019; G. DELLE CAVE, *Smart city, smart business: evolution and Role of technology in the development of the So called "intelligent communities"*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2020. In particolare, quest'ultimo contributo approfondisce anche la cornice internazionale in cui si inserisce la regolamentazione delle *smart cities*, come l'Agenda Urbana per l'Unione Europea, nota anche come Patto di Amsterdam, istituita nel 2016, espressione di una politica di *smart city* che sembra tendere verso la *circular city*. Tutto ciò a seguito di «una complessa evoluzione delle politiche europee in relazione agli obiettivi e agli strumenti delineati anche a livello internazionale per lo sviluppo sostenibile delle città, principi emersi nella Conferenza internazionale *Habitat III* e precisati per l'attuazione negli impegni e nelle azioni contenute nella *New Urban Agenda* delle Nazioni Unite».

¹⁵⁸ Cass. ss.uu., 14 febbraio 2011, n. 3665.

¹⁵⁹ Cfr. il Manifesto per i beni comuni dell'Unione europea, rinvenibile sul sito <http://europeanwater.org/images/pdf/CommonsEuropeManifesto.pdf>, dove si afferma che «i beni comuni



Quanto al tentativo definitorio¹⁶⁰ - ma in realtà lasciando molto estesi i confini e le possibilità per cose e beni di rientrare in questa “nuova” tipologia¹⁶¹ - secondo una tesi suggestiva che finisce per essere molto ampliativa della categoria suddetta, anzi, i beni comuni potrebbero identificarsi in «tutte quelle entità...catalizzatrici - che possono suscitare nei cittadini attivi di cui all’art. 118, comma 4, Cost., l’autonoma iniziativa a prendersi cura di un interesse generale: vale a dire di un interesse che, non coincidendo del tutto con quello pubblico, con quello privato, con quello collettivo o con quello di una specifica categoria, risulti in concreto da un’alleanza di tutti i soggetti che possono essere di volta in volta coinvolti e si riconoscano nella volontà di realizzarlo effettivamente»¹⁶².

sono universali, appartengono a tutti e non devono in nessun caso essere oggetto di *appropriazione* da parte delle autorità e/o degli interessi privati». Nel documento in particolare si richiede il riconoscimento della nozione di bene comune da parte del Parlamento Europeo e la sua integrazione nei testi legislativi europei. Per un interessante *excursus* sulle riflessioni concernenti i beni comuni cfr. S. NESPOR, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, p. 665.

¹⁶⁰ Come rilevato dalla dottrina, non può aspirarsi ad una definizione che non sia inclusiva, «allorché si prenda coscienza della dimensione, potrebbe dirsi, planetaria della questione dei beni comuni, della loro nozione e della possibilità/impossibilità di dettarne una disciplina univoca e settoriale, ai fini della loro tutela: la tutela, la cura e la stessa vita dei beni comuni non può che trovare espressione nei vincoli solidaristici che legano le generazioni di esseri umani che transitano o potrebbero transitare “nel mondo”», così M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017.

¹⁶¹ A parere della dottrina che se ne è occupata, anzi, questa tipologia di beni (M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, p. 559) potrebbe disgiungersi, per le evidenti diversità e tratti in comune, in tre sottocategorie: *in primis* «beni di tipo tradizionale, naturali o costruiti dall’uomo, come terreni agricoli, boschi, pascoli, sistemi di irrigazione, aree di pesca, che possono anche costituire il presupposto per il riconoscimento di regimi di proprietà collettiva o comunque essere gestiti da comunità locali attraverso usi civici. In secondo luogo possiamo riconoscere dei beni c.d. “globali” come il clima e le risorse ambientali, in particolare quelle non rinnovabili, in terzo luogo i cc.dd. *new commons*, che possono avere sia natura materiale, come le infrastrutture urbane, gli edifici pubblici, le strutture erogatrici di servizi sociali, le piazze o le vie delle città, le aree di parcheggio o di gioco, gli spazi verdi, il patrimonio culturale e archeologico nazionale e locale, le infrastrutture necessarie allo sviluppo delle tecnologie digitali; sia, sempre più spesso, natura immateriale, come ad esempio la conoscenza e l’informazione, le reti sociali, la sicurezza, la fiducia, la comunicazione, la musica, i beni comuni digitali, i beni comuni frutto di creatività e di scoperte scientifiche, fra cui ad esempio gli sviluppi delle biotecnologie o le formule di farmaci essenziali».

¹⁶² Così F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. Bombardelli, a cura di, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, p. 37. L’a. sostiene inoltre che la teoria dei beni comuni venga evocata soprattutto per far fronte a questioni concernenti la crisi e la sostenibilità degli apparati amministrativi. Nel contributo appena citato viene quindi riportata la definizione più nota, quella di cui all’art. 1, comma 3, lett. c), della proposta di articolato, per una legge delega, licenziata dalla Commissione Rodotà: «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



In tal modo, in relazione agli spazi urbani, sembrano profilarsi diritti di cura, non di proprietà, ma un nuovo modo di essere cittadini¹⁶³, prefigurando quindi la possibile piena attuazione dell'articolo 118, ultimo comma Cost.¹⁶⁴, ricomprendendosi con il termine "cura" una vasta gamma di significati o implicazioni per il cittadino, non soltanto per i beni comuni, ma anche per le ricadute positive che l'azione del curare –ossia il provvedere all'accudimento perlopiù volontario e frutto di una scelta consapevole– comporta sullo sviluppo della socialità e degli individui¹⁶⁵, affinché l'operato di cittadini più consapevoli e attenti all'interesse generale conduca ad un maggior benessere psico-fisico, ad una miglior fruibilità dei servizi e dell'offerta culturale nelle città.

Con tali proposte si prefigura un modello operativo che potrebbe risultare utile ad avviare una rigenerazione civica degli spazi urbani, - fondata sulla centralità di quei valori identitari¹⁶⁶ che costituiscono «l'indispensabile *humus* della rigenerazione»¹⁶⁷ - senza oneri per l'ente locale territoriale e con una consistente detrazione fiscale per i soggetti proponenti;

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 definite dal decreto delegato». Cfr. inoltre sui beni comuni: G. BRAVO, *Dai pascoli a internet. La teoria delle risorse comuni*, in *Stato e Mercato*, 3, 2001, 505; M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 17; S. NESPOR, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, p. 665, V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, 6, M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 559.

¹⁶³ Sull'argomento non può non citarsi la dottrina più autorevole che se ne è occupata sin dai primi anni '90: il riferimento è allo studio di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994.

¹⁶⁴ Cfr., senza avere alcuna pretesa di citare l'amplessimo numero di contributi su questo specifico argomento, G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, p. 405; F. ROVERSI MONACO, (a cura di), *Sussidiarietà e pubblica amministrazione*, Rimini, 1997; R. BIN, *La sussidiarietà orizzontale: alla ricerca dei soggetti privati*, in *Istituzioni del federalismo*, 1999, p. 5; P. DURET, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 94, A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, n. 1, 51; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I, p. 179; ID., *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari, 2006; G. ARENA, F. CORTESE, *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011; G. ARENA, C. IAIONE, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012.

¹⁶⁵ I nuovi diritti di cura esercitabili dai cittadini - che in tal modo vengono da ultimo investiti di nuove responsabilità e vedono consolidarsi il proprio senso di appartenenza nei confronti della città - ha posto in evidenza altresì nuovi strumenti giuridici volti ad assicurare una amministrazione della città in condivisione o co-città: strumenti pattizi, da un lato (ad es. i patti di collaborazione per la gestione dei beni comuni, o i patti tra musei ed enti locali), la legislazione, dall'altro, come il codice degli appalti e ad es. la legge n. 2 del 2009, che sembra in linea con l'articolo 118, u. c., laddove si prevede che cittadini organizzati possano formulare all'ente locale competente proposte operative per opere di interesse locale di pronta realizzazione, cosiddetti micro-progetti.



tuttavia, ciò che più rileva è attribuire la “difesa” dell’interesse pubblico espresso nella città e dei suoi spazi pubblici a coloro che più direttamente potranno beneficiarne¹⁶⁸. Naturalmente, le iniziative di sussidiarietà orizzontale¹⁶⁹ hanno forme diverse ma caratteristiche specifiche, posto che esse nascono in modo spontaneo, dal basso, ma al fine di favorire tali azioni è necessario che esse siano supportate dalle pubbliche amministrazioni. Segnatamente, i patti di collaborazione sembrano essere lo strumento che ha avuto maggior impatto nella costruzione e nello sviluppo –quasi inaspettato– della nuova concezione di amministrazione condivisa e partecipata¹⁷⁰. Essi appaiono come atti convenzionali, preceduti e autorizzati da un apposito regolamento, con i quali i cittadini e l’amministrazione comunale concordano –condividendo le responsabilità della cura e rigenerazione dei beni comuni urbani, al fine di migliorarne la fruizione collettiva, e fissando le obbligazioni reciproche– la realizzazione di specifici interventi di gestione, tra i quali risultano preponderanti le attività di gestione e manutenzione del verde urbano.

In altre parole, sembra che alcuni dei nuovi strumenti pattizi soddisfino una duplice finalità, posto che l’interesse generale che essi sottendono coincide “tanto con l’esigenza dei cittadini, abilitati con questa particolare tipologia di strumenti ad operare anche in forma individuale,...di esprimere la propria propensione alla partecipazione ad attività relative alla

¹⁶⁶ Cfr. sul tema G. DE GIORGI CEZZI, *Il diritto all’identità minore. Beni culturali e tutela degli status*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, III, p. 219.

¹⁶⁷ Così F. F. TUCCARI, *Le periferie “centrali”*, in *Periferie e diritti fondamentali*, M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, a cura di, Napoli, 2020, p. 671. Sulla rigenerazione urbana cfr. altresì A. FANIZZA, *Prime considerazioni sulla rigenerazione urbana in Puglia*, in *Politiche di inclusione sociale e ordinamento regionale*, in M. Buquicchio, a cura di, Bari, 2010; e ID., *Note sull’interesse pubblico nel recupero dei centri storici*, in *Foro amm.*, 2002, p. 1067.

¹⁶⁸ Sul tema dell’incoraggiamento per le iniziative spontanee dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale va segnalata la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2021, n. 660, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale si ribadisce che la sussidiarietà orizzontale costituisce «preferenza per lo svolgimento di attività di interesse pubblico da parte di soggetti privati ove questi siano in grado di offrire prestazioni adeguate». Si pensi anche alla partecipazione del cittadino nell’ambito di esperienze di pianificazione ispirate a criteri perequativi, ove «possono essere adottati meccanismi che privilegiano la più ampia partecipazione dei cittadini ai processi di trasformazione urbana, accanto ad altri che la trascurano o, addirittura, la ostacolano», come rileva S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, cit., spec. p. 189.

¹⁶⁹ Altra possibilità di partecipare alla cura dei beni comuni sembra essere offerta dalle varie forme di partenariati pubblico-privato di natura *no profit* per la tutela e cura di beni comuni locali sul modello degli Usa, dove esistono forme di collaborazione contrattuale istituzionalizzata tra diversi *stakeholders* locali e fra questi e gli enti locali. Inoltre si segnalano anche forme che possono riguardare misure amministrative incentivanti o di “sussidiarietà quotidiana”. Cfr. in argomento C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *www.aedon.it*, 2013, n. 1.

¹⁷⁰ Si tratta – in altre parole - di un’urbanistica che si inserisce in una prospettiva del tutto differente, che in realtà si configura «più come governo del territorio, consensuale, programmata e per quanto possibile condivisa, nello spirito democratico e solidaristico di un nuovo modello di *governance* fondato su di una rinnovata visione del rapporto tra interessi pubblici e privati che, lungi dal porsi in termini di aprioristica contrapposizione o giustapposizione, apre alla leale presenza, proattiva ed effettiva, dei cittadini fin dall’idea generatrice dell’intervento». Per queste considerazioni cfr. F. F. TUCCARI, *Le periferie “centrali”*, in *Periferie e diritti fondamentali*, M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, cit., 2020, p. 670.



comunità di riferimento, quanto con quella delle amministrazioni locali di individuare forme innovative di gestione dei beni pubblici¹⁷¹.

Va registrata, a questo punto, la tendenza verso una sorta di “decostruzione” della legge sul procedimento, soprattutto a seguito delle modifiche della l. 15 febbraio 2005, n. 15, fra l'altro sulla disciplina dei c.d. vizi formali, per denotare una cesura di essa rispetto alla sua *ratio* originaria¹⁷². Ma è pur vero che la portata destrutturante dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90, che recepisce d'altronde alcune istanze deformalizzanti prodotte dalla giurisprudenza, non appare comunque univoca, posto che si segnalano anche «linee esegetiche, e pratiche giurisprudenziali, che si mantengono fedeli all'impostazione originaria»¹⁷³.

Oggi il pendolo sembra oscillare verso il polo della “garanzia”: quanto al diritto sostanziale, si pensi al forte ritorno d'attenzione per le figure dell'autotutela decisoria, ricostruita più in chiave di tutela del cittadino che di estrinsecazione dell'autoritatività, specie dopo la “riforma Madia” del 2015¹⁷⁴ e, ancor più, della normativa intitolata all'emergenza ma assai spesso destinata ad introdurre modifiche sul “a regime” di interi istituti giuridici.

Sembra a questo punto opportuno cercare di indagare, esemplificativamente, alcune norme della legge sul procedimento amministrativo, le più significative ad avviso di chi scrive, per il particolare grado di pregnanza assunto dall'interesse pubblico, *in primis* la revoca, ammessa dalla dottrina, almeno in una fase iniziale –il riferimento è alla posizione di

¹⁷¹ Così B. ACCETTURA, *Periferie e coesione sociale: politiche abitative e diritto “alla città”*, in *Periferie e diritti fondamentali*, M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, a cura di, Napoli, 2020, p. 19. L'a. inoltre aggiunge che tali innovative e più agili forme rappresentate dai patti di collaborazione avrebbe un risvolto senz'altro positivo anche in relazione alla ricerca di «strumenti di legittimazione ulteriori rispetto a quelli che derivano dal circuito politico-rappresentativo».

¹⁷² Cfr. per queste considerazioni, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1235. Precisa l'a. a tal proposito, che il tema della «decostruzione» o «destrutturazione» della motivazione va ben oltre l'ambito dei provvedimenti amministrativi, riguardando talvolta anche i provvedimenti giurisdizionali, in aperta violazione dell'art. 111, comma 6, Cost. È il caso di alcune pronunce delle Sezioni unite che consentono, nel processo civile e in quello tributario, la possibilità di una motivazione «copia e incolla», con riproduzione del contenuto di un atto di parte, eventualmente senza nulla aggiungere ad esso, sempre che le ragioni del decidere risultino comunque attribuibili al giudicante ed esposte in maniera chiara, univoca ed esaustiva. Cfr. Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642, in *Riv. giur. trib.*, 2015, p. 748.

¹⁷³ G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit. L'a. conclude tuttavia rimarcando che «attraverso il percorso accidentato compiuto sino ad oggi dalla legge sul procedimento amministrativo, sia per quanto attiene all'interpretazione di fondo della sua effettività, in conseguenza delle numerose tendenze deformalizzanti emerse, sia con riguardo alla sua attuale valenza sistematica, come detto ben diversa rispetto al passato, e alla luce anche di un dato normativo processuale oggetto –tuttora– di letture diversificate, è dato cogliere una linea di marcia che vede progressivamente spostarsi l'asse dal potere all'individuo, seppure in un delicatissimo equilibrio rispetto al quale non necessariamente la (totale) negazione del primo è da intendere come una conquista per il secondo».

¹⁷⁴ G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 363. Per l'analisi di limitazioni dell'autotutela in funzione del valore della certezza del diritto, cfr. P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020.



Borsi¹⁷⁵– «quale espressione di quella istituzionale condizione di subordinazione dell'interesse dei privati all'interesse pubblico che si esprime nell'atto amministrativo, del quale si assume costituire un carattere obiettivo». ¹⁷⁶ Si cercherà di dimostrare in prosieguo che le mutazioni politico-sociali della comunità, seguite da quelle della giurisprudenza amministrativa che ha a sua volta condizionato il legislatore, hanno infine condotto – massime negli ultimi anni– ad un parziale ridimensionamento della primazia assoluta dell'interesse pubblico, ponendo, ad esempio, dei limiti sempre più stringenti alla possibilità che il pubblico interesse giustifichi *sic et simpliciter* «l'eliminazione di atti dalla vita del diritto sulla base di valutazioni successive al momento della loro adozione»¹⁷⁷.

Come vedremo, anche le norme sull'annullamento d'ufficio sembrano esprimere - se pur in misura più contenuta - la necessità di tornare sul concetto di interesse pubblico per una sua rivisitazione alla luce degli interessi del cittadino nella società della quale egli fa parte e che sostiene lo Stato a governo democratico.

6. Interesse pubblico e revoca.

La *figura juris* della revoca¹⁷⁸, tipica manifestazione del potere di autotutela¹⁷⁹, elaborata pur in assenza di organiche previsioni normative e codificata dal legislatore del 2005, evoca espressamente l'interesse pubblico concreto¹⁸⁰ a giustificazione dell'atto di ritiro del provvedimento di primo grado. Anzi, la ragione alla base del potere di revoca, che ha

¹⁷⁵ U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in V. E. Orlando, a cura di, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte. 2, Milano, 1915, p. 43.

¹⁷⁶ A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 324.

¹⁷⁷ P. SALVATORE, *Revoca degli atti*, III) *Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994, *ad vocem*.

¹⁷⁸ La letteratura sull'istituto della revoca - provvedimento con il quale la stessa p.a. elimina, con effetto *ex tunc*, i propri precedenti atti che, senza essere illegittimi, presentino profili di inadeguatezza nel pubblico interesse - è molto ampia, tuttavia è utile consultare, ai fini di ciò che si intende sottolineare, almeno: L. RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, p. 217; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942; F. PAPARELLA, *Revoca*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 204, A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1996, p. 324; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1996, p. 335; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999. Per talune problematiche attuali correlate al riesame dell'atto cfr. ID., *Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati*, in L.Giani M.Immordino F.Manganaro (a cura di) *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli 2019 , p. 227; A. SANDULLI, *La revoca del provvedimento amministrativo e la tutela del legittimo affidamento: una questione di bilanciamento?*, *ivi*, p. 295.

¹⁷⁹ La revoca è ascrivibile all'attività di autotutela e a tal proposito si riporta la nota definizione di Benvenuti: «quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese». Così F. BENVENUTI, *Autotutela*, (*dir.amm.*), *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 537.

¹⁸⁰ Cfr., in questo senso, da ultimo Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991, che ammette la revoca soltanto «in presenza di un interesse pubblico individuato nel concreto, nel quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico».



carattere eminentemente discrezionale, risiede proprio nella necessità «che l’assetto dei rapporti amministrativi risponda perennemente all’interesse pubblico»¹⁸¹.

Per questo motivo sembra essere l’istituto più intimamente collegato all’interesse pubblico, senza il quale il provvedimento di revoca risulterebbe privo di legittimazione; anzi, proprio la revocabilità sarebbe il tratto che maggiormente caratterizza il provvedimento e, di conseguenza, «tale caratteristica, che è in relazione alla necessità di soddisfazione dell’interesse dell’amministrazione, non può venir meno avendo carattere qualificatorio»¹⁸².

La novella del 2005¹⁸³, quando codifica fattispecie giuridiche frutto di lunghe elaborazioni giurisprudenziali e dottrinarie, è mossa dall’intento evidente di rafforzare il quadro delle garanzie dei soggetti privati che intersecano e subiscono gli effetti sfavorevoli dell’esercizio del potere della pubblica amministrazione¹⁸⁴. In questa prospettiva infatti la legge n. 164 del 2014 è intervenuta restringendo l’ambito applicativo dell’art. 21 *quinquies*, in particolare ammettendo la revoca solo se il mutamento delle circostanze non sia prevedibile al momento dell’adozione del provvedimento; ciò considerato, l’amministrazione dovrà pertanto motivare adeguatamente in relazione al profilo della non prevedibilità del mutamento delle circostanze, diversamente si profilerebbe senz’altro l’illegittimità del provvedimento di revoca¹⁸⁵.

L’orientamento della giurisprudenza, d’altro canto, è sempre stato pacifico nell’ammettere, in via di principio, pur in difetto di specifica base normativa, la revocabilità degli atti amministrativi, riferendosi ad una prerogativa dell’amministrazione funzionale alla tutela degli interessi pubblici. Inoltre in forza del richiamo al principio del *contrarius actus*, predicato come di carattere generale nel campo amministrativo, si conclude che l’autorità dotata del potere di provvedere in una determinata materia deve ritenersi parimenti dotata del potere di provvedere nella stessa materia in senso inverso al precedente.

Tuttavia più di recente si è affermato un nuovo orientamento che esprime una serrata critica nei confronti dell’impostazione tradizionale – e di affermazioni spesso apodittiche – che sostenevano l’esistenza in capo all’Amministrazione di un generale potere di revoca. La critica mossa a questa tesi consiste nell’assenza di giustificazione del c.d. principio di revocabilità, affermatosi in assenza di un preciso riferimento normativo, ma semplicemente esercitato a seguito di una valutazione apparentemente congrua del pubblico interesse insito

¹⁸¹ M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 373-374.

¹⁸² F. BENVENUTI, *Autotutela*, (*dir. amm.*), cit.

¹⁸³ In realtà va sottolineato che nella legge n. 15 del 2005 gli istituti dell’annullamento e della revoca sono stati dissociati – con una scelta considerata generalmente condivisibile – sebbene abitualmente giurisprudenza e dottrina li accomunassero: infatti «nella sistematica del nuovo capo della legge, è abbastanza netto il confine tra efficacia del provvedimento (fino all’articolo 21-*sexies*) e la sua invalidità (a partire dal 21-*septies*). La revoca rientra nella prima, l’annullamento d’ufficio nella seconda». Così B.G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giornale di dir. amm.*, 2005, p. 469.

¹⁸⁴ Come osserva M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull’autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005, spec. pp. 118-119.

¹⁸⁵ F. COSTANTINO, *Efficacia del provvedimento e autotutela*, in A. Romano, a cura di, *Diritto amministrativo*, cit., spec. p. 199.



nella struttura dei provvedimenti, che in realtà non risulterà adeguato *ab origine* o a seguito di *novum* normativo; o, infine, quale effetto di un ripensamento dell'autorità sul provvedimento originario, sempre in vista di un interesse pubblico da tutelare¹⁸⁶. Inoltre, l'affidamento dei cittadini avrebbe trovato più ampi spazi proprio in dipendenza del mutato rapporto che si è venuto a creare tra cittadino e amministrazione pubblica –a seguito dell'emanazione della legge n. 241 (senza trascurare le modifiche apportate dalla legge n. 15 del 2005)– caratterizzato con continuità e fondamento dommatico dall'inserimento stabile degli interessi del destinatario del provvedimento all'interno del procedimento amministrativo. Di conseguenza, in virtù di tale nuova e più accentuata collaborazione tra cittadino e pubbliche amministrazioni sarebbe di conseguenza lecito attendersi che un provvedimento, proprio in questo modo scaturito da una proficua partecipazione, possa ingenerare una ragionevole aspettativa di stabilità della decisione –in senso favorevole– assunta a conclusione del procedimento¹⁸⁷.

Tale maggiore stabilità della determinazione amministrativa renderebbe di conseguenza ingiustificata –almeno assai più difficilmente motivabile– nella maggior parte dei casi, una futura modificazione del provvedimento emesso: se infatti l'amministrazione riesca a svolgere un'istruttoria completa, soddisfacente e che tenga conto dei singoli interessi coinvolti nel procedimento, su ciascuno di essi motivando, e dei «fatti cui quegli interessi ineriscono e da cui emergono»¹⁸⁸, e tutto questo trasferisca nella motivazione della revoca, difficilmente si potrà verificare la necessità di adottare un provvedimento di revoca, ciò naturalmente ad eccezione del caso in cui sopraggiunga un mutamento della situazione di fatto.

Le norme contenute nell'art. 21 *quinquies* contraddicono parzialmente l'opinione della giurisprudenza maggioritaria e della dottrina che aveva contribuito a tracciare limiti precisi per il potere della p.A., rinvenibile nei provvedimenti costitutivi di diritti soggettivi, creati dall'atto che si intende revocare¹⁸⁹. Nelle norme della novella relative alla revoca non è infatti menzionato il limite, generalmente accolto, all'esercizio di tale potere: ciò renderebbe configurabile dunque sia un'interpretazione favorevole al mantenimento di tale limite, sia un'interpretazione contraria, che si potrebbe rivelare, d'altro canto, più in linea con il disegno generale della legge¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Cfr., per una ricostruzione del percorso effettuato da dottrina e giurisprudenza, M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., spec. p. 154.

¹⁸⁷ Così M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., spec. p. 157.

¹⁸⁸ M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., spec. pp. 185-186. A fronte di siffatte considerazioni non è chi non veda –volendo tentare un accostamento con quanto accade nel processo amministrativo– come anche la stabilità della sentenza dipenda in sostanza dal contraddittorio previo che deve essere consentito a tutti coloro che sono destinatari degli effetti della stessa sentenza. In tal modo la parte vittoriosa non vedrà il giudicato a sé favorevole suscettibile di contestazioni da parte di coloro contro cui esso viene fatto valere. Cfr. sul punto D. CORLETTI, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992 e A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano, 2002, spec. pp. 70-71.

¹⁸⁹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 720.

¹⁹⁰ A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/90*, cit.



Cionondimeno, come proposto condivisibilmente dalla dottrina di epoca risalente¹⁹¹ se è vero che riconoscere all'Amministrazione un'illimitata potestà di revoca rappresenterebbe un aggravio eccessivo e –nel quadro delle garanzie generali offerte al cittadino dall'ordinamento amministrativo– sostanzialmente inammissibile in danno dei singoli, ed un venir meno di ogni garanzia per i loro diritti, anche di quelli più meritevoli di tutela, è anche vero che ritenere i diritti soggettivi come confine invalicabile per la potestà di revoca si risolverebbe in una troppo stretta limitazione della sfera di azione dell'amministrazione, a favore della quale deve essere riconosciuta, se pur in circostanze e a condizioni determinate, la potestà di sacrificare i diritti dei privati in nome dell'interesse pubblico.

Alla luce di queste brevi considerazioni relative agli effetti dell'istituto sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, sembra potersi condividere quella tesi della dottrina secondo la quale nell'autotutela per revoca si rinviene l'unico vero momento in cui si realizza una netta subordinazione dell'interesse sostanziale del cittadino rispetto all'interesse pubblico¹⁹². Va però soggiunto che, anche se la legge tace sul punto, la dottrina¹⁹³ appare propensa a sostenere che l'amministrazione debba sempre tener conto anche degli interessi dei destinatari, nonché quelli dei controinteressati, come avviene nel caso dell'annullamento d'ufficio. In quest'ultima fattispecie infatti –quando si richiede all'autorità che intende procedere all'annullamento d'ufficio di un proprio atto di tener conto delle ragioni di contemporaneo interesse pubblico, nonché degli interessi dei destinatari e dei controinteressati– si segue la ben visibile traccia gianniniana relativa alla discrezionalità amministrativa quale «comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva»¹⁹⁴.

Conseguentemente «la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario va sempre preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto da revocare»¹⁹⁵, per tal via anche la motivazione della revoca deve espressamente indicare, non soltanto i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la prevalenza di tale interesse pubblico su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento che si configurava come favorevole.

¹⁹¹ R. ALESSI, *La revoca*, cit., spec. pp. 93-94.

¹⁹² A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/90*, cit.

¹⁹³ M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., spec. p. 376.

¹⁹⁴ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, cit., p. 74. Cfr. G. CORSO, *Franco Scoca riflette sul provvedimento amministrativo*, in *Scritti per Gaetano Scoca*, vol. II, 2020, Napoli, spec. p. 1199. L'a. aggiunge che, pur ritenendo che la ponderazione di interessi costituisca momento centrale nell'esercizio del potere discrezionale, «i vari interessi, pubblici e privati non sono l'oggetto della scelta ma sono piuttosto il criterio secondo cui la scelta va compiuta».

¹⁹⁵ M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 376. Cfr., da ultimo, la pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. II - Roma, 6 maggio 2022, n. 5672 relativa all'esercizio del potere di autotutela sulla D.I.A. che deve assicurare tutte le garanzie stabilite dalla vigente normativa per l'uso dell'autotutela stessa. L'amministrazione infatti deve verificare la sussistenza di tutti i presupposti ed assicurare tutte le garanzie stabilite dalla vigente disciplina per l'uso dello strumento dell'autotutela, «che va ad incidere su una realtà fattuale e giuridica già consolidata e, come tale, non può prescindere dalla partecipazione del privato al procedimento di secondo grado e dall'attenta ponderazione dell'interesse privato in rapporto all'attualità dell'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto ormai formatosi».



D'altra parte, come *contromisura* in un momento in cui si avverte la forte prevalenza dell'interesse pubblico si registra un'altrettanto decisa tendenza giurisprudenziale qualificabile come garantista, che da tempo ha affermato la necessità che l'annullamento e la revoca debbano essere adeguatamente motivati, non soltanto con l'indicazione delle norme e dei principi di diritto che si assumono violati, ma anche delle ragioni di pubblico interesse¹⁹⁶, riferite alla situazione attuale e concreta in ordine alla quale si provvede, che abbiano indotto l'organo amministrativo al ritiro del proprio atto¹⁹⁷. La motivazione *infortiata* dei provvedimenti di revoca mira, pertanto, a realizzare un altro importante risultato quanto agli effetti riguardanti l'area del merito o dell'opportunità, posto che se il merito o l'opportunità costituiscono ambiti sottratti al sindacato di legittimità del giudice, d'altro canto, proprio la motivazione adeguata «riduce drasticamente l'ampiezza di questa area e tendenzialmente elimina la sempre incerta figura dei vizi di merito»¹⁹⁸.

Da una iniziale tendenza ad indicare semplicemente e talora tautologicamente l'inopportunità dell'atto amministrativo oggetto di revoca si è infine giunti –in virtù dell'evoluzione giurisprudenziale– alla richiesta della «puntuale dimostrazione della sussistenza dei motivi determinanti l'eliminazione o il ritiro di un atto dalla vita giuridica»¹⁹⁹.

Unica eccezione a tale rigore si incontra –per una scelta comprensibile del legislatore– nei casi in cui l'interesse sotteso all'attività di autotutela consista nell'evitare l'esborso definitivo di denaro pubblico senza titolo: in tali casi, secondo giurisprudenza costante²⁰⁰, non è

¹⁹⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991 in relazione alla revoca dell'aggiudicazione di una gara pubblica, in cui si afferma che «Negli appalti pubblici non è precluso all'amministrazione di revocare l'aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa; l'esercizio di tale potere non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione».

¹⁹⁷ B.G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, cit. Cfr. Cons. St. sez. V, 22 settembre 1993, n. 926, in *Foro amm.*, 1993, con nota di R. Chiappa.

¹⁹⁸ Così E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, cit., spec. p. 335. Inoltre l'A. afferma che anche l'obbligo di motivare in relazione all'interesse pubblico specifico l'annullamento d'ufficio induce a centrare l'attenzione sulle concrete ragioni del provvedere. Inoltre si segnala da ultimo una sentenza della Corte giustizia Ue, grande sezione, 18 gennaio 2022, n. 118, che ha ricondotto la legittimità della revoca al rispetto del principio di proporzionalità, in particolare, per i giudici europei la revoca della garanzia di naturalizzazione deve rispondere al principio di proporzionalità se comporta la perdita definitiva della cittadinanza Ue e può essere adottata solo per ragioni di ordine pubblico.

¹⁹⁹ F. PAPARELLA, *Revoca*, cit., spec. p. 214.

²⁰⁰ Cons. St., VI, 28 ottobre 2002, n. 5893, in *Foro amm.*, CDS, 2002, p. 2577; Cons. St., VI, 4 aprile 2003, n. 1748, in *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 1350; Cons. St., V, 8 aprile 2003, n. 1849, in *Foro amm.*, CDS, p.1310; Cons. St., IV, 22 ottobre 2004, n. 6956, in *Foro amm.*, CDS, p. 2854. Da ultimo v. Cons. St., sez. IV, 23 marzo 2022, n. 2105 sulla ripetizione di somme non dovute, dove si chiarisce che «l'esercizio del diritto-dovere dell'Amministrazione di ripetere le somme indebitamente corrisposte ai pubblici dipendenti è atto dovuto; il recupero di tali somme costituisce il risultato di attività amministrativa, di verifica, di controllo, priva di valenza provvedimentoale; in tali ipotesi l'interesse pubblico è *in re ipsa* e non richiede specifica motivazione: infatti, a prescindere dal tempo trascorso, l'oggetto del recupero produce di per sé un danno all'Amministrazione, consistente nell'esborso di denaro pubblico senza



necessaria una vera e propria motivazione dell'interesse pubblico alla base del provvedimento di autotutela, essendo questo *in re ipsa*²⁰¹. Infatti, la necessità di evitare le conseguenze finanziarie negative derivanti dalla determinazione originaria consente di superare sia la valutazione delle posizioni dei destinatari dell'indebita elargizione, sia il requisito dell'attualità dell'interesse.

Tranne queste limitate ipotesi è evidente che la motivazione e il sindacato giudiziale che diviene per quella via possibile soltanto in sua presenza restano in realtà gli unici strumenti che consentono il necessario controllo del potere di revoca, tuttora inserito nell'ordinamento amministrativo con la dovuta "forza", attribuito alla pubblica amministrazione per la condizione del perseguimento degli interessi pubblici attuali e concreti. Può ritenersi, dunque, che questi ultimi godano di un regime giuridico di favore la cui attuazione concreta è affidata all'autorità che ha esercitato motivatamente il potere.

La motivazione serve in questo caso a contemperare il potere di revoca, attribuito all'organo pubblico al fine di realizzare la costante rispondenza all'interesse pubblico delle attività rimesse alle sue cure, con la garanzia dei terzi rispetto ad un uso arbitrario o eccessivo di quello strumento. Dunque viene richiesto che si ritengano sussistenti, allo scopo di legittimare il provvedimento, la puntuale indicazione dei motivi concreti e attuali di interesse pubblico²⁰² che possano giustificare la revoca, da valutare comparativamente con il

titolo ed un vantaggio ingiustificato per il dipendente; si tratta dunque di un atto dovuto che non lascia all'Amministrazione alcuna discrezionale *facultas agendi* e, anzi, configura il mancato recupero delle somme illegittimamente erogate come danno erariale; il solo temperamento ammesso è costituito dalla regola per cui le modalità di recupero non devono essere eccessivamente onerose, in relazione alle condizioni di vita del debitore».

²⁰¹ Diversamente, ad esempio, in materia edilizia, non può ritenersi sussistente in via generale un interesse pubblico "*in re ipsa*" al ritiro del titolo edilizio illegittimo (cfr. di recente Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2022, n. 1976). Nella pronuncia si afferma che principi generali che devono essere considerati in materia di annullamento in autotutela di un atto amministrativo devono essere applicati, in linea di principio, anche nell'ipotesi in cui oggetto di annullamento sia un titolo edilizio, di conseguenza «è necessario che l'atto di annullamento rechi una motivazione specifica in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro, non potendosi ritenere sussistente in via generale un interesse pubblico *in re ipsa* al ritiro del titolo edilizio illegittimo».

²⁰² Non è invece richiesta una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale nel caso, ad es., dell'ordine di demolizione, atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, posto che «non vi è un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il mero decorso del tempo non sana, e l'interessato non può dolersi del fatto che l'amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi». Cfr. Cons. St., sez. II, 20 luglio 2022, n. 6373. Pervero, non mancano perplessità di fronte a siffatta scelta, che trascura le ipotesi di trasformazione del territorio in stati di necessità (art. 65 c.p.), disamina che la CEDU richiede come necessaria per evitare la grave ingiustizia di privare dell'unica abitazione una persona che l'ha costruita in stato di necessità, non disponendo di altre soluzioni, né delle risorse necessarie per un acquisto o una locazione, e talora addirittura non potendo più muoversi dalla casa abusiva per le condizioni di salute certificate e riconosciute nello stesso Comune che dovrebbe demolire in danno. V. art. 54 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo...». Secondo CEDU 21 aprile 2016, *Ivanova and Cherkezov / Bulgaria*, poiché la perdita della casa di abitazione costituisce la forma più grave ed estrema di ingerenza statale nel diritto al rispetto



sacrificio imposto al privato. La dimostrazione di tale interesse deve essere tanto più puntuale e congrua quanto più “profondamente” la revoca sia destinata ad incidere nella sfera giuridica dei privati²⁰³ che abbiano riposto il loro legittimo affidamento sulla validità e permanenza dell’atto revocato²⁰⁴. A questo scopo la norma prevede la possibilità dell’indennizzo –espressione di un principio di equilibrio economico, che fa da contrappeso alla decisione unilaterale e discrezionale dell’amministrazione²⁰⁵– se dalla revoca sia derivato pregiudizio in danno dei soggetti interessati.

La norma pare infine rappresentare un decisivo passo avanti per la tutela del cittadino che si trovi a subire un provvedimento di revoca: in tal caso il legislatore ha codificato un progresso sul piano del rapporto libertà-autorità –ossia del binomio posto «a fondamento dello Stato democratico»²⁰⁶– volto al conseguimento di un (pur parziale) ristoro per il cittadino che incontri il potere²⁰⁷. Tuttavia non va dimenticato che, nel disegno del legislatore del 2005, la revoca, accanto alle ipotesi fondate su «sopravvenuti motivi di pubblico

della propria abitazione «gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare un esame giudiziale della complessiva proporzionalità di misure così invasive, come la demolizione della propria abitazione, e a riconsiderare l’ordine di demolizione della casa abitata dai ricorrenti alla luce delle condizioni personali degli stessi, che vi vivevano da anni e avevano risorse economiche limitate». Neanche il giudice dell’esecuzione, secondo la CEDU, nell’emettere l’ordine di demolizione, deve valutare la proporzionalità della stessa rispetto allo scopo, nel caso in cui le opere illecite siano necessarie per esigenze abitative. La Corte EDU ha, in relazione al caso di specie, precisato la doverosità, a fronte dell’emanazione di misure invasive poste in essere a salvaguardia della legalità, di procedere ad una valutazione circa le condizioni economiche e personali in cui versano i soggetti destinatari delle stesse. Ancora: CEDU 17.10.2013, *Winterstein* e altri / Francia, che, partendo dal presupposto che tale interferenza fosse prevista dalla legge e volta a perseguire scopi legittimi, inclusa la tutela della sicurezza e della salute pubblica, afferma la necessità di stabilire se essa potesse definirsi anche necessaria in una società democratica alla luce della condizione di particolare vulnerabilità riconosciuta a taluni soggetti. Quanto all’applicazione del principio di necessità nel codice penale, cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000; nonché F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018).

²⁰³ In questo senso cfr. Cons. St., sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393, che sembra delineare diversi gradi di dettaglio per la motivazione in relazione agli interessi privati incisi dalla revoca: «lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell’offerta; mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l’amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall’impresa, in tal modo disponendone l’esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell’offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale».

²⁰⁴ Cfr. sul punto la pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2022, n. 833, dove si rimarca la valutazione ampiamente discrezionale dell’amministrazione nel caso essa debba procedere ad un provvedimento di revoca. Tuttavia, nonostante si sottolinei che il mutamento della normativa e della giurisprudenza esistenti al momento dell’adozione di un provvedimento amministrativo costituisce ragione idonea a fondare l’esercizio del potere di revoca in autotutela da parte dell’amministrazione, ciò avviene «sempre a condizione che, in conseguenza del nuovo assetto, non sia possibile conservare gli effetti del provvedimento ovvero non sia più conveniente o opportuna la decisione assunta».

²⁰⁵ M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 376.

²⁰⁶ Definito tale da V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e Autorità*, cit., spec. XVII.

²⁰⁷ Tuttavia, questa conquista “limitata” per il cittadino che abbia riposto il suo legittimo affidamento crea forti contrasti con i principi del diritto comunitario, come sottolinea B.G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, cit.



interesse» e per «mutamento della situazione di fatto», consente la revocabilità del provvedimento nella circostanza di «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario», legittimando pertanto lo *jus poenitendi* nella forma più dura²⁰⁸, a prescindere dal contenuto (autorizzatorio o ablatorio) del provvedimento *de quo*.

Quanto al presupposto della sopravvenienza sembra prevalere il profilo oggettivo, mentre negli altri casi emerge più distintamente un profilo di soggettività per una nuova valutazione dell'interesse originario o per un'originaria viziata valutazione dell'interesse pubblico. Tuttavia la dottrina ha criticato questa impostazione volta a distinguere tra profilo soggettivo e oggettivo²⁰⁹, in considerazione del fatto che sia per i sopravvenuti motivi, sia per la nuova valutazione degli interessi pubblici la giurisprudenza richiede che essi corrispondano a precisi requisiti oggettivi, obiettivamente verificabili, pertanto non ritenendo sufficienti le valutazioni soggettive della p.a.; d'altronde, nella stessa prospettiva volta a garantire il cittadino da un potere troppo invasivo dell'amministrazione, la giurisprudenza ha limitato agli aspetti essenziali della vicenda l'ipotesi del mutamento della situazione di fatto, che infatti va riferita ad aspetti che non riguardino questioni marginali²¹⁰.

Proprio nel caso dello *jus poenitendi*, ove la «valutazione giuridica del passato» non è supportata, e da elementi sopravvenuti, e da altri esistenti prima della decisione, l'esercizio del potere discende da un mutamento nelle priorità dell'autorità decidente, sembra non possa rinvenirsi quell'«inderogabile interesse pubblico» per via del quale la Corte di giustizia²¹¹ ritiene si possa contravvenire al principio di legittimo affidamento²¹² –

²⁰⁸ G. MASSARI, *Il procedimento amministrativo italiano alla luce del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 1499. In materia di revoca cfr. la pronuncia del Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 4 aprile 2022, n. 246 dove si precisa che la revoca, nel caso specifico, non ha un intento sanzionatorio-punitivo, ma ha natura cautelare, a tutela delle esigenze di incolumità di tutti i consociati, dunque nell'interesse pubblico volto a garantire la sicurezza. In altri casi, d'altronde, la giurisprudenza specifica che la revoca può assumere la particolare connotazione di revoca-sanzione (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 7 marzo 2022, n. 379) ad esempio, quando tra le sopravvenienze di pubblico interesse rientrano comportamenti scorretti dell'aggiudicatario manifestati successivamente all'aggiudicazione definitiva.

²⁰⁹ Infatti «la nuova valutazione presuppone sempre delle circostanze sopravvenute, che possono consistere anche solo nella sopravvenuta conoscenza di fatti verificatisi prima dell'emanazione del primo atto, ma all'epoca non noti; quella tra revoca per originaria inopportunità e sopravvenuti motivi di pubblico interesse, in quanto comunque deve sempre essere effettuata una comparazione tra assetto di interessi attuale e pregresso, così che risulta una mera sfumatura quantitativa» l'accentuazione dell'uno o dell'altro momento. In ogni caso, l'Amministrazione procederà sempre ad una valutazione delle circostanze e interessi attuali rispetto a quelli originarie. Cfr. per queste considerazioni, F. COSTANTINO, *Efficacia del provvedimento e autotutela*, cit., p. 200.

²¹⁰ TAR Veneto, Venezia, sez. I, 6 novembre 2013, n. 1231.

²¹¹ Corte giust., sentenza 14 maggio 1975, C-74/74, CNTA.

²¹² Cfr. sul punto di recente Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 2 (in *Gior. dir. amm.*, 2022, p. con commento di S. Mirate, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara d'appalto*), dove si definiscono caratteri e limiti dell'affidamento del privato destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato in sede giurisdizionale, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico, poi revocata a seguito di una pronuncia giudiziale di annullamento. In particolare viene affrontata la questione della rilevanza o meno della partecipazione procedimentale e la problematica nozione di affidamento incolpevole costruita dal Consiglio di Stato con la presente decisione. Infatti, «Nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo



l'incompatibilità del mero "ripensamento" con i principi del diritto comunitario²¹³ è a questo punto pienamente condivisibile – posto che l'interesse pubblico alla base del provvedimento di revoca non può essere inderogabile, «dal momento che era stata la stessa amministrazione, ad un primo esame, a derogarlo»²¹⁴.

Sembra pertanto che vi sia l'influenza determinante della Corte di giustizia europea alla base della modifica apportata dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 all'art. 21-*quinquies*, per la quale il mutamento della situazione tale da giustificare la revoca deve essere non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento –si pensi ai provvedimenti di revoca fondati sull'emergenza epidemiologica²¹⁵– e lo *jus poenitendi* può farsi valere solo per i provvedimenti diversi da quelli di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. In tal modo si ottiene una indubbia conquista in termini di garanzie, considerato che le decisioni amministrative favorevoli al cittadino, «se conformi alla legge, non possono più essere ritirate per il sol fatto che l'amministrazione abbia cambiato opinione al riguardo»²¹⁶.

Nello stesso solco, nel senso dell'introduzione di un deciso *favor* per il cittadino, non va sottaciuta la previsione di un tempo massimo entro il quale procedere all'annullamento d'ufficio, introdotta dall'art. 6, comma 1, lett. c), legge 7 agosto 2015, n. 124, inserita in un nuovo percorso di *dequotazione* della discrezionalità amministrativa²¹⁷, sulla scia di quella giurisprudenza della Corte di giustizia Ue²¹⁸ che richiede l'obbligo di riesame di un

esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi. Nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa».

²¹³ V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *Astrid Rassegna*, 2005, p. 25.

²¹⁴ G. MASSARI, *Il procedimento amministrativo italiano alla luce del diritto europeo*, cit.

²¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2022, n. 201, riguardante la revoca di un provvedimento in campo sanitario che, alla luce dell'epidemia da Covid 19, risultava non più rispondente né adeguato rispetto alle esigenze sopravvenute. La *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa nel 2021* del Presidente del Consiglio di Stato dedica una quindicina di pagine al diritto della pandemia (cfr. G. VESPERINI *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 294). È persuasivo, infine, nel suo complesso, il giudizio che il Consiglio di Stato esprime circa la risposta che il diritto pubblico ha dato (finora) alla situazione di emergenza «Il nostro sistema costituzionale ha dimostrato capacità di adattamento, rimanendo fedele alle premesse dello Stato di diritto (...) senza snaturarsi e senza 'rotture' dei paradigmi consolidati. La preminenza del diritto alla salute non lo ha sottratto al bilanciamento con altri valori costituzionali (...); le misure limitative dell'ordinario svolgimento della vita sociale, ove sorrette da proporzionalità e rispettose della dignità umana, non hanno prodotto alterazioni irreversibili dei nostri diritti costituzionali individuali e collettivi» (p. 13).

²¹⁶ G. MASSARI, *Il procedimento amministrativo italiano alla luce del diritto europeo*, cit.

²¹⁷ Cfr. su questo punto le considerazioni di G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, cit., p. 3697.

²¹⁸ Corte di giust. Ue, 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Willig Kempter KG*, Id., 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kuhne & Heitz*.



provvedimento pur definitivo al fine di adeguarsi ad una sopravvenuta interpretazione e ad un intervento normativo cui non può negarsi la retroattività di fatto nell'ambito dell'ordinamento europeo.

Sembra opportuno a questo punto fare riferimento a quella dottrina secondo la quale, almeno quanto al diritto sostanziale, «oggi il pendolo sembra oscillare verso il polo della “garanzia”...specie dopo la riforma Madia del 2015»²¹⁹; segnatamente ciò viene testimoniato proprio dal forte ritorno d'attenzione per le figure dell'esercizio del potere di autotutela decisoria, volta perlopiù a soddisfare le esigenze di tutela del cittadino, con un conseguente ridimensionamento della sfera dell'autoritatività e una “retrocessione” rispetto alla posizione di assoluta primazia occupata in passato, talora a seguito di valutazioni acritiche, dall'interesse pubblico.

7. Interesse pubblico e annullamento d'ufficio.

Ben prima della sua positivizzazione nel 2005 –nell'ambito della l. 241 del 1990– la dottrina aveva da tempo individuato la ragione primaria alla base dell'istituto dell'annullamento d'ufficio proprio nella necessità di tutelare l'interesse pubblico, più che nella esigenza di porre rimedio ad un vizio o risolvere conflitti²²⁰. In tal senso può dirsi che la prevalenza dell'interesse pubblico appaia motivata come ragione *oggettivata*²²¹, per le «esigenze prevalenti dell'azione amministrativa, riconducibili ai suoi fini istituzionali»²²², ciò che del resto dimostravano studi autorevoli che inquadravano l'azione amministrativa in senso funzionale, come attuazione degli interessi pubblici, assunti come fine dell'azione²²³.

Nello stesso solco si segnala anche la giurisprudenza che non ha mancato di sottolineare il nesso assai evidente tra l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e il principio di buon andamento, circostanza che ha reso più confacente l'inserimento di tale istituto «nel quadro dell'amministrazione attiva, più che dell'autotutela, che è attività di secondo grado»²²⁴.

Quanto alle “qualità” del provvedimento, posto il richiamo contenuto nelle norme dell'art. 21 *nonies* all'art. 21 *octies*, può dedursi che il provvedimento annullabile d'ufficio debba essere illegittimo, senza trascurare che l'illegittimità che viene richiesta in giurisprudenza è stata configurata come originale, grave ed insanabile.

Oltre all'illegittimità, tuttavia, si è da sempre aggiunta in giurisprudenza la necessità dell'accertamento costitutivo avente ad oggetto la presenza di un interesse pubblico

²¹⁹ G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 363.

²²⁰ F. COSTANTINO, *Efficacia del provvedimento e autotutela*, in A. Romano, a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, spec. p. 195.

²²¹ Cfr. S. ROMANO, *Annulamento degli atti amministrativi* (voce con aggiornamenti e revisione di G. Miele), in *Noviss. Dig. It.*, I, p. 642; F. BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, II, p. 537; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, II, p. 484.

²²² A. CIOFFI, *Annulamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, cit., p. 75.

²²³ A. ROMANO, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, in *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli, nel centenario della nascita* (a cura di M.A. Sandulli), Napoli, 2016, p. 93.

²²⁴ F. COSTANTINO, *Efficacia del provvedimento e autotutela*, cit. Cfr., in tal senso Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

all'annullamento²²⁵ –descritto in giurisprudenza come concreto e attuale sin dagli anni '50 del XX secolo²²⁶– il quale caratterizza peraltro la stessa *figura juris* dell'annullamento d'ufficio rispetto a quello giurisdizionale, basato invece sulla tutela di un interesse privato.

Sebbene sia stato qualificato come interesse *oggettivato* quello che è collocato alla base della scelta dell'amministrazione volta all'annullamento di un atto –che pur appaia legittimo– va pertanto preliminarmente sottolineato che tale esigenza, con la conseguente possibilità di scelta, è un *quid* che resta nella totale disponibilità giuridica dell'amministrazione²²⁷.

Cosicché, proprio valorizzando la tendenza giurisprudenziale in materia di annullamento d'ufficio alla stregua di un angolo d'osservazione particolarmente privilegiato, si può osservare che sembra vi sia stata una sorta di parabola discendente quanto alla posizione rivestita dall'interesse pubblico –in relazione al grado di tutela e centralità– nello specifico caso dell'annullamento d'ufficio. In tal senso va registrato un vero e proprio “picco” di massima tutela nel momento in cui esso è stato positivizzato nell'ambito delle norme di cui all'art. 21 *nonies*, mentre allo stato attuale del diritto vivente la tutela appare come eccezionale, funzionale come essa si presenta soprattutto alla garanzia delle attività economiche²²⁸. Infatti, la c.d. “Riforma Madia”²²⁹, contenuta nella l. 7 agosto 2015 n. 124, reca nella stessa epigrafe del provvedimento legislativo recante “deleghe al Governo in materia di

²²⁵ *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4552. Il TAR Lazio (Roma, sez. II, 9 aprile 2021, n. 4190) ricorda come, per l'annullamento dell'aggiudicazione, sia necessaria la sussistenza di un interesse pubblico secondo quanto previsto dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, tuttavia, la sussistenza dei profili di illegittimità non è sufficiente a giustificare la misura dell'auto-annullamento d'ufficio. Devono ricorrere infatti anche altri presupposti che legittimano la misura prescelta ossia l'interesse pubblico all'annullamento e la comparazione degli interessi pubblici e privati comunque coinvolti. Da ultimo cfr. Cons. Stato, sez. II, 17 ottobre 2022, n. 8840, cit. «Secondo l'univoco orientamento giurisprudenziale, i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio... sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari». Tuttavia, nello specifico caso all'esame dei giudici, la rilevanza dei vizi riscontrati, che hanno determinato un vero e proprio mutamento della destinazione urbanistica dell'area, incompatibile con la disciplina di settore, «è stata ritenuta ostativa all'attribuzione di peculiare e prevalente rilievo all'affidamento del privato all'anelato mantenimento dell'atto risultato in contrasto con la vigente disciplina normativa, con conseguente prevalenza dell'interesse pubblico al corretto e coerente utilizzo di ambiente e paesaggio rispetto all'interesse economico alla prosecuzione dell'intervento edilizio illegittimamente autorizzato». Sicché, i giudici di palazzo Spada hanno ritenuto che proprio in virtù della particolare delicatezza e rilevanza degli interessi paesaggistici ed urbanistici tutelati dalla normativa di settore nella motivazione del provvedimento sono stati alla fine privilegiati tali interessi rispetto all'affidamento del privato, anche avuto riguardo alla «non particolare pregnanza in considerazione della gravità del vizio». Si richiama, inoltre, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 12 febbraio 2008 in C-2/2006, secondo cui il giudicato formatosi su una interpretazione, successivamente ritenuta non conforme al diritto euro-unitario, non costituisce un limite all'esercizio dell'autotutela. Il TAR Lazio ricorda come, per l'annullamento dell'aggiudicazione, sia necessaria la sussistenza di un interesse pubblico secondo il paradigma generale previsto dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990.

²²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 1950, n. 1338, in *Foro it.*, 1951, III, p. 228 (una sentenza “pilota”), con nota di A. DE VALLES, *Annullamento d'ufficio ed interesse pubblico*, *ibidem*, p. 228.

²²⁷ Sul punto cfr. F. Merusi, *Interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 21; A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, cit.



riorganizzazione della pubblica amministrazione”, la prospettiva di un rilevante *novum* nell’ordinamento giuridico: in particolare, di un ripensamento dei moduli organizzativi dell’amministrazione. Nonostante possa apparire nel complesso una riforma poco incisiva quanto all’assetto degli istituti del procedimento amministrativo, deve ritenersi che in relazione alla materia di cui ci stiamo occupando «le nuove disposizioni non recano norme di dettaglio o di poco interesse, ma incidono profondamente sui caratteri e sulla natura dell’istituto dell’autotutela amministrativa»²³⁰.

In relazione alla differenza di presupposti alla base delle due ipotesi di autotutela –revoca e autotutela– nel primo caso non si interviene in ragione di un provvedimento *ab origine* viziato nella legittimità, bensì si tratta di nuove valutazioni di opportunità, che consentono sempre alla pubblica amministrazione di ritirare o rimodulare il suo precedente *agere* provvedimentale.

La legge sembra predisporre un sistema per il quale la tutela dell’affidamento sia più pregnante nell’ambito dell’annullamento d’ufficio rispetto a quello della revoca, poiché, nell’annullamento il decorso del termine ragionevole, oggi ridotto a 12 mesi, dopo la novella del 2021²³¹ –nell’ambito della normazione derivante dalla necessità di accelerare le

²²⁸ Come acutamente osserva A. CIOFFI, *Annulamento d’ufficio, interesse generale e libertà economiche*, cit., spec p. 76. Cfr. nello stesso senso M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche : le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2015. Sulla riforma e sulle conseguenze in materia di autotutela, che impongono ormai un ripensamento dell’istituto, considerata l’eccezionalità del potere che ora è posto in capo all’amministrazione, cfr. F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell’art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124)*, in *www.federalismi.it*, 2015. La “Riforma Madia” si concreta nella L. 7 agosto 2015 n. 124 che, come esplicitamente dichiarato nella stessa epigrafe del provvedimento legislativo, prevede “deleghe al Governo in materia di riorganizzazione della pubblica amministrazione”

²²⁹ Come ricorda F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell’art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124)*, cit., «In quanto legge di delega, la l. 124/2015 si limita pertanto a individuare gli oggetti e ad indicare principi e criteri direttivi dell’intervento riformatore che il Governo dovrà attuare in concreto. Il progetto complessivo è abbastanza ambizioso: codice dell’amministrazione digitale; riordino della disciplina della conferenza di servizi; riordino della disciplina della scia e del silenzio assenso; revisione e semplificazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza; riorganizzazione dell’amministrazione dello Stato (Presidenza del Consiglio, Ministeri, Agenzie governative ed enti pubblici non economici); riordino delle camere di commercio; dirigenza pubblica; semplificazione dell’attività degli enti pubblici di ricerca; redazione di testi unici in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e dei servizi pubblici locali; riordino della procedura innanzi alla Corte dei Conti».

²³⁰ F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell’art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124)*, cit. Sicché, secondo l’a., può concludersi che la riforma del 2015 metta sicuramente in crisi «ricostruzioni ormai pacificamente acquisite, ma al tempo stesso sembra fornirne anche la soluzione recuperando e rinforzando il rapporto dell’autotutela amministrativa con il principio di legalità». L’autotutela decisoria pertanto, pur non rappresentando più l’espressione di un potere generale connaturato all’azione amministrativa, trova d’altra parte il proprio fondamento nel testo vigente dell’art 21 *nonies* della l. 241 del 7 agosto 1990, che fonda per tal via l’esistenza di «un potere eccezionalmente attribuito alla pubblica amministrazione e che dipende pertanto, nella sua concreta configurazione, dai modi e termini in cui è plasmato dalla norma di legge».

²³¹ Con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito in le. 29 luglio 2021, n. 108 viene modificata ulteriormente la disciplina di cui all’art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, posto che è stato ridotto da



conclusioni dei procedimenti amministrativi per rendere possibile il rispetto delle scadenze previste dal PNRR nell'esecuzione di opere pubbliche soprattutto– impedisce all'amministrazione di esercitare il potere di annullamento, pena l'illegittimità del provvedimento di secondo grado per violazione di legge, o eccesso di potere. Va a questo proposito ricordato che l'art. 6, comma 1, lett. d), n. 1), l. 7 agosto 2015, n. 124²³² ha modificato l'art. 21-*nonies*, comma 1, l. 241 del 1990 introducendo un termine massimo, inizialmente corrispondente a 18 mesi e che si è ulteriormente ridotto nel 2021, per il potere di autotutela amministrativa²³³, mostrando un evidente «*favor* verso l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, *in primis* degli operatori economici la cui azione risulta condizionata dalle decisioni amministrative, a scapito dell'interesse alla legittimità dell'attività amministrativa»²³⁴. L'aver anteposto le esigenze di certezza e stabilità sembra tuttavia provocare delle conseguenze non prive di rilievo in relazione ad un ridimensionamento del potere della p.a. ed, in particolare, al (tradizionalmente assunto) presupposto della sua immanenza ed inesauribilità al fine di curare l'interesse pubblico. In questa nuova prospettiva che predilige la tutela dei valori suesposti, anzi, può osservarsi che il potere di autotutela si mostra limitato «nei presupposti del suo esercizio da risultare non più

18 a 12 mesi il termine entro il quale le pubbliche amministrazioni possono procedere all'annullamento d'ufficio dei numerosissimi provvedimenti amministrativi di autorizzazione o di quelli aventi ad oggetto l'attribuzione di vantaggi economici.

²³² Le norme di cui all'art. 6, comma 1, lettera d) apportano infatti rilevanti modifiche all'articolo 21-*nonies*: al comma 1, dopo le parole: «entro un termine ragionevole» sono inserite le seguenti: «, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20»; 2) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: «2-*bis*. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

²³³ In relazione alla specifica materia edilizia, invece, «l'istituto dell'autotutela decisoria (nelle forme dell'annullamento, della revoca, del ritiro e della sospensione), tradizionalmente concepito come espressione del potere, immanente, generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni esplicitamente o implicitamente assunte, si rivela evidentemente inadeguato per giustificare l'esercizio dei poteri di controllo “tardivo” sulla legittimità dei titoli “autocertificati” e soggetti a verifica immediata di conformità entro un termine perentorio (d.i.a., s.c.i.a.) introdotti dalla l. n. 241 del 1990 e più volte rivisitati e riordinati fino ai decreti attuativi della l. n. 124/2015 (e non formalmente previsti per c.i.l. e c.i.l.a.). Sotto altro profilo, in termini più generali, le crescenti esigenze di sicurezza giuridica sulla stabilità dei titoli abilitativi e di quelli comunque attributivi di vantaggi economici hanno reso necessaria una delimitazione del potere amministrativo di caducarli o sospenderne o comunque negarne ab origine l'efficacia». Questa l'assai nota posizione di gran parte della dottrina italiana, in armonia con la tesi generale elaborata da M.A. SANDULLI, *Edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, p. 171.

²³⁴ F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124)*, cit.



spiegabile come un potere generale, immanente ed inesauribile; ma come un potere spendibile unicamente nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente»²³⁵.

Nell'ipotesi della revoca, al contrario, l'interesse del privato destinatario non potrà mai risultare ostativo all'esercizio del potere di riesame, dovendo questo eventualmente essere soltanto indennizzato economicamente²³⁶.

Le esigenze di tutela del legittimo affidamento, richiamate in un provvedimento di revoca, sono considerate dall'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990 che, a differenza dell'art 21 *nonies*, l. n. 241/1990, riconosce, al più, un obbligo di indennizzo gravante sulla p.a. e dunque un ristoro eventuale, a carattere economico, per il pregiudizio che l'affidamento del privato abbia subito per effetto dell'esercizio del potere di autotutela.

Si tratta di una disposizione di particolare rilevanza, che attribuisce uno specifico valore al decorso del tempo e al relativo affidamento che si ingenera nel privato sulla stabilità degli effetti giudici favorevoli -di ampliamento della sfera giuridica, autorizzatori o di attribuzione di vantaggi economici- discendenti dall'esercizio dei pubblici poteri. In virtù di tale *novum* si è ritenuto in giurisprudenza che «la norma in esame codifichi nella legge generale sul procedimento amministrativo un principio di *civiltà giuridica*, funzionale a riequilibrare l'asimmetria immanente nel rapporto tra gli amministrati e l'autorità, introducendo un limite temporale all'esercizio del potere amministrativo di riesame (tradizionalmente inesauribile e, in ogni caso, astretto a limiti non ben scanditi, siccome risultanti da clausole "elastiche" quali: "ragionevolezza del termine"; motivazione specifica; interessi dei destinatari e dei controinteressati *et similia*) in guisa speculare rispetto a quello che tradizionalmente connota lo *ius agendi* dei privati, con l'ordinario termine di decadenza di 60 giorni, ovvero di 120 giorni per l'azione risarcitoria o il ricorso straordinario al Capo dello Stato»²³⁷. Tuttavia il Consiglio di Stato²³⁸ non ha tardato a "limitare" nuovamente la possibilità di applicare tale norma di civiltà giuridica, specificando che il termine di diciotto mesi per intervenire in autotutela è applicabile –senza alcuna retroattività rispetto alla legge–per i provvedimenti adottati dopo l'entrata in vigore della l. 124 del 2015. Per tal via, nei procedimenti di annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies* l. 241 del '90, il termine attuale di 12 mesi per intervenire in autotutela è applicabile solo per i provvedimenti emanati dopo l'entrata in vigore della l. 124 del 2015 «in considerazione della natura innovativa (e non interpretativa) della disposizione». Infatti, si tratta di un termine che non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il tempo decorso anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, atteso che tale interpretazione, oltre a porsi in netto contrasto con il

²³⁵ F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124)*, cit.

²³⁶ Cfr. in tal senso, tra le innumerevoli pronunce, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 novembre 2020, n. 5027, secondo cui il legittimo affidamento del privato leso dall'adozione di un atto di revoca in autotutela da parte della pubblica amministrazione trova tutela proprio con il riconoscimento di un indennizzo.

²³⁷ Cfr. T.A.R. Campania, sez. VI, Napoli, 16 agosto 2021, n. 5512 che ha ritenuto illegittima l'adozione del provvedimento di annullamento in autotutela dell'autorizzazione paesaggistica dopo lo spirare del termine di 18 mesi. Cfr. già T.A.R. Lombardia sez. I, Milano, 2 luglio 2018, n. 1637.

²³⁸ Sez. VI, 9 marzo 2022, n. 1704.



generale principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. È fatta comunque salva l'operatività del sopravvissuto «termine ragionevole», secondo la formulazione del testo previsto dall'originaria versione del citato art. 21-*nonies*, aggiungendo che se i dodici mesi non siano ancora decorsi, tuttavia la nuova norma non può non valere in casi più gravi come ineludibile indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione.

Diversamente, nel caso di *condictio indebiti*, la giurisprudenza è concorde nel ritenere la sussistenza di un interesse pubblico *in re ipsa* e un obbligo *ex lege* al recupero da parte dell'amministrazione delle somme erroneamente corrisposte in senso oggettivo o –più raramente– soggettivo. Infatti, nel caso di recupero da parte dell'amministrazione di tali erogazioni erronee, né l'affidamento del percipiente, né il decorso del tempo sono di ostacolo all'esercizio del diritto-dovere di ripetere le somme, posto che il recupero va configurato alla stregua di «un atto dovuto, privo di valenza provvedimentoale, da adottarsi con il solo dovere di osservare modalità non eccessivamente onerose per il soggetto colpito»²³⁹.

8. Verso una nuova cultura dell'interesse pubblico "demitizzato".

Come si è cercato di porre in luce, la stessa nozione di interesse pubblico è stata oggetto nel corso degli anni di molteplici studi, con impostazioni e conclusioni diverse, suscitate dai mutamenti delle successive forme di Stato e soprattutto delle trasformazioni subite dall'ordinamento e dalla pubblica amministrazione. Segnatamente, proprio il passaggio da un'amministrazione di stampo autoritativo ad un'amministrazione dapprima intesa come funzione, poi come funzione partecipata, talora coniugata in termini di amministrazione di prestazioni da garantire anche attraverso servizi pubblici, ha implicato un'accentuata valorizzazione della ricerca di un interesse pubblico molto più concreto e, per così dire, "dinamico" rispetto a quello ipostatizzato ed identificato con il fine di volta in volta prefigurato dall'ordinamento attraverso la norma attributiva del potere ad un soggetto amministrativo.

Insieme all'affermazione di taluni interessi privati meritevoli di riconoscimento –talvolta elevati al rango di "diritti fondamentali" e che ricevono perciò una tutela non molto differente da quella prevista in generale per gli interessi pubblici–, nuovi enti, agenzie, società in mano pubblica risultano preposti alla cura di sempre più numerosi interessi pubblici, connessi ad altrettanti bisogni espressi dalla collettività, che potrebbero definirsi "sbocciati" nell'ambito di rinnovati modelli di amministrazione.

L'analisi dell'interesse pubblico, perciò, sembra arricchirsi di nuovi profili, più concreti, a seguito della sua collocazione e valorizzazione nell'ambito del procedimento amministrativo,

²³⁹ Cfr., ad es., Cons. Stato sez. I - 20/11/2020, n. 1874; ne discende che l'amministrazione non è tenuta a fornire una specifica motivazione né sulle ragioni del recupero, né sulla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies* della l. 241/90 per l'esercizio del potere di autotutela amministrativa, dato che il danno prodotto all'amministrazione dalla corresponsione di un beneficio economico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il destinatario, fa sorgere un interesse pubblico *in re ipsa* al recupero delle somme, nonché un obbligo *ex lege* rispetto al quale il decorso del tempo non assume rilevanza.



mentre perde terreno la mera concezione astratta di un interesse pubblico predefinito, immutabile, esente da qualsiasi apporto esterno.

Sarebbe perciò ormai anacronistico considerarlo al pari di un *deus ex machina*; al contrario, esso «va demitizzato, va storicizzato, e va altresì inserito in tutta una serie di interessi con i quali deve coesistere»²⁴⁰. Infatti, considerato a lungo al pari di un dogma –intendendosi con questo termine, sia in teologia che nelle discipline giuridiche, «le medesime certezze, che unite tra loro formano una dottrina integrata»²⁴¹– l’interesse pubblico viene ora riconsiderato nello Stato pluriclasse, che ha comportato –com’è noto– una rapida evoluzione riguardante la struttura e il funzionamento dei pubblici poteri, inducendo il necessario avvio di un processo di revisione *ab imis* degli schemi teorici tradizionali. Ed è nell’affermazione del principio democratico, volto ad individuare «nella comunità sociale il punto di origine e di riferimento costante di tutte le potestà pubbliche»²⁴², che si finisce per determinare il superamento definitivo del quadro teorico derivante dall’esperienza avviata nello Stato liberal-borghese.

Non può non osservarsi, in tal senso, cercando di tirare le fila di un processo di evoluzione, una sorta di “sgretolamento” dell’accezione monolitica dell’interesse pubblico che derivava da (potendo definirsi emblematica di) un mutamento del suo contenuto giuridico: da una configurazione astratta di detto interesse, come predeterminato dalla norma legislativa, «ad una configurazione articolata e composita, che viene di volta in volta a delinearci sul piano concreto nell’esercizio dell’attività discrezionale dell’amministrazione, o, meglio, delle amministrazioni»²⁴³.

Del resto, la stessa “frantumazione” di competenze inerenti ad una stessa materia tra soggetti pubblici distinti, quale tecnica giuridica che consente, tra l’altro, di valorizzare le autonomie locali, o le intersezioni tra diversi interessi pubblici nel singolo episodio di esercizio della funzione amministrativa, nonché la diversità di valutazione ed interpretazione delle misure più idonee ad inervare l’interesse pubblico nella situazione concreta, con il conseguente riconoscimento di legittimazione a ricorrere in favore di amministrazioni pubbliche avverso provvedimenti amministrativi adottati da altre amministrazioni, sembrano costituire indici rivelatori non già di un assai improbabile superamento puro e semplice della categoria, peraltro con effetti dirimpenti, ma di una sua evoluzione dinamica.

La definizione dell’interesse pubblico “concreto” nel corso del procedimento amministrativo conduce, dunque, ad un nuovo concetto, per così dire “aperto”, posto che chiunque può partecipare al procedimento amministrativo, con osservazioni, memorie e documenti, anche se non sia portatore di un interesse differenziato e qualificato; ma nel contempo ancorato a parametri propri di un’attività amministrativa non libera nei fini.

²⁴⁰ M. STIPO, *Itinerari dell’interesse pubblico nell’ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, cit., p. 2569.

²⁴¹ M. STIPO, *Itinerari dell’interesse pubblico nell’ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, cit., p. 2579.

²⁴² M. STIPO, *Itinerari dell’interesse pubblico nell’ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, cit., p. 2579.

²⁴³ M. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell’eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 207.



Cosicché, la partecipazione sembra istituto idoneo a delineare la compenetrazione piena tra sfera pubblica e sfera privata, rispettivamente coniugabili anche al plurale, conferendo piena democraticità al nuovo ordinamento amministrativo e trasformando in un tempo relativamente breve un'amministrazione distante e autoritaria in un'amministrazione al passo con i tempi, efficace e attenta alle esigenze dei cittadini.

Si pensi alle implicazioni dell'approvazione del rilevantissimo Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che investe tutto l'apparato amministrativo, dall'assistenza sanitaria, all'agricoltura, all'industria, ecc., di compiti assai impegnativi di progettazione ed esecuzione di opere e risvolti organizzativi con un termine breve (2026), con il proficuo investimento di un ingente finanziamento europeo, in parte a fondo perduto e in parte in prestito redimibile, che presuppone un efficace coordinamento tra tutti gli organi e soggetti pubblici per l'attuazione di un programma di sviluppo e superamento delle disuguaglianze che, se venisse attuato nella sua parte prevalente, porterebbe ad una svolta assai rilevante nell'organizzazione e nello stesso ordinamento, che, a sua volta, dovrebbe essersi giovato delle conseguenze giuridiche di uno sviluppo economico di grande portata.

Attualmente il coordinamento è limitato all'organizzazione della pubblica amministrazione in alcuni suoi settori specifici e, in materia finanziaria, è stato evidenziato il ruolo di cabina di regia per la Ragioneria generale dello Stato, che è l'unico interlocutore nelle tematiche economico-finanziarie, presenti praticamente in ogni rapporto, con l'Unione europea.

In proposito, la dinamica istituzionale prefigurata dal PNRR sulla scorta del *Next generation EU* consente di ricostruire a grandi linee un interesse, di matrice e dimensione sovranazionale, comune agli Stati membri (oltreché agli operatori economici e, più in generale, ai cittadini), a promuovere e favorire, attraverso un massiccio programma di finanziamento eurounitario per progetti tematici, la ripresa economica e sociale dopo lo *choc* indotto dal fenomeno pandemico, mediante l'individuazione di settori, ambiti ed obiettivi di intervento (6 *mission* articolate in 16 componenti) ritenuti strategici per il loro ruolo *ex se* centrale nell'ammodernamento del sistema-Paese e trainante per una pluralità di settori ulteriori, oltreché preordinato a concorrere alla risoluzione di criticità strutturali dell'economia nazionale in un percorso di transizione ecologica e ambientale e di inclusione sociale.

L'attuazione del piano è cadenzata, in modo puntuale, sul piano cronologico.

Che vi sia una pluralità di interessi pubblici coinvolti nelle varie *mission* e nelle componenti attuative e, a catena, nell'individuazione dei singoli progetti da ammettere a finanziamento perché idonei ad inverare, nello specifico settore e/o nella peculiare situazione territoriale, gli obiettivi prefigurati in sede eurounitaria e, in tale solco, da parte di ciascuno Stato membro, non potrebbe agevolmente esser revocato in dubbio.

Si tratta, infatti, di un preciso interesse pubblico correlato sia all'identificazione, nel coacervo dei progetti presentati dai soggetti volta a volta destinatari dell'offerta al pubblico lanciata attraverso il bando, di quelli ammissibili a finanziamento perché atti ad inverare gli obiettivi strategici generali, sia alla realizzazione dei progetti, nel quadro delle riforme, laddove previste. Ma è altresì ravvisabile un interesse pubblico all'attuazione di tutti e di



ciascuno dei singoli interventi ricompresi nel piano nazionale entro il termine previsto nel bando comunque con il rispetto del limite temporale finale fissato per il 2026. Dunque: pluralità di declinazioni dell'interesse pubblico rivitalizzate e percorse da una rinnovata linfa vitale nell'attualità poiché ricomprese in un'azione programmatica politico-amministrativa del Governo, titolare della funzione di regia e controllo dell'attuazione e responsabile della stessa, sorretta da fonti normative. E se uno dei principali criteri distintivi dell'interesse pubblico risiede nella sua "incorporazione" "in una norma, in una politica o in una misura pubblica (dei pubblici poteri)"²⁴⁴, la restituzione alla collettività in termini di benessere, salute, miglioramento delle infrastrutture, di servizi, di comunicazione, di qualità della vita, ecc., degli interventi strategici finanziati dal PNRR ma individuati e calibrati in rapporto ad esigenze e bisogni di dimensione nazionale e territoriale, consente di ricondurre questi ultimi all'interesse pubblico nella pluralità della sua accezioni, ivi compresa quella, preponderante, della sua rapportabilità all'opzione in concreto prescelta in considerazione della situazione di fatto e degli interessi implicati. Ci si potrà –se mai– chiedere se Comuni o Città metropolitane o altri soggetti ammessi a presentare progetti di intervento ("soggetti attuatori") siano sempre vincolati all'osservanza di forme e procedure partecipate che tendenzialmente risolvano le criticità in sede procedimentale inverando una sorta di condivisione nella definizione dell'interesse pubblico concreto²⁴⁵. E se e fino a che punto la natura strategica del progetto, da realizzare entro il termine previsto, sia indice di un interesse pubblico destinato tendenzialmente a prevalere in sede processuale su eventuali esigenze cautelari a tutela di situazioni giuridiche soggettive lese da decisioni amministrative censurate per illegittimità.²⁴⁶

Nella stessa prospettiva, anche le nuove esclusioni rispetto alla possibilità di far valere sempre e comunque l'interesse pubblico e dunque il privilegio dell'amministrazione²⁴⁷ nei procedimenti di secondo grado –così come la previsione per la quale l'annullamento d'ufficio debba tener conto delle ragioni di interesse pubblico, nonché degli interessi dei destinatari e

²⁴⁴ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 31 ss.

²⁴⁵ D.l. 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108.

²⁴⁶ Il riferimento è alla norma di cui all'art. 12-bis, d.l. 16 giugno 2022, n. 68 che, (in luogo dell'abrogato articolo 3 del d.l. 7 luglio 2022, n. 85), ha disposto tra l'altro: 1) "Nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR"; 2) "In sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR". In tal modo attribuendo carattere di preminente interesse pubblico al completamento dell'opera finanziata con risorse previste dal PNRR entro il termine previsto dallo stesso PNRR.

Per un'applicazione, ancorché caratterizzata dalla provvisorietà propria della misura cautelare monocratica, alla controversia inerente al c.d. nodo ferroviario di Bari, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2022, n. 5897 (decreto), che ha accolto parzialmente l'istanza cautelare della sentenza TAR Puglia, Bari, Sez. III, n. 1576/2022, avendo ritenuto sussistente il pregiudizio caratterizzato da "gravità, irreversibilità ed irreparabilità" e "occorrendo doverosamente assicurare e ripristinare la compatibilità della misura cautelare con il rispetto dei termini previsti dal PNRR".

²⁴⁷ In questo senso cfr. M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *giustamm.it*, 2016, p. 104, dove, riferendosi in particolare all'annullamento d'ufficio, l'a. ritiene che si possa parlare «di un tassello importante nella ricostruzione della relazione tra pubblica Amministrazione e privato all'insegna non più del privilegio amministrativo, bensì della leale collaborazione e del riequilibrio tra le parti del rapporto».



dei controinteressati– possono definirsi sicuramente utili al raggiungimento dei risultati di buona amministrazione, presentando anche una matrice garantista per gli interessi privati, oltre che una maggior certezza, bene giuridicamente assai rilevante. In realtà, esse sembrano andare nella direzione opposta a quella della mitizzazione dell'interesse pubblico, ossia di quell'interesse teorizzato dalla dottrina più risalente come “vessillo” in nome del quale potrebbe essere concesso anche l'arbitrio amministrativo.

La migliore garanzia di un'equa decisione sia per l'amministrazione che per i cittadini – suoi destinatari– può quindi dirsi ancora offerta dalla sensibilità e dall'esperienza di un “giudice-amministratore” che, nell'ambito di un giudizio di legittimità che ha visto i suoi confini sempre più estesi attraverso il sindacato sul vizio di eccesso di potere, anche se restio ad utilizzare tutte le potenzialità consentite dal diritto positivo,²⁴⁸ appare tuttora volto ad individuare un punto di equilibrio tra gli interessi (ed i diritti) dell'amministrazione e quelli dei privati²⁴⁹.

Nei corsi e ricorsi storici, nei continui avvicendamenti tra posizioni di irrigidimento dell'ordinamento giuridico, che quasi “chiudono” l'interesse pubblico e posizioni che continuano invece a valorizzarlo, va ricordato che probabilmente lo Stato regolatore, pur nel momento in cui è chiamato a svolgere un ruolo imparziale –a livello sia legislativo che amministrativo– è comunque costantemente condizionato dall'interesse pubblico, da dedurre nella comparazione degli interessi, circostanza che lo responsabilizza come ordinamento e come persona giuridica principale nell'ordinamento derivato di diritto amministrativo.²⁵⁰

²⁴⁸ L'osservazione critica di F.G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, Relazione al Convegno di studi sul tema “I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione” (Roma, 9.6.2022).

²⁴⁹ Ed è proprio la natura delle controversie rimesse al giudice amministrativo, che richiede una particolare predisposizione alla verifica del corretto uso della discrezionalità e del potere amministrativo, che contraddistingue le stesse delle vertenze assegnate al giudice ordinario, così A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo*, cit.

²⁵⁰ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., spec. p. 505. Si deve notare che l'a. conclude il suo contributo con considerazioni che sembrano schiudere la strada della ricostruzione in termini positivi tra il potere ed il suo esercizio a favore dei cittadini. Del resto, l'esperienza giuridica dimostra che, a condizione di un'adeguata consapevolezza del legislatore quando regola i rapporti tra pubblico e privato, «non c'è alcun motivo, *in thesi*, per temere che il potere, nonostante la più attenta sua allocazione tra i rami dell'amministrazione pubblica, sia incompatibile con la buona amministrazione e che il buon andamento, tutto il complesso compito di benessere nella garanzia della legittimità –o legalità– sostanziale da espletare in favore di tutti i cittadini, costituisca una chimera».



L'ONERE MOTIVAZIONALE IN CASO DI AFFIDAMENTO IN HOUSE ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE NORMATIVA E GIURISPRUDENZA.

Ilaria Genuessi

Abstract:[ITA] L'articolo prende in esame il tema degli affidamenti diretti a società *in house*, con particolare riferimento alla motivazione richiesta all'ente o amministrazione che intende disporre un affidamento diretto, alla luce della previsione recente di cui all'art. 192, comma secondo del Codice dei contratti pubblici. Nel contributo si prende in esame altresì nel dettaglio la giurisprudenza pronunciata a proposito della concreta portata dell'onere motivazionale in questione, rilevando come – anche in considerazione delle ulteriori più recenti previsioni normative in materia di *in house*, oltre che di servizi pubblici locali a rilevanza economica – non pare opportuno che l'amministrazione si spinga sino alla dimostrazione, nel caso di specie, del fallimento del mercato.

[ENG] The essay examines the issue of direct assignments to in-house companies, with particular reference to the reasoning required of the institution or administration that intends to arrange direct assignments, in the light of the recent provision pursuant to art. 192, second paragraph of the Public Procurement Code. The contribution examines in detail the judgments pronounced regarding the concrete extent of the motivational burden in question, noting how - also in consideration of the most recent regulatory provisions concerning in-house, as well as local economic public services - it does not seem it is advisable for the administration to go so far as to demonstrate, in relation to the specific case, the failure of the market.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Breve *excursus* circa l'evoluzione della normativa in materia di affidamenti diretti. – 3. L'onere motivazionale in caso di affidamento diretto nel quadro del vigente Codice dei contratti pubblici. – 4. La posizione della giurisprudenza amministrativa: l'esegesi giurisprudenziale della disposizione. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi.

Nell'ambito di recente documentazione facente capo ad ANAC si è esplicitato il concetto per il quale «l'autoproduzione, escludendo la concorrenza per il mercato e, quindi, un rapporto contrattuale in senso stretto tra due soggetti distinti, giustifica la sottrazione di tali affidamenti alle tradizionali regole dell'evidenza pubblica, senza che ciò comporti una violazione dei Trattati»¹.

In tale prospettiva appare condivisibile quanto già autorevolmente osservato in dottrina sul tema, ovvero che il fenomeno dell'*in house*, unitamente a quello dei contratti di partenariato pubblico privato, si pone quale vero e proprio limite esterno al mercato, andando a perimetrare «ciò che mercato non è»².

¹ Così si trova testualmente scritto nella Relazione AIR a proposito delle Linee guida ANAC di "Istituzione dell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016".



Il fenomeno dell'*in house providing*, del resto, pare porsi, ancora oggi, quale istituto in continua evoluzione, principalmente in conseguenza degli interventi normativi di ridefinizione, ampliamento o riduzione del perimetro di operatività del medesimo, in termini di vincoli di funzione e attività delle società in parola, limiti rispetto all'autoproduzione, presupposti, requisiti e oneri – anche di ordine motivazionale – in capo alle amministrazioni al fine di poter procedere mediante affidamento diretto.

Non mancano, altresì, recenti pronunce della giurisprudenza nazionale, oltre che sovranazionale, rese a proposito dello strumento della società *in house* e dei presupposti indispensabili al fine dell'affidamento diretto in capo a tale società.

In termini generali, quale elemento di complicazione del quadro giuridico di riferimento, si riscontra l'intervento in materia di attori diversificati, e dunque, conseguentemente, di eterogenee fonti normative tipiche di un ordinamento giuridico multilivello quale il nostro, ricomprendente atti normativi di rango primario e secondario, ma altresì atti di *soft law*, quali Linee guida di autorità indipendenti³.

La disciplina più recente circa gli affidamenti diretti a società *in house* si innesta, inoltre, in un quadro già complesso derivante dallo *status* delle società medesime, a cavallo tra diritto pubblico e diritto comune, tra disciplina speciale propria di una struttura da ultimo pacificamente definita quale *longa manus* dell'amministrazione pubblica, da un lato, e disciplina privatistica propria delle società di capitali, dall'altro⁴.

Così, in senso generale, c'è chi ha ritenuto possibile affermare che l'istituto dell'*in house providing* non rappresenti più un modello eccezionale di affidamento di appalti e servizi, bensì uno schema organizzativo che le pubbliche amministrazioni possono privilegiare in via ordinaria, pur nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'agire amministrativo⁵.

Tuttavia, non si può non osservare in senso generale come, a differenza delle previsioni normative europee, l'ordinamento nazionale ponga ancora notevoli ed evidenti limitazioni

² R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, 59 ss. e V. SPAGNA, *L'Elenco anac delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house. luci e ombre della nuova disciplina*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1, 2019, 67 ss.

³ Si v. sul tema G. D'AURIA, *Contratti pubblici: affidamenti "in house" vs. concorrenza, legislazione regionale vs. legislazione statale, "favor" per le imprese in crisi vs. interessi dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 10/2020, 3032-3041; G. RUPERTO, *La disciplina degli affidamenti "in house" nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, 6/2021.

⁴ La letteratura in argomento appare sterminata; tra i contributi più recenti si segnalano pertanto, *ex multis*: M. PIZZI, *Affidamenti in house*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, I, 743 ss.; M. ANTONIOLI - A. BELLAVISTA - M. CORRADINO - V. DONATIVI - F. FRACCHIA - S. GLINIANSKI - A. MALTONI, *Le società in house*, Napoli, 2020; sia consentito altresì un rinvio a I. GENUESI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti*, Torino, 2020.

⁵ Cfr. in merito in giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, 10 settembre 2014, n. 4599 e 27 maggio 2014, n. 2716; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ancora, in dottrina, E. GENTILE, *L'in house providing come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici e la cooperazione verticale istituzionalizzata*, in *Foro amm.*, 2015, 1086 e V. SPAGNA, *L'Elenco Anac delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house. luci e ombre della nuova disciplina*, op. cit.



rispetto a tale forma di affidamento, le quali testimoniano come nell'ordinamento interno non si possa di fatto riscontrare una effettiva ordinarietà dello strumento di cui trattasi⁶.

Nel senso suddetto, certamente, si pongono le stesse disposizioni normative che impongono un obbligo di motivazione analitica in caso di affidamento *in house* e, dunque, circa il mancato ricorso al mercato⁷.

Ebbene, alla luce delle considerazioni appena svolte e nell'ottica della presente trattazione, due questioni paiono rilevanti, oltre che strettamente connesse: da un lato, quella dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione circa le condizioni determinanti l'affidamento diretto con conseguente mancato ricorso al mercato nel caso di specie, così come, dall'altro, quella più generale del carattere, eccezionale o meno, dell'affidamento diretto a società *in house*⁸.

2. Breve *excursus* circa l'evoluzione della normativa in materia di affidamenti diretti.

Si consideri, anzitutto, che in una prima fase l'ordinamento interno sottoponeva la praticabilità degli affidamenti *in house* a regimi molto più rigorosi e restrittivi rispetto alle previsioni europee. Così la disciplina di cui all'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (convertito con l. n. 133/2008) consentiva di fatto la gestione mediante società *in house* solo in casi del tutto eccezionali.

Ancora, anche a seguito del referendum popolare del 2011, con l'effettiva abrogazione dell'art. 23-*bis*, per effetto dell'art. 1 del d.P.R. 18 luglio 2011 n. 113, lo stesso orientamento politico collocato nel senso della liberalizzazione dei servizi pubblici locali, con la previsione di limiti più rigorosi per l'affidamento *in house* rispetto a quanto previsto a livello europeo, risultava confermato dall'art. 4, comma 1 del d.l. n. 138/2011, sostanzialmente volto a riprodurre quanto disposto dal previgente art. 23-*bis*, così come dall'art. 34, comma 20 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, con specifico riferimento ai servizi pubblici locali a rilevanza economica.

⁶ Peraltro, occorre rilevare come la possibilità di far ricorso al modello *in house* e, dunque, all'affidamento diretto, si presenti in maniera differenziata in relazione alle diverse tipologie di servizi di interesse generale: così in settori speciali quali il trasporto pubblico locale, come si desume dall'art. 5, comma 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 e dall'art. 18, lett. a), del Codice dei contratti pubblici che ad esso si richiama, l'*in house providing* rappresenta una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, alternativa rispetto al ricorso al mercato. Sul servizio pubblico di trasporto cfr., anche, da ultimo, Cons. St., sez. VI, ord. 7 marzo 2022, n. 1620; per un commento alla medesima ordinanza v. P. PROVENZANO, *Affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2022, 180. Situazione ancora differente e peculiare quella che si riscontra nei settori regolati, quali il settore idrico e della gestione dei rifiuti laddove, come noto, in presenza di rigide tariffe e standard, la valutazione circa la modalità di affidamento occorre sia svolta anche e soprattutto alla luce della normativa di settore e delle previsioni dell'Autorità di regolazione.

⁷ Tra i contributi più recenti sul tema cfr. S. BIANCARDI, *Affidamento 'in house': la motivazione rafforzata*, in *App. e Contratti*, 11/2022, 55-59; C. GARILLI, *In house providing' v. ricorso al mercato: legittimi gli obblighi di motivazione previsti dal legislatore italiano*, in *www.giustiziacivile.com*, 6/2021.

⁸ Cfr. in argomento M. ANTONIOLI, *L'In House Providing tra Funzione e Struttura: Controllo Analogico Congiunto, Partecipazione «Pulviscolare» ed Eterodirezione della Società*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2020, p. 599 ss.

Le stesse più recenti riforme in materia di contratti pubblici e di partecipazioni pubbliche sul piano eurounitario hanno di seguito ridisegnato i tratti salienti dell'istituto in parola, istituzionalizzando tale modello contrattuale e rendendolo di fatto in tutto e per tutto alternativo rispetto al modello centrale di selezione del contraente mediante procedura ad evidenza pubblica⁹.

Sul piano interno il legislatore italiano ha recepito la normativa europea senza alterarne la sostanza; la disciplina normativa circa gli affidamenti *in house* a livello nazionale, tuttavia, non pare connotata da organicità e si compone ancora oggi – seppur in misura minore a seguito dell'entrata in vigore del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. n. 175/2016 s.m.i. – di riferimenti all'istituto frammentati e sparsi in diversi testi normativi¹⁰. Come noto, infatti, parte della disciplina è confluita nel vigente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016 (come modificato dal d.lgs. 56 del 2017 e dai successivi interventi di modifica e ridefinizione); altri riferimenti sono presenti, invece, in seno all'art. 19 della legge delega n. 124 del 2015 (c.d. Legge Madia) e, specificamente, agli artt. 2, 4 e 16 del d.lgs. del 19 agosto 2016 n. 175 e s.m.i., recante “*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*”. La disciplina sul punto si rinviene ad oggi, altresì, nell'ambito dell'art. 17 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*” (su cui si v. infra § 5)¹¹.

⁹ Si fa riferimento, in particolare, alle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, aventi ad oggetto rispettivamente i contratti di concessione, gli appalti pubblici nei settori “ordinari” e gli appalti pubblici nei settori “speciali” — ovvero, acqua, energia, trasporti e servizi postali —, mediante le quali il legislatore europeo ha delineato e cristallizzato le norme in materia, ridisegnando anche in maniera più nitida i contorni dell'istituto. In dottrina cfr. in argomento, C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1168.

¹⁰ Cfr. in dottrina, tra i contributi più recenti: G. GUZZO, *Affidamenti in house e legislazione interna: il cds “abilita” l'immediata applicazione interna dell'articolo 12 della direttiva n. 2014/24/UE*, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2015; M. CAFAGNO, *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica Amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna - Villa Monastero, 22-23-24 settembre 2016, 279 ss.; M. PASSALACQUA, *Le aporie delle forme di gestione dei servizi pubblici locali nel Tu partecipate: organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza*, in L. AMMANNATI - R. CAFARI PANICO (a cura di), *I servizi pubblici: vecchi problemi e nuove regole*, Torino, 2018, 7 ss.; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1, 2020, 53; M. TRIMARCHI - R. RUSSO, *Esclusioni dall'obbligo di gara e affidamenti “in house”*, in *Urb. e app.*, 3/2022, 426-432

¹¹ Così, nel dettaglio, l'art. 17 del recente compendio normativo di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sullo specifico tema dell'affidamento *in house*, prevede che «*Nel caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30*».



Ebbene, in linea generale, ad ogni modo, sul piano interno a differenza di quanto emerge sul piano della *ratio* delle disposizioni dettate in materia dal legislatore europeo, il suddetto Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica pare incentrato non soltanto sulla questione della tutela e promozione del mercato e della concorrenza, ma emerge altresì con forza dal medesimo un intento di tutela della finanza pubblica, oltre che la necessità del perseguimento dell'economicità, efficienza ed efficacia nella gestione delle partecipazioni societarie ad opera degli enti e delle amministrazioni pubbliche socie, scongiurando così un sostanziale abuso dello strumento societario¹².

In tal modo possono essere inquadrare le formule utilizzate nell'ambito dell'art. 1, comma secondo del d.lgs. 175/2016, laddove il legislatore afferma che la finalità del Testo unico è quella della «*tutela e promozione del mercato*», ma del pari quella della «*razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*».

Così, in tale quadro normativo, la scelta discrezionale dell'ente di produrre beni e servizi mediante un organismo partecipato deve essere esplicitata nell'ambito di una delibera, debitamente motivata, nell'ambito della quale siano espresse le ragioni per le quali l'amministrazione in questione non ha avviato una procedura di gara.

Il parametro della "convenienza economica", rispetto alla "gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato", trova, in fase di affidamento del contratto, una sua specificazione sul piano normativo nell'art. 16 del medesimo d.lgs. 175/2016 oltre che nell'art. 192 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)¹³. In tal senso e nel senso generale della tutela della concorrenza si leggono le stesse posizioni assunte da ANAC e, anche recentemente, dallo stesso Presidente dell'Autorità, rispetto all'affidamento *in house* di un servizio disponibile sul mercato in regime di concorrenza e con specifico riguardo all'istruttoria e all'onere motivazionale in caso di ricorso al modello *in house*¹⁴.

3. L'onere motivazionale in caso di affidamento diretto nel quadro del vigente Codice dei contratti pubblici.

Sulla questione in oggetto la previsione normativa di riferimento risulta certamente ad oggi – nelle more dell'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici – l'art. 192, comma secondo, d.lgs. 50/2016 s.m.i., alla luce del quale «*ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di*

¹² V. sul tema H. BONURA - G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, in *Giur. comm.*, 6, 2019, p. 985 ss.

¹³ Si v. in argomento quanto evidenziato dalla Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, *Memoria sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, Deliberazione n. 1/SSRRCO/AUD/22 del 25 febbraio 2022.

¹⁴ Cfr., in particolare, tra le altre, la nota del Presidente dell'Autorità nazionale Anticorruzione del 18 maggio 2022, avente ad oggetto "Affidamento della gestione del servizio energia per gli immobili comunali".



universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche»¹⁵.

Ebbene, già a prima vista, appare chiaro come tale specifica previsione del Codice dei contratti pubblici in materia di *in house* abbia di fatto introdotto un'effettiva limitazione rispetto alla libertà delle pubbliche amministrazioni di far ricorso all'autoproduzione, ritenuto che oggi tale opzione selezionata al fine della gestione di un servizio di interesse generale debba essere strettamente motivata in ordine alle ragioni del mancato ricorso al mercato, oltre che in termini di benefici per la collettività recati dal modulo dell'autoproduzione, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche¹⁶.

In merito non si può non formulare un'ulteriore osservazione in relazione alla predetta disposizione, in termini di onere motivazionale in capo all'ente o amministrazione affidante: così la formulazione dell'art. 192, comma 2 d.lgs. 50/2016 parrebbe analoga a quella di cui all'art. 5 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, concernente, come noto, gli oneri di motivazione analitica richiesti nelle fattispecie di costituzione di una società, ovvero di acquisto di una partecipazione, quantomeno nella sua versione originaria. In quest'ultima, infatti – prima delle modifiche da ultimo apportate al testo e confluite nel c.d. correttivo al Testo unico, d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 – si ritrovava nell'ambito dell'art. 5 il riferimento alla necessità per l'ente socio di motivare in ordine alla «*possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate*»¹⁷.

Quel che è certo è che la previsione in esame presenta un carattere integrativo con riguardo alle specifiche condizioni al fine del legittimo ricorso all'affidamento in forma diretta in deroga al generale obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica basata sul

¹⁵ In dottrina, a proposito della previsione normativa fulcro del presente contributo, si v. F. TRAMONTANA, *I limiti al ricorso all'in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurounitario. Note a margine dell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea dell'art. 192 del codice dei contratti*, in *www.lexitalia.it*, 2019; H. BONURA – M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. corte conti*, 2020, 3, 18; U. IZZO – P. LONGONI, *Per l'in house occorre sempre motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Azienditalia*, 2020, 1955; L. DI MARTINO, *L'onere di motivazione negli affidamenti in house*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2021, 2, 21

¹⁶ Rispetto alla specifica previsione normativa oggetto del presente contributo, occorre peraltro precisare come la medesima si applichi ai servizi di interesse economico generale, con specifiche eccezioni relative a settori "speciali"; così rispetto al servizio di trasporto pubblico locale la stessa non trova applicazione alla luce delle previsioni settoriali di cui all'art. 5, comma 2 del Reg. CE 1370/2007 del 23 ottobre 2007 e di cui all'art. 18, comma 1 lett. a) del Codice dei contratti pubblici vigente, oltre che di cui all'art. 61 della l. n.99/2009, in ragione delle quali nel settore del trasporto pubblico locale l'*in house providing* rappresenta una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato. In merito si v. R. STEFFENONI, *Il modulo organizzativo dell'in house providing fa eccezione per il servizio di trasporto pubblico locale*, nota a Cons. St., sez. V, 6 luglio 2020, 4310, in *www.lamministrativista.it*. In tal senso v. anche T.A.R. Bolzano, (Trentino-Alto Adige) sez. I, 22 luglio 2021, n. 242, in *Foro amm.*, 2021, 7-8, 1176.

¹⁷ In tal senso si v. le osservazioni di H. BONURA – G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, cit.



confronto concorrenziale tra gli operatori economici interessati, in particolare con riguardo al dettato di cui all'art.12 della direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE.

Per tale ragione la stessa previsione – acclarato che si discosta dalle disposizioni individuate sul piano europeo in tema di affidamenti diretti – è stata, in primo luogo, sospettata di incompatibilità con la normativa eurounitaria, in quanto asseritamente contrastante con il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali sono libere di decidere la modalità ritenuta migliore e più idonea al fine di gestire l'esecuzione di lavori e la prestazione di servizi per garantire, in particolare, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli ad operatori economici esterni, come previsto dall'art. 2 della menzionata direttiva n. 2014/23/UE. Inoltre, d'altro canto, è stata ipotizzata una incostituzionalità della medesima previsione, poiché approvata in asserita violazione del divieto di c.d. *gold plating*, ovvero sia – come noto – del divieto, in sede di recepimento di direttive europee, di prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive medesime, divieto peraltro corrispondente ad uno dei criteri direttivi di cui alla legge delega n.11/2016.

Così, sul primo aspetto si è da ultimo espressa la Corte di Giustizia UE, la quale ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione europea la disposizione in questione volta a subordinare la conclusione di un “contratto *in house*” all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna, demandando in sostanza allo Stato membro la definizione di un punto di equilibrio tra i due valori da bilanciare, senza fornire, tuttavia, sull'argomento indicazioni maggiormente concrete e dettagliate¹⁸.

Nello specifico, il giudice europeo richiama sull'argomento la propria antecedente pronuncia del 3 ottobre 2019, *Irgita* (C-285/18) precisando come già nella medesima sentenza si sia chiarito che la direttiva 2014/24 ha lo scopo, come peraltro enuncia il suo considerando 1, di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo; l'art. 12, paragrafo 1 della direttiva, relativo alle operazioni interne, si limita a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare laddove desidera concludere un'operazione interna, con la conseguenza per cui la previsione produce il solo effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24.

In altri termini, la suddetta indicazione del legislatore europeo non può privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre, libertà che implica una scelta effettuata in una fase precedente rispetto all'aggiudicazione di un appalto.

La libertà degli Stati membri di selezionare la modalità di prestazione di servizi mediante la quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva altresì,

¹⁸ Si fa riferimento a Corte di Giustizia UE, Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19, C-90/19, C-91/19 – Rieco s.p.a.

come rammentato dalla stessa Corte nella sentenza, dal considerando 5 della direttiva 2014/24¹⁹. Ad ogni modo, la predetta libertà degli Stati membri non appare illimitata, dovendo al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

In questo modo – rende esplicito la Corte – l’art. 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 «*deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un’operazione interna, in particolare, alla condizione che l’aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell’aggiudicazione dell’appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza*»²⁰.

In definitiva, la libertà degli Stati membri così delineata li autorizza, a giudizio della Corte di Giustizia, a subordinare la conclusione di un’operazione interna all’impossibilità di indire una gara d’appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso a tale operazione. Del pari i sospetti di incostituzionalità della disposizione di cui al Codice dei contratti pubblici in esame risultano essere stati fugati ad opera della nota pronuncia del giudice delle leggi del 27 maggio 2020, n. 100, emanata in seguito all’ordinanza del T.a.r. Liguria n. 886 del 15 novembre 2018 ed avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell’art. 192, comma 2, del d.l.g.s. n. 50/2016, nella parte in cui dispone che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato, rispetto ai principi e ai criteri direttivi riportati nella legge delega n. 11 del 2016, nonché rispetto al parametro di cui all’art. 76 Cost.²¹ Pertanto, il giudice costituzionale è giunto ad affermare nella pronuncia presa in

¹⁹ Quest’ultimo prevede, in particolare, che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva», consacrando così la giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore a tale direttiva.

²⁰ A tale conclusione era giunto lo stesso giudice europeo nell’ambito della richiamata sentenza *Irgita*, punto 50.

²¹ Nel dettaglio, l’art. 1, comma 1, della legge delega ha posto, tra gli altri i seguenti principi e criteri direttivi: «1) alla lettera a), il cosiddetto divieto di gold plating, ossia di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’art. 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246 (Semplificazione e riassetto normativo per l’anno 2005); 2) alla lettera eee), la garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell’ambito del settore pubblico (cosiddetti affidamenti *in house*), prevedendo, anche per questi enti, l’obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all’affidamento, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, e l’istituzione, a cura dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* (ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire affidamenti diretti). Secondo il rimettente, dunque, la norma sospettata d’illegittimità costituzionale



esame – la quale sostanzialmente ripropone sotto l'angolo visuale del vizio di delega il dibattito certamente sempre vivo in seno alla giurisprudenza amministrativa a proposito della natura generale ovvero eccezionale dell'affidamento *in house* – l'infondatezza della questione in relazione ad entrambi i parametri interposti dedotti.

Nel dettaglio, rispetto al fenomeno del *gold plating*²² ed alla luce del predetto divieto inserito anche tra i criteri direttivi della legge delega del 2016, rispetto dunque alla violazione dell'art. 1, comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016, la Corte ha precisato come *«l'esatta individuazione di tale fenomeno andrebbe operata tenendo conto della finalità di omogeneità che la legislazione europea mira a realizzare nell'ambito dell'Unione, per garantire parità concorrenziale tra i suoi cittadini. Ove la legislazione europea riconosca ai singoli Stati facoltà di autonoma disciplina, in relazione alla individuazione di più stringenti sistemi di tutela, non potrebbe ravvisarsi una ipotesi di gold plating. Essa, dunque, non parrebbe configurabile nel caso di specie, poiché la legislazione nazionale di recepimento non comporta una diminuzione della necessaria parità concorrenziale nell'ambito delle procedure di gara per l'assegnazione degli appalti. La norma sospetta d'illegittimità costituzionale, per contro, muovendo dalla "presunzione di preferibilità" delle procedure ad evidenza pubblica rispetto al modulo in house, si porrebbe nella direzione della necessaria realizzazione di un vasto regime di concorrenzialità»*.

La *ratio* del divieto in questione, in altri termini, sarebbe quella di impedire l'introduzione ad opera del legislatore, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa europea, volti a ridurre di fatto la concorrenza a danno delle imprese e dei cittadini; di contro, la previsione sottoposta al vaglio di costituzionalità appare rivolta all'amministrazione, secondo una direttrice proconcorrenziale ed è essenzialmente finalizzata ad ampliare il ricorso al mercato.

Tale ricostruzione risulterebbe, a parere del giudice costituzionale, altresì confermata nell'ambito del parere espresso dall'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato, n. 855/2016, relativo allo schema di decreto legislativo recante *«Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016,*

avrebbe innanzitutto violato il criterio direttivo di cui alla lettera a), in quanto avrebbe introdotto un onere amministrativo di motivazione più gravoso rispetto a quello strettamente necessario per l'attuazione della direttiva 2014/24/UE, che ammette senz'altro gli affidamenti in house ove ricorrano le tre condizioni di cui all'art. 12». L'art. 1, comma 1, lettera eee), della citata legge delega sarebbe invece violato poiché prescriverebbe, *«per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico»* una valutazione circa la congruità dell'offerta economica, oltre che il rispetto della pubblicità e trasparenza degli affidamenti, ma non l'ulteriore onere introdotto invece dal legislatore nazionale, di specifica motivazione circa il mancato ricorso al mercato.

²² Come noto, il divieto in parola è stato introdotto nell'ordinamento interno ad opera dell'art. 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183, recante *«Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. (Legge di stabilità 2012)»*, mediante l'inserimento nell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, dei commi 24-bis, ter e quater. Il comma 24-bis, in particolare, dispone che gli atti volti a recepire direttive eurounitarie *«non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater»*. Quest'ultimo prevede invece che l'amministrazione dia conto delle *«circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si renda necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo»*.



n. 11», oltre che suffragata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea²³.

Ancora, il giudice delle leggi ha negato la sussistenza di una illegittimità costituzionale rispetto all'art. 1, comma 1, lettera eee), della medesima legge delega, nella misura in cui la previsione in esame del Codice dei contratti pubblici, imponendo in capo alle stazioni appaltanti un onere motivazionale circa l'affidamento *in house*, sarebbe espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto, peraltro costante nel nostro ordinamento da alcuni anni e che rappresenterebbe di fatto la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come si legge nella stessa relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici.

Secondo la Corte, già la previgente normativa – cui si è accennato nell'ambito del § 2 – consentiva il ricorso al modello gestionale *in house* in presenza di «*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*» non consentissero un «*efficace ed utile ricorso al mercato*»²⁴.

Lo stesso pur vigente art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, del pari, richiede un onere motivazionale in caso di affidamento *in house* volto a dettagliare le ragioni dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il rispetto della parità degli operatori e l'adeguata informazione alla collettività di riferimento, «*e ciò non può che essere letto come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere all'in house invece di rivolgersi al mercato*»²⁵.

La Corte ha altresì richiamato a supporto della sua ricostruzione l'art. 7, comma 3, dello schema di decreto legislativo di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (adottato ai sensi degli artt. 16 e 19 della legge 124/2015 recante «*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*»), il quale – al tempo – disponeva che, in caso di affidamento *in house* il provvedimento dovesse dar conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato²⁶.

²³ Cfr. in particolare sul tema Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rieco spa, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sez. V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293-296. Nello stesso senso, Corte di giustizia UE, sez. IV, 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita, cit.

²⁴ Cfr. l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133 e poi abrogato a seguito di referendum.

²⁵ Così Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1209.

²⁶ Previsione oggi codificata nell'ambito dell'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022 di riordino dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, ove, al comma 2 si esplicita che nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, gli enti locali, ovvero gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio recante qualificata motivazione che dia conto in maniera espressa delle ragioni del mancato ricorso al mercato allo scopo di una efficiente gestione del servizio, illustrando, rispetto alla forma gestionale prescelta, i benefici per la collettività rispetto a investimenti, qualità del servizio, costi dei servizi, impatto sulla finanza pubblica, obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente, accessibilità dei servizi, anche tenendo conto dei risultati conseguiti in precedenti gestioni *in house*.



In definitiva, secondo quanto espresso dalla Corte «*la specificazione introdotta dal legislatore delegato è riconducibile all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la ratio ed è coerente con il quadro normativo di riferimento*».

4. La posizione della giurisprudenza amministrativa: l'esegesi giurisprudenziale della disposizione.

In esito alle predette pronunce della Corte di giustizia e del giudice costituzionale²⁷ si sono registrate prese di posizione della stessa magistratura amministrativa le quali hanno ricavato dalle statuizioni rese nell'ambito delle predette sentenze (chiamate ad operare un vaglio circa la conformità all'ordinamento europeo e la costituzionalità della previsione nazionale in esame) il principio per cui l'*in house* rappresenterebbe un modello "eccezionale" rispetto a quello ordinario della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio e che, in quanto tale, necessita conseguentemente di una motivazione aggravata al fine della sua applicazione²⁸.

È in tale contesto che si inserisce, peraltro, lo stesso intervento dell'ANAC, laddove l'Autorità ha adottato lo schema di Linee Guida proprio a proposito degli affidamenti *in house* di lavori, servizi o forniture, dunque anche dell'onere motivazionale *ex art.* 192, comma 2, al precipuo fine di fornire un'interpretazione estensiva del dato letterale del codice contratti pubblici, ma ad ogni modo in linea con la *ratio* della disposizione²⁹.

L'ANAC, in particolare, sulla questione specifica oggetto del presente contributo ha osservato come gli atti adottati dalle amministrazioni ai sensi dell'art. 192, comma 2, sebbene si dilunghino notevolmente a proposito della sussistenza dei requisiti dell'*in house*, presentino invece, molto spesso, una succinta motivazione circa il mancato ricorso al mercato, con frequente utilizzo di formule di stile che denotano l'assenza di una valutazione del caso concreto.

Le Linee guida in parola, perciò, si ponevano tra gli altri l'obiettivo dell'ampliamento dell'ambito applicativo dell'obbligo istruttorio e motivazionale, con conseguente potenziale restrizione delle ipotesi in cui risulti possibile procedere legittimamente all'affidamento diretto; ciò, come documentato dall'Autorità, in ragione di una forte diffusione degli affidamenti disposti senza far ricorso ad una gara pubblica, effettuati soprattutto ad opera degli enti territoriali in favore delle proprie società partecipate³⁰.

²⁷ Si fa riferimento a Corte di giustizia – Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19 – *Rieco s.p.a.* e a Corte cost. n. 100 del 2020, su cui si v. diffusamente il § precedente.

²⁸ In argomento si v. R. CAMPORESI, *Una nuova stagione per le società in house dopo la bocciatura delle linee guida Anac da parte del Consiglio di Stato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2021.

²⁹ Si fa riferimento specifico allo Schema di Linee guida concernenti gli affidamenti *in house* e recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.*» Del resto, da una lettura dei contributi pervenuti nell'ambito della consultazione pubblica a proposito dello schema di Linee guida in oggetto emerge come molte osservazioni paiono contrarie rispetto all'adempimento della pubblicazione della motivazione in parola, in anticipo rispetto al provvedimento di affidamento.



All'esito della predetta fase di consultazione, occorre peraltro registrare come lo Schema di Linee guida sia stato del pari sottoposto a parere del Consiglio di Stato, conclusosi di fatto con una richiesta di approfondimento diretta all'Autorità, circa una serie di profili di impatto operativo. A giudizio del Collegio, in particolare, le Linee guida in parola non avrebbero preso in considerazione aspetti *de iure condito* (e così, specialmente, le previsioni di cui all'art. 10 del d.l. n. 77/2021), oltre che *de iure condendo* (con specifico riferimento alla riforma *in itinere* del Codice dei contratti pubblici)³¹.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ha segnalato la mancata considerazione nell'ambito delle Linee guida in parola del mutato contesto normativo, specialmente – come accennato – alla luce del dettato di cui al recente art. 10 del d.l. 77/2021, dal quale emergerebbe piuttosto chiaramente come l'istituto dell'*in house providing* sia al centro dell'attenzione del Governo e del Parlamento, in relazione (in particolare, ma non solo) alle esigenze di semplificazione e di rafforzamento della *capacity building* degli apparati amministrativi chiamati ad uno sforzo particolare in termini di efficienza ed efficacia per l'attuazione del PNRR e di tutte le relative ed urgenti opere pubbliche, con la conseguente evidente valorizzazione del principio di "riduzione dei tempi".

Così, nella recente disciplina di cui al decreto "governance PNRR"³² si riscontrerebbe un ampliamento dell'area applicativa del ricorso all'*in house providing*, autorizzando le amministrazioni interessate, al fine di «sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027, ad avvalersi, mediante apposite convenzioni, del supporto tecnico-operativo di società *in house*»³³.

D'altro canto, nella medesima normativa – seppure "speciale", ovvero specificamente riferita ai contratti e relativi finanziamenti di cui al PNRR – si ritrova di fatto una disciplina

³⁰ A sostegno di detta argomentazione l'Autorità menziona peraltro le risultanze della Relazione 2021 della Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, dalla quale emerge il rilievo di circa 11.300 affidamenti a società controllate, di cui la maggior parte riguardanti Comuni e il settore dei servizi pubblici locali, laddove solo il 5% dei predetti affidamenti è avvenuto con gara. Ad analoghe considerazioni conducono, a giudizio dell'Autorità, gli stessi dati del Ministero dello Sviluppo economico dai quali emerge che tra il 2017 e il 2020 gli affidamenti diretti dei servizi pubblici risultano circa il 50%.

³¹ Così si è espresso il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, nell'Adunanza di Sezione del 28 settembre 2021, n. 1614. V. in dottrina E. TEDESCHI, *Il Consiglio di Stato rinvia all'ANAC, per ulteriori approfondimenti, la bozza di Linee Guida in materia di in house providing*, in www.lamministrativista.it.

³² Si fa riferimento alla legge 29 luglio 2021, n. 108, di conversione, con modifiche, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, recante «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure».

³³ V. sull'argomento, in dottrina: C. D'ARIES, *Le misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici: il supporto tecnico-operativo delle Società In-House Providing*, in *Azienditalia*, 2022, 29, 8/9, 1385 ss.; I. CAVALLINI – E. RIVOLA – M. ORSETTI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR, la riforma del Codice Appalti e la Legge Concorrenza 2022*, in *Azienditalia*, 2022, 29, 11, 1700 ss.; E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'in house providing, dall'eccezione all'evidenza pubblica a strumento per l'efficiente attuazione del PNRR*, in *Contratto e impr.*, 2022, 4, 1149.



ad hoc a proposito della motivazione richiesta in caso di impiego della formula gestionale dell'*in house*, in deroga rispetto al ricorso al mercato³⁴.

Da ultimo, nell'ambito del predetto parere si è rilevato altresì come le Linee guida ANAC incrocino anche la revisione (giunta ormai alle battute finale, sebbene in atto) del Codice dei contratti pubblici, la quale ben potrebbe verosimilmente determinare un rinnovato bilanciamento tra le esigenze di speditezza, celerità, efficienza ed efficacia operativa delle pubbliche amministrazioni nella realizzazione degli investimenti pubblici, da un lato, e le esigenze di promozione del mercato e della concorrenza, dall'altro.

Sebbene, dunque, le Linee guida predette non siano state emesse in via definitiva, il principio cardine delle stesse e dunque l'idea per cui l'art. 192, comma 2 d.lgs. 50/2016 imporrebbe un onere motivazionale rafforzato ed incisivo circa la praticabilità dell'affidamento diretto in alternativa rispetto al ricorso al mercato, da compiersi peraltro mediante un'analisi effettuata in concreto, caso per caso e sulla base di dati comparabili, è stata sostenuta da larga parte della giurisprudenza amministrativa³⁵.

Le più recenti pronunce, in particolare, hanno posto in luce come la giurisprudenza possa dirsi consolidata nel ritenere che l'affidamento *in house* di servizi debba ritenersi illegittimo nel caso in cui non si ravvisi una convenienza economica rispetto alla esternalizzazione del servizio stesso; *in house providing*, in altri termini, dovrebbe intendersi quale modalità di affidamento a carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente e risulterebbe impiegabile solo laddove sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato³⁶.

In tal senso, tale orientamento giurisprudenziale è giunto a sostenere che l'obbligo motivazionale di cui trattasi sfoci di fatto nella necessaria dimostrazione del c.d. "fallimento del mercato", con la conseguenza per cui l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato, ai sensi dell'art. 192, comma secondo del Codice dei contratti pubblici, risulterebbe assoggettato ad una duplice condizione.

³⁴ L'art. 10, comma 3 d.l. 77/2021, con riferimento al testo dell'articolo così come modificato dalla legge di conversione n. 108 del 2021, dispone che, ai fini dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, «la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali». Cfr. sul dato normativo recente succitato A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 3, 298. Quest'ultimo, in particolare, pone in luce come la novità rilevante, prevista dall'art. 10, comma 3, D.L. n. 77/2021, risiederebbe nell'aver fatto assumere centralità al fattore temporale, elevato, di fatto, a principale elemento di cui dare conto, in sede di motivazione, per ricorrere all'*in house*; ne discenderebbe un netto alleggerimento dell'onere istruttorio e motivazionale a carico delle amministrazioni e una conseguente maggiore semplicità nell'affidare lo svolgimento delle funzioni di sostegno tecnico-operativo, per l'attuazione del Piano, fuori dalla logica concorrenziale.

³⁵ Così, tra le altre, si v. quanto esplicitato sul punto già nelle seguenti pronunce: Cons. St., sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456, in *Foro amm.*, 2018, 11, 1920; TAR Liguria, Genova, sez. II, 2 ottobre 2020, n. 680, in *Foro amm.*, 2020, 10, 1893; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 11 novembre 2020, n. 1248, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2022, n. 681, in www.giustizia-amministrativa.it; la stessa riprende peraltro il precedente in termini di cui a Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732, in *Guida al diritto*, 2016, 4, 40.



Nel dettaglio, la prima condizione consisterebbe nell'obbligo di motivare a proposito delle condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato, in ragione del carattere sostanzialmente secondario e residuale dell'affidamento *in house*, il quale «*appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato "fallimento del mercato" rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", cui la società in house invece supplirebbe*»³⁷.

La seconda condizione consisterebbe invece nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*, dimostrazione non necessaria nell'ipotesi di altre forme di affidamento, specialmente laddove si faccia ricorso ad una gara pubblica tra diverse imprese, dunque sempre alla luce dell'orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica nell'ambito dell'ordinamento interno³⁸.

Il medesimo orientamento ha precisato, in aggiunta, come l'onere motivazionale inerente alla dimostrazione del "fallimento del mercato rilevante" dovrebbe essere assolto avendo riguardo alle prevedibili mancanze in ordine agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse

³⁷ V., in tal senso, Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In argomento cfr., altresì, Cons. St., sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, in *www.giustizia-amministrativa.it* e T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 14 giugno 2021, n.1021, in *Foro amm.*, 2021, 6, 1042.

³⁸ Cfr. su tale aspetto Corte conti, sez. giurisd. Lombardia, 25 ottobre 2022, n. 161, laddove si è chiarito che «*l'affidamento alla società in house, dunque, deve essere supportato da: 1) una valutazione sulla "congruità economica dell'offerta" predisposta dai soggetti in house. La congruità economica deve essere valutata rispetto all'oggetto e al valore della prestazione; 2) una motivazione ("aggravata") sul "fallimento del mercato" e sui benefici per la collettività che la gestione "in house" riuscirebbe a perseguire rispetto agli «obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche». Con riferimento al primo aspetto, la valutazione di congruità economica dell'offerta dei soggetti in house deve tradursi in una dettagliata indicazione dei costi per ogni attività ricompresa nel servizio e in una valutazione di sostenibilità degli stessi mediante i ricavi dalla tariffa applicata alla cittadinanza. Si può ritenere che, nel provvedimento di affidamento diretto del servizio, sussista una motivazione sulla "congruità dell'offerta economica della società" facendo rinvio alle ragioni della scelta per la gestione in house del servizio esposte nella relazione ex art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (Cons. St. sent. 15 dicembre 2020, n. 8028). Ai fini della valutazione sulla congruità dell'offerta, la Magistratura contabile in sede di controllo preventivo di legittimità ha affermato che i valori per valutare la "congruità" dell'offerta economica devono essere «economicamente significativi, attuali e comparabili» (C. conti, sez. contr. leg. sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, del. n. SCCLEG/9/2020/PREV del 23 novembre 2020). La motivazione "aggravata" sul "fallimento del mercato" e sui "benefici per la collettività" in termini economici e qualitativi si traduce nell'evidenziazione di quali sono i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. In concreto, la motivazione deve dare atto di due condizioni: da un lato, le ragioni che hanno portato all'esclusione del ricorso al mercato (il c.d. "fallimento del mercato"); dall'altro, l'indicazione degli specifici benefici per la collettività connessi all'affidamento in house. L'onere motivazionale sul c.d. fallimento del mercato può essere assolto mediante «un'indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società in house con un benchmark di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società in house operanti nel territorio limitrofo» (Cons. Stato, 3 marzo 2020, n. 1564; Cons. St., sent. n. 6460 del 20 ottobre 2020)».*



pubbliche, cui la società *in house* invece supplirebbe, e agli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*.

Del resto, i "benefici per la collettività" derivanti dall'affidamento *in house* e le ragioni del mancato ricorso al mercato rappresenterebbero «*le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi "positivi" (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli "negativi" (sub specie di indisponibilità di quei "benefici" attraverso il ricorso al mercato)*»³⁹.

Quanto ai riflessi dell'obbligo motivazionale di cui trattasi sull'aspetto dell'attività istruttoria in capo all'amministrazione la stessa giurisprudenza ha chiarito come sussisterebbe un margine di discrezionalità dell'amministrazione nella scelta circa le modalità più appropriate a cogliere, in relazione alla concreta fattispecie, i dati necessari al fine di compiere, in maniera oggettiva quanto completa, la suddetta valutazione di "preferenza", fatta salva, ad ogni modo, la verifica del giudice amministrativo circa la loro idoneità a fornire un quadro attendibile ed esaustivo della realtà fattuale rilevante nei sensi illustrati. Così, «*la congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la possibilità (recte, legittimità) di un modus procedendi che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo in house, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati*»⁴⁰.

Del pari, sul piano della tecnica di redazione della motivazione aggravata in parola, l'orientamento in oggetto ha statuito che «*l'assenza di rigidi e vincolanti metodiche ben consente di sviluppare in un'ottica dinamica l'adempimento dell'onere di motivazione rafforzata (...) ben potendo orientarsi in una visione anche solo prospettica di cui è sufficiente poter apprezzare in termini complessivi la concreta fattibilità e l'intrinseca congruenza*»⁴¹.

³⁹ Così, in particolare, Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, cit.

⁴⁰ Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, cit. In senso conforme, il giudice amministrativo (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22 marzo 2021 n. 742, in www.lamministrativista.it) rispetto ad una fattispecie concreta, ha ritenuto non sussistente la violazione dell'art. 192 del D.lgs. n. 50/2016, in quanto nella Relazione, il Comune avrebbe provveduto ad una valutazione della solidità economico finanziaria della società *in house*, incentrata direttamente sui suoi bilanci, sino all'ultimo approvato disponibile, sulle stime patrimoniali periziate, e sul raffronto tra il corrispettivo dalla stessa indicato ed i costi del medesimo servizio sul mercato alla data della redazione della Relazione, quantificando il risparmio complessivo per il Comune, in caso di gestione mediante il modello *in house*, dimostrando così l'esistenza di un "fallimento del mercato rilevante" e indicando gli specifici benefici per la collettività che deriverebbero dalla gestione dei servizi mediante affidamento diretto *in house*.

⁴¹ V. Cons. St., sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682, in *Foro amm.*, 2021, 5, 783, ove si è precisato che «*la tecnica di redazione privilegiata dall'Amministrazione non può dirsi soggetta ad una metodica rigida e vincolante essendo sufficiente che la trama argomentativa compendiata nella relativa statuizione dia adeguatamente conto dell'aderenza della scelta compiuta alle coordinate sopra richiamate. (...) quello dei costi non solo non costituisce l'unico elemento di cui tener conto ai fini del vaglio di ragionevolezza della scelta di internalizzare il servizio, ma ad esso va assegnato un rilievo tendenzialmente complementare nel senso che può assumere rilievo discrezionale a parità di condizioni qualitative, di efficacia e di ammissibilità*».



Ebbene, in tale panorama ravvisabile sul piano giurisprudenziale, occorre registrare come la sezione IV del supremo giudice amministrativo pare abbia assunto sul punto una posizione più moderata e, in quanto tale, condivisibile.

Secondo tale ricostruzione, in particolare, nell'attuale quadro normativo, specialmente alla luce del combinato disposto dell'art. 192, comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, sarebbe imposto all'amministrazione aggiudicatrice che intenda ricorrere all'affidamento *in house* un onere motivazionale rafforzato, il quale consenta un effettivo controllo circa la scelta effettuata, sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche, ciò, tuttavia, alla luce delle specificazioni di seguito dettagliate⁴².

In particolare, «con specifico riferimento alla prospettiva economica, si richiede all'amministrazione di valutare la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'*in house* rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società *in house* è il più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza. Del resto, una diversa interpretazione dell'art. 192, c.2, che condurrebbe a richiedere - piuttosto che la prova della ragionevolezza economica della scelta compiuta - la dimostrazione del fallimento del mercato tale da rendere inevitabile il ricorso all'affidamento diretto, renderebbe tale norma sostanzialmente riproduttiva della previsione di cui all'art. 23-bis e si rivelerebbe antitetica alla volontà popolare espressa con il referendum del 12 e 13 giugno 2011»⁴³.

A parere dei giudici apparirebbe chiara cioè la differenza tra il contenuto della motivazione rafforzata di cui all'art. 192, comma 2 d.lgs. 50/2016 rispetto a quello posto dal citato art. 23-bis e ripreso nel citato art. 4, posto che nell'ambito di tali previsioni normative si richiedeva di fatto la dimostrazione di "situazioni eccezionali" che, in ragione di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato, rendendo così in sostanza eccezionale l'affidamento diretto e limitando quest'ultimo ai casi di fallimento del mercato. Di contro, l'onere motivazionale di cui al vigente Codice dei contratti pubblici non presenterebbe un carattere rigoroso e stringente come evidenziato rispetto alla previgente normativa, potendo di conseguenza essere ritenuta congrua una motivazione volta a enucleare la convenienza economica dell'affidamento diretto e le ragioni del mancato ricorso al mercato, senza doversi spingere sino alla prova dell'inesistenza di soluzioni alternative⁴⁴.

⁴² In tema si v. anche Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 464.

⁴³ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021 n. 5352, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove – richiamando antecedenti pronunce tra cui Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, oltre che Cons. St., sez. consultiva atti normativi, parere n. 774 del 29 marzo 2017 – si è chiarito che «nella disciplina vigente non si pone alcuna ipotesi di esclusione automatica dell'affidamento diretto, che determinerebbe una limitazione assoluta della discrezionalità dell'amministrazione (come avveniva con il citato art. 4), ponendo sulla stazione appaltante esclusivamente un obbligo motivazionale in merito alla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, ai benefici per la collettività di tale forma di gestione ed alle ragioni del mancato ricorso al mercato». In dottrina v. S. TRANQUILLI, *Precisazioni del CDS sul perimetro della motivazione necessaria per procedere all'affidamento in house*, in *www.lamministrativista.it*, 2021.

⁴⁴ V., in partic., Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021 n. 5352, cit. Ancora, rispetto ad altra fattispecie concreta, si v. Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093, di riforma di T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I,



Del resto, mette conto osservare come la più recente giurisprudenza amministrativa pare si collochi in senso favorevole rispetto alla prospettata opzione interpretativa dell'art. 192, comma secondo del d.lgs. 50/2016, più moderata nel senso della non necessaria dimostrazione nell'ambito della motivazione richiesta al fine dell'affidamento diretto di un sostanziale fallimento del mercato⁴⁵.

In tal senso, in particolare, l'onere motivazionale nel senso della preferenza per l'affidamento *in house* rispetto al ricorso alla gara non dovrebbe estendersi sino all'accertamento della oggettiva impossibilità di conseguire il medesimo risultato con il ricorso al mercato, potendo di contro essere ritenuta adeguata e sufficiente, compatibilmente con la discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici dall'art. 2, comma 1, della direttiva 2014/23/UE, l'indicazione di «*plausibili ed atipiche ragioni preferenziali, addotte a sostegno della globale convenienza dello strumento pubblico*»⁴⁶.

5. Osservazioni conclusive.

n. 280/202, laddove si è ritenuto assolto l'onere motivazionale, ritenuto che i vantaggi dell'operazione interna e la congruità economica dell'offerta risultano avvalorati dai seguenti specifici elementi: una attività di "confronto puntuale" sull'incremento del costo del lavoro; il confronto comparativo tra il costo complessivo offerto e quello del gestore uscente; la verifica circa il costo unitario, riscontrato più conveniente di quello registrato nei plurimi "benchmark" presi a riferimento; i plurimi "benchmark" presi a riferimento, che danno conto di una indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società *in house* con un benchmark di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società *in house* operanti nel territorio limitrofo; la evidenziazione dei vantaggi economici derivanti dalla possibilità di adattare in ogni momento le condizioni di erogazione del servizio alle mutate esigenze del Comune; la previsione di elementi innovativi indicati nel corpo della Relazione, quali attività di consulenza tecnica, servizi informatici, organizzazione di eventi formativi, tutti rilevanti sotto il profilo della dimostrata convenienza economico-qualitativa del servizio affidato *in house*. Così, uniformandosi di fatto a tale più moderato orientamento, si è recentemente espressa la stessa sezione V del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562, in www.giustizia-amministrativa.it) osservando come, nel caso di specie, nell'apparato motivazionale richiesto, risultassero carenti i seguenti aspetti: «*a) non sono stati valutati i costi di gestione dei servizi; b) non sono state indicate le singole voci del servizio nonché specificati i costi attuali sostenuti dal Comune e quelli che l'Ente sosterrà per l'affidamento in house; c) non sono stati comparati i costi praticati dall'affidataria in house con quelli medi rilevati attraverso l'osservatorio provinciale, constatandosene l'allineamento; d) non è stata data evidenza ai servizi e attività aggiuntive, valutati dal Comune in termini qualitativamente migliorativi rispetto alle pregresse gestioni. In sostanza, non sono stati comparati i dati né confrontati i costi. (...) La relazione si svolge tutta sul piano meramente astratto, tanto è vero che nella "motivazione della scelta" si afferma che l'affidamento dei servizi in house consente di ovviare alle problematiche economiche, burocratiche, logistiche e gestionali che una esternalizzazione del servizio necessariamente comporterebbe, ma non si fa alcun riferimento, nemmeno esemplificativo, alle problematiche concretamente riscontrate nel corso della pregressa esternalizzazione effettiva dei servizi*». L'onere motivazionale, in altri termini, sarebbe stato assolto laddove l'amministrazione avesse impiegato lo "storico" dei costi dei servizi per i quali si era già rivolta al mercato, ovvero ove avesse effettuato la comparazione con i prezzi offerti dagli operatori operanti nel mercato, tenendo conto delle compensazioni dovute per i servizi non a domanda.

⁴⁵ Così, si v. quanto esposto sopra, con particolare riferimento all'orientamento di cui alla sezione IV del Consiglio di Stato.

⁴⁶ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 4 gennaio 2022, n. 12 e, da ultimo, T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 11 novembre 2022, n. 1729, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.



A proposito dell'onere motivazionale di cui al presente contributo, in senso generale, non si può non rilevare, anzitutto, come il medesimo si ponga in linea con il principio generale immanente al nostro ordinamento alla luce del quale ciascuna decisione amministrativa debba essere debitamente motivata.

Ancora, alla luce della normativa vigente ed in particolare, stante il dettato dell'art. 192, comma secondo del Codice dei contratti pubblici, non vi è dubbio circa la necessità per le amministrazioni di condurre un'adeguata istruttoria e, conseguentemente, motivare la scelta dell'affidamento diretto, mediante una motivazione, senza dubbio, definibile come "rafforzata" o "aggravata"⁴⁷ – come esposto nella presente trattazione in particolare al precedente § 4 – soprattutto in ragione di un sostanziale sfavore verso gli affidamenti *in house* nell'ambito dell'ordinamento interno, peraltro costantemente riscontrabile nell'evoluzione della normativa sul tema sul piano nazionale⁴⁸.

Stanti tali premesse e, con specifico riguardo al contenuto concreto ed alla necessaria perimetrazione di tale onere motivazionale, tuttavia, non si può non rimarcare, in primo luogo, quanto emerso nell'ambito del parere n.1614/2021 espresso dal Consiglio di Stato sullo schema di Linee guida ANAC recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.*», laddove si è esplicitato come le Linee guida, ma altresì l'istituto dell'*in house*, si inseriscano in un contesto giuridico e istituzionale molto dinamico, soprattutto sotto la spinta urgente dello sviluppo e dell'attuazione delle misure previste nell'ambito del PNRR.

A tal proposito, infatti, il comma 1 dell'art. 10 del d.l. n.77/2021, al precipuo fine di accelerare gli investimenti pubblici, ha individuato la possibilità di avvalersi, «*mediante apposite convenzioni, del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*».

Ancora, il successivo comma 3 dell'art. 10 ha introdotto, una disciplina che, seppur speciale, rappresenta un'indicazione in termini di onere motivazionale ai fini dell'affidamento *in house* della quale non si può non tener conto, la quale considera anche tra gli altri aspetti cui fare riferimento nell'ambito della motivazione, quelli del risparmio di tempo e di risorse economiche.

In altri termini, seppure tale ultima disciplina sia stata individuata *ad hoc* in relazione agli affidamenti disposti nell'ambito del PNRR, in ottica complessiva e sempre tenendo in considerazione il dato normativo e l'evoluzione del medesimo, non si può escludere che nell'ambito della nuova disciplina in materia di contratti pubblici si individui, in senso generale, un diverso punto di equilibrio tra le esigenze di speditezza, efficienza ed efficacia operativa delle pubbliche amministrazioni nella realizzazione degli investimenti pubblici e le esigenze di promozione del mercato e della concorrenza.

⁴⁷ Rispetto alla qualificazione della motivazione si v. G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione «rafforzata» e «analitica»*, in *Foro amm.*, 6, 2020, 1313.

⁴⁸ Si pensi in particolare al dettato dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.



In aggiunta, nel considerare il contesto normativo attuale, occorre rammentare quanto disposto dalla legge n. 118/2022, c.d. *“Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”* in merito alla motivazione in caso di autoproduzione, laddove, nel prevedere l’adozione di un decreto legislativo di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in particolare all’art. 8, comma 2, lett. g) tra i principi e criteri direttivi in materia, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici, si è operato un esplicito riferimento alla necessità di predisporre, ad opera dell’ente locale, una *“motivazione qualificata”*, al fine della scelta, ovvero della conferma del modello dell'autoproduzione. Tale motivazione, ai fini di un'efficiente gestione del servizio, secondo quanto disposto dalla legge delega, *«deve dar conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione»*⁴⁹.

In attuazione della suddetta delega, come noto, è entrato in vigore il d.lgs. 23 dicembre 2022 n. 201, recante *“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”*, il quale all’art. 17 – con specifico riguardo agli affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici – ha da ultimo disciplinato l’aspetto della motivazione nel caso di affidamento diretto, richiedendo in particolare una *«qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato (...) illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta»*.

Ancora, da ultimo, nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’art. 1 della l. 78/2022, all’art. 7, con riguardo al principio di auto-organizzazione amministrativa si trova scritto che nell’ipotesi di affidamento *in house* le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono chiamati ad adottare un provvedimento motivato che dia conto *«dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della*

⁴⁹ In proposito, si è peraltro osservato come tale previsione, decisamente in ottica pro-concorrenziale, paia porsi in conflitto con quanto disposto in merito agli affidamenti *in house* nell’ambito delle specifiche previsioni sugli investimenti per il PNRR. Così, si è rilevato in dottrina (v. in partic. A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, cit.) come *«il perimetro delle norme non sia coincidente, giacché l’art. 10, D.L. n. 77/2021, sulla scorta dell’art. 192, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, pare riferirsi agli affidamenti diversi da quelli avente a oggetto i servizi di interesse economico generale. A ogni modo, oltre ad amplificarsi potenzialmente la problematica dimensione “a geometria variabile” dell’istituto, resta la singolarità della parabola incrociata delle due disposizioni. Mentre, infatti, nel quadro dell’attuazione del Pnrr, si alleggeriscono gli oneri motivazionali per i servizi strumentali, per i quali si è tradizionalmente ritenuto opportuno vincolare la scelta dell’autoproduzione delle amministrazioni, si tenderebbe invece a restringere l’autonomia delle amministrazioni proprio per l’affidamento di quei servizi, rivolti al pubblico, per i quali la scelta dell’autoproduzione è stata storicamente sottoposta a criteri meno stringenti, fissati già dall’art. 34, comma 20, D.L. n. 179/2012»*.



società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato».

Anche tale scelta legislativa, pertanto, sembra condurre verso un'interpretazione ragionevole e non eccessivamente rigorosa dell'onere motivazionale in esame, posto che anche alla luce del dettato suddetto – sebbene ad oggi non definitivo – non parrebbe indispensabile fornire una motivazione che si concretizzi nella dimostrazione circa un fallimento del mercato in relazione al singolo affidamento.

In definitiva, nell'individuazione della portata dell'onere motivazionale in parola, in termini di effettivi contenuti della motivazione, non si può non tenere conto del dato per cui la società *in house* da un lato, a differenza dell'operatore privato, non mira a produrre profitto, ma essenzialmente a coprire i costi effettivamente sostenuti per i quali può far leva su importanti economie di scala, dall'altro lato, può essere ad ogni modo intesa – al netto degli abusi dello strumento in parola in passato reiterati da diverse amministrazioni pubbliche – quale modalità operativa che consente di fatto di eliminare l'alea insita nell'affidamento disposto in favore di un operatore privato, specialmente in taluni settori e rispetto a specifici servizi di interesse generale.

Del resto, come evidenziato nell'ambito della stessa giurisprudenza amministrativa più recente⁵⁰, l'onere motivazione rafforzato in questione si ritiene debba essere interpretato nel senso della prova della ragionevolezza economica della scelta compiuta, dunque non in maniera eccessivamente stringente, spingendosi cioè sino alla necessità di dover fornire una dimostrazione del fallimento del mercato; come esposto, infatti, tale rigorosa interpretazione della norma renderebbe di fatto l'art. 192, comma 2 sostanzialmente riproduttivo della previsione di cui all'art. 23-bis⁵¹, dunque contrario alla volontà popolare espressa nell'ambito del referendum del 12 e 13 giugno 2011.

⁵⁰ Si v., in particolare, l'orientamento seguito dalla sezione quarta del Consiglio di Stato e così, tra le altre, Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021 n. 5352, cit.

⁵¹ Sul punto si v. Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138, in *Foro amm.*, 2019, 1, 75. Nella pronuncia, in particolare, il Collegio ha sollevato alla Corte di giustizia il quesito interpretativo “*se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'articolo 192, comma 2, d.lg. n. 50 del 2016) che colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento*”.

L'UTILIZZAZIONE ECONOMICA DELL'IMMAGINE DEI BENI CULTURALI.

Andrea Perruccio

Abstract [Ita]: traendo spunto da una recente pronuncia del Tribunale di Venezia, il contributo ripercorre, con approccio critico, il nodo relativo allo sfruttamento economico delle immagini dei beni culturali: dapprima, attraverso la ricognizione delle principali tappe dell'iter logico-argomentativo seguito dal Collegio e, per conseguenza, della categoria giuridica dell'uso, quale disciplinata dal d.lgs 42/2004; quindi, attraverso un *excursus* sulle sostanziali alterità rispetto alla disciplina del diritto d'autore. Il riconoscimento, all'immagine dei beni culturali, di una dignità di valore autonoma, induce a riflettere sull'attualità delle possibili opzioni di tutela, sia sul versante interpretativo del bilanciamento di interessi, sia su quello sistematico.

Abstract [Eng]: drawing on a recent ruling by the Court of Venice, the contribution retraces, with a critical and linear approach, the node relating to the economic exploitation of images of cultural heritage: first, through the recognition of the main stages of the logical-argumentative process followed by the Collegio and, consequently, of the legal category of use, as governed by Legislative Decree 42/2004; therefore, through an *excursus* on the substantial differences with respect to the copyright discipline. The recognition, to the image of cultural heritage, of a autonomous dignity of value, induces us to reflect on the actuality of the possible protection options, both on the interpretative side of the balancing of interests, and on the systematic one.

SOMMARIO: 1. Un paradigma per nuovi orizzonti di tutela. 2. Uso di beni culturali, riproduzione e sue declinazioni secondo il D.lgs 42/2004. 3. Le (false) analogie con il diritto d'autore, tra assonanze normative e (aperti) interrogativi. 4. Conclusioni

1. Un paradigma per nuovi orizzonti di tutela.

Il Tribunale di Venezia, con ordinanza del 24 ottobre 2022¹, ha accolto, in sede di reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c., l'inibitoria cautelare promossa, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., dal Ministero della Cultura e dalle Gallerie dell'Accademia di Venezia contro una nota società tedesca, leader europea dell'industria ludica. Al centro della questione l'utilizzo, a fini commerciali, dell'immagine dell'Uomo Vitruviano di Leonardo da Vinci.

Nel percorso logico-argomentativo del Collegio veneziano, si apre un'ampia prospettiva di bilanciamento con i principi sanciti a livello unionale, primo fra tutti quello della libera prestazione di servizi di cui agli artt. 56-62 TFUE. Alle possibilità di restringere tali prestazioni, giovano gli artt. 107-108, D.lgs 42/2004², più volte richiamati alla stregua di

¹ Tribunale di Venezia, Sez. II Civile, 24.10.2022, (ord.), est. Azzolini.

² Art. 107, comma I, D.lgs 42/2004: "Il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono consentire la riproduzione nonché l'uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna, fatte



norme imperative di applicazione necessaria, connotazione confortata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³. Dunque, un argomento a favore dei diritti di riproduzione (di immagini⁴) di beni culturali in capo alla P.A. e, in specie, della loro (inedita) portata *extra-territoriale*⁵.

La riproduzione avversata nel caso di specie si sostanzia, invero, nell'acquisizione e successiva commercializzazione, in forma di *puzzle*, dell'immagine riprodotte l'opera ad oggi custodita nella Galleria dell'Accademia di Venezia. A tutta prima, la condotta appare, *naturaliter*, priva di rischi per il bene culturale, poiché in assenza del contatto fisico tipizzato

salve le disposizioni di cui al comma 2 e quelle in materia di diritto d'autore"; art. 108: (canoni di concessione, corrispettivi di riproduzione, cauzione): 1. *I canoni di concessione ed i corrispettivi connessi alle riproduzioni di beni culturali sono determinati dall'autorità che ha in consegna i beni tenendo anche conto: a) del carattere delle attività cui si riferiscono le concessioni d'uso; b) dei mezzi e delle modalità di esecuzione delle riproduzioni; c) del tipo e del tempo di utilizzazione degli spazi e dei beni; d) dell'uso e della destinazione delle riproduzioni, nonché dei benefici economici che ne derivano al richiedente.* 2. *I canoni e i corrispettivi sono corrisposti, di regola, in via anticipata.* 3. *Nessun canone è dovuto per le riproduzioni richieste o eseguite da privati per uso personale o per motivi di studio, ovvero da soggetti pubblici o privati per finalità di valorizzazione, purché attuate senza scopo di lucro. I richiedenti sono comunque tenuti al rimborso delle spese sostenute dall'amministrazione concedente.* 3-bis. *Sono in ogni caso libere le seguenti attività, svolte senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale: 1) la riproduzione di beni culturali diversi dai beni archivistici sottoposti a restrizioni di consultabilità ai sensi del capo III del presente titolo, attuata nel rispetto delle disposizioni che tutelano il diritto di autore e con modalità che non comportino alcun contatto fisico con il bene, né l'esposizione dello stesso a sorgenti luminose, né, all'interno degli istituti della cultura, l'uso di stativi o treppiedi; 2) la divulgazione con qualsiasi mezzo delle immagini di beni culturali, legittimamente acquisite, in modo da non poter essere ulteriormente riprodotte a scopo di lucro.* 4. *Nei casi in cui dall'attività in concessione possa derivare un pregiudizio ai beni culturali, l'autorità che ha in consegna i beni determina l'importo della cauzione, costituita anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa. Per gli stessi motivi, la cauzione è dovuta anche nei casi di esenzione dal pagamento dei canoni e corrispettivi.* 5. *La cauzione è restituita quando sia stato accertato che i beni in concessione non hanno subito danni e le spese sostenute sono state rimborsate.* 6. *Gli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per l'uso e la riproduzione dei beni sono fissati con provvedimento dell'amministrazione concedente.*

³ v. Corte di Giustizia, sent. 21.02.1991, C- 180/89, secondo cui *“la conservazione del patrimonio storico ed artistico nazionale [può] costituire esigenza imperativa che giustifica una restrizione della libera prestazione dei servizi”*.

⁴ Sull'argomento, si veda BAVETTA, *Immagine (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, *passim*; RESTA, *L'immagine dei beni*, in RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, 550 e ss.; ID., *L'immagine dei beni e i modelli di appartenenza: un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Giust. Civ.*, 10 nov. 2014, *passim*; ID., *Il regime giuridico dell'immagine dei beni*, in *Il Libro dell'anno del Diritto*, 2016, *passim*; CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I “pieni” e i “vuoti” normativi*, in *Aedon*, 3, 2018, *passim*; MAGNANI, *Profili di tutela del diritto d'autore nella creazione di cataloghi digitali del patrimonio culturale: la protezione della banca dati e la protezione dei contenuti*, in *Aedon*, 3, 2020, *passim*; SCIULLO, *“Pubblico dominio” e “Dominio pubblico” in tema di immagine dei beni culturali: note sul recepimento della Direttiva (UE) 2019/790 e 2019/1024*, in *Aedon*, 2021, 1, *passim*; LIGRESTI, *Sulla riproduzione (digitale) dei beni culturali. Il P.N.R.R. per il “digital cultural heritage”*, in *Amministrazione in cammino*, 23 novembre 2022.

⁵ Per quanto di rilievo, tra le questioni pregiudiziali ripercorse dall'ordinanza in esame, quelle in materia di legge applicabile acquistano, in questa sede, importanza secondaria. Basti dire, in proposito, che il carattere di norme di applicazione necessaria riconosciuto alla legge italiana di tutela dei beni culturali (D.lgs. 42/2004) è sufficiente e necessario a rigettare le istanze di applicazione della legge tedesca, sul rilievo, altresì, che la *“disciplina italiana costituita dal Codice dei Beni culturali non prevede alcuna specifica limitazione della sua efficacia entro i confini nazionali”*. Per il carattere di legge di applicazione necessaria riconosciuto già alla L. 1



dall'art. 107, comma II per le ipotesi di riproduzione c.d. eccezionale⁶. In altri termini, l'attività si ridurrebbe ad una tecnica riproduttiva illecita per il solo fatto di essere abusiva: la società in questione avrebbe dovuto richiedere l'autorizzazione agli enti interessati, ai fini della determinazione del canone dovuto *ex lege*⁷, stante l'utilizzo del bene (e della sua immagine) a scopo commerciale.

Che se ne dica sulla "inoffensività" della condotta⁸, o sui nebulosi contorni di un "diritto di immagine sul bene culturale"⁹, risulta evidente sul versante processuale l'indubbia adattabilità del provvedimento richiesto ai sensi dell'art. 700 c.p.c.¹⁰. Ciò tanto più se si pone mente al fatto che l'inibitoria cautelare pare rispondere, in questo caso, alla tutela di interessi tra loro eterogenei. A tutta prima, un interesse pubblico al controllo sulla destinazione d'uso dei beni culturali in generale; a ben guardare, e tenendo ferme le molteplici variabili (in punto di legge applicabile, legittimazione processuale, conformazione della tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. etc.), il provvedimento *de quo* si iscrive nel più vasto orizzonte di tutela dei beni a c.d. "titolarità diffusa"¹¹. E' sì vero, in effetti, che le parti agiscono per reclamare "diritti

giugno 1939 n. 1089, di tutela delle cose di interesse artistico e storico, v. BOSCHIERO, *Art. 17 (norme di applicazione necessaria)*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema di diritto internazionale privato. Commentario*, 1996, 1067 e ss; In questa materia, la prevalenza delle norme straniere poste a tutela dei beni culturali sarebbe imposta da una concezione transnazionale dell'ordine pubblico. Per una completa rassegna bibliografica, v. anche BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zurigo, 1988, 402 e ss. Lo stato della normativa attualmente esistente nei vari Stati ha fatto sì che in dottrina così come in giurisprudenza, venisse più volte invocata la formazione, sul piano internazionale, di un principio di ordine pubblico "culturale", in grado di rendere anacronistico qualsivoglia particolarismo giuridico in materia.

⁶ Art. 107, comma II, D.lgs 42/2004: "è di regola vietata la riproduzione di beni culturali che consista nel trarre calchi, per contatto, dagli originali di sculture e di opere a rilievo in genere, di qualunque materiale tali beni siano fatti. Tale riproduzione è consentita solo in via eccezionale e nel rispetto delle modalità stabilite con apposito decreto ministeriale. Sono invece consentiti, previa autorizzazione del soprintendente, i calchi da copie degli originali già esistenti nonché quelli ottenuti con tecniche che escludano il contatto diretto con l'originale."

⁷ Si danno esempi di vere e proprie pattuizioni in tal senso. A metà degli anni '90, un'omologa società di giochi da tavolo e puzzle siglò un accordo con i Musei Vaticani per la riproduzione (e successiva immissione sul mercato) di immagini dei più iconici capolavori in essi custoditi.

⁸ Sia pur con riferimento alla sola immagine del bene laddove, di contro, non vi è dubbio che la riproduzione di opere d'arte e beni culturali assuma contorni diversi quando risulti aggredita la genuinità dell'opera, nella sua materialità e autenticità. Benché con qualche riserva, appare sostanzialmente diverso, di conseguenza, l'oggetto materiale delle condotte represses penalmente dall'art. 178, D.lgs 42/2004, oggi trasfuso nell'art. 518 *quaterdecies* c.p. (c.d. contraffazione di opere d'arte). Il precetto rappresenta un esempio di norma-mista alternativa sicché, alla contraffazione e alterazione, risulta equiparata la riproduzione: "è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 3000 a euro 10.000 chiunque, al fine di trarne profitto, contraffà, altera o riproduce un'opera di pittura, scultura o grafica ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico o archeologico".

⁹ RESTA, *Il regime giuridico dell'immagine dei beni*, op. cit.

¹⁰ In senso concorde, VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in CHIARLONI, CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, Torino, 2005, 1305 e ss.; PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, in *Foro it.*, 2012, 5, 11 e ss.; CONTE, *Dei provvedimenti d'urgenza*, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2013, 757 e ss;

¹¹ Tra le tante voci dedite all'argomento, v. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 361 e ss; CARRATTA, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e*



di privativa” che, nella sostanza, dovrebbero essere: i) funzionali alla corretta valorizzazione del patrimonio culturale; ii) attivabili in rappresentanza ed a garanzia dei rispettivi fruitori (*idest*: la collettività).

Sul versante della legittimazione attiva, si ha in effetti come l’impressione di assistere al superamento di un’impasse di non poco conto, rappresentata dalla carente “autonoma soggettività” del bene culturale. In altre parole, preso atto dell’annosa questione relativa alla azionabilità degli interessi diffusi ovvero collettivi¹², e tenuto conto delle ovvie difficoltà di un collegamento subiettivo tra autore dell’opera e diritti di utilizzazione (per come richiesto, ad es., dall’art. 12 L.d.a.¹³), si può cogliere tra le righe dell’ordinanza un tentativo di andare oltre (e ciò a tacere della circostanza che trattasi di *res* di interesse culturale, caduta in pubblico dominio, sia pur ricondotta all’ingegno del suo celeberrimo autore).

L’*escamotage* all’uopo utilizzato fa leva sulla “pregnanza significativa” del regime autorizzatorio di cui agli artt. 107-108, D.lgs 42/2004, che individua nel titolare del potere autorizzatorio/concessorio rispetto alla destinazione d’uso del bene, il soggetto (se non l’unico) legittimato all’esperimento della inibitoria cautelare.

Sul punto, è significativo il passaggio dell’ordinanza da cui emerge che “*lo stesso [il bene culturale] non possiede evidentemente un’autonoma soggettività cosicché si verifica una scissione tra l’oggetto di tutela rispetto alla lesione dell’immagine e il soggetto deputato, quale titolare del potere autorizzatorio/concessorio rispetto alla sua destinazione, ad agire per la sua tutela e a ricevere l’eventuale risarcimento [...]. Ciò che giustifica la legittimazione attiva delle odierne reclamanti*”¹⁴.

Donde appare evidente il tentativo di mediazione ermeneutica ai fini di una maggiore afferrabilità dell’interesse tutelato, stretto com’è tra l’eccessiva fumosità della lesione all’immagine del bene culturale, e la latitudine *ontologicamente estesa* dell’interesse (ora pubblico, ora diffuso) alla relativa fruizione e corretta destinazione.

Sul duplice versante del *fumus boni iuris* e del *periculum*, è da rilevare come non solo l’equazione *beni culturali-diritti della personalità* (emergente nel caso di specie, ex artt. 6, 7 e 10 c.c.¹⁵) conforta, a ragione, la particolare aderenza della tutela cautelare “atipica” rispetto ai

diffusi, Torino, 2003, 88 e ss. Sull’ammissibilità, nella giurisprudenza, dell’azione promossa da un’associazione rappresentativa di un interesse pubblico diffuso cfr. la storica sentenza n. 253 del 9 marzo 1973 del Consiglio di Stato, in *Foro it.*, 1974, III, c. 33 e ss.; v. anche CIERVO, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in *QG*, 2, 2017, *passim*.

¹² La bibliografia sul tema è assai vasta. Limitando il campo di indagine alla sua sede originaria, ossia alla tutela degli interessi diffusi avanti al giudice amministrativo, v. NIGRO, *Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazione della giurisprudenza*, in *Foro.it*, 1987 (ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1857 e ss.); ID., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980 (ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1427 e ss.).

¹³ v. *infra* nota 30.

¹⁴ Ad avviso di chi scrive, il ragionamento dei giudici sembra echeggiare la teorica dei beni culturali quali *tertium genus* di interessi di natura collettiva/diffusa, tale da legittimare, emancipandolo, un approccio istituzionale e giudiziario ai beni comuni, “*al fine di ricomprendere la loro garanzia nelle maglie del processo*”. In senso concorde, CIERVO, *op. cit.*, p. 4; cfr. CERULLI-IRELLI, DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, Padova, 2014, 16 e ss.

¹⁵ Art. 10 c.c. (abuso dell’immagine altrui): “*qualora l’immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l’esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l’autorità giudiziaria, su richiesta dell’interessato, può disporre che cessi l’abuso, salvo il risarcimento dei danni*”.



diritti non patrimoniali, ma lo stesso richiamo allo “*svilimento dell’immagine e del nome dell’opera Uomo Vitruviano*” giova ai fini della prognosi positiva di “*irreparabilità*” del danno paventato.

Sul requisito dell’*“imminenza”* del pregiudizio *nulla quaestio*, versandosi, nel caso di specie, in un tipico esempio di illecito dannoso “*permanente*”, i cui effetti lesivi perdurano nel tempo (la messa in circolazione del prodotto illecitamente riprodotto l’immagine del bene culturale); quanto al requisito della irreparabilità, mette conto osservare quanto segue.

Alla funzione del bene culturale e, ancor più incisivamente, all’idea di bene culturale quale “*entità immateriale distinta dal supporto materiale cui inerisce e costituente un valore identitario collettivo destinato alla fruizione pubblica*”, è stato riconosciuto rilievo assorbente sotto il profilo della gravità della lesione perpetrata all’immagine e al nome del bene. E ciò in termini di “*danno risarcibile ex artt. 2043 c.c. e 2059 c.c., laddove il danno è costituito, in primo luogo, dallo svilimento dell’immagine e della denominazione del bene culturale (perché riprodotti e usati senza autorizzazione e controllo rispetto alla destinazione) e, in secondo luogo, dalla perdita economica patita dall’Istituto museale (per il mancato pagamento del canone di concessione e dei corrispettivi di riproduzione)*”.

Se, da un lato, ciò costituisce una conferma della “*significativa elasticità*” attribuita al requisito del “*pregiudizio irreparabile*”, in linea con le interpretazioni caldegiate dalla dottrina più recente¹⁶; dall’altro, l’accoglimento dell’inibitoria sulla falsariga degli artt. 6, 7 e 10 c.c. (di regola, riferibili ai *diritti della personalità*), sembra dischiudere l’*enforcement* di un diritto assoluto (forse proiettato, implicitamente, nella dimensione dei diritti umani¹⁷ e, quindi, correlato alla fruizione), benché in apparente antitesi con la natura del diritto (di credito) previsto dall’art. 108, D.lgs 42/2004¹⁸.

Com’è evidente, la vicenda offre diversi spunti di riflessione, ed è occasione per ripercorrere un quadro normativo senz’altro di settore, e per questo latore di tecnicismi e nozioni da rischiarare.

2. Uso di beni culturali, riproduzione e sue declinazioni secondo il D.lgs 42/2004.

Per meglio inquadrare il *thema decidendum* sottoposto all’attenzione del giudice della cautela, occorre riepilogare i punti salienti dell’ordinanza *de quo*: 1) il costo di riproduzione di cui agli artt. 107-108, Codice dei beni culturali può essere qualificato come un “*diritto di utilizzazione economica*” sui beni posseduti dall’ente consegnatario; 2) la concessione d’uso rappresenta una contromisura, di natura amministrativa, finalizzata al controllo sulla destinazione d’uso del bene culturale, quando la riproduzione sia eseguita a scopo di lucro; 3) la relativa disciplina codicistica ha “*vocazione universale*” e come tale è qualificabile “*di*

¹⁶ Per ampi richiami dottrinali, v. per tutti, TARZIA-FALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, ult. ed., Torino, *passim*.

¹⁷ Sui diritti fondamentali in prospettiva “*intergenerazionale*”, si veda BIFULCO-D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, *passim*; FRANCONI, *The Human Dimension of International Cultural Heritage: An introduction*, in *European Journal of International Law*, 2011, 9-16, *passim*; CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, *passim*;

¹⁸ POJAGHI, *Beni culturali e diritto d’autore*, in *Riv. Dir. Aut.*, 2014, *passim*.



applicazione necessaria”; 4) il danno non patrimoniale, riconosciuto dal giudice della cautela, è danno all’immagine del bene culturale. Questa voce di danno, imputabile al valore immateriale del bene (sulla falsariga della bipartizione tra “*corpus mysticum*” e “*corpus mechanicum*”¹⁹), è costituita dallo “*svilimento dell’immagine e del nome dell’opera*”.

Il dato normativo da cui muovere è quindi rappresentato dagli artt. 107-108 del Codice Urbani (D.lgs 42/2004). Le norme si collocano all’interno del Titolo II, rubricato *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali*, più precisamente all’interno del Capo II, a sua volta dedicato alla *fruizione dei beni culturali*. La materia è governata da *principi generali* (sezione I) e, successivamente, normata da disposizioni di dettaglio, relative all’*uso dei beni culturali*²⁰ (sezione II).

A questo articolato normativo, in sé peculiare, si deve il pregio di regolare, con evidente rigore sistematico, la dimensione effettiva del rapporto tra collettività e patrimonio culturale, in aderenza alla natura altrettanto peculiare di quest’ultimo²¹. In proposito, si è efficacemente osservato che la concreta estrinsecazione dell’uso consente di “*cogliere il rapporto tra bene e collettività assai meglio di quanto consenta lo studio del regime della tutela e della circolazione del bene*”²².

Se questa è, in estrema sintesi, la strada maestra da percorrere per un inquadramento preliminare della materia del contendere, si può dire, a tutta prima, che la categoria giuridica dell’uso, per come prevista dal codice civile, viene storicamente riferita alla proprietà, in quanto godimento su cosa *altrui* ai sensi dell’art. 1021 c.c. E si può dire, altresì che la categoria in oggetto sia *genus* della *species* disciplinata dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, in ragione della funzione “*sociale*” del patrimonio culturale²³ e dei diversi modi di intendere il concetto di “*proprietà*”²⁴. La tematica si rivela, com’è noto, centrale, trovando nel

¹⁹ Già preconizzata dai primi commentatori della L.d.a., si veda, per tutti, FERRARA, *Il diritto reale di autore in rapporto alla nuova legge italiana*, Napoli, 1940, *passim*.

²⁰ In proposito, si veda FANIZZA, *Art. 107*, in ANGIUTTI, CAMPUTI-JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005; BROCCA, *La disciplina d’uso dei beni culturali*, in *Aedon*, 2, 2006; VENTIMIGLIA, *Art. 107*, in SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012; LIGRESTI, *op. cit.*, 4 e ss.

²¹ In ragione dello stretto collegamento tra “uso” e “fruizione” del patrimonio culturale, il cui godimento dipende, in concreto, dall’uso che se ne fa. Sul punto, si veda *ex multis*, Corte cost. 138/2020. In dottrina, v. ancora CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, *op. cit.*

²² La questione intercetta, pertanto, l’uso dei beni pubblici. Tra gli autori impegnati sull’argomento, con precipuo riguardo al rapporto tra beni pubblici e beni culturali, v. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Dir. economia*, 1956, 163; GIANNINI, *Beni pubblici*, Roma, 1963, *passim*; RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, *passim*; MATTEI, REVIGLIO, RÓDOTA’ *I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010, *passim*; Nella manualistica, v. *ex multis*, CASETTA-FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, 221 e ss.

²³ Sociale in quanto “*promozionale*”, arg. ex art. 9 Cost. Sul punto, si veda MERUSI, *Art. 9*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 434 e ss.

²⁴ La constatazione per cui si danno più modi di intendere la proprietà, in ragione della funzione via via assolta da questa, si deve al fondamentale contributo di Cfr. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario, Palermo, 19-23 ottobre 1952*, Milano, 1954, *passim*. e, successivamente, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, *passim*; Con precipuo riguardo ai beni culturali di appartenenza privata, cfr. anche LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà “obbliga”*, in *Politica del diritto*, 4, 2016, 547-562.



campo dei beni culturali le sue elaborazioni più innovative²⁵. Basti ricordare come uno dei risultati cui approda la dottrina sia quello della sostanziale divaricazione tra titolare del diritto c.d. dominicale (Stato, regioni, altri enti pubblici territoriali) e collettività, alla quale è imputabile l'interesse al godimento del bene *ex se*, sicché “*ciascun soggetto pubblico è tenuto a garantire la fruizione dei beni di cui ha comunque la disponibilità*”, a nulla rilevando, sotto questo profilo, l'individuazione dell'effettivo titolare²⁶, né, per conseguenza, la necessità di accordi tra i diversi titolari dei beni (cfr. art. 102, co. 4, D.lgs 42/2004).

Fatte queste premesse, la riproduzione di un bene culturale, *lato sensu* considerata²⁷, è soggetta a concessione amministrativa, dietro il versamento di un canone ovvero di corrispettivi di riproduzione, allorché il richiedente interessato possa trarne un qualche *beneficio economico* (arg., ad esempio, ex art. 108, co. 1, lett. d)²⁸. Viene dunque in rilievo la discrezionalità amministrativa, nella sfera della quale l'Amministrazione esercita, *in via esclusiva*, il controllo sulla destinazione d'uso dei beni culturali.

Orbene, per quanto è qui d'interesse, il termine “*immagine*” compare sporadicamente all'interno del Codice dei beni culturali. L'unico riferimento significativo, risulta essere, invero, quello in materia di riproduzione: l'art. 108, comma 3 *bis*, n. 2 recita che sono in ogni caso libere, tra le altre, le attività di “*divulgazione, con qualsiasi mezzo, delle immagini di beni culturali, legittimamente acquisite, in modo da non essere ulteriormente riprodotte a scopo di lucro*”. E così, il connotato “aggiuntivo” dell'utilizzo dell'immagine del bene culturale è, e rimane, il contesto nel quale l'attività viene posta in essere. Se l'attività è svolta a scopo di lucro, allora tale elemento assurge, a livello normativo, a spartiacque tra attività regolamentata (*recte*: vincolata al pagamento del corrispettivo) e attività libera²⁹. A voler quadrare il cerchio, metafora viepiù calzante con l'oggetto in contestazione, tanto varrebbe mutuare, *ceteris*

²⁵ Si vuole qui alludere, ovviamente, ai contenuti del progetto di riforma della Commissione Rodotà, istituita presso il Ministero della Giustizia nel 2007, in seno alla quale è sorta, nel nostro panorama giuridico, la definizione di “*bene comune*”, seppur in assenza, allo stato, di riscontri normativi. Sulla categoria dei beni comuni, *ex plurimis*, v. RODOTÀ, *Lo statuto giuridico del bene culturale*, in *Annali dell'associazione Bianchi Bandinelli*, Roma, 1994, 15 e ss.. Per una ricognizione del dibattito dottrinale intorno alla categoria in oggetto, v. MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, *passim*; MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2012, *passim*. I beni culturali costituirebbero un esempio di bene comune, in quanto cose che “*esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità [...] che non rientrano stricto sensu nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa potendo appartenere non solo a persone pubbliche ma anche a privati*”.

²⁶ Cfr. PUGLIATTI, *La proprietà*, op. cit.; LONGOBUCCO, *Beni culturali*, op. cit.

²⁷ Nel dettaglio, il Codice dei beni culturali opera una *summa divisio* tra due fattispecie riproduttive: da un lato, la riproduzione *per contatto*, descritta dall'art. 107, comma II, primo periodo, vale a dire quella che “*consista nel trarre calchi, per contatto, dagli originali di sculture e di opere a rilievo in genere, di qualunque materiale tali beni siano fatti*”; dall'altro, la riproduzione attuata con modalità tali da non comportare *alcun contatto fisico col bene* (richiamata dall'art. 108, comma 3 *bis*, numeri 1-2). Ciò che viene in rilievo nel “caso dell'Uomo Vitruviano” *et similia*, è certamente quest'ultima forma di riproduzione, la meno invasiva se confrontata alla prima tipologia di riproduzione, ancor meno se si restringe il *focus* sulla particolarità del caso in esame, consistendo la condotta avversata nello “*svilimento*” - a dire del giudice della cautela - dell'*immagine* di un bene culturale e del suo nome.

²⁸ Ciò naturalmente, fuori dei casi di riproduzione *per contatto*, la quale, fermo quanto *supra*, è di regola vietata e al più consentita “*in via eccezionale, con apposito decreto ministeriale*”, a termini dell'art. 107, co. 2, secondo periodo.



paribus, dalla L.d.a., un *diritto esclusivo*³⁰ di *utilizzazione economica* sui beni culturali (*recte*: sulle relative immagini) in capo all'Amministrazione, presso cui i beni medesimi sono custoditi³¹. Sulle ragioni – di ordine sistematico - che rendono difficili la quadratura del cerchio, si ritornerà nel prosieguo.

3. Le (false) analogie con il diritto d'autore, tra assonanze normative e (aperti) interrogativi.

La soluzione accolta nell'ordinanza in esame echeggia una poliedricità senza dubbio evidente, poiché l'istanza di inibitoria ben potrebbe fondarsi su divieti ubiquitariamente previsti, tutti suscettibili di venire in rilievo: ora sotto il profilo del regime vincolistico di cui agli artt. 107-108 cit.; ora sul piano sovranazionale, alla stregua dell'art. 41, co. I dell'accordo TRIPs (Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale) promosso dall'OMC³²; ora da punto di vista del diritto d'autore, qualora si potesse ricorrere ad una *fiction* per sussumere il caso in esame sotto la fattispecie dell'art. 96, L.d.a.³³. E tuttavia, mantenendo una lettura aderente al dato positivo, quale/i interesse/i può/possono dirsi alla base della tutela cautelare richiesta? Un interesse pubblico? Una forma pubblicistica di *copyright*?³⁴ Va da sé, che la giustapposizione tra patrimonio culturale e diritto d'autore³⁵ rappresenta un autentico *rebus* giuridico. Il confronto tra le rispettive realtà normative si

²⁹ Nello specifico, quelle con finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero, o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale, *purché svolte, appunto, senza scopo di lucro*: v. art. 108, comma 3 bis, D.lgs 42/2004.

³⁰ Sulla falsariga dei diritti esercitabili ai sensi dell'art. 12, L.d.a., in forza del quale l'autore "*ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti*". Come si dirà, lo stesso giudice della cautela nella vicenda in esame ha rimarcato l'evidente "*scissione tra l'oggetto di tutela rispetto alla lesione dell'immagine e il soggetto deputato ad agire per la sua tutela*".

³¹ Sul punto, non esiste uniformità di vedute in giurisprudenza. Secondo Cass., sent. n. 9757/2013 è legittima la riproduzione di un bene culturale eseguita mediante rilevamenti scientifici risultati da un'attività peritale. Di contrario avviso, nella giurisprudenza amministrativa, cfr., *ex multis*, TAR Lombardia, sez. I, sent. n. 2858 del 2012

³² In quest'ultima direzione, il vincolo sulla riproduzione di immagini di beni culturali si spiegherebbe anche dalla *ratio* di regolamentare, con acribia forse eccessiva, un ulteriore aspetto della circolazione dei beni culturali, al fine di "*evitare la creazione di ostacoli ai legittimi scambi e fornire salvaguardie contro il loro abuso*", v. art. 41, co. I, TRIPs: "*I Membri fanno in modo che le loro legislazioni prevedano le procedure di tutela di cui alla presente parte in modo da consentire un'azione efficace contro qualsiasi violazione dei diritti di proprietà intellettuale contemplati dal presente Accordo, ivi compresi rapidi mezzi per impedire violazioni e mezzi che costituiscano un deterrente contro ulteriori violazioni. Le procedure in questione si applicano in modo da evitare la creazione di ostacoli ai legittimi scambi e fornire salvaguardie contro il loro abuso*".

³³ Art. 96, L.d.a.: "*Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa*". Il richiamo a tale disposizione va preso *cum grano salis*, per le evidenti esigenze di "adattamento" al caso di specie. A ben vedere, la fattispecie a venire in rilievo sarebbe quella di cui all'art. 93, co. 2 L.d.a., ove si prevede che: "*dopo la morte dell'autore occorre il consenso del coniuge e dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti diretti fino al quarto grado*". Si può dire, con ogni cautela all'uopo necessaria, che l'immagine di un bene culturale di autore vissuto secoli or sono possa mutuare il regime giuridico del ritratto ex art. 96 L.d.a. a soli fini descrittivi, laddove il consenso richiesto dalla norma *de quo* altro non è che la licenza concessa dall'ente pubblico, presso cui il bene culturale è "caduto" in custodia.

³⁴ In proposito, si è fatta largo l'espressione "*pseudo-copyright*". In chiave critica, si veda ALIPRANDI, *Lo pseudo-copyright sui beni culturali: ecco perché è un problema tutto italiano*, in *agendadigitale.eu*, 13 luglio 2022.



espone ad inevitabili conflitti³⁶, in ragione delle alterità sostanziali che caratterizzano i relativi oggetti di tutela.

Tra i due poli normativi, divergono interessi di natura diversa, destinati a percorrere un "doppio binario"³⁷: l'interesse, di matrice pubblicistica, alla massima fruizione del bene dichiarato di interesse culturale, secondo lo schema del D.lgs 42/2004; l'interesse, squisitamente individuale, dell'autore dell'opera oggetto di protezione ai sensi dell'art. 2577 c.c.³⁸ e della L. 22 aprile 1941, n. 633 (c.d. legge sui diritti d'autore, di seguito L.d.a); al diritto d'autore di cui all'art. 2575 c.c. risponde la definizione "opera dell'ingegno di carattere creativo"; al bene culturale risponde il substrato materiale descritto dagli artt. 2, 10 e 11 d.lgs/2004³⁹. Donde è la natura stessa del patrimonio culturale a rendere evidente la suddetta polarità, consapevoli della massima fruibilità⁴⁰ di cui dovrebbe godere (e di cui, sovente, gode) il "patrimonio storico e artistico della Nazione", sotto l'egida dell'art. 9 Cost.

Fuori dall'ovvio, dal coacervo di definizioni normative si prende atto di una certa prossimità semantica tra le "arti figurative" di cui all'art. 2575 c.c., l'"opera d'arte" e ciò che viene formalmente riconosciuto come "bene culturale"⁴¹. Quindi, di una potenziale

³⁵ Per un'ampia panoramica sul tema, si veda MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro quinto: Lavoro art. 2575-2583*, Bologna-Roma, 2000, *passim*; SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, in *Dir. ind.*, 2016, I; SPREDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, 2013; ID., *Principi di diritto d'autore*, Bologna, 2020; POJAGHI, *Beni culturali e diritto d'autore cit.*; CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, in *Aedon*, 3, 2018, *passim*; TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari, 2019, *passim*; SCIULLO, "Pubblico dominio" e "Dominio pubblico", *op. cit.*

³⁶ Sulla conflittualità degli interessi tutelati dai rispettivi sistemi normativi (Codice dei beni culturali, da un lato; Legge sul diritto d'autore, dall'altro), si veda POJAGHI, *op. cit.*; BARBERIO, *Il regime e le forme di circolazione e di controllo dell'opera d'arte tra diritto d'autore e tutela del bene culturale*, in DELFINO (a cura di) *L'arbitrato ed il mercato delle opere d'arte. Atti del convegno (Acconia di Curinga, 18-19 settembre 2009)*, Reggio Calabria, 2011, 91 e ss.

³⁷ Dove l'espressione "doppio binario" starebbe a sottolineare la tendenziale non sovrapponibilità dei due sistemi. Sul punto, v. MUSSO, *op. cit.*, *passim.*; POJAGHI, *op. cit.*

³⁸ Art. 2577 c.c. (contenuto del diritto): "l'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera e di utilizzarla economicamente in ogni forma e modo, nei limiti e per gli effetti fissati dalla legge. L'autore, anche dopo la cessione dei diritti previsti dal comma precedente, può rivendicare la paternità dell'opera e può opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera stessa, che possa essere di pregiudizio al suo onore e alla sua reputazione".

³⁹ Art. 2, D.lgs 42/2004: "Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà", vale a dire che presentano un "interesse culturale", ad eccezione delle cose "che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settanta anni" (così art. 10, co. 5).

⁴⁰ Sul concetto di fruizione, quale *trait d'union* tra patrimonio culturale e sua valorizzazione, v. Corte cost., sent. 9/2004 e n. 212/2006, ad avviso della quale "la valorizzazione è diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest'ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione e con riferimento ai modi di questa". Del pari, si veda LIGRESTI, *Sulla riproduzione (digitale) dei beni culturali*, *op. cit.*; CARPENTIERI, *Digitalizzazione, banche dati e valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 2020, 3; FRANCOLA, *Nuove tecnologie tra valorizzazione, conservazione e fruizione dei beni culturali*, in *Astrid Rassegna*, 2018, 4, *passim.*

⁴¹ Prossimità semantica che non denota una fungibilità sul piano concettuale, trattandosi di nozioni autonome. Sul punto, v. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore*, *op. cit.*, 77 e ss.; TARASCO, *Diritto e*



sovrapponibilità fra i due sistemi⁴², e cioè nelle ipotesi di conflitto in cui il bene sia assoggettabile alla tutela pubblicistica e sia, al contempo, oggetto di protezione ai sensi della L.d.a.

Ipotesi, questa, resa più che verosimile dagli artt. 10, comma 5, Codice dei beni culturali⁴³ e 25, L.d.a.⁴⁴. Allo stato dell'attuale normativa, la tutela dei beni culturali si estende alle opere d'arte "la cui esecuzione" risalga ad oltre settanta anni, laddove, di contro, la protezione del diritto d'autore si estende fino a settanta anni "dopo la morte dell'autore".

Basti pensare all'opera d'arte eseguita più di settanta anni or sono, il cui autore sia morto da non più di settanta anni⁴⁵: quale dei due regimi giuridici potrà dirsi applicabile, ove intervenisse la dichiarazione di interesse culturale? Potenzialmente entrambi⁴⁶.

Ancor più ravvicinata, rispetto alla problematica *de quo*, è la prospettiva offerta dalla giurisprudenza più recente, e relativa all'uso indebito di immagini di beni culturali da parte di terzi⁴⁷, estranei all'Amministrazione che quei beni custodisca o abbia in consegna.

Le pronunce incentrate sull'argomento si spingono a riconoscere all'immagine del bene culturale una dignità di valore autonoma, nell'ottica di una tutela "ad ampio spettro" e, conseguentemente, di un "diritto di privativa" in capo alla P.A.

Di qui l'interrogativo, dal sapore provocatorio: ha senso parlare di "altruità" con riferimento all'immagine del patrimonio culturale? Più segnatamente, ha senso ipotizzare una reviviscenza di un "dominio pubblico"⁴⁸, sottoforma di "diritti di privativa" sull'utilizzo, quand'anche economico, dell'immagine di un bene culturale⁴⁹?

gestione del patrimonio culturale, op. cit., 107 e ss; POJAGHI, *Beni culturali, op. cit.*, 149 e ss.; SCIULLO, *op. cit.*

⁴² POJAGHI, *op. cit.*, 149 e ss.

⁴³ Art. 10, comma 5, d.lgs 42/2004: "non sono soggette alla disciplina del presente titolo le cose indicate nel comma I e nel comma III, lett. a) ed e), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settanta anni, nonché le cose indicate nel comma 3, lett. d-bis), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni". Rimangono ferme le sanzioni penali in materia di contraffazione (v. art. 178 D.lgs 42/2004, oggi trasfuso nell'art. 518 *quaterdecies* c.p.) e quelle in materia di vendita (art. 64 CBC).

⁴⁴ Art. 25, L.d.a.: "i diritti di utilizzazione economica dell'opera durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte".

⁴⁵ A titolo esemplificativo, vengono in rilievo le opere dello scultore Marino Marini (1901-1980), lì dove riconosciute di interesse culturale. Si rinvia al catalogo generale dei beni culturali reperibile *on line*.

⁴⁶ POJAGHI, *op. cit.*

⁴⁷ In giurisprudenza si contano pochi benché assai significativi precedenti. Tra i più recenti, vi è la vicenda definita con un'ordinanza del Tribunale di Firenze, datata 11 aprile 2022, e relativa alla riproduzione non autorizzata dell'immagine del David di Michelangelo da parte di una società. Si veda, altresì, Tribunale di Palermo, sent. n. 4901 del 2017 relativa alla famosa vicenda del Teatro Massimo di Palermo. Al centro della questione, la riproduzione non autorizzata (e per fini pubblicitari) dell'immagine del Teatro da parte di un Istituto di credito. v. anche TAR Lombardia, sez. I, sent. n. 2858 del 2012, sulla quale si veda LIGRESTI, *op. cit.*

⁴⁸ SCIULLO, *op. cit.*

⁴⁹ L'interrogativo non è certo nuovo, come evidenziato da CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale op. cit.*, il quale rinvia a GRISOLA, *La tutela della cosa d'arte*, Roma, 1952, 351.



Per non confondere i piani, e rimarcando la diversa natura del “diritto d’autore”⁵⁰, si può anche rispondere positivamente: l’apposizione di limiti alla circolazione (dell’immagine) del bene ben potrebbe rientrare tra le prerogative proprietarie del rispettivo titolare⁵¹, fintantoché il bene non sia esposto alla pubblica vista⁵². Eppure, la semplice lettura del dato positivo conforta una dimensione “prettamente economica”, nella quale il regime giuridico dell’immagine del bene sembra adagiarsi, con il suo inafferrabile coefficiente di indeterminatezza⁵³.

Il nodo potrebbe, invero, essere proprio questo: l’esercizio di diritti di privativa, in forma di corrispettivo/canone imposto sulla riproduzione concessa a terzi, pare approssimarsi ad un “costo di fruizione”, al pari di quando si paga il biglietto per l’accesso agli istituti e luoghi della cultura di cui all’art. 101, D.lgs 42/2004, siano essi di proprietà pubblica o privata (e sul punto, *nulla quaestio* poiché “l’accesso agli istituti e a luoghi pubblici della cultura può essere gratuito o a pagamento”: art. 102, co. I). In altre parole, si addossa in capo al concessionario il costo (e quindi l’entrata economica) che sarebbe conseguito(a) ad una fruizione *in loco* del bene fisico e originale (anziché riprodotto).

Al contempo, e in linea con quanto già osservato altrove⁵⁴, tale rilievo presterebbe il fianco ad una concezione forse inattuale di fruizione, che non tiene in debito conto della potenziale “ubiquità” dell’accesso alla cultura. Lì dove una fruizione “virtuale”, “digitalizzata” del patrimonio culturale, si serve di immagini, accede ad una dimensione, per così dire, “immateriale” della cultura.

Com’è noto, ai nuovi orizzonti della fruibilità si è orientata, da ultimo, l’Unione Europea, attraverso la Direttiva(UE) 2019/790⁵⁵.

⁵⁰ POJAGHI, *Beni culturali e diritto d’autore*, op. cit. In effetti, il diritto d’autore non potrebbe trovare cittadinanza in una materia come quella disciplinata dal Codice dei beni culturali, se non interpretando estensivamente la lettera della legge (v. artt. 10 c.c. ma anche 96 L.d.a.), fatte salve le ipotesi di conflitto (es. opera d’arte eseguita più di settanta anni or sono, il cui autore sia morto da non più di settanta anni). Diversamente opinando, non avrebbe alcun senso la clausola di salvezza contenuta nell’art. 107 D.lgs 42/2004, la quale fa salva la disciplina del diritto d’autore.

⁵¹ Per una ricognizione del problema, v. RESTA, *Il regime giuridico dell’immagine*, op. cit.

⁵² Diversamente, viene in rilievo la c.d. libertà di panorama, quale limite generalmente riconosciuto all’esercizio di diritti di privativa sui beni (sia culturali che paesaggistici). Sulla libertà di panorama, si veda RESTA, *Chi è proprietario delle Piramidi? L’immagine dei beni tra property e commons*, in *Politica del diritto*, 2009, 567 e ss; FAGGIONI, *La libertà di panorama in Italia*, in *Dir. industriale*, 2011, 6, 535 e ss.

⁵³ Sull’irreperibilità, nell’attuale ordinamento, di un regime giuridico *ad hoc*, si veda RESTA, *Il regime giuridico*, op. cit.

⁵⁴ SCIULLO, op. cit.

⁵⁵ In senso concorde, SCIULLO, op. cit.: “se ci accosta alle disposizioni codicistiche dedicate all’Uso dei beni culturali, si avverte come la sensazione della patina del tempo. L’impressione di fondo è che esse riflettano l’idea di una fruizione prevalentemente “in presenza”, individuale, condotta dal visitatore “analogico” del museo, biblioteca, archivio. Sembra mancare la dimensione dell’accesso “a distanza”, senza confini temporali e geografici, reso disponibile ai navigatori della rete”. Sulla Direttiva(UE) 2019/790, si veda anche ARISI, *Riproduzioni di opere d’arte visiva in pubblico dominio: l’art. 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la trasposizione in Italia*, in *Aedon*, 2021, 1, passim; SCIULLO, op. cit.; LAVAGNINI, *Il diritto d’autore nel mercato unico digitale. Direttiva UE 2019/790 e d.lgs n. 177/2021 di recepimento*, Torino, 2022, passim. Con precipuo riguardo alla tutela del diritto d’autore in rete, si veda STAZI, *La tutela del diritto d’autore in rete: bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie europee e “modello italiano”*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, II, 1, 2015, passim; CARPENTIERI, *Digitalizzazione cit.*; MANACORDA, *Patrimonio*



Per effetto dell'art. 14 della Direttiva(UE), "gli Stati membri provvedono a che, alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto di autore o a diritti connessi". E si è, in proposito, osservato come la Direttiva faciliti l'operatività degli artt. 107-108, d.lgs 42/2004, nella misura in cui il materiale derivante dalla riproduzione priva di originalità, di opere delle arti visive/beni culturali, esuli dal raggio d'azione del diritto d'autore⁵⁶.

4. Conclusioni.

Pur in assenza di "agganci logico-normativi" alla disciplina del diritto d'autore, gli effetti dell'inibitoria cautelare concessa con l'ordinanza in esame si approssimano, giocoforza, a quelli tratteggiati dalla L.d.a. (arg. ex art. 163⁵⁷, L. 22 aprile 1941, n. 633), risolvendosi: a) nella cessazione del comportamento abusivo in quanto non autorizzato (quand'anche in deroga, come si è visto, ai principi unionali in tema rilevanti, in ragione dell'interesse pubblico preminente alla conservazione e valorizzazione del patrimonio storico-artistico nazionale); b) nella richiesta di risarcimento dei danni patiti, danni conseguenti alla lesione di diritti patrimoniali e non, sulla falsariga della dicotomia *diritti di utilizzazione economica-diritti morali*, alla luce degli artt. 20⁵⁸ e ss. L.d.a.⁵⁹; c) nella determinazione di una somma, a titolo di penale, per ogni ritardo nell'esecuzione dell'ordinanza (ovvero per ogni violazione successivamente constatata⁶⁰).

Se, per un verso, il costo di riproduzione di cui agli artt. 107-108, Codice dei beni culturali certo non si atteggia alla stregua d un diritto di utilizzazione economica previsto dalla L.d.a., bensì come contromisura, di natura amministrativa, finalizzata al controllo sulla corretta destinazione d'uso del bene culturale, quando la riproduzione sia eseguita a scopo di lucro⁶¹; per converso, non sembra potersi revocare in dubbio che l'assoggettamento a *royalties* della

culturale, libertà, democrazia. Pensieri sparsi di un archeologo incompetente a proposito di "Diritto e gestione del patrimonio culturale", in Il Capitale culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage, 2020, 4, passim.

⁵⁶ Negli stessi termini, SCIULLO, *op. cit.* Il contenuto dell'articolo 14 cit. risulta oggi interamente trasfuso nell'art. 32 quater, L.d.a., con la precisazione, per quanto è di interesse in questa sede, che l'art. 32 quater fa espressamente salve le disposizioni in materia di riproduzione dei beni culturali di cui al D.lgs 42/2004.

⁵⁷ Art. 163, comma I, L.d.a.: "il titolare di un diritto di utilizzazione economica può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi attività, ivi comprese quelle costituenti servizi prestati da intermediari, che costituisca violazione del diritto stesso secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari". La norma è stata ritenuta applicabile anche con riferimento ai cc.dd. diritti morali di cui agli artt. 20 e ss. L.d.a., v. Trib. Milano, 13 dicembre 2007, in *AIDA*, 2010, 526.

⁵⁸ Art. 20, comma I, L.d.a.: "Indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, previsti nelle disposizioni della sezione precedente, ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione, o ad altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione".

⁵⁹ Argomentando in tal senso, appare significativo quanto disposto dall'art. 23, ult. comma, L.d.a.: "l'azione, qualora finalità pubbliche lo esigano, può altresì essere esercitata dal Ministro per i beni e le attività culturali".

⁶⁰ Di qui l'evidente analogia che ricorre tra gli artt. 614 *bis* c.p.c. e 163, co. 2, L.d.a. In entrambi i casi, "il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento".

⁶¹ Diversamente opinando, non avrebbe alcun senso la clausola di salvezza contenuta nell'art. 107, D.lgs 42/2004.



riproduzione di un'immagine di un bene culturale pare esporsi a censure, sulla scorta delle istanze di massima fruizione del bene⁶², propugnate già da risalente dottrina, e concretantesi nella qualificazione del bene culturale come *bene immateriale di proprietà pubblica*⁶³. Ciò sul presupposto che lo Stato-Amministrazione avrebbe delle “*potestà che non riguardano l'utilizzabilità patrimoniale della cosa, bensì la conservazione alla cultura e la fruibilità nell'universo culturale*”⁶⁴. Di qui una prevalenza dell'*immateriale* sul *materiale* e sulla *materialità*, per certi versi ancora “*futuribile*”⁶⁵.

Beninteso, chi scrive è anche consapevole che un'esperienza diretta sia anche più profonda. Quindi, non si vuole qui perorare una liberalizzazione *tout cour*, né con ciò ritenere sostituibile ciò che non può essere sostituito. Fruire del patrimonio culturale vuol dire anche “*raggiungerlo*” fisicamente, ovunque esso si trovi, nella sua materialità (altro è riscoprire, stanza per stanza, quanto esposto in un museo, altro è passeggiare in un parco archeologico e altro ancora è simularne l'esperienza diretta con un percorso virtuale, composto di sole immagini).

Ma se l'immagine del bene è rappresentazione della sua “*entità immateriale*” (la sola a rimanere “*virtualmente*” eterna, sol che si rammenti la cifra “*nera*” di beni distrutti⁶⁶, o dall'ignoto destino⁶⁷), sarebbe bene che essa trascenda da logiche di appartenenza. E che siano fatte salve ulteriori ragioni di tutela solo allorché l'immagine del bene diventi veicolo di messaggi nocivi per la cultura e la stessa civiltà⁶⁸.

⁶² DE MEO, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 3, *passim*; ALIPRANDI, *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali, oltre la proprietà industriale*, in *Archeologia e calcolatori*, 9, 2017, 93-110.

⁶³ Si vuole qui alludere alla nota concezione propugnata dal GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3: “*essendo un bene di fruizione più che di appartenenza, il bene culturale non è pubblico in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene fruibile, o meglio, di fruibilità*”. Dal che si deduce che sulla *res materiale* possono concorrere più utilità, o diritti: il diritto dominicale (pubblico o privato) da un lato; la qualità di bene culturale, dall'altro (da considerarsi sempre pubblica). Mentre il primo definisce l'appartenenza individuale, la seconda componente accede al concetto di fruizione e di dominio pubblico. Sulla categoria dei cc.dd. “*beni non esclusivi*”, cfr. per tutti LOMBARDI-VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, ult. ed, *passim.*, Padova. Si veda anche MORBIDELLI-BARTOLINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, 2018, *passim*.

⁶⁴ GIANNINI, *I beni culturali*, *op. cit.*, 5 e ss. Nel solco di tale filone dottrinale, le prerogative proprietarie connesse ai beni culturali risultano sempre subvalenti e recessive rispetto alla soddisfazione dell'interesse pubblico alla conservazione e valorizzazione del bene medesimo sul piano della fruizione. Conservazione che, come si è visto, risulta del tutto impregiudicata a fronte di una riproduzione priva di contatto fisico col bene – com'è la riproduzione di immagini – al pari della valorizzazione, la quale anzi sortirebbe effetti positivi, sul piano dell'accessibilità al bene, sia pur attraverso la diffusione della relativa immagine.

⁶⁵ In proposito, e in prospettiva storicamente orientata, CASINI, *op. cit.*, secondo cui: “*la disciplina del Codice è prevalentemente intrisa di materialità e incentrata sulla conservazione fisica del supporto*”; MORBIDELLI-BARTOLINI, *L'immateriale economico*, *op. cit.*

⁶⁶ Si ricorderà, tra i tanti precedenti, la distruzione del “*Tempio di Bel*” del sito di Palmira, ad opera del gruppo terroristico “*stato islamico*”. In argomento, v. *ex multis*, BENVENUTI-SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Milano, 2010, *passim*.

⁶⁷ Si ricorderà, nell'universo dei beni trafugati, la “*Natività*” di Caravaggio, scomparsa da Palermo nel 1969 e mai più ritrovata.

⁶⁸ Con ciò alludendo ad una recente (e osteggiata) campagna pubblicitaria in cui l'immagine del David di Michelangelo veniva rimaneggiata da un'azienda produttrice di armi.



NOTERELLE SUL DIRITTO ALL'ABITARE DEGLI *HOMINES MIGRANTES*.

Antonio Gusmai*

Abstract [Ita]: il contributo ha ad oggetto l'analisi dei principali aspetti problematici che caratterizzano il diritto – «fondamentale» e «sociale» – all'abitare dei non cittadini. In particolare, il *paper* si sofferma sulle maggiori criticità della normativa nazionale, al fine di ricercare, anche alla luce delle indicazioni contenute nel PNRR, possibili rimedi all'attuale stato di scarsa attuazione di tale diritto.

Abstract [Eng]: *The essay aims to investigate the principal issues related to the migrant's fundamental and social right to housing. In particular, the focus is on the most critical issues of the national legislation to look for possible remedies to the current inadequate implementation of this right, also considering the information of the PNRR.*

SOMMARIO: 1. Annotazioni introduttive sul diritto fondamentale e sociale all'abitare spettante alla persona umana. 2. Lo spazio urbano come dimensione politica e relazionale. 3. Proiezioni attuali e future. 4. Paradigmi da "respingere".

1. Annotazioni introduttive sul diritto fondamentale e sociale all'abitare spettante alla persona umana

Le città del nuovo secolo – quelle che in diritto costituzionale vengono identificate con l'espressione "autonomie locali" – «stanno diventando luoghi in cui la realtà della globalizzazione si produce materialmente attraverso l'incremento dell'immigrazione, della povertà, ma anche attraverso esperimenti che gli attori della globalizzazione in essa realizzano»¹. Abitarci, ormai da molto tempo, non è più soltanto una questione «d'uso» funzionale del suolo, ma anche e soprattutto un fatto che riguarda «il valore di scambio» e la mercificazione di molti aspetti della vita umana².

^{1*} Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari "A. Moro".

Così A.M. POGGI, *Le dimensioni spaziali dell'eguaglianza*, in *Annuario 2019. Eguaglianza e discriminazioni nell'epoca contemporanea*. Atti del XXXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Bergamo, 15-16 novembre 2019, Napoli, 2021, 535, rievocando gli studi di S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008, 40. Il fenomeno migratorio, poi, non può che incidere sulla tenuta degli equilibri sociali, politici ed economici delle realtà interculturali contemporanee, determinando un moto entropico destinato a riverberarsi sulla stessa morfologia della collettività statale e, per quel che più rileva, urbana. In argomento, possono tornare utili le considerazioni di F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e Welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, n. 6/2008; di L. RONCHETTI, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 2/2012, e, in una prospettiva di più ampio respiro, di V. DE CESARIS, *Il grande sbarco. L'Italia e la scoperta dell'immigrazione*, Milano, 2018.

² Ne dà ampiamente conto, H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Verona, 2014, 17 ss.



Eppure, come è stato detto, «la salute della democrazia comincia dalla difesa dei diritti dei cittadini»³, ossia di coloro che di fatto contribuiscono alla crescita spirituale e materiale di un territorio abitato. Non a caso, afferma il giudice delle leggi proprio a proposito del «diritto all’abitazione», esso «rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione»⁴. Uno Stato che, pertanto, non tollera discriminazioni di alcun tipo⁵.

Nondimeno, quando si parla di «diritto all’abitazione» si tende spesso a mettere in relazione la condizione di povertà in cui versano i cittadini con un bene immobile: la casa⁶. Per averne contezza, non serve addentrarsi nei molti studi giuridici che pure si sono occupati del tema, ma è sufficiente anche solo leggere l’unico riferimento testuale che, a tale diritto, dedica la legge fondamentale dello Stato: la Repubblica, si legge in Costituzione, «favorisce l’accesso del risparmio popolare alla proprietà dell’abitazione» (art. 47 Cost.). Espressione, questa, tale da indurre la speculazione degli interpreti fermi al dato letterale – e mossi da convinzioni proto-liberiste⁷ – a ritenere che, sin dal vertice della gerarchia delle fonti nazionali, per tale diritto debba avere precipua rilevanza il titolo giuridico gravante sulle mura di uno stabile. Derivandone, come corollario, l’idea di un diritto alla «proprietà» dell’abitazione operante esclusivamente nel recinto dei soli «cittadini risparmiatori»⁸.

A sconfiggere tale pregiudizio è la stessa storia costituzionale. Ed infatti, era già la *Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato* del Ministero per la Costituente ad aver fatto notare, nella Relazione indirizzata all’Assemblea, che «spetta [...] ai pubblici poteri [...] fornire o far fornire di abitazione civile coloro che non ne possono fruire per cause indipendenti dal loro volere. Tale compito pubblico può svolgersi sia attraverso una redistribuzione degli alloggi, sia con nuove edificazioni promosse o direttamente attuate;

³ S. SETTIS, *Se Venezia muore*, Torino, 2014, 103, a detta del quale i «diritti dei cittadini» possono essere riassunti nel «diritto alla città»: «Perché non c’è diritto alla città senza il riconoscimento della priorità del bene comune e della funzione sociale della proprietà. E una città senza diritto alla città è una città senza cittadini, una scorza vuota». Sul rapporto fra diritti, istanze di partecipazione dei cittadini e forme della convivenza urbana, con particolare riferimento alle *smart cities* ragiona, da ultimo, F. PIZZOLATO, *Città e diritti fondamentali: le ambivalenze della politicità dei diritti*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2022, 155 ss.

⁴ Per richiamare le perspicue argomentazioni di Corte cost., sent. n. 217 del 1988, *Considerato in diritto* n. 4.2. In argomento, cfr. M. CIOCIA, *Il diritto all’abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009.

⁵ Sul “contenuto” del diritto all’abitazione riflette M. AINIS, *Se la casa è un diritto*, in *Quad. cost.*, 2007, 837 ss.

⁶ Concezione, questa, fortemente contestata dalle altre scienze, a partire da quella sociologica. Si veda, tra gli altri, P. VALERIO, *L’accesso all’abitazione: inefficienze normative e risposte dell’autonomia privata*, in *DPCE online*, n. 4/2022, 2150, la quale rammenta che «Il termine abitazione, in ambito sociologico, richiama una pluralità di funzioni e di significati. Tali funzioni possono mutare con il mutare dei contesti storici e geografici, ma pur ammettendo che l’idea di abitazione non abbia avuto – o non abbia tuttora – la stessa importanza in tutte le società, non può negarsi che la disponibilità di un riparo sicuro, confortevole e stabile rappresenti universalmente un bisogno unitario e imprescindibile, cui si ricollegano utilità essenziali per la dignità e la realizzazione dell’essere umano. E dunque, anche dal punto di vista giuridico, l’abitazione, o “casa”, può essere intesa come un bene di primario rilievo in quanto presupposto, e al contempo espressione, di un complesso di prerogative irrinunciabili».

⁷ Sul punto, restano ancora attuali gli studi di J. KEMENY, *The Myth of Home Ownership, Public versus Private Choices in Housing Tenure*, London, 1981; ID., *Housing and Social Theory*, London, 1992; ID. *From Public Housing to the Social Market: Rental Policy Strategies in Comparative Perspective*, London, 1995.

⁸ In merito al «sistema costituzionale della proprietà», si veda S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, III ed., 2013, 273 ss.



costituisce funzione pubblica il riordinamento urbanistico, inteso non nel senso limitato di ricostruzione cittadina, ma nel senso moderno di costituzione di complessi territoriali nei quali abitazione, aziende agricole e industriali, comunicazioni, svaghi e servizi pubblici siano organicamente coordinati. Il diritto all'abitazione, riconosciuto come diritto della persona, legittima provvedimenti locali, anche limitativi di altri diritti, che possano essere deliberati»⁹.

Almeno per tali ragioni, condividendo quanto sostenuto di recente da una parte della dottrina, sembra oggi preferibile discutere e argomentare di «diritto all'abitare», non già di un più angusto e riduttivo «diritto alla casa» o «diritto all'abitazione»¹⁰. Come meglio si comprenderà nel corso di questa pur breve trattazione, tali espressioni non paiono potersi ritenere equivalenti. Infatti, mentre queste ultime («casa»/«abitazione») appaiono imbrigliare «il discorso dentro logiche meramente proprietarie»¹¹ – per giunta legate ai criteri della «cittadinanza» o della prolungata «residenza» sul territorio dell'individuo destinatario di prestazioni sociali¹² – una più attenta lettura storico-evolutiva dell'insieme delle disposizioni della stessa Carta fondamentale sembra, invece, condurre al riconoscimento di un *diritto sociale e fondamentale all'abitare spettante di per sé alla persona umana*¹³.

Si tratta, cioè, di un diritto che in «società meticce»¹⁴ come quelle contemporanee, si è sganciato sempre più dai diritti spettanti in via esclusiva all'individuo (l'aspirante cittadino-proprietario dell'immobile di edilizia residenziale pubblica), a cagione delle sue concrete *attitudini relazionali e sociali*. Il diritto all'abitare, invero, precondizione di un'esistenza libera e dignitosa, non può che essere considerato tenendo conto dei molteplici profili e aspetti funzionali che lo caratterizzano¹⁵. Su tutti, il fatto che esso ormai operi in ordinamenti

⁹ Cfr. MINISTERO PER LA COSTITUENTE, *Relazione all'Assemblea Costituente*, vol. I, Stabilimento tipografico Fausto Failli, Roma, 1946, 165-166.

¹⁰ Si vedano, in merito, le efficaci riflessioni di E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017, spec. 1-100.

¹¹ E. OLIVITO, *op. cit.*, 2.

¹² In merito cfr., da ultimo, A. GUALDANI, *Servizi sociali e immigrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2019, 21 ss.

¹³ Si pensi all'orientamento interpretativo inaugurato con la celebre decisione della Corte cost., n. 217 del 1988 e, di recente, confermato e meglio chiarito nella pronuncia n. 166 del 2018. A commento di tale ultima decisione del giudice delle leggi, cfr. D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano ad essere incostituzionali*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2018, 1 ss.; e M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Forumcostituzionale.it*, 30 gennaio 2019, 1 ss. Per un'ampia e generale analisi delle politiche abitative, attenta ai diritti degli stranieri, si veda C. DAMINATO - M. KULIC, *Disuguaglianze e differenze nell'abitare*, in C. SARACENO - N. SARTOR - G. SCIORTINO (a cura di), *Stranieri e disuguali. Le disuguaglianze nei diritti e nelle condizioni di vita degli immigrati*, Bologna, 2013, 175 ss.

¹⁴ Nella dottrina italiana, ha iniziato a parlare di «società meticce» G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, il quale ritiene «le società contemporanee prive di predefiniti confini etnici, votate ormai al meticcio» (p. 90, corsivo dello scrivente).

¹⁵ Si veda, già, T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, spec. 392 e 394, secondo cui l'abitazione è «punto di riferimento di un complesso sistema di garanzie costituzionali» e «componente essenziale (oltre che presupposto logico) di una serie di 'valori' strettamente collegati a quel 'pieno sviluppo della persona umana' che la Costituzione pone a base (assieme all'istanza partecipativa) della democrazia sostanziale». E aggiunge: «l'abitazione rappresenta il centro di riferimento per l'effettivo esercizio di alcuni diritti attribuiti alla persona umana; e quindi emerge la rilevanza fondamentale dell'interesse all'abitazione come valore giuridico necessario per la realizzazione di uno stato ottimale di uguaglianza sostanziale».



giuridici fortemente influenzati da contesti socio-urbanistici plurali e multi-etnici, in cui la «fobia della mescolanza si manifesta nella spinta a creare isole di similarità nel mare della varietà e della differenza»¹⁶. D'altronde, «l'inscindibile relazione tra la garanzia della effettività del diritto sociale ad un'abitazione e la, anche solo astratta, conseguente possibilità di aspirare al godimento di importanti ulteriori diritti fondamentali è già di immediata evidenza sol che si rifletta sui corollari del diritto ad un'abitazione salubre e dignitosa»¹⁷.

Tali aspetti, riguardanti l'«abitare adeguato»¹⁸, saranno messi sotto la lente d'ingrandimento anche alla luce delle disposizioni del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR)¹⁹. E tanto, senza cercare di cadere in utopici irenismi, ma provando a cogliere quanto c'è di buono nelle indicazioni del Piano varato dal Governo per fronteggiare l'ampia finestra di opportunità, non solo economiche, dischiusa dalla pandemia²⁰. Nonostante, chiaramente, quest'ultima abbia non poco ridotto i fenomeni migratori nel nostro Paese²¹, presto però tornati drammaticamente a risalire con il graduale affievolirsi dell'aggressività del virus respiratorio²².

¹⁶ Per dirla con le parole di Z. BAUMAN, *Città di paure, città di speranze*, Roma, 2018, 46.

¹⁷ F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, 232.

¹⁸ Sulle problematiche relative all'«accesso a un'abitazione adeguata», cfr. E. PAVOLINI – P. PALVARINI, *Housing Deprivation and Vulnerability in Europe*, in C. RANCI (ed.), *Social Vulnerability in Europe*, London, 2010, 126-158.

¹⁹ È possibile consultare il Piano al seguente indirizzo: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>.

²⁰ Di «opportunità» parla, anche, B. ACCETTURA, *PNRR e diritti sociali: una nuova declinazione del diritto all'abitazione. Il paradigma della rigenerazione urbana*, in *Società e diritti*, n. 15/2023, 257. In particolare, l'A. fa notare che «Il nuovo piano rappresenta quindi un'opportunità per la predisposizione di nuovi strumenti di regolazione e gestione dello sviluppo delle aree urbane e periurbane in chiave di rigenerazione urbana e rivitalizzazione economica. Si tratta di obiettivi che intende perseguire muovendo dalla forza caratterizzante dei territori in cui si svolgono le attività economiche e sociali, che si rivelano, oggi più che mai, il recapito finale di tutti i processi di implementazione delle nuove politiche pubbliche».

²¹ Come evincibile dai dati del CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2021*, i quali evidenziano una contrazione di residenti stranieri in Italia, dopo un ventennio di continui incrementi. Più in generale, nonostante una consistente contrazione della mobilità umana rispetto al periodo pre-pandemia, nel corso del 2020 i flussi migratori hanno portato la popolazione straniera residente nell'Unione Europea a 77,4 milioni, di cui 13,7 milioni comunitari, per un'incidenza dell'8,4% sulla popolazione totale.

²² Non può non venire alla mente l'ultima tragedia del naufragio di Cutro, ennesima riprova dell'incapacità della politica nazionale ed europea di gestire i flussi migratori. Nel 2020 gli effetti contrattivi causati dalla sindemia da Covid-19 (blocchi della mobilità internazionale, riduzione delle nascite e aumento dei decessi, rallentamenti nel rilascio e nel rinnovo dei titoli di soggiorno) hanno concorso a una diminuzione consistente del numero dei non comunitari regolarmente soggiornanti in Italia (-242.000, -6,7%). A fine 2021, a seguito della ripresa dei flussi migratori e degli effetti delle nuove misure di *governance* (come quelle del "Decreto immigrazione" del dicembre 2020), tale numero è risalito a 3.561.540 (+187.664, +5,6%), attestando una sorta di "riassetto fisiologico" dopo i consistenti cali del biennio precedente. Sono 241.595, più del doppio rispetto al 2020, i nuovi permessi di soggiorno rilasciati nell'anno e, per la prima volta dal 2015, quelli per lavoro superano il tetto del 10% del totale (50.927: 21,1%), mentre si attestano al 47,0% i motivi di famiglia (113.455) e al 13,5% i motivi di protezione (32.667, di cui 27.401 per richiesta d'asilo). Ma se l'aumento dei nuovi permessi per famiglia (+82,1%) e richiesta di asilo (+112,3%) è direttamente connesso alla riduzione dei blocchi alla mobilità, quello dei nuovi permessi per ottenuta protezione (poche migliaia, ma cresciuti di quasi 8 volte) e per lavoro (quasi quintuplicati) rimanda innanzitutto agli interventi normativi attuati: da un lato, a dicembre 2020, le nuove disposizioni sulla cosiddetta "protezione speciale" che, dopo



Il fattore dal quale sembra impossibile prescindere è, dunque, proprio questo: il diritto all'abitare, come del resto ogni altro diritto «positivo», dipende soprattutto dalle politiche sociali²³. Politiche che non dovrebbero più, anche in considerazione delle interpretazioni costituzionali del giudice delle leggi, tradursi in atti normativi contenenti requisiti escludenti e discriminatori del non cittadino²⁴. L'«obiettivo programmatico» resta, insomma, «non solo la previsione di misure per la riduzione del divario di cittadinanza», ma, «in un'ottica di più ampio respiro, la coesione territoriale stessa, nella sua interezza»²⁵.

Occorre pertanto prendere l'abbrivio avendo a mente un dato ben preciso: un complesso di beni immobili non è ancora uno spazio urbano²⁶. Per averlo occorre includere la dimensione politica e relazionale di chi li abita, oggi tanto più viva quanto più capace di reagire ai fenomeni di esclusione²⁷.

l'abolizione della protezione umanitaria del 2018, hanno contribuito a elevare il tasso di riconoscimento delle richieste d'asilo (42% in prima istanza, contro il 24% del 2020); e, dall'altro, la regolarizzazione, indetta nel 2020 col "Decreto rilancio", in favore dei lavoratori del comparto domestico e agricolo. Oltre i tre quarti dei nuovi permessi per lavoro rilasciati nel 2021 (38.715, il 76,0%) si riferiscono, infatti, non a nuovi ingressi, ma all'emersione di lavoratori già presenti sul territorio nazionale. Sui risvolti costituzionali di tali indici, si veda, tra gli altri, A. PATRONI GRIFFI, *La gestione dell'immigrazione in Europa*, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 746 ss.

²³ ...e, pertanto, sul nascere del rapporto rappresentativo, esso è condizionato dalla selezione delle forze politiche operata dal corpo elettorale. Giova qui rievocare le fini osservazioni di G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, Firenze, 2019, a proposito della fondamentale distinzione esistente tra diritti «positivi» e «negativi». Così si legge: «Esiste una differenza essenziale tra i diritti negativi e i diritti positivi. I primi possono essere fatti valere direttamente davanti ai giudici, chiedendo condanne di persone e annullamenti di atti (chiedendo cioè la salvaguardia della non interferenza); i secondi, invece, richiedono la messa in atto di politiche sociali (politiche del lavoro, sanitarie, dell'istruzione ecc.) che si esprimono attraverso la cosiddetta legislazione sociale. In altri termini, mentre i diritti negativi si rivolgono contro il potere pubblico, temendone gli abusi, i diritti sociali si rivolgono innanzitutto alla legge e poi all'amministrazione pubblica. Mentre i garanti dei diritti negativi sono i giudici, i garanti dei diritti positivi o «sociali» sono, in fin dei conti, i cittadini stessi i quali, con il proprio voto, possono orientare il legislatore e il Governo verso scelte politiche adeguate ai diritti stessi» (p. 220).

²⁴ Per maggiori approfondimenti, da ultimo si veda, anche con riferimento al diritto all'abitare, P. MASALA, *L'inclusione sociale degli immigrati e i limiti alle politiche di esclusione: indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2022, 22 ss.

²⁵ In tal senso, C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e di governo italiana alla "prova" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 332, il quale, poco più oltre aggiunge: «Da questo punto di vista, non vi è dubbio che una delle Missioni di maggiore interesse – tra quelle di cui si compone l'intero PNRR – sia la quinta, intitolata "Inclusione e coesione". Si tratta di un programma di riforme e investimenti caratterizzati da uno stampo fortemente *solidaristico*, il cui intento principale non sembra essere solo quello di *evitare* che – a causa della pandemia – *emergano* nuove *diseguaglianze*, ma più che altro di *porre le condizioni per superare quelle già esistenti*» (p. 336). In argomento, *ivi*, anche A. SCIORTINO, *L'impatto del PNRR sulle diseguaglianze territoriali: note introduttive*, 273 ss. e G.P. MANZELLA, *Il «tempo» della politica di coesione*, in *federalismi.it*, n. 13/2021, 13 ss.

²⁶ Sulla genealogia del concetto di «spazio urbano», H. LEFEBVRE, *Spazio e politica. Il diritto alla città II*, Verona, 2000, 37 ss.

²⁷ Ad evidenziare un inserimento sociale degli immigrati «ancora subalterno» è, di recente, la 32esima edizione (2022) del *Dossier Statistico Immigrazione*, realizzato dal Centro Studi Confronti e l'Istituto di Studi Politici "S. Pio V", che analizza il quadro dell'immigrazione in Italia negli ultimi anni. Lo studio (che è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.integrazionemigranti.gov.it/AnteprimaPDF.aspx?id=3622>) mette in rilievo un dato ben preciso: «Una presenza di lungo corso e sempre più stabilmente radicata nel Paese non è ancora sufficiente, oggi, per vedere gli immigrati accedere in condizioni di



2. Lo spazio urbano come dimensione politica e relazionale

Le migrazioni hanno da sempre costituito un processo di arricchimento e sviluppo di un territorio politicamente organizzato²⁸. Se si riflette attentamente, finanche quando uno Stato lasci entrare “stranieri” per impiegarli come forza-lavoro a basso costo (specie gli uomini, in agricoltura e con funzioni di “badanza”, le donne), il non detto dell’“accoglienza” sembra risiedere nel raggiungimento di una qualche forma di (presunto) vantaggio sociale²⁹. Lo dimostra, da ultimo, il tenore del «Decreto flussi» varato dall’attuale Governo, il cui obiettivo sembra essere proprio quello di contingentare gli ingressi dei migranti al precipuo fine di impiegarli in mansioni lavorative ormai trascurate dai cittadini italiani³⁰.

Sia chiaro, si può fortemente dubitare che un approccio di questo tipo al fenomeno migratorio costituisca un reale accrescimento per la comunità tutta. Ma questo solo a patto che si prendano le distanze da prospettive governate da logiche mercatorie, e si adottino politiche di integrazione fondate sull’*homo dignus*³¹. Come insegna la storia, a migrare sono spesso flussi di persone che abbandonano i propri territori sospinti dalle prepotenze altrui, quando non proprio dall’affermarsi di tragiche geopolitiche imperialiste³².

parità, rispetto agli italiani, a beni e servizi fondamentali di *welfare*, o partecipare pienamente e attivamente alla vita collettiva, riconoscere loro un’eguale dignità (anche giuridica) negli ambiti della quotidianità. Al contrario, sul piano dell’inserimento sociale essi vengono sempre più strutturalmente sottoposti a dinamiche e meccanismi, anche burocratici, di inferiorizzazione». Con particolare riferimento alle «condizioni abitative», gli immigrati appaiono sottoposti ad «emarginazione» e a «distanziamento sociale». Specie nelle grandi aree urbane, gli stranieri vivono in monolocali «di scadente qualità» e «in oltre 9 casi su 10 in quartieri periferici (34,3%) o in Comuni decentrati (56,7%)» (p. 8).

²⁸ Si veda C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 1 ss.

²⁹ Auspica una «rivalutazione del territorio nella sua dimensione culturale, inteso come spazio che è capace di integrare non perché luogo di comunanza di lingua, tradizioni, religioni, ma perché comunanza di un fine: il bene comune di quella società», L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 27.

³⁰ Si veda il d.P.C.M. del 29 dicembre 2022 (“*Programmazione transitoria dei flussi d’ingresso dei lavoratori non comunitari nel territorio dello Stato per l’anno 2022*”), che stabilisce in 82.705 unità il numero di lavoratori stranieri ammessi nel territorio italiano «per motivi di lavoro subordinato stagionale e non stagionale e di lavoro autonomo» (art. 1) provenienti da un puntuale elenco di Paesi stabilito nell’art. 3. Più della metà di tali lavoratori, infatti (44.000 unità), è destinata a svolgere «lavoro stagionale nei settori agricolo e turistico-alberghiero» (art. 6). Ambiti, come noto, in cui la domanda di lavoro dei cittadini italiani è in continua decrescita. Per una riflessione di ampio respiro che tenga conto delle influenze delle politiche neoliberiste sullo stesso concetto costituzionale di lavoro all’interno dello spazio europeo, si veda P. DIGENNARO, *The effects of neoliberalism in European labour law: The meaning of labour and the need for a different constitutional compromise*, in *European Labour Law Journal*, Vol. 13(2), 2022, 249 ss.

³¹ Come lapidariamente afferma Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, Roma-Bari, 2010, 79, i cittadini del mondo globale «sono, dalla culla alla tomba, consumatori *de iure* – sebbene lo *ius* che li ha definiti tali non sia mai stato votato da alcun parlamento né sia entrato a far parte di alcun codice».

³² Nel 2021, i 32 conflitti nel mondo, dei quali 17 ad alta intensità, hanno congiunto i propri effetti devastanti a quelli dell’emergenza climatica e della pandemia da COVID-19, rendendo inabitabili aree sempre più vaste del Pianeta. A questi fattori di espulsione si è aggiunta, di recente, la guerra tra Russia e Ucraina, che a fine settembre 2022 aveva già spinto 7,4 milioni di profughi ucraini nei Paesi UE. Stando ai dati forniti dal Ministero dell’Interno, solo in Italia, ad oggi, i profughi ucraini sono 151.791. Cfr. <https://www.interno.gov.it/it/notizie/profughi-dallucraina-150791-quelli-giunti-finora-italia>.



Chiarito che – specie a causa di ragioni economiche, politiche e sociali – è lo stesso divenire dell’umanità ad essere storia di *homines migrantes*, resta qui da affrontare un tema che attanaglia molte città nell’«epoca ultramoderna»³³: quello della ghettizzazione e segregazione urbana di interi gruppi di migranti, specie se “rifugiati” e/o richiedenti asilo. È proprio grazie a costoro, ossia ai flussi migratori, che si è avuta la possibilità di meglio comprendere quanto l’«abitare» il territorio dello Stato non si riduca mai ad una mera occupazione fisica del suolo. E che, per dirla con Kant, occorre quanto più possibile riconoscere «il diritto che uno straniero ha di non essere trattato come un nemico a causa del suo arrivo nella terra di un altro»³⁴.

Di qui le problematiche relative all’«abitare sociale», anche per il migrante. Ma occorre procedere per gradi.

È evidente che si è ancora molto lontani dal riconoscimento di una kantiana «cittadinanza universale», in un’ottica che proceda verso la realizzazione di una «Costituzione per la Terra»³⁵.

Intanto, però, e non è affatto cosa da poco, restano da coltivare i diritti di rilevanza costituzionale che germogliano “dal basso”, ossia dentro le «città»³⁶, che pure si sono fatte «globali»³⁷. Forse è vero.

La democrazia si alimenta, «comincia» dai «cittadini» tradizionalmente intesi, in quanto abitanti tendenzialmente radicati in un territorio e saldamente legati da un vincolo giuridico allo Stato di appartenenza³⁸. Ma, occorre precisare, non può esaurirsi in tali soggetti, dacché la «socialità» richiede mescolanza, ossia integrazione ben oltre i formali legami di appartenenza ad un determinato ordinamento³⁹.

Mentre, sul piano internazionale, non sembra potersi revocare in dubbio l’affermazione di un diritto all’abitare *incondizionato* della persona umana, da includersi nel più ampio diritto

³³ Secondo l’interessante qualificazione del nostro tempo offerta da E.C. SFERRAZZA PAPA, *Le contraddizioni del mondo globale tra flussi migratori e cambiamento climatico*, in *federalismi.it*, n. 1/2022, 180 ss. Si tratterebbe, in particolare, di «una fase che non può essere ricondotta né all’impianto moderno né al suo superamento postmoderno».

³⁴ I. KANT, *Per la pace perpetua* (1795), Milano, 1991, 65.

³⁵ In linea con l’approccio metodologico da ultimo adottato e suggerito da L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L’umanità al bivio*, Milano, 2022.

³⁶ Si veda H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, op. cit., spec. 50 ss.

³⁷ Sulle cui problematiche si veda, ancora, S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, op. cit., 47 ss.

³⁸ Anche se qui non possono non tornare alla mente, se si riflette sulle origini del legame assolutistico che storicamente si è istaurato tra comunità e Stato, le caustiche parole di Hobbes spese a proposito della «libertà dei sudditi», rinvenibili nel Cap. XXI del *Leviatano*: «...gli uomini, per raggiungere la pace e, con ciò, la propria conservazione, hanno fatto un uomo artificiale, che chiamiamo Stato; e così hanno fatto anche catene artificiali, chiamate leggi civili, che essi stessi, con patti reciproci, hanno fissato, per una estremità, alle labbra di quell’uomo, o di quell’assemblea, cui hanno dato il potere sovrano e, per l’altro alle proprie orecchie. Questi legami, ancorché deboli per loro natura, possono nondimeno essere resi resistenti dal pericolo (ma non dalla difficoltà) di infrangerli». Cfr. T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, Roma-Bari, 2004⁹, 177.

³⁹ Tra i molti, si veda D. KOCHENOV, *Cittadinanza. La promessa di un alchimista*, Bologna, 2020, 117 ss.



ad uno *standard* di vita adeguato⁴⁰, a livello europeo e nazionale⁴¹, invece, la pretesa di tale diritto sembra subire un robusto affievolimento⁴². Per i «non cittadini» appare infatti condizionato: *a)* dall'esistenza e dal soddisfacimento di alcuni presupposti giuridici; e, come presto si vedrà, *b)* dal concreto atteggiarsi sul territorio dello Stato della «trasversalità» della materia «edilizia residenziale pubblica», “spacchettata” dalla Consulta in tre dimensioni normative⁴³.

Sotto il primo aspetto, ad assumere centrale rilievo è l'art. 40 del T.U. sull'immigrazione (TUIM). Tale disposizione, invero, dopo aver stabilito che «lo *straniero regolarmente soggiornante* può accedere ad alloggi sociali, collettivi o privati, predisposti secondo i criteri previsti dalle leggi regionali, dai comuni di maggiore insediamento degli stranieri o da associazioni, fondazioni o organizzazioni di volontariato ovvero da altri enti pubblici o privati...» (comma 4), subito dopo precisa: «*gli stranieri titolari di carta di soggiorno* (ossia del permesso di soggiorno di lungo periodo) e *gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale* e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali eventualmente predisposte da ogni regione o dagli enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione» (comma 6)⁴⁴.

⁴⁰ Il diritto all'abitare, infatti, viene sancito per la prima volta nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, promossa dalle Nazioni Unite e firmata nel 1948, dove all'art. 25 viene incluso nel più ampio diritto ad uno *standard* di vita adeguato. Ogni persona, si legge, «ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, alle cure mediche e ai servizi sociali necessari». Dello stesso tenore è, inoltre, l'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali. Chiaramente, non è questa la sede per discutere dello scarso grado di realizzazione dei diritti riconosciuti nei documenti internazionali. Come noto, infatti, nonostante i progressi fatti dall'elaborazione normativa a livello universale, «se esaminiamo l'azione internazionale per garantire il rispetto effettivo dei diritti umani», bisogna registrare «un notevole scarto tra il piano dell'*essere* e quello del *dover essere*». Così, A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 212.

⁴¹ Sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, oltre che sugli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si veda, in argomento, I. DOMURATH – C. MAK, *Private Law and Housing Justice in Europe*, in *The Modern Law Review*, 83, 2020, 1188-1220. Quanto agli altri ordinamenti costituzionali, si pensi, però, alla portata dell'art. 65, comma 1, della Costituzione portoghese del 1976, ove si afferma che «tutti hanno diritto, per sé e per la famiglia, ad un'abitazione di dimensione adeguata, in condizioni di igiene e di conforto che preservi l'intimità personale e la vita privata familiare»; e all'art. 47 della Costituzione spagnola del 1978, che sancisce il diritto «ad un'abitazione decorosa ed adeguata».

⁴² Per un'analisi del diritto all'abitazione alla luce della Carta sociale europea e dell'obiettivo n. 11 dell'Agenda 2030 (rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili), cfr. P. LOMBARDI, *Riflessioni sul diritto all'abitazione fra Carta sociale europea, Corte costituzionale e PNRR*, in *federalismi.it*, n. 7/2022, 125 ss. Sul punto, si veda anche G. GUIGLIA, *Il diritto all'abitazione nella Carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011.

⁴³ Un'approfondita disamina della tutela «multilivello» del diritto all'abitazione è rinvenibile, di recente, nel contributo di G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, n. 4/2018, 184 ss.

⁴⁴ Il riferimento normativo è contenuto nel d.lgs. n. 286/1998, per come modificato dalla L. n. 189/2002.



A rilevare è anche l'art. 12, comma 5-*bis* del TUIM, il quale punisce, con la sanzione penale (reclusione da sei mesi a tre anni), «chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno *straniero che sia privo di titolo di soggiorno* al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione», finanche prevedendo la confisca dell'immobile⁴⁵.

Cosicché, si potrebbe dire, per gli stranieri il diritto all'abitare nell'ordinamento italiano è subordinato alla «*regolarità dell'ingresso e soggiorno*» nel territorio nazionale⁴⁶; in alcuni casi, anche all'attestazione di un *periodo di residenza* nel territorio regionale⁴⁷. Requisiti, questi, peraltro irrigiditi nella prima fase della precedente Legislatura, dal rigore delle leggi n. 132 del 2018 e n. 77 del 2019⁴⁸, soltanto in parte corretti dai governi successivi⁴⁹ e dall'intervento del giudice delle leggi⁵⁰.

In secondo luogo, come si accennava in riferimento agli interventi pubblici posti a garanzia dell'abitazione, la materia «edilizia residenziale pubblica» è stata qualificata dalla

⁴⁵ Stando all'interpretazione offerta dalla Corte di cassazione (cfr. punto 3 del *Considerato in diritto* della sent. n. 20889/2017, Sez. III pen.), la *ratio* della disposizione è quella di «contrastare [...] il fenomeno della clandestinità colpendo gli immigrati in uno dei bisogni primari (l'abitazione) e, dall'altro, quello di reprimere efficacemente il mercato nero degli affitti».

⁴⁶ Probabilmente in una logica «preventiva», come sembra ritenere F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e Welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, op. cit., 1101.

⁴⁷ Cfr. M. MEO, *Il diritto all'abitazione degli stranieri quale presupposto per un'effettiva integrazione*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, Napoli, 2014, 415 ss. Sul punto, si vedano altresì le considerazioni di C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *Le Regioni*, 2020, 629 ss.

⁴⁸ Il riferimento è alle leggi di conversione dei cosiddetti "Decreti sicurezza", che hanno introdotto l'abolizione del permesso di soggiorno per protezione umanitaria e il divieto di iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo. Quest'ultima disposizione è stata poi travolta, come noto, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della Corte cost., sopraggiunta con sent. n. 186 del 2020.

⁴⁹ Si veda, ora, l'art. 32, comma 3, del d.lgs n. 25 del 2008, per come modificato dal d.l. n. 130 del 2020, convertito *ex l.* n. 173 del 2020. In particolare, è stato introdotto un nuovo «permesso per protezione speciale» che sostanzialmente rievoca la vecchia «protezione umanitaria».

⁵⁰ Proprio su tali requisiti, si veda Corte cost., sent. n. 9 del 2021 e sentt. nn. 107 del 2018 e 44 del 2020, con cui il giudice delle leggi neutralizza alcune criticità presenti in leggi regionali che enfatizzano la prolungata residenza del non cittadino nei Comuni, rilevante per l'attribuzione dei punteggi al fine della graduatoria di assegnazione degli alloggi E.R.P. A commento della sentenza n. 44 del 2020, si vedano i contributi di C. PADULA, *Uno sviluppo della saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *ConsultaOnLine*, Studi, 2020/I; 173 ss.; M. GORLANI, *Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, condiviso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020; C. CORSI, *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi*, in *Questione Giustizia*, 5 maggio 2020. Ed invero, le discriminazioni perpetrate da talune leggi regionali in materia di accesso e godimenti degli alloggi di edilizia residenziale pubblica attengono anche alla qualifica lavorativa dei soggetti richiedenti: si pensi a quanto statuiva l'art. 31, comma 3 e comma 4, lett. a) della l.r. Lombardia n. 27 del 2009 (Testo unico delle leggi regionali in materia di edilizia residenziale pubblica), la quale, ai fini della determinazione dei canoni di locazione tollerabili dagli assegnatari degli alloggi di ERP, escludeva la collocazione nell'area di protezione dei soggetti che percepivano redditi da lavoro autonomo. Tale disposizione è stata poi dichiarata illegittima dal giudice delle leggi con la sentenza n. 112 del 2021, a commento della quale si veda E. VIVALDI, *La Corte torna sul diritto all'abitazione: precarietà economico reddituale e ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore*, in *Diritti Comparati*, 29 luglio 2021.



Consulta come materia «trasversale», in quanto lambisce tutte e tre le competenze legislative previste dall'art. 117 della Carta repubblicana⁵¹.

Il primo livello di incidenza normativa riguarda, s'è precisato, la competenza legislativa *esclusiva* dello Stato, dovendo ritenersi indispensabile assicurare in egual modo a tutta la popolazione la *determinazione dell'offerta minima di alloggi* destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti (ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost.). Quel che invece afferisce alla *programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale* rientra nella materia «governo del territorio» e, dunque, nella competenza legislativa *concorrente* ai sensi del terzo comma della disposizione costituzionale citata. Spetta, infine, alla competenza legislativa *residuale* delle Regioni (ex art. 117, comma 4, Cost.), la *gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica* di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari o degli altri enti territoriali diversamente denominati dalle singole Regioni⁵².

Si tratta, come evidente, di distinzioni fluide e poco determinabili che possono condurre alla produzione di normative regionali in grado di trattare differentemente tanto i cittadini, quanto gli immigrati stanziati nel territorio della Repubblica. Specie se ad andare a regime dovesse essere la normativa sull'«autonomia differenziata», per come da ultimo punteggiata dal D.d.l. Calderoli⁵³. È evidente, infatti, che a seconda del significato che ciascuna Regione discrezionalmente attribuisce alla «programmazione degli insediamenti», o alla «gestione» degli stessi, i soggetti possono trovarsi a subire disparità di trattamenti all'interno dello Stato. Con la paradossale conseguenza che, in concreto, all'unicità del diritto fondamentale all'abitazione spettante alla persona umana, possono corrispondere ben venti declinazioni regionali diverse dell'accesso agli alloggi, aggravate – peraltro – dalle molteplici politiche sociali di fatto adottate dagli enti locali⁵⁴.

Il mescolarsi di questi due condizionamenti giuridici – ingresso e soggiorno regolare, sommato alle singole scelte operate da ciascuna Regione nell'esercizio delle proprie competenze legislative in materia di programmazione e gestione degli insediamenti – ha pertanto condotto alla positivizzazione di requisiti nel complesso discriminatori riguardanti

⁵¹ Si veda, M. MAZZOTTA, *L'abitazione, diritto ed onere dello straniero. Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista del gruppo di Pisa*, n. 3/2012, 6 ss.

⁵² Cfr. Corte cost., sentt. n. 486 del 1995; n. 451 del 2006; n. 94 del 2007; n. 61 del 2011. Come bene ha messo in evidenza P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *federalismi.it*, n. 10/2014, 8, sebbene «nell'attuale testo dell'art. 117 Cost. (novellato dalla l. cost. n. 3/2001) l'edilizia residenziale pubblica non viene menzionata - così come non lo era nel testo originario - [...] essa per certi profili può ricomprendersi nella materia "governo del territorio" elencata fra le materie di legislazione concorrente dal terzo comma di tale articolo, per altri profili presenta un nesso con la materia "politiche sociali" ricadente nella potestà legislativa residuale delle Regioni in virtù del quarto comma del medesimo articolo». Pertanto, «in materia di edilizia residenziale pubblica [...] le Regioni possono legiferare ampiamente, ma spetta allo Stato stabilire i principi fondamentali nella summenzionata materia di legislazione concorrente "governo del territorio" [...] e soprattutto, in base all'art. 117 secondo comma, lett. m), Cost., determinare i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti... sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" in quanto il diritto all'abitazione è annoverabile fra i diritti sociali: al riguardo il legislatore statale è intervenuto ad esempio con la l. n. 9/2007, il cui art. 5 rinvia ad un decreto del ministro delle infrastrutture la definizione di alloggio sociale».

⁵³ Come da ultimo ricorda F. PALLANTE, *L'autonomia regionale differenziata dal punto di vista giuridico*, in *Rivista di cultura e di politica il Mulino*, 17 febbraio 2023, la Regione Veneto ha già manifestato la volontà di voler gestire finanche «il controllo dei flussi migratori».

⁵⁴ Si vedano, da ultimo, le argomentazioni contenute in Corte cost., sent. n. 9 del 2021.



lo *straniero*, incapace, come il cittadino non abbiente, di reperire un alloggio a condizioni di mercato⁵⁵.

A tanto, poi, si aggiungano gli effetti distorsivi della parità di trattamento rinvenibili in alcuni bandi predisposti dagli enti locali, quest'ultimi giunti, in alcuni casi, a subordinare l'accesso degli stranieri agli alloggi di edilizia residenziale pubblica (ERP) alla presenza di «clausole di reciprocità». In non pochi casi, infatti, l'accesso a tali abitazioni è stato (illegittimamente) condizionato dalla presenza, nella legislazione dello Stato di origine dell'interessato, di analoga possibilità per il cittadino italiano di usufruire dell'edilizia pubblica⁵⁶. Quasi che, in relazione alla persona umana – e, quindi, di riflesso, in materia di diritti sociali fondamentali⁵⁷ – potesse vigere la deprecabile logica del *do ut des*⁵⁸.

Non sembra potersi trascurare, invero, che la «disponibilità di un alloggio assume per gli stranieri un'importanza peculiare in quanto rileva ai fini della stipula del contratto di soggiorno, per l'ingresso per motivi di lavoro autonomo, per l'ingresso e soggiorno per cure mediche, per il rilascio del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo e per il ricongiungimento familiare, tanto che si può dire che costituisce un onere da soddisfare prima ancora che un diritto di cui fruire»⁵⁹.

Ciò significa, in sostanza, che si è dinanzi ad una vera e propria tautologia: per lo straniero, il diritto d'accesso all'abitazione (*recte*: all'ERP) è condizionato dalla previa disponibilità dell'alloggio. Si pretende, cioè, che egli disponga di ciò che auspica e ancora non ha. Al punto che, s'è detto, «non sembra fuori luogo affermare che la legislazione italiana in tema di accesso all'abitazione da parte degli stranieri risulta, nel suo complesso, segnata da un corto circuito logico: di fatto per il non-cittadino, l'accesso al diritto all'abitazione è effettivo solo a condizione [...] che egli risulti già titolare della disponibilità del bene oggetto di quel medesimo diritto!»⁶⁰.

3. Proiezioni attuali e future

Come sottolineato di recente da una sensibile dottrina, «la cittadinanza, l'identità e i diritti evocano passaggi fondamentali della storia del costituzionalismo moderno, sintetizzandone fondamentali nodi problematici, rispettivamente racchiusi nell'appartenenza alla comunità politica, nella complessità dei rapporti di vita che incrociano le esperienze individuali, nel diritto di ognuno di realizzare sé stesso»⁶¹.

⁵⁵ Cfr. C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, 6 ss.

⁵⁶ Si leggano, ad esempio, le argomentazioni del TAR Lombardia, sez. Brescia, contenute nell'ordinanza n. 254 del 25 febbraio 2005. Il giudice amministrativo ha correttamente stabilito che, ai sensi dell'art. 2 del TUIM, i cittadini stranieri legalmente soggiornanti nel nostro Paese debbono poter godere degli stessi diritti in materia civile ed economica, dovendosi escludere qualunque altro potere derogatorio da parte delle amministrazioni pubbliche.

⁵⁷ Sui diritti sociali da intendersi come diritti fondamentali, si vedano, almeno, le argomentazioni di L.R. PERFETTI, *Diritti sociali. Sui diritti fondamentali intesi come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2013, 61 ss.

⁵⁸ Per maggiori ragguagli, si veda, sul punto, F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, 209 ss.

⁵⁹ C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri*, op. cit., 14.

⁶⁰ Così, F. PALLANTE, *Gli stranieri di fronte al diritto all'abitazione*, in A. GIORGIS – E. GROSSO – M. LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti?*, Milano, 2017, 255.

⁶¹ È così che prende l'abbrivio la riflessione di P. RIDOLA, *Cittadinanza, identità, diritti*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2022, 1.

Si tratta di tre ambiti interconnessi (cittadinanza, identità e diritti) oggi più che mai bisognosi di essere studiati in chiave «glocale»⁶², «solidale»⁶³ e alla luce del «principio di eguaglianza» letto in chiave interculturale⁶⁴. Invero, accreditati studi internazionali rilevano che «l'approfondimento della situazione delle città porta quasi inevitabilmente a riconoscere l'esistenza di una moltitudine di gruppi sociali, di vicinati, di contestazioni, di pretese e disuguaglianze»⁶⁵.

D'altronde, «la globalizzazione del mondo, se ha abbattuto barriere di tipo economico e sociale, non ha affatto abbattuto le barriere politiche e culturali le quali, invece, sembrano non solo perdurare ma anche, per nulla paradossalmente, assumere caratteri sempre più aggressivi perché privi di valvole di sfogo»⁶⁶. E questo perché «il mondo globale, saturo di spazi e di risorse dove i forti rivendicano il loro diritto assoluto al proprio «stile di vita», genera al suo interno masse d'individui, quasi una nazione senza patria e senza diritti: anzi, precisamente, senza il 'diritto di avere diritti'»⁶⁷. Di qui l'invocazione di limiti all'espansione indiscriminata dei «diritti» e la valorizzazione, in chiave egualitaria e solidaristica, dei «doveri»⁶⁸.

⁶² Basti pensare alle varie forme di resistenza del «locale» alle minacce di omologazione derivanti dall'avanzata del «globale»; vicende queste che hanno portato Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma, 2005, a coniare il noto neologismo «glocalization».

⁶³ Sul punto cfr. A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, la quale, per ciò che qui rileva, opportunamente sottolinea come oggi «la solidarietà travalica i confini di gruppo e di nazionalità per evolversi verso dimensioni internazionali e sempre più globali» (p. 41).

⁶⁴ Si veda A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, spec. 59 ss. . Con riferimento specifico al rapporto tra il diritto all'abitazione e il principio di uguaglianza, si veda F. PALLANTE, *Gli stranieri e il diritto all'abitazione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/2016, 135 ss., il quale, dopo aver rilevato che «A favore di un'accezione del diritto all'abitazione più ampia di quella che si potrebbe ricavare ragionando in termini strettamente economici depone senz'altro il diffuso riconoscimento – dovuto inizialmente alla dottrina, poi anche alla giurisprudenza – del diritto all'abitazione come diritto sociale, vale a dire come elemento che contribuisce a definire quel quadro volto alla realizzazione sostanziale, e non solo formale, del principio di eguaglianza, che l'art. 3, co. 2, Cost. pone, assieme ad altri, a fondamento dell'edificio costituzionale»; sottolinea come, «però, subito si apre la questione inerente al grado di effettività assicurabile al diritto stesso. Che cosa significa, concretamente, riconoscere il diritto all'abitazione nel novero dei diritti sociali costituzionalmente garantiti? Che i poteri pubblici hanno il dovere di garantire a tutti l'accesso a un'abitazione, quale che sia il titolo legale reso disponibile? O la garanzia implica, più rigidamente, l'acquisto in proprietà? E come si configura il corrispettivo di tale dovere: come diritto immediatamente azionabile (alla stregua del diritto alla salute) o come vincolo anzitutto politico (com'è per il diritto al lavoro)? E ancora, con più specifico riferimento all'oggetto di questo scritto: a chi spetta il diritto all'abitazione? Ai soli cittadini o anche agli stranieri residenti?» (p. 137). Sul diritto all'abitare dei cittadini extracomunitari si veda altresì P. CAPRIOTTI, *Il diritto all'abitare per i nuovi abitanti*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2019, 77 ss.

⁶⁵ S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, Bologna, 2010, 16.

⁶⁶ Così G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 33.

⁶⁷ *Op. ult. cit.*, 83.

⁶⁸ In merito non può che rinviarsi a G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, uno dei primi studi della dottrina costituzionalistica ad occuparsi dei «doveri» in chiave personalistica. Sul contributo offerto da Giorgio Lombardi alla problematica dei doveri costituzionali è ora dedicato il lavoro di V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi nella sistematica dei doveri costituzionali: dall'idealismo mazziniano al personalismo costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 4/2021, 303 ss. Su tali tematiche si veda, anche, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, al quale ha fatto da contrappunto, con un titolo rovesciato, L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014.



Se quanto sinora visto in riferimento al nostro ordinamento appare corrispondere a realtà, si potrebbe allora concordare con quanto rilevato da una parte della dottrina a proposito dell'effettività dei diritti sociali nel nostro ordinamento giuridico: per gli stranieri, la tutela di tali diritti risulta essere una variabile dipendente dalla «continua interazione dei livelli di governo»⁶⁹.

Come accennato, a causa dell'articolazione territoriale delle competenze stabilite in Costituzione, si tratta di prendere atto dell'esistenza di una tutela «frammentata» che, soprattutto per i non cittadini, determina uno *status* giuridico disomogeneo all'interno della Repubblica. L'abitare dello straniero, infatti, dipende «dal luogo di residenza sul territorio nazionale, in riferimento al quale Regioni ed enti locali, nell'esercizio della propria autonomia, riconoscono, garantiscono o limitano l'esercizio di determinati diritti sociali». E, come evidente, tale regime di «cittadinanze locali» non può che «generare meccanismi fortemente escludenti»⁷⁰.

Sul piano costituzionale, entrano primariamente in gioco gli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale, i quali, imponendo il rispetto della dignità umana in condizioni di sostanziale eguaglianza della persona, dovrebbero indurre a ritenere illegittime tutte quelle disposizioni normative territoriali che alterino il pur difficile equilibrio sociale previsto ed imposto dagli articoli citati⁷¹.

Ciò significa che, dinanzi al diritto sociale-fondamentale dell'abitare, l'autonomia normativa delle Regioni e degli enti locali dovrebbe essere legislativamente compressa tutte le volte in cui, pretendendo oneri ulteriori a quelli già imposti dall'art. 40 del TUIM, impedisca la realizzazione di uno *standard* uniforme di trattamento dello straniero sul territorio dello Stato. Lo impone il rispetto dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti [...] sociali» degli stranieri residenti sul territorio *ex* art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost., letto congiuntamente al principio fondamentale di «unità e indivisibilità» della Repubblica, previsto dall'art. 5 della Carta costituzionale: la suddivisione delle competenze legislative non può, invero, in alcun modo “dividere” la tutela della persona umana. Le competenze «concorrenti» ed «esclusive» delle Regioni possono, al contrario, consentire agli enti territoriali di attuare nel proprio territorio discipline più favorevoli⁷².

Come noto, l'espressione «diritto di avere diritti» fu coniata da H. ARENDT (1948), *Le origini del totalitarismo*, Torino, 1999, 404 ss., con riferimento al popolo ebraico, un popolo che si intendeva espellere dal continente europeo che, nei suoi riguardi, veniva collocato *off limits*. In tema di migranti, fa accenno alla categoria dei «doveri» già A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Consulta OnLine*, fasc. 1/2015, 148 ss.

⁶⁹ F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, op. cit., 217.

⁷⁰ Così, ancora, F. BIONDI DAL MONTE, *op. ult. cit.*, 219-220, la quale riporta, come esempio, il fatto che «lo straniero titolare di un permesso CE per soggiornanti di lungo periodo dovrebbe accedere in condizioni di parità con i cittadini italiani agli alloggi di edilizia residenziale pubblica; tuttavia in Lombardia egli deve essere residente o lavorare sul territorio regionale da almeno 5 anni, mentre in Emilia-Romagna vi potrebbe accedere anche se in possesso di un semplice permesso di soggiorno».

⁷¹ In merito, tra gli altri, cfr. M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Pol. dir.*, n. 3/2002, 345 ss.; E. ROSSI, *L'effettività del principio di uguaglianza negli ordinamenti multilevel: i sistemi tedesco, spagnolo e italiano a confronto*, in G. BERTI - G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, 151 ss.; R. TOSI, *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai “livelli essenziali delle prestazioni...”*, in *Quad. cost.*, 2003, 629 ss.; E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e uguaglianza*, in *Le Regioni*, nn. 2-3/2006, 571 ss.

⁷² Come ha da tempo stabilito la Consulta in riferimento alla competenza statale in materia di «livelli essenziali delle prestazioni», essa non è «una “materia” in senso stretto», bensì «una competenza del



A tal proposito, quello che per le Regioni potrebbe tornare utile sembra essere un maggior potenziamento degli strumenti di *welfare collaborativo*, ossia di esperienze che implicano interazione, scambio, sostegno reciproco tra individui e organizzazioni, in una logica di connessione, inclusione e prevenzione delle fragilità. In realtà, paiono qui rintracciabili elementi di quella nuova concezione di «*Welfare Community*» che, una parte sempre più cospicua della dottrina, ormai contrappone alla classica definizione di «*Welfare State*». Alcuni sostengono, infatti, che i «problemi sociali di oggi [...] sono generati sia dai mercati che dalle istituzioni pubbliche». E che, ad essi, «si deve rispondere con un approccio diverso, ugualmente critico verso entrambi, fondato su programmi di modernizzazione che non intendono far prevalere l'uno o l'altro, ma piuttosto promuovono l'intervento (diverso ma) congiunto di entrambi, nell'intento di arrivare a una più ampia e solida affermazione di ideali di solidarietà e di giustizia sociale»⁷³.

Ciò che si vuol dire è che, in un'ottica di sussidiarietà anche «orizzontale» (e, dunque, di *partnership* tra pubblico e privato), occorre incentivare nuove forme di collaborazione tra le istituzioni, le famiglie, il privato sociale e il mercato, che sappiano valorizzare le capacità di iniziativa dei singoli e delle formazioni sociali, in stretta connessione con le funzioni pubbliche⁷⁴.

legislatore statale idonea a investire tutte le materie rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sul territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle». Così Corte cost., sent. n. 282 del 2002.

⁷³ Così, R. BIN – D. DONATI – G. PITRUZZELLA, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, 2019, 297, i quali ancora precisano che proprio grazie «a questa differenziazione e alla moltiplicazione dei soggetti e degli strumenti deputati alla lotta all'esclusione e alla diseguaglianza che comporta, la sussidiarietà da una parte contrasta la tendenza alla defezione sociale, e dall'altra innalza la soglia di tutela dei singoli, aprendo la via per una prospettiva che alcuni definiscono di *Welfare Community* (come opposta al *Welfare State*), in ragione dello sforzo collettivo e congiunto di tutti (attori istituzionali, sociali ed economici) per la soddisfazione solidale dei bisogni delle persone». In argomento, si veda anche V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, secondo cui «una volta svincolati dal rapporto obbligato ed esclusivo con l'azione dei pubblici poteri, i diritti sociali afferiscono a un diverso sistema di servizi; più protagonisti, istituzionali e della solidarietà, vengono parimenti chiamati a realizzare in modo pluralistico il diritto soggettivo alla prestazione, rispondendo alle diverse esigenze presenti nel corpo sociale ed egualmente meritevoli di tutela» (p. 9). Da ultimo, ragiona intorno alla dimensione costituzionale del c.d. Terzo Settore M. CARRER, *Terzo Settore e principio di sussidiarietà. Profili problematici nella sistematizzazione costituzionale*, in *Società e diritti*, n. 15/2023, 30 ss. e, *ivi*, cfr. altresì il contributo introduttivo di A. MITROTTI, *Introduzione al dossier – Il terzo settore e la sua trascendentale settorialità: per una amministrazione condivisa*, I-III, e le riflessioni di G.A. FERRO, *Dimensione, rilievo e rilevanza del Terzo Settore. Qualche riflessione a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, 7 ss.; A. PATANÈ, *Enti del Terzo Settore e principio di solidarietà. Le opportunità del PNRR per rigenerare una rete a sostegno della società*, 55 ss.; F. GASPARI, *Terzo Settore ed Amministrazione condivisa: profili sostanziali e processuali*, 71 ss.; A. LORENZETTI, *Amministrazione penitenziaria, Volontariato, Terzo Settore*, 105 ss.; C. PETERUTI, *Il ruolo del Terzo Settore nella tutela dell'ambiente e nella transizione energetica. Esperienze europee a confronto*, 128 ss.

⁷⁴ In argomento, G. BRUNETTA – S. MORONI (a cura di), *La città intraprendente. Comunità contrattuali e sussidiarietà orizzontale*, Roma, 2011.



In un tale contesto, a farsi determinanti sono soprattutto le politiche urbanistiche adottate dall'ordinamento giuridico⁷⁵. Di tutto ciò è consapevole l'Unione Europea⁷⁶, come del resto avveduto è apparso anche il precedente Governo politico-tecnico, il quale ha mostrato di saper bene che la stessa emergenza sanitaria, sul piano sociale, altro non ha fatto che accendere una serie di riflettori su questioni già note e prossime al collasso⁷⁷. Invero, si legge nel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), «la pandemia di Covid-19 è sopraggiunta in un momento storico in cui era già evidente e condivisa la necessità di adattare l'attuale modello economico verso una maggiore sostenibilità ambientale e sociale» (PNRR, p. 9)⁷⁸.

E così, all'interno della Missione 5 – “Coesione e Inclusione” dello stesso PNRR (in particolare, si veda M5C2 intitolata “Infrastrutture sociali, Famiglie, Comunità e Terzo settore”), sono stanziati risorse sia per la rigenerazione urbana e territoriale, che per il c.d. *housing sociale*⁷⁹. Investimenti, questi, finalizzati ad incrementare la «qualità dell'abitare» nell'ottica di un «benessere» che sappia essere «equo e sostenibile» (“BES”, come si legge nel glossario del PNRR), senza incorrere in discriminazione alcuna (tant'è che nel PNRR si fa

⁷⁵ Dello stesso avviso sembra essere A. RANDAZZO, *Il “diritto all'abitare” al tempo delle migrazioni*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. n. 1/2019, 29 ss.

⁷⁶ Si pensi, da ultimo, al Regolamento 2021/1060 del Parlamento e del Consiglio europeo, del 24 giugno 2021, recante disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'agricoltura. A ben vedere, infatti, all'art. 32 si può leggere che «Al fine di mobilitare meglio le potenzialità a livello locale è necessario rafforzare e agevolare le iniziative di sviluppo locale di tipo partecipativo. Tale attività dovrebbe tenere presenti le esigenze e le potenzialità locali, oltre alle pertinenti caratteristiche socioculturali, e dovrebbe prevedere cambiamenti strutturali, costruire capacità nelle comunità e stimolare l'innovazione. Dovrebbero essere rafforzati la stretta cooperazione e l'utilizzo integrato dei fondi e del FEASR per realizzare strategie di sviluppo locale. È di importanza cruciale che ai gruppi di azione locale, che rappresentano gli interessi della comunità, siano responsabili dell'elaborazione e dell'attuazione delle strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo. Al fine di agevolare il sostegno coordinato di fondi diversi e del FEASR alle strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo e di facilitarne l'attuazione si dovrebbe privilegiare il ricorso a un “fondo capofila”. Quando è selezionato come fondo capofila, il FEASR dovrebbe seguire le norme stabilite per l'approccio basato sul “fondo capofila”». Sulla crescente, oggi più consapevole, attenzione riservata allo sviluppo urbano dalle fonti europee si soffermano G. COMAZZETTO, *La città nel processo di integrazione europea*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2021, spec. 484 ss.; C. MARI, *Rigenerazione urbana e città informale nel contesto europeo: profili evolutivi, vantaggi e criticità*, in *Federalismi.it*, n. 27/2021, 56 ss.; L. GRAZI (a cura di), *La città e l'Unione europea. La dimensione urbana tra percorsi storici e dinamiche di europeizzazione*, Bologna, 2013; E. CARLONI – M. VAQUERO PIÑEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, 865 ss.

⁷⁷ Ne dà ampiamente conto, A.M. NICO, *L'emergenza sanitaria “guarisce” lo Stato sociale dai condizionamenti economici e finanziari?*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, fasc. 1/2021, 112 ss.

⁷⁸ Per un'approfondita analisi dei condizionamenti del PNRR sui processi di decisione politica, si veda S. NICCOLAI, *Sull'influenza del PNRR sui processi di decisione politica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 222 ss. Sulla genesi del PNRR e sul suo inquadramento giuridico cfr., invece, M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, nn. 8-9/2021, il quale inquadra il Piano fra «gli strumenti di pianificazione per obiettivi a valenza principalmente politica e con un grado di vincolatività diretta piuttosto limitata per i soggetti istituzionali coinvolti nella sua attuazione». In argomento, anche E. BRESSANELLI – L. QUAGLIA, *La genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 3/2021.

⁷⁹ Approfondisce le misure previste dal PNRR in vista della realizzazione di un più effettivo diritto sociale all'abitazione, nell'alveo del più ampio programma di rigenerazione urbana, B. ACCETTURA, *PNRR e diritti sociali: una nuova declinazione del diritto all'abitazione*, op. cit., n. 15/2023, 256 ss.



esplicito riferimento alla «multiculturalità», oltre che all'«equità tra i generi», p. 209) attraverso anche la predisposizione di «programmi urbanistici partecipati» (PNRR, p. 214)⁸⁰.

In questa prospettiva, anche le Regioni potrebbero risultare un volano per la diffusione di forme di *co-housing* sociale destinato ad una migliore ed effettiva integrazione dei migranti presenti sul territorio⁸¹.

Come noto, il termine co-abitazione può indicare varie forme di condivisione degli spazi vitali. Esso, potrebbe dirsi provando a riassumere l'intrinseca polisemia dell'espressione di matrice inglese, si riferisce all'insieme di esperienze abitative che tentano di coniugare la dimensione individuale con quella collettiva, e che sono accomunate da tre caratteristiche: la presenza di una buona dotazione di spazi comuni (dimensione fisica), l'organizzazione periodica di attività collettive (dimensione sociale) e il coinvolgimento degli abitanti nella gestione di spazi e servizi condivisi (dimensione organizzativa).

Si tratta di uno di quei concetti per i quali non esiste una definizione univoca. In generale, sotto questa etichetta, rientrano esperienze abitative molto diverse, accomunate dal fatto di ricercare modelli di "vita insieme". Il grado di condivisione degli spazi fisici e delle pratiche di vita quotidiana scelto dagli abitanti, determinano il posizionamento delle esperienze su una scala che va dal comunitarismo più radicale, passando per esperienze di semplice buon vicinato, fino a modelli di *club* basati sul godimento comune, ma esclusivo di particolari beni e servizi. Il livello di condivisione dipende da diverse variabili, tra le quali assumono particolare importanza la disponibilità fisica di spazi comuni, la genesi del progetto (che può nascere dal basso come comunità intenzionale o invece essere promosso da un soggetto esterno che guida il processo e orienta la definizione delle regole di convivenza, secondo un modello più comune alle comunità contrattuali), la tipologia di gestione (autogestita o affidata a un soggetto esterno) e l'assetto proprietario (proprietà privata, affitto, proprietà indivisa)⁸².

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente la complessa tematica del *co-housing*⁸³.

Quel che qui interessa è che Regioni ed enti locali, in attuazione del PNRR, hanno la possibilità di promuovere nuovi modelli di *governance* sia nel finanziamento sia nella gestione dei c.d. "progetti abitativi". Ad esempio, mediante finanziamenti diretti delle istituzioni pubbliche o anche indirettamente, attraverso la concessione di terreni a prezzi scontati o agevolazioni fiscali che riducano i costi di costruzione per privati, le comunità locali hanno la concreta occasione di realizzare moderni ed ecologici complessi abitativi destinati a tutta la popolazione residente (anche straniera) che effettivamente intenda partecipare al progresso spirituale e materiale del territorio. Trasformando così – di fatto e "dal basso"⁸⁴ – gli stessi concetti giuridici di «cittadinanza» e «residenza», da meri vincoli di

⁸⁰ In generale, sulle problematiche legate all'attuazione del Piano, si veda N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, Editoriale, 12 gennaio 2022.

⁸¹ Si pensi, ad esempio, alla recente legislazione regionale pugliese relativa alla "Promozione della cultura dell'abitare sociale" (L.R. 5 luglio 2019, n. 31).

⁸² Per una minuziosa, chiara ed efficace ricostruzione della problematica, si rinvia alla tesi di dottorato di S. SITTON, *L'abitare condiviso in Italia. Premesse teoriche, esperienze pratiche e scenari di sviluppo*, rinvenibile in *www.academia.edu*, spec. 12-54.

⁸³ In prospettiva costituzionale, si veda, almeno, E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, op. cit., 241 ss.; e G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, op. cit., 206 ss.

⁸⁴ In tal guisa provando a temperare la visione «dall'alto» impressa dal PNRR. Come infatti rileva S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, Editoriale, in *federalismi.it*, n. 14/2021,



«appartenenza» ad una comunità, in più avanguardisti modelli legati all'effettiva «partecipazione» politico-sociale alla realizzazione di una società «interculturale», sempre più rispettosa dei principi costituzionali di solidarietà, non discriminazione e sana autonomia territoriale degli spazi nazionali⁸⁵.

Non solo. Nell'ottica dell'«abitare sociale» possono rientrare progetti in grado di azzerare (o quasi) i costi legati all'acquisto e/o locazione di immobili ad uso abitativo. Basti pensare alle esperienze, già esistenti in alcune Regioni italiane, di abitazioni messe a disposizione di giovani studenti fuori sede o lavoratori, da parte di proprietari bisognosi di alcune forme di assistenza o semplicemente di alcune ore di compagnia giornaliera (come nel caso di anziani e disabili)⁸⁶.

Attraverso il coinvolgimento dei migranti in eventuali progetti solidali di questo tipo⁸⁷, si consentirebbe loro non solo una maggiore possibilità di integrarsi nel contesto sociale, ma al contempo gli si offrirebbe l'occasione di dimostrare alle autorità pubbliche di disporre di un alloggio adeguato, peraltro garanzia di una maggiore serenità necessaria al fine di ricercare un lavoro. Precondizioni, queste ultime, indispensabili a dare maggiore senso logico alla normativa nazionale che, come visto, prevede che lo straniero bisognoso di accedere a forme

vii, nel PNRR è palpabile la presenza di un «forte moto centripeto del potere, che si concentra ancora più nell'Esecutivo e nel suo vertice, il quale diventa dunque un recettore poco moderabile delle domande forti provenienti dai soggetti esponenziali degli interessi costituiti (tra i quali, accanto ai sindacati, alle organizzazioni imprenditoriali di categoria, vanno annoverati anche gli enti a base territoriale, e tra questi in primo luogo le Regioni). Sul non semplice rapporto tra PNRR e fonti del diritto, E. CATELANI, *PNRR e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 218 ss.

⁸⁵ In dottrina è stato soprattutto G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2011, 429, a suggerire di non continuare ad investire sul cittadino immaginario, ma di iniziare a pensare alla «persona», nella sua «effettiva condizione di appartenente a una comunità politica cui partecipa e di cui è parte ed espressione». È questo, in fondo, il senso della «interculturalità»: la costruzione di una società in cui «nessuno definirà "barbaro" l'altro, né si autodefinirà "civile"». Una prospettiva che se «guarderà all'universalismo e al costituzionalismo post-totalitari come a una bussola di riferimento, inaugurerà un nuovo percorso nella ricerca della giusta distanza che si può ricavare da tutta l'esperienza dello Stato costituzionale». Così C. PINELLI, *Società multiculturale e Stato costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2012, 22.

⁸⁶ Tutte esperienze, queste, che peraltro potrebbero contribuire a risolvere le molteplici problematiche sociali legate alla figura informale del c.d. *caregiver*. In merito si veda, se si vuole, A. GUSMAI, *Il caregiver familiare: considerazioni a margine della legge regionale pugliese n. 3 del 2020*, in *Le Regioni*, fasc. 1-2/2021, 449 ss.

⁸⁷ Per restare all'esperienza italiana, si pensi al progetto «*Casa a Colori*», iniziato nel 1999 a Padova e Venezia e che vede come promotore-capofila la *Soc. coop. città So.La.Re*. L'obiettivo è quello di offrire soluzioni a breve e medio termine per individui in forte disagio abitativo, con particolare riferimento alle emergenze umanitarie. Offrire, quindi, servizi di accoglienza di buona qualità ed a basso costo. Si tratta di una struttura di ricezione ibrida, dove le entrate di cassa provenienti dai clienti privati (studenti, lavoratori in trasferta, turisti) coprono i costi del servizio di *Social housing* offerto nella stessa struttura a individui e famiglie in emergenza abitativa. La casa ha accolto popolazioni colpite da emergenze umanitarie. Oggi esistono 4 *Casa a Colori* tra Padova e Venezia, con una capacità di oltre 220 posti letto. L'80% degli ospiti è costituito da privati, mentre il 20% riceve servizi di accoglienza sociale. Sul *Social Housing* si vedano, da ultimo, i contributi di M.G. DELLA SCALA, *Il "social housing" come servizio d'interesse generale tra tutela multilivello del diritto sociale all'abitare e imperativi della concorrenza*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 2/2019, 179-212 e di A.V.A. DIVARI, *De Social Housing, diritto sociale all'abitazione o all'abitazione sociale?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2019, 207.



di assistenza pubblica abitativa per assurdo già possedeva una casa nel territorio di prima accoglienza⁸⁸.

Peraltro, il forte abbattimento degli oneri economici, che potrebbe realizzarsi mediante l'attuazione di progetti di coabitazione sociale, avrebbe benefici effetti sulla riduzione della spesa pubblica. I migranti, negli ultimi anni considerati «costi» insostenibili da mettere a bilancio da una certa classe politica demagogica e non sempre rispettosa dei principi costituzionali, potrebbero al contrario rivelarsi una preziosa «risorsa umana» per le casse dell'erario e la sostenibilità dello stesso *welfare* nazionale e locale⁸⁹.

A rilevarlo non sono gli esponenti radicali di ideologie neo-collettiviste, ma è di recente un autorevole studioso liberale, professore di *Politiche europee al St Antony's College presso l'University of Oxford*. Il riferimento è a Jan Zielonka, il quale ha recentemente sostenuto, tra le altre cose, che soprattutto «la crescita demografica bassa o addirittura negativa nella maggior parte dei paesi europei potrebbe rendere necessario l'apporto dei migranti provenienti da fuori Europa per *mantenere il sistema di welfare nel lungo periodo*». Come a dire che i migranti, in un futuro non troppo lontano, risulteranno inevitabilmente essere esattamente l'opposto di quel che alcuni narrano. Da pericolosi attentatori dell'ordine e della sicurezza pubblica a garanti della democrazia costituzionale c.d. occidentale, sostenitori quasi salvifici di uno Stato sociale prossimo al collasso⁹⁰.

Di sicuro, però, e volendo provare a concludere con una sana dose di realismo le pur sommarie argomentazioni sinora svolte, un dato appare certo: molto dipenderà dalla cultura e dalle capacità operative delle amministrazioni territoriali⁹¹. I fondi europei rappresentano al momento soltanto delle grandi opportunità. Quello che però ci attende è certamente un processo di sviluppo urbanistico e, ancor prima, socio-culturale dagli esiti storicamente

⁸⁸ Non a caso, s'è rilevato, «sul piano astratto le forme di co-residenzialità e di co-abitazione sociale sono presentate come una valida risposta alle esigenze abitative di quanti, pur non potendo accedere agli alloggi sul libero mercato, non rientrano neppure nei parametri dell'ERP». Cfr. E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare*, op. cit., 246, la quale, però, in una prospettiva forse eccessivamente scettica, ritiene che tali modelli abitativi, «nelle realizzazioni concrete [...] rischiano innanzitutto di essere accessibili soltanto alle fasce alte di popolazione con redditi medio-alti e di tradursi altresì in soluzioni alloggiative a forte valenza comunitaristica ed escludente».

⁸⁹ Come ammonisce il giudice delle leggi, deve essere «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Così, Corte cost., sent. n. 275 del 2016, *Considerato in diritto* n. 11. Su tale pronuncia si veda, almeno, A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forumcostituzionale.it*, 11 gennaio 2017, 1 ss.

⁹⁰ In tal senso, nel pieno di un'attenta riflessione sulle ragioni e le reali dinamiche che caratterizzano i moderni flussi migratori, J. ZIELONKA, *Contro-rivoluzione. La disfatta dell'Europa liberale*, Roma-Bari, 2018, 112.

⁹¹ I principali protagonisti del processo di attuazione del PNRR saranno, infatti, i Comuni (anche associati, specie nelle aree interne) nei cui riguardi, vista la difficile situazione finanziaria e amministrativa che li caratterizza da decenni, la dottrina ha espresso non poche riserve in termini di concreta riuscita nella fase attuativa. Tra le prime a rilevarlo, C. BUZZACCHI, *Comuni e PNRR: la sfida della trasformazione del settore pubblico in uno scenario di dissesto finanziario*, in *www.orizzontideldirittopub.com*, 23 maggio 2021, spec. 4 ss. Si veda, anche, E. CARLONI, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza*, in *Astrid-Rassegna*, n. 1/2021, 1 ss. Come ha sin da subito rilevato G. VIESTI, *Il PNRR determinerà una ripresa dello sviluppo?*, in *Rivista il Mulino*, 7 giugno 2021, «I più positivi impatti del Piano potranno venire da una sua continua e attenta discussione, da una attuazione trasparente e partecipata, da una profonda condivisione non di un generico "ce la faremo" ma degli specifici obiettivi delle missioni».



incerti e assai lunghi⁹². Un processo che, si auspica, possa in ogni caso essere democraticamente partecipato ed ecologicamente sostenibile nelle città del prossimo futuro⁹³.

4. Paradigmi da “respingere”

Letta in chiave costituzionale, ogni questione afferente alla condizione abitativa del non cittadino è chiamata ad interfacciarsi con le concrete manifestazioni del potere. E tanto perché occorre quanto più possibile comprendere a monte la sua trama «microfisica»⁹⁴, se non si vuol rischiare di rimanere prigionieri di inutili astrazioni, buoni propositi e politiche mistificatorie. Sempre che, s'intende, il fine resti quello di tentare di porre rimedio a visioni del mondo – e conseguenti disposizioni normative – dalla forte carica discriminatoria ed escludente⁹⁵.

⁹² Da ultimo, il rapporto tra *smart city* e dimensione interna dell'abitare è indagato da M. SESSA, *La dimensione intima della smart city. La casa nell'aggregato urbano smart*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, n. 1/2021. I principi fondamentali che stanno alla base dell'abitare sociale – e in particolare dell'abitare condiviso e collaborativo – sono il risultato di un lungo percorso di idee che è iniziato negli anni Cinquanta con la volontà di superare le teorie dell'urbanistica del Movimento Moderno per definire nuove modalità di lettura, di interpretazione e di progettazione della città. I precursori sono stati coloro che hanno contribuito a mettere in crisi i CIAM (*Congrès Internationaux d'Architecture Moderne*, che annovera tra i principali animatori Le Corbusier e S. Giedon): il Team10 (Jacob Bakema, Georges Candilis, Giancarlo De Carlo, Aldo van Eyck, Alison & Peter Smithson, Shadrach Woods) e, poco più tardi e in modi diversi, Colin Rowe, Jane Jacobs, Jan Gehl, Kevin Lynch, Robert Venturi ed altri. Muovendo dal rifiuto del funzionalismo, le loro riflessioni polemiche hanno portato a sottolineare i valori simbolici dello spazio urbano, hanno proposto di analizzare e valorizzare le diverse forme di associazione umana, hanno suggerito una rivalutazione della strada come luogo di vita e di identificazione collettiva, hanno immaginato diverse forme di appropriazione dello spazio pubblico e hanno definito nuove modalità di interazione tra progettazione e utenti, attraverso la partecipazione nelle sue molteplici forme. Sul punto, S. GUIDARINI, *New Urban Housing. L'abitare condiviso in Europa*, Milano, 2018, 9 ss. Ad ogni modo, punto di partenza per la costruzione di un modello efficiente, pare essere quello di leggere l'«abitare condiviso» come generatore di risorse collettive. Serve, inoltre, individuare la *modalità di gestione degli spazi comuni*, elemento critico probabilmente comune a tutti i futuri progetti che si occuperanno di implementare lo sviluppo di relazioni di reciprocità e cooperazione. Sul piano sociale, poi, i progetti non potranno non tener conto dell'influenza del contesto relazionale e, in particolare: a) dell'aspettativa che le persone hanno riguardo il comportamento degli altri (fiducia); b) delle disposizioni normative a cui aderiscono sulla base delle relazioni sociali e del contesto abitativo in cui vivono (reciprocità); c) dell'immagine che creano di loro stessi, valutata sull'adesione alle regole e sulla coerenza nei comportamenti (reputazione). In fondo, come è stato detto, l'abitazione «è piuttosto il prodotto della società che non l'opera di un individuo». Cfr. J.-P. RAISON, *Abitazione*, in *Enciclopedia Einaudi*, I, Torino, 1977, 117 ss.

⁹³ Sia consentito, in merito, rinviare ad A. GUSMAI, *Edilizia sostenibile, urbanistica partecipate e (dis)ordine delle competenze costituzionali*, in *AmbienteDiritto*, fasc. 3/2021. Del resto, come opportunamente puntualizza M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 2/2021, 1, il «Piano nazionale di ripresa e resilienza [...] ripropone con forza il tema del metodo democratico necessario alla sua implementazione».

⁹⁴ Il tema del potere «microfisico» è assai complesso e non può, chiaramente, essere debitamente affrontato in questa sede. Sia pertanto ammesso, in merito, il rinvio ad A. GUSMAI, *Sovranità e «microfisica del potere»*, in A.M. NICO – G. LUCHENA (a cura di), *L'Unione europea e i «diritti abbandonati»*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. n. 2/2016, 107 ss.

⁹⁵ Se poi si osserva, in prospettiva diacronica, il sistema migratorio globale, occorre rilevare che tali condizioni discriminatorie ed escludenti sono state spesso subite dal cittadino italiano emigrato oltre i



Un grande ausilio sembra giungere dalla filosofia politica. Ed infatti, stando a quanto si è venuti dicendo, le logiche sottostanti alle politiche abitative dei migranti sembrano non di rado corrispondere a quelle colte da Giorgio Agamben, in una breve riflessione foucaultiana di qualche anno fa⁹⁶. Secondo Agamben, il fatto che gli enti locali non abbiano più un «tessuto urbano continuo e relativamente omogeneo» ha portato le città a trasformarsi in dispositivi del potere nella forma della «governamentalità»⁹⁷. Specie le «metropoli» si sono trasformate in dispositivi di controllo, strumenti del nuovo ordine disciplinare del potere, attraverso l'azione congiunta di due paradigmi, quello della «lebbra» e quello della «peste» (qui Agamben riecheggia il Foucault di *“Sorvegliare e punire”*). Il primo parla di *esclusione*, essendo un meccanismo attraverso il quale i soggetti “problematici”, i “non desiderati” vengono riuniti e relegati in uno spazio specifico, separato dalla città dove possono essere più o meno agevolmente controllati (si pensi a tutti quei quartieri per lo più abitati da immigrati). Il paradigma della «peste» è ancora più sottile. Essa non può essere risolta attraverso una separazione, ma mediante una *localizzazione registrata e controllata*, attraverso comportamenti predefiniti, regolamentati e sorvegliati, dando origine a un sistema molto complesso, che tiene sotto controllo le differenziazioni individuali (si pensi, in definitiva, alla funzionalità degli *hotspot*)⁹⁸.

Ecco, a voler cogliere nel profondo il significato di certe politiche abitative adottate nello Stato-ordinamento, l'impressione è che esse rispondano esattamente alla preoccupante interazione e applicazione di questi due paradigmi. Paradigmi, è proprio il caso di dirlo, evidentemente da “respingere” in quanto frontalmente in contrasto con i principi – questi sì legittimamente paradigmatici – accolti dalla nostra democrazia costituzionale. Su tutti, eguaglianza di opportunità, non discriminazione e valorizzazione delle plurime dignità umane⁹⁹. Del resto, come evidenziano recenti studi, sono a monte gli stessi Paesi sviluppati

confini dello Stato. Come rileva M. PATTI, *Emigrazione ed immigrazione in Italia. Un quadro delle politiche migratorie dall'età liberale alla Bossi-Fini*, in D. CIAFFI – F. PARISI – M. PATTI (a cura di), *Migrazioni. Diritto e società*, Padova, 2018, 24-25, «l'Italia si è infatti per decenni inserita come paese d'emigrazione piuttosto che d'immigrazione. [...] Dalla Grande Emigrazione Otto Novecentesca, vera e propria epoca nazionale che caratterizza l'Italia liberale, alle migrazioni interne e verso i territori dell'impero coloniale organizzate dal regime fascista, sino alla ripresa dell'emigrazione di massa nell'Italia repubblicana, le politiche istituzionali furono quindi pensate ed elaborate per gli emigranti. [...] Ad ogni modo, non può certo dirsi che l'immigrazione straniera in Italia sia stata un fenomeno sconosciuto o assente. [...] Ma ad emergere clamorosamente è il modo in cui un fenomeno complesso come quello dell'immigrazione, raramente storicizzato nel dibattito pubblico, sia stato invece affrontato, soprattutto dagli anni Novanta in poi e sia a destra che a sinistra (legge Martelli 1990; legge Turco-Napolitano 1998; legge Bossi-Fini 2002; decreto Minniti-Orlando 2017) secondo logiche emergenziali, spesso legate all'agenda politica dei partiti». Chiaramente, le stesse considerazioni possono valere nel tempo presente, a partire dai sopracitati decreti Salvini.

⁹⁶ Il riferimento è a G. AGAMBEN, *La città e la metropoli*, in *Posse*, rivista on line, 13, 5 novembre 2007.

⁹⁷ *Op. ult. cit.*, 1-2.

⁹⁸ *Op. ult. cit.*, 3.

⁹⁹ Purtroppo, nel nostro Paese l'accoglienza dei migranti raramente è stata pianificata in modo organico. Più frequentemente le scelte sono state prese, come detto, in regime di emergenza e per lo più hanno visto concentrare i nuovi arrivati in spazi accuratamente delimitati e ben separati dall'abitato. Si pensi, ad esempio, al Centro di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) di Mineo, ex base militare americana in Sicilia, tra Catania e Caltagirone, composta da centinaia di villette recintate da filo spinato e in un contesto agricolo. Nel 2011 viene individuato come «villaggio della solidarietà» dal presidente del Consiglio e dal ministro degli Interni allora in carica per rispondere all'emergenza umanitaria della Primavera araba e agli sbarchi a Lampedusa. Nel corso degli anni questo luogo diventa teatro di proteste degli ospitanti pachistani, siriani, libici, africani subsahariani, di decine di



dell'area "occidentale" ad apparire come «la più grande comunità recintata del pianeta», protetta da una fitta schiera di barriere terrestri, sbarramenti marittimi e muri artificiali, eretti a protezione dei quasi 1,4 miliardi di persone che lì vivono, il 17,3% della popolazione planetaria¹⁰⁰.

Se è la stessa città ad essere diventata «biopolitica»¹⁰¹, allora forse un buon inizio verso una concreta inversione di rotta potrebbe essere quello di ripartire dalla valorizzazione di ciò che è «comune». Sul piano normativo, la prima mossa sembra obbligata: occorre tendere alla rimozione di tutte quelle regole che producono dispositivi di soggezione e assoggettamento della persona umana¹⁰²; tutte le altre restano imprevedibili, ma almeno è auspicabile che si susseguano in contesti in cui le differenze avranno già trovato alloggio in spazi condivisi di libertà¹⁰³.

Le città sono corpi vivi alimentati dalla moltitudine. E, nel (ri)progettarle, occorre in parte ridisegnare e ricostruire l'idea di abitare che ancora oggi abitiamo.

etnie diverse, tutti in attesa dello *status* di rifugiati, che lamentano condizioni indecenti di igiene e sovraffollamento; si ripetono scontri con le forze dell'ordine; esplodono scandali nella gestione collegati all'inchiesta romana di "Mafia capitale". Su scala globale, poi, si pensi al preoccupante tema delle *enclaves* etniche e urbane. Dai noti quartieri di Chinatown e Little Italy a New York fino ai "ghetti" etnici presenti nelle diverse città del mondo. La concentrazione urbana degli immigrati è una questione ben nota agli studiosi di migrazioni internazionali globali, consapevoli che i modelli spaziali della segregazione di popolazioni su base etnica rimandano localmente a situazioni che, a seconda dei casi, possono essere di informalità, illegalità, povertà, degrado, fino a evocare la matrice spaziale del campo di concentramento. Cfr. K. KOSER, *Le migrazioni internazionali*, Bologna, 2009, 128 ss.

¹⁰⁰ Si veda, ancora, il sopracitato *Dossier Statistico Immigrazione* (p. 1).

¹⁰¹ È questa la tesi sostenuta da A. CAVALLETTI, *La città biopolitica. Mitologie della sicurezza*, Milano, 2005.

¹⁰² Si pensi ancora al caso del «trattenimento dello straniero». Come rilevano G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, op. cit., 245-246, «in caso di violazione delle norme sull'ingresso nel territorio nazionale, è previsto il trattenimento dello straniero, per il tempo strettamente necessario per provvedere all'espulsione (ove non esistano le condizioni per concedere l'asilo), presso appositi centri. Tale «trattenimento», di fatto, equivale a una forma di carcerazione, spesso in condizioni inumane, anche se gli internati sono denominati ipocritamente «ospiti». Si comprende che siano stati sollevati molti dubbi sulla compatibilità con la Costituzione, stante la circostanza che queste persone che giungono nel nostro paese a partire dal loro, per ragioni di sopravvivenza, non hanno commesso nessun reato né si può supporre che ne commetteranno».

¹⁰³ Come rileva A. NEGRI, *Il comune in rivolta. Sul potere costituente delle lotte*, Verona, 2012, 186, oggi il luogo dell'assoggettamento è «il territorio metropolitano». [...] È la metropoli, la fabbrica di oggi – con i suoi rapporti produttivi, le filiere di ricerca, i siti di produzione diretta e i flussi di circolazione/comunicazione, i treni di trasporto, separazioni e confini, crisi di produzione e di circolazione, forme diverse di impiego ecc. La metropoli: fabbrica modernissima come solo il prevalere del lavoro cognitivo nei processi di valorizzazione può determinare; eppure fabbrica antichissima nella quale come schiavi, migranti e donne, precari ed esclusi, sono parimenti messi al lavoro e lo sfruttamento investe ogni lato e momento della vita. La metropoli: fabbrica preindustriale che gioca le differenze di cultura e di *status* con gradi diversi di sfruttamento, le differenze di genere e di razza come differenze di classe: eppure fabbrica postindustriale dove queste differenze costituiscono il comune dell'incontro metropolitano, del meticcaggio continuo e creativo, dell'incrocio di culture e di vite. Un comune che nella metropoli può essere riconosciuto e portato alla luce». È dunque il «comune», secondo Negri, il luogo che si dà per costruire il cambiamento. «Comune», ossia «contemporaneamente ciò che gli uomini e le donne costruiscono insieme (ciò che il capitale vorrebbe catturare e convertire nella duplice forma dell'appropriazione privata e dell'appropriazione statale) e il nome di un progetto politico per la moltitudine» (p. 13).



QUALE TERMINE PER ADEMPIERE L'OBBLIGO A CUI È ASSOGGETTATA LA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA? LE SEZIONI UNITE SCELGONO LA TERZA VIA.

Francesco M. J. Spada

Abstract [It]: Nella sentenza 23 Giugno 2022, n. 37503 le Sezioni Unite hanno individuato in cinque e due anni il limite cronologico entro cui il condannato, beneficiario di sospensione condizionale e condizionata della pena, debba risarcire il danno a favore della parte civile, in caso di omessa statuizione giudiziale ai sensi dell'art. 165, comma 6 c.p.. Tale soluzione, illustra il Supremo Collegio, è imposta dalla prescrizione dell'art. 163, comma 1, c.p. che richiede di circoscrivere ad un lustro, per i delitti, e un biennio, per le contravvenzioni, la verifica sull'astensione del condannato da ulteriore attività illecita. La conclusione prospettata, tuttavia, è espressione di una concezione a-sistematica del diritto penale, la quale esige di confinare all'interno di tale contesto la ricerca delle regole utili a risolvere una questione giuridica. La tesi che la critica proposta vuole dimostrare si fonda, invece, sulla congenita vocazione dei molteplici costituenti dell'ordinamento giuridico alla reciproca interazione, per cui non v'è lacuna normativa se nel diritto penale manchi una regola che possa disciplinare il caso concreto, quando essa può ricercarsi *utroque*.

Abstract [En]: In the judgment of June 23 2022, n. 37503, the Unified Sections of the Supreme Court have identified in five and two years the chronological limit within which the convict, beneficiary of the suspended, but conditional, sentence must compensate the damage in favor of the civil party, in the event of omitted judicial ruling pursuant to art. 165, clause 6, criminal code. This solution, the Supreme College illustrates, is imposed by the prescription of art. 163, clause 1, criminal code which requires the verification of the convicted person's abstention from further illegal activity to be limited to five years, for felonies, and two years, for offences. The proposed conclusion, however, is the expression of an a-systematic conception of criminal law, which requires the search for rules useful for resolving a legal question to be confined within this context. The thesis that the proposed analysis seeks to demonstrate is based, instead, on the congenital vocation of the multiple components of the legal order to reciprocal interaction, for which a regulatory gap does not exist if in criminal law there is a lack of a rule that can regulate the concrete case, when it can be sought elsewhere.

SOMMARIO: 1. Il quesito e l'enunciazione di diritto. 2. Il contrasto giurisprudenziale e la terza via delle Sezioni Unite. 3. L'iter argomentativo della pronuncia. 3.1 La funzione di adempimento dell'obbligo. 3.2 La relazione fra obblighi e sospensione condizionale della pena. 4. La coerenza del passato: il primo orientamento. 5. Conclusioni.

1. Il quesito e l'enunciazione di diritto.

L'art. 163 c.p. consente al giudice di riconoscere al condannato a pena privativa della libertà personale, alla detenzione mista a pena pecuniaria o alla sola pena economica, contenuta nei limiti indicati dalla legge, la sospensione della sanzione penale, condizionandola all'obbligo di astensione da illeciti penali per un tempo di cinque anni per i



delitti e due anni per le contravvenzioni, sulla base di una valutazione da svolgersi ai sensi dell'art. 164 c.p.¹. In aggiunta alle limitazioni espresse, l'art. 168 c.p. autorizza la revoca dell'istituto ex art. 163 c.p. qualora, dopo la sua applicazione, il beneficiario sia condannato, per attività criminali precedenti, a pene che, cumulate con quella sospesa, determinino il superamento delle soglie previste dalla legge per il godimento del beneficio in parola.

Le condizionalità menzionate, inoltre, possono essere affiancate da ulteriori prescrizioni. L'art. 165 c.p., invero, disciplina l'istituto *de quo* in relazione a specifici obblighi a cui la stessa venga subordinata e, al sesto comma, la norma in parola statuisce che il giudice debba fissare il termine entro cui tali doveri vadano adempiuti.

In merito alla determinazione del tempo in cui i doveri condizionanti devono essere adempiuti, la Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione con l'ordinanza del 18.02.2022 n. 5813, avendo riscontrato orientamenti interpretativi confliggenti nella giurisprudenza di legittimità, ha rimesso all'attenzione delle Sezioni Unite il seguente quesito: *“se in caso di sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento di un obbligo, il termine entro il quale l'imputato deve provvedere all'adempimento, qualora non sia stato fissato in sentenza, coincida con quello del passaggio in giudicato della stessa o con quello previsto dall'art. 163 cod. pen.”*.

La questione giuridica si è proposta a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza di revoca di sospensione condizionale della pena adottata dal Tribunale di Lecce, quale giudice dell'esecuzione, in ragione dell'inadempimento dell'obbligo risarcitorio, a cui la sospensione condizionale è subordinata, a favore della parte civile. Non avendo conseguito il ristoro, la parte civile ha sollecitato l'intervento del Pubblico Ministero che ha richiesto al Tribunale di Lecce di revocare il beneficio di cui all'art. 163 c.p. per inadempimento.

Il giudice salentino, ritenendo che il termine entro cui eseguire la prestazione riparatoria coincidesse con il passaggio in giudicato della pronuncia di condanna e accertando che, fino alla presentazione dell'istanza della pubblica accusa, non vi fosse stato adempimento alcuno, ha revocato la sospensione condizionale della pena.

La proposizione del ricorso avverso l'ordinanza del giudice di esecuzione ha consentito alla Corte di legittimità di sottoporre al vaglio delle Sezioni Unite l'individuazione del riferimento temporale a cui il beneficiario dell'istituto ex art. 163 c.p. deve informarsi per realizzare l'obbligo condizionante la sospensione², in difetto di statuizione del giudice di merito sul punto.

Il Supremo Collegio, nella sua massima composizione, con la sentenza 05.10.2022 n. 37503 ha, all'uopo, statuito *“In caso di sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento di un obbligo risarcitorio, il termine entro il quale l'imputato deve provvedere allo stesso, che costituisce elemento essenziale dell'istituto, va fissato dal giudice in sentenza ovvero, in mancanza, dal giudice dell'impugnazione o da quello dell'esecuzione. Qualora il termine non venga in tal modo*

¹ G. DI ROSA, *Le misure sospensivo probatorie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2022, 260, ha rilevato che nel 2012 “le condanne a pena sospesa costituivano il 43% del totale delle condanne risultanti dal casellario giudiziale mentre, limitatamente alle condanne a pena detentiva, di qualsiasi entità, la sospensione condizionale riguardava il 50% dei provvedimenti e, per le condanne a pena pecuniaria il 39% dei provvedimenti. Quanto al contenuto le statistiche evidenziano che, anche se in caso di seconda concessione la sospensione condizionale della pena dovrebbe essere sottoposta ad almeno uno degli obblighi posti dall'art. 165 c.p., la misura non è stata in realtà corredata di obblighi per il condannato nella quasi totalità dei casi (nel 98% dei casi nell'anno 2012).

² Nell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, la Prima Sezione Penale sottolinea che l'Ufficio del Massimario e del Ruolo abbia avvertito, soventemente, la sussistenza di un invito contrasto giurisprudenziale, da cui sono scaturiti incessanti dubbi nella giurisprudenza di merito sull'esegesi del termine di cui all'art. 165, comma 6, c.p. (relazione n. 60 del 2020 e relazione n. 36 del 2020).



fissato, lo stesso coincide con la scadenza dei termini di cinque o due anni previsti dall'art. 163 cod. pen.".

2. Il contrasto giurisprudenziale e la terza via delle Sezioni Unite.

L'intervento dirimente della Corte di legittimità potrebbe porre fine ad un conflitto interpretativo che ha ad oggetto l'art. 165, comma 6, c.p., il quale, lapidariamente, prevede che "Il giudice, nella sentenza, stabilisce il termine entro il quale gli obblighi devono essere adempiuti.". La legge in parola, da una parte, impone al giudice la prospettazione di un termine per l'adempimento degli obblighi indicati nei commi precedenti, dall'altra, nulla prospetta per l'ipotesi in cui la statuizione giurisdizionale dovesse mancare.

In tal caso, una parte della giurisprudenza³ ha individuato il termine per l'esecuzione della prestazione con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e ha ritenuto applicabile l'art. 1183, comma 1, c.c., in ragione dell'identità di contenuto dell'obbligazione risarcitoria prospettata nella pronuncia penale con quello della corrispondente obbligazione civilistica, naturalmente, soggetta alla disciplina "Delle obbligazioni in generale" (come è rubricato il Titolo I del Libro IV del Codice Civile). La prescrizione menzionata, invero, consente al creditore di pretendere dal debitore l'esecuzione immediata della prestazione, qualora le parti non abbiano concordato un termine per l'adempimento (comma 1). L'orientamento in analisi, dunque, riconosce natura di obbligazione pecuniaria al risarcimento del danno di cui all'art. 165 c.p. e, coerentemente, ammette l'applicabilità della normativa privatistica di riferimento, in difetto di una differente statuizione del giudice penale *ex art. 165, comma 6, c.p.*

Le Sezioni Unite rifiutano l'impostazione delineata, perché non coerente con la legge penale che richiede una distinzione fra il tempo in cui l'esecuzione dell'obbligo deve cominciare a decorrere e quello in cui scade. Tale iato, quindi, richiede di identificare due momenti: uno, coincidente con l'irrevocabilità della condanna inflitta al reo, posto che in sua assenza non sarebbe possibile prospettare una pena a cui applicare la sospensione condizionale; l'altro, entro cui il dovere imposto ai sensi dell'art. 165 c.p. deve essere eseguito.

Proprio tale ultima prescrizione, secondo il massimo consesso di legittimità, nell'attribuire l'obbligo al giudice penale di fissare un termine per l'adempimento, segna una cesura rispetto alla normativa privatistica, venendo in evidenza la *voluntas legis* di rendere indipendente la disciplina penalistica da quella inerente alle obbligazioni, in ossequio al principio del *favor rei*. L'esito del ragionamento è, pertanto, l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1183, comma 1, c.c., a favore di una normativa speciale che riconosca al condannato un margine cronologico congruo e garantito, *ope iudicis* o *ex lege*, per risarcire il danno e continuare a godere della sospensione condizionale della pena. Un differente filone giurisprudenziale⁴, invece, ha ritenuto che nel silenzio del giudice di merito

³ Cass., Sez. I, 28 Giugno 2017, n. 47862, Gentiluomo, Rv. 27418-01; Cass., Sez. I, 18 Aprile 2019, n. 47649, Pucci, Rv. 277458-01; Cass., Sez. I, 16 Gennaio 2020, n. 10867, Ciotta, Rv. 278693-01; Cass., Sez. I, 28 Gennaio 2020, n. 6368, Incalcaterra, Rv. 278075-01; Cass., Sez. I, 8 Luglio 2020, n. 23742, Priori, Rv. 279458-01; Cass., Sez. I, 15 Dicembre 2020, n. 13776, Ciocci, Rv. 281059-01.

⁴ Cass., Sez. I, 7 Ottobre 2004, n. 41428, Raffo, Rv. 229939-01; Cass., Sez. III, 22 Febbraio 2007, n. 7283, Faralla, CED 235959; Cass., Sez. I, 19 Giugno 2013, n. 42109, Damiano, Rv. 256765-01; Cass., Sez. I, 27 Maggio 2015, n. 24642, Hosu, Rv. 263974-01; Cass., Sez. IV, 6 Maggio 2016, n. 21583, Giacane, Rv. 267280-01; Cass., Sez. V, 8 Novembre 2018, n. 9855, Peticari, Rv. 275502-01.



sull'individuazione di un termine per l'esecuzione della prestazione risarcitoria, il condannato beneficiario della sospensione condizionale debba far riferimento ai termini di cui all'art. 163, comma 1, c.p.. Trattasi, nello specifico, di un lustro per i delitti e due anni per le contravvenzioni, poiché durante i suddetti intervalli la legge prescrive di valutare il comportamento del reo ai fini del godimento della sospensione condizionale della pena e, in tale appezzamento, si ritiene possa rientrare anche il controllo sull'adempimento degli obblighi di cui all'art. 165 c.p.. Le sentenze che si collocano nell'orientamento in parola, pertanto, prospettano che il *dies a quo* dell'adempimento coincida con il passaggio in giudicato della sentenza e quello *ad quem* con lo scadere dei cinque o due anni.

Le Sezioni Unite rifuggono anche tale soluzione, dal momento che ritengono svilita la partecipazione del termine di cui all'art. 165 c.p. alla funzione special-preventiva perseguita dalla sospensione condizionale della pena subordinata all'esecuzione di obblighi. Il Supremo Collegio, invero, afferma che debba essere il giudice ad individuare il *dies ad quem* dell'adempimento, perché ciò, oltre a rendere esigibile la prestazione, ne rafforzerebbe il connotato precettivo. Le Sezioni Unite, inoltre, rilevano che la funzione integratrice assegnata all'art. 163 c.p. implicherebbe una *fictio*, in ragione della quale, anche se il giudice non facesse menzione del termine nella pronuncia, questo dovrebbe ritenersi, comunque, sussistente, seppur implicitamente. Il *punctum dolens* di tale impostazione, osservano i giudici di legittimità, risiederebbe nell'aver implicato che il risarcimento del danno comporti l'estinzione del reato, conseguenza assolutamente inaccettabile, poiché dalla combinazione degli artt. 165, 167 e 168 c.p. si evince che è la prosecuzione del godimento dell'istituto di cui all'art. 163 c.p. ad essere assoggettato a tale adempimento e non l'illecito penale. La critica all'opzione interpretativa in parola si conclude con l'esclusione del riconoscimento di una funzione integratrice ai termini di cui all'art. 163 c.p., perché il reo non deve essere vincolato ad eseguire la prestazione riparatoria "immediatamente dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna (che segna solo il *dies a quo*), [e] non può, mutatis mutandis, essere autorizzato ad adempiere quando lo voglia, purché prima della scadenza dei termini legali"⁵.

In virtù del secco rifiuto di considerare i termini di cui all'art. 163 c.p. come riferimenti a cui accedere in difetto di un'espressa indicazione temporale del giudice ai fini del risarcimento del danno, stupisce quanto statuito nel principio di diritto, ove le Sezioni Unite ritengono debba rinviarsi proprio all'art. 163 c.p.. Sostiene il Supremo Collegio, infatti, che dal combinato disposto degli artt. 167 ("Estinzione del reato") e 168 ("Revoca della sospensione") c.p. si evincerebbe che i termini di cinque e due anni mai possano essere superati ai fini del risarcimento del danno, dal momento che entro tali intervalli il condannato che si astenga dal commettere ulteriori reati e ristori il danno scaturente dall'illecito penale, continua a beneficiare della sospensione condizionale fino all'estinzione del reato. Nel caso in cui, invece, non dovesse risarcire il danneggiato, subirà la revoca della sospensione della pena e non potrà accedere all'effetto di cui all'art. 167 c.p..

Posto che le Sezioni Unite introducono la propria soluzione al quesito come un'opzione terza rispetto agli orientamenti fino a quel momento affermatasi, è prezioso analizzare funditus gli argomenti che hanno condotto al principio di diritto enunciato, posto che la sua portata innovatrice parrebbe essere smentita dalla coincidenza del termine ultimo per riparare il danno con quello già individuato nell'art. 163 c.p. dal secondo filone esegetico.

⁵ Par. 4.3, 17 e 18.



3. L'iter argomentativo della pronuncia.

La sentenza in nota è costruita sul termine, come elemento di fattispecie della sospensione condizionale della pena assoggettata ad un obbligo. Il Supremo Collegio, pertanto, ne offre, prima, un inquadramento gnoseologico, improntato a farne emergere l'essenzialità e a giustificare, contestualmente, il dovere del giudice di provvedere alla sua indicazione ex art. 165 c.p..

Le Sezioni Unite, successivamente, analizzano il termine in una prospettiva sistematica, riconoscendone la compartecipazione alla funzione special-preventiva degli obblighi e della sospensione condizionale della pena, di modo che esso contribuisca ad illuminare il percorso di riconciliazione del reo con la società, itinerario che ha nel risarcimento e nell'astensione dal compimento di reati il suo culmine e, allo stesso tempo, la sua conferma.

3.1. La funzione di adempimento dell'obbligo.

Il termine di cui all'art. 165, comma 6, c.p. per il giudice di legittimità "svolge un ruolo centrale all'interno della fattispecie, fungendo da elemento essenziale di essa."⁶. Tale essenzialità importa che il giudice sia tenuto a darne indicazione, tanto nel caso in cui gli obblighi siano facoltativi alla sospensione condizionale della pena, quanto nell'ipotesi nella quale vengano imposti ex lege (come nel caso in cui il beneficiario della sospensione ne abbia già fruito in passato, a mente dell'art. 165, comma 2, c.p.).

Giova riproporre, all'uopo, alcune delle scelte lessicali che il Supremo Collegio ha compiuto per configurare il potere/dovere del magistrato di provvedere: "il giudice è tenuto", "la necessità di provvedere", "[gli obblighi] devono essere certi", "[il termine è] un aspetto necessario ed ineliminabile"⁷.

Il potere/dovere prospettato in capo al magistrato si giustifica in ragione dell'attitudine degli obblighi condizionanti ad incidere sul godimento del beneficio di cui all'art. 163 c.p. e, pertanto, occorre verificarne preventivamente la capacità di adempiervi, non solo in ordine all'entità degli stessi, ma anche al tempo. Siffatta valutazione giudiziale, invero, è richiesta dall'esigenza di rispettare il principio di proporzionalità. All'esito delle statuizioni proposte ci si interroga sulla possibilità di configurare una responsabilità del giudice per l'inadempimento dell'art. 165, comma 6, c.p., riscontrando che la sentenza in commento tace sul punto. La questione, invece, è tutt'altro che trascurabile posto che il magistrato non è soltanto investito di un potere, ma anche del dovere di esercitarlo, come conferma la lettera dell'art. 165, comma 6, c.p., a mente del quale "il giudice (...) stabilisce". La scelta del verbo e del modo in cui coniugarlo non danno adito a dubbi sull'attribuzione al magistrato del dovere di indicare il dies ad quem dell'adempimento. Il verbo "stabilire", invero, accoglie in sé il significato di "disporre" che implica un contegno poetico, ossia, di svolgimento della condotta esatta dall'ordinamento, e proattivo, in quanto, funzionale ad evitare che il danneggiato richieda l'adempimento immediato ai sensi dell'art. 1183, comma 1, c.c.. Il modo, l'indicativo, è icastico di un dato fattuale, di un elemento di realtà che si può ritenere rappresentativo della voluntas legis di assoggettare il termine ad una disciplina speciale che favorisca la conservazione del beneficio della sospensione condizionale della pena. La lettura

⁶ Par. 2.2, 9 e 10.

⁷ Par. 2.2, 10.



sistematica del comma 6, inoltre, consente di valorizzare il potere/dovere del giudice di provvedere nell'ottica di una calibratura della gravosità del dovere che il reo deve adempiere con il godimento della sospensione condizionale della pena, evitando al condannato di soggiacere alle prescrizioni dell'art. 1183 c.c.. Si può considerare, a fortiori, che la configurazione di una mera facoltà avrebbe importato una differente formulazione della norma in parola, improntata all'impiego del verbo potere.

In ragione delle considerazioni suggerite, si deve proseguire l'indagine sulla prospettazione della responsabilità del magistrato per omissione del termine, individuando i referenti normativi che legittimino la proposizione della domanda riparatoria.

La legge 13 Aprile 1988, n. 117 "Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" (c.d. legge Vassalli) è la normativa da assumere a riferimento e all'art. 2 esige, ai fini del ristoro, che il danno patito dal consociato sia imputabile al giudice a titolo di dolo o colpa grave⁸. Quest'ultima viene prospettata dall'art. 2, comma 3, fra le altre, come violazione manifesta della legge. Si tratta, quindi, di indagare se il difetto del termine, non scientemente omesso dal giudice, possa integrare una grave inosservanza di legge⁹.

Quanto al profilo relativo alla contrarietà della condotta giudiziale rispetto al dato normativo, si rileva che l'art. 165, comma 6, c.p. sancisce, in modo chiaro e sintetico, il potere/dovere del giudice di provvedere e il riscontro che l'interprete può ricavare dalla lettura della regola in parola non alimenta dubbi sulla necessità per il magistrato di indicare il termine dell'adempimento¹⁰. La colpa grave, quindi, andrebbe addebitata al giudice per la mancata conformazione al dovere imposto dalla legge, la cui individuazione del contenuto risulta agevole. Sul punto, le stesse Sezioni Unite statuiscano che l'omissione del dies ad quem sia un "vizio di legittimità che affligge la sentenza ed è inquadabile nella violazione della legge penale sostanziale".

Si rileva, tuttavia, che il condannato potrebbe omettere di sollecitare l'intervento giudiziale per la designazione del tempo entro cui adempiere l'obbligo, anche se questo è di suo primario interesse per la conservazione del beneficio di cui all'art. 163 c.p.. L'art. 4,

⁸ F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quad. cost.*, 3, 2017, 693, riconosce che la norma è stata riformulata per rendere più oggettiva l'area di responsabilità; Y. GUERRA, *Non è illegittima la legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 4, 2017, 998.

⁹ E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie di colpa grave*, in *Foro It.*, V, 2015, 322, chiarisce che il sintagma «violazione manifesta di legge» "riguarda la disposizione, non la norma, e corrisponde all'inosservanza del significato linguistico della disposizione. Non è attività interpretativa in senso proprio, ma percezione semantica della disposizione. Violazione di legge è quindi definibile, sul piano concettuale, come travisamento linguistico della disposizione. Per valutare se l'elusione dell'enunciato linguistico sia manifesta, risponda cioè a colpa grave, deve valutarsi il grado di chiarezza e precisione della disposizione e l'inescusabilità e gravità dell'inosservanza.". Per le conseguenze disciplinari v. R. FUZIO, *La funzione disciplinare*, in *Foro It.*, V, 2019, 65; J. DE VIVO, *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, in *federalismi.it*, 2016, 29, individua nella nuova formulazione dell'art. 2 una colpa che viene oggettivizzata, nonostante i forti connotati soggettivi dell'interpretazione della legge, dei fatti e delle prove.

¹⁰ A. R. BRIGUGLIO-A. SIRACUSANO, *Art. 2 – Responsabilità per dolo o colpa grave*, in *La responsabilità civile del giudice (Commentario alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati)*, N. PICARDI e R. VACCARELLA (a cura di), Cedam, Padova, 1990, 41.



comma 2, legge Vassalli avvalorata tale obiezione, perché subordina la proponibilità dell'azione risarcitoria all'esperimento di tutti i rimedi giurisdizionali previsti per correggere l'errore di cui il consociato sia vittima, coerentemente con il principio secondo cui il creditore deve compiere l'attività necessaria, al fine di evitare o ridurre il danno cagionato ai sensi dell'art. 1227 c.c.¹¹.

L'inattività del reo, dunque, non sarebbe irrilevante ai fini della configurazione del risarcimento del danno, posto che se avesse ricorso al giudice di seconde cure o di legittimità ovvero dell'esecuzione per fissare il termine, egli avrebbe consentito all'ordinamento di allineare il *decisum* al diritto¹². Ne consegue che l'inerzia del condannato rende l'eventuale richiesta risarcitoria inammissibile ai sensi dell'art. 5, comma 3, legge Vassalli.

Dalle riflessioni esposte, emerge uno schema normativo in cui all'imposizione del potere/dovere del giudice di provvedere alla fissazione di un termine per l'adempimento dell'obbligo condizionante corrisponde l'interesse del condannato alla conservazione del beneficio e, a tal fine, ad ottenere la prospettazione di un *dies ad quem* differente da quello dell'art. 1183 c.c.. In ragione di detto interesse il condannato dovrebbe essere naturalmente votato a sollecitare il giudice all'indicazione del termine, qualora questi non vi provvedesse autonomamente, con la conseguenza che gli interessi in gioco, quello del magistrato a non incorrere in inadempimenti e conseguenti azioni risarcitorie, nonché quello del reo a godere di un intervallo cronologico più ampio per la riparazione del danno, vengono incanalati verso uno stesso obiettivo. Tale interesse, inoltre, solleciterebbe il condannato all'esperimento di tutti i rimedi necessari per correggere l'omissione giudiziale, conseguendo, così, la legittimazione a proporre l'azione risarcitoria a mente dell'art. 4, comma 1, legge Vassalli.

La sentenza in commento, invece, frantuma il modello suddetto, nel momento in cui riconosce ai referenti cronologici di cui all'art. 163, comma 1, c.p. l'attitudine ad integrare l'art. 165, comma 6, c.p. e ad escludere l'applicabilità dell'art. 1183 c.c.. Ciò, invero, supera il riconoscimento di una portata pregiudizievole all'omissione del giudice, perché permette al condannato di godere di un termine molto ampio, coincidente con tutto il periodo di supervisione a cui è sottoposto ai fini della sospensione condizionale. Il reo, quindi, potrebbe risolversi di restare, strategicamente, silente, per giovare dell'applicazione dell'art. 163 c.p., che consente di beneficiare di un intervallo cronologico più esteso per l'adempimento, rispetto a quello che potrebbe essere riconosciuto dal giudice. Il canone dell'art. 163 c.p., infatti, delinea la dimensione diacronica della sospensione condizionale della pena, cosicché l'individuazione di un termine differente, con elevata probabilità, non potrà che collocarsi

¹¹ A. TEDOLDI, *Profili processuali della responsabilità civile del giudice. La legge 117/1988: praticamente disapplicata, farisaicamente novellata*, in *Giur. proc. civ.*, 4, 2019, 1010; C. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993, 376; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, 885, puntualizza che l'art. 1227 c.c. disciplina un concorso di responsabilità, quella del debitore e del creditore, rispetto alla produzione dello stesso danno da risarcire. Il concorso di responsabilità presuppone che il creditore non abbia tenuto un comportamento perfettamente coerente con l'ordinamento giuridico e, in ragione di ciò, viene coimputato del danno subito. Diversa è l'interpretazione di M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Accademia del diritto editrice, Roma, 2019, 974, che individua all'art. 1227, comma 1, c.c. la disciplina della causalità materiale, mentre al comma successivo quella giuridica.

¹² S. BOCCAGNA, *Competenza e termini*, in *La responsabilità civile dei magistrati*, F. AULETTA, S. BOCCAGNA e N. RASCIO (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2021, 224.



all'interno dello spettro dei cinque e due anni, difficilmente coincidere con essi e mai superarli. La scelta delle Sezioni Unite, invece, sembrerebbe orientata a salvare il giudice dalle responsabilità per inadempimento, posto che il silenzio della sentenza sulla configurazione di un termine non comporterebbe l'applicazione dell'art. 1183, comma 1, c.c., bensì quella dell'art. 163 c.p., privando, ab origine, il condannato dell'interesse ad agire contro il magistrato, in quanto beneficiario, in ragione dell'inadempimento, di un intervallo temporale più comodo per eseguire la prestazione risarcitoria, a svantaggio della parte civile che verrà ristorata in tempi più lunghi.

Deve concludersi, pertanto, che il nuovo assetto degli interessi scaturito dalla sentenza n. 37503/2022 è calibrato più verso l'omissione del termine, piuttosto che in direzione della sua prospettazione, comportando un effetto paradossale rispetto alle intenzioni espresse nella pronuncia in parola, ove, le Sezioni Unite hanno qualificato il *dies ad quem* "un aspetto necessario ed ineliminabile".

3.2. La relazione fra obblighi e sospensione condizionale della pena.

Sulla scia delle considerazioni svolte e al fine di meglio inquadrare la funzione attribuita al termine dal legislatore, occorre analizzare l'art. 165 c.p. e la relazione fra gli obblighi in esso previsti e la sospensione condizionale della pena.

La norma de qua, infatti, individua un elenco tassativo di doveri a cui l'istituto di cui all'art. 163 c.p. può essere assoggettato¹³, fra questi: restituzioni, pubblicazione della sentenza, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e attività non retribuita a favore della collettività¹⁴. Vi sono, inoltre, obblighi specifici¹⁵ come "il pagamento della somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria" ex art. 322 quater c.p. qualora venga commesso uno dei reati di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321 e 322 bis (comma 4), mentre per i reati specificamente indicati e diretti contro la persona si

¹³ D. POTETTI, *Sintesi e stato delle questioni in tema di art. 165 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 2, 2006, 502, riconosce il radicamento dei doveri di cui all'art. 165 c.p. ai principi di legalità e tassatività e, pertanto, rileva che "non si possa ancorare la sospensione condizionale della pena ad una condanna generica al risarcimento del danno, che sarebbe di impossibile adempimento senza ulteriore pronuncia.". La condanna generica è una delle forme di tutela che sono riconosciute alla parte civile ed è prevista da codice di rito penale all'art. 539 c.p.p..

¹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2011, 830, considera "Un inizio di ripensamento sulla sospensione condizionale sembra essersi verificato con le L. n. 689/81 e 145/04, che agli adempimenti già previsti dall'art. 165 c.p. aggiungono anche l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, prendendo atto di situazioni pregiudizievoli che non si prestano a forme risarcitorie per equivalente pecuniario (...). Si tratta di un primo tentativo di recupero di *penalità dissuasiva* e di credibilità dell'istituto, avendo fra l'altro tali adempimenti un valore indiziante della disposizione del soggetto a non voler recidivare."; G. STAMPANONI BASSI, *In mancanza della costituzione di parte civile del danneggiato, il giudice non può subordinare la concessione condizionale della pena all'adempimento degli obblighi civili delle restituzioni e del risarcimento del danno*, in *Cass. Pen.*, 7-8, 2015, 338 evidenzia come dal reato scaturiscano: l'aggressione al bene giuridico protetto, il c.d. danno penale, di natura pubblicistica; i pregiudizi materiali e morali patiti dalle singole persone offese e per cui è possibile domandare il risarcimento (costituendosi in giudizio), il c.d. danno civile, di natura privatistica.

¹⁵ S. CARDENAL MONTRAVETA, *Sospensione condizionale della pena e reati di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2018, 10, rileva la percezione negativa dei consociati nell'ipotesi in cui il pubblico funzionario corrotto benefici della sospensione condizionale, nonostante l'entità della pena comminata consenta l'applicazione dell'istituto.



subordina la sospensione condizionale alla partecipazione a programmi di recupero presso organizzazioni qualificate che si occupino “di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati” (comma 5). Secondo le Sezioni Unite i doveri in parola sono confacenti “all’esigenza di rafforzare la funzione special preventiva che la sospensione condizionale della pena esplica nell’ambito del sistema sanzionatorio”¹⁶. La previsione di tali obblighi, invero, segna il passaggio dalla sospensione condizionale alla sospensione condizionale e condizionata, dal momento che il legislatore mira ad assoggettare il condannato ad un percorso di resipiscenza che, attraverso la cognizione delle esternalità antiggiuridiche scaturite dalla sua condotta, possa indurlo a non delinquere ulteriormente. Tale iter viene forgiato attraverso la selezione giudiziale di uno o più degli obblighi generali enunciati, ovvero, ordinando l’adempimento dei doveri specificamente stabiliti per talune tipologie di reati¹⁷. La legge, inoltre, regola l’assoggettamento della sospensione condizionale agli obblighi de quibus, distinguendo la facoltà del giudice di comminarli (comma 1), da esercitarsi mediante ponderazione delle circostanze del caso concreto¹⁸, e il dovere di statuirli (commi 2, 4, 6, e 7).

Individuata la ratio degli obblighi elencati dall’art. 165 c.p., occorre indagare come questa si coordini con la finalità perseguita dalla sospensione condizionale della pena. La dottrina¹⁹ ha ritenuto che l’istituto ex art. 163 c.p. ambisca, da un lato, a prevenire la criminalità attraverso l’eliminazione della punibilità (art. 167 c.p.), dall’altro, ad evitare l’accesso alle patrie galere. Tale ultimo obiettivo si giustifica in ragione della scarsa capacità a delinquere palesata dal reo che, entrando in carcere, rischierebbe di diventare un criminale più pericoloso²⁰. Le funzioni proprie della sospensione condizionale, unite al percorso di

¹⁶ Par. 3, 11.

¹⁷ M. C. AMOROSO, *Sospensione condizionale della pena subordinata alla eliminazione delle opere abusive ed onere motivazionale*, in *Cass. Pen.*, 10, 2018, 3342, che riporta la sussistenza di un significativo confronto in giurisprudenza sulla necessità di motivare l’assoggettamento all’obbligo della sospensione condizionale della pena.

¹⁸ Cass., Sez. V, 3 Novembre 2010, n. 4257, CED 249248, statuisce “È illegittima la decisione con cui il giudice subordina la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno contestualmente liquidato senza procedere, con apprezzamento motivato, alla valutazione sia pur sommaria, delle condizioni economiche e della sua concreta possibilità di sopportare l’onere risarcitorio.”. Sulla rilevanza anche successiva alla condanna delle condizioni economiche si consideri Cass., Sez. I, 8 Maggio 2003, n. 24714, CED 225330, secondo cui “Di fronte all’inadempienza dell’obbligazione condizionante la sospensione della pena, il giudice deve dar conto, ai fini dell’eventuale revoca del beneficio, dell’impossibilità o dell’estrema difficoltà di adempiere, non potendo disattendere lo stato di indigenza dedotto dall’obbligato con formule stereotipate del tipo «avrebbe potuto trovarsi un lavoro» o «darsi da fare».”.

¹⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2000, 781.

²⁰ A. BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena*, Giuffrè, Milano, 1971, 125; G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA. VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1974, 11; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, 839; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2021, 824; F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. 3, Diritto e Scienza, Bari, 2012, 633; F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Varese, 1990, 93; G. DALIA, *L’interesse ad impugnare la sospensione condizionale disposta d’ufficio: un illuminato arresto della Corte*, in *Proc. pen. e giust.*, 3, 2017, 456; L. FIORAVANTI, *Sospensione condizionale della pena e sanzioni sostitutive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 1983, 114; F. C. PALAZZO, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 1983, 839; M. VENTUROLI, *Le misure sospensivo-*



espiazione imposto dall'adempimento degli obblighi condizionanti, dovrebbero instillare nel condannato l'attitudine a comportamenti coerenti con le regole dell'ordinamento giuridico.

Proprio l'interazione degli artt. 163 e 165 c.p. nella prospettiva di risocializzazione del reo, richiede un'indagine sulle conseguenze dell'influenza della sospensione condizionale della pena sul risarcimento del danno, in punto di prospettazione di un istituto nuovo e differente rispetto a quello disciplinato nell'ordinamento civilistico, nonché delle conseguenti regole ad esso applicabili.

Nella sentenza in commento il Supremo Collegio rileva che, sul piano giuridico, i doveri di cui all'art. 165 c.p. accedono ad una relazione pubblicistica (la sanzione) intercorrente fra il condannato e la giustizia penale e, quando ricorda che "dall'adempimento o meno dell'obbligo risarcitorio dipende l'applicazione della pena e non è contestabile che tutto quanto concerne l'applicazione delle sanzioni penali sia di interesse pubblico", pare accreditare l'idea di una partecipazione del risarcimento del danno, per riflesso, all'essere *publicum* del trattamento sanzionatorio.

Le Sezioni Unite, pur non dichiarando la natura pubblicistica del risarcimento del danno, sembrano, tuttavia, accreditarne l'idea. I giudici di legittimità, infatti, prima riconoscono un collegamento fra il risarcimento del danno e il principio di proporzionalità di stampo penalistico²¹ e dopo rilevano come "tutto quanto concerne l'applicazione delle sanzioni penali sia di interesse pubblico.". La questione è di grande rilievo in virtù di un precedente giurisprudenziale, in cui si è ammessa l'assoggettabilità della sospensione condizionale al risarcimento del danno anche in difetto della parte civile²².

Il giudice di merito, invero, riscontrando una pubblicizzazione delle conseguenze civilistiche scaturenti dal reato, quale espressione di un rinnovamento del diritto penale coinvolgente anche il risarcimento del danno, ha ritenuto legittimo subordinare ex officio la sospensione condizionale della pena alla riparazione dei pregiudizi scaturenti dall'illecito

probatorie nella fase esecutiva della pena tra criticità e prospettive di riforma, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2022, 253, sull'interferenza fra sospensione condizionale e *probation*.

²¹ Par. 2.2., pag. 10 "La necessità di provvedere in tal senso si spiega con il fatto che, trattandosi di obblighi condizionanti, in grado, cioè, di incidere sulla revoca del beneficio, essi, oltre ad essere concretamente esigibili, nel senso che l'obbligato deve essere in grado di sopportarli, devono essere certi anche in ordine al tempo concesso all'obbligato affinché possa ragionevolmente adempiervi, e tutto ciò in conformità al generale principio di proporzionalità che ispira l'intero sistema penale."

²² Tribunale di Genova 9 Febbraio 1981 (Berta). Di segno contrario è la giurisprudenza di legittimità che esige la costituzione di parte civile per condannare il reo al risarcimento del danno e subordinare a tale adempimento la sospensione condizionale della pena, v. Cass., Sez. IV, 22 Ottobre 2003, n. 933 CED 227943; Cass., Sez. IV, 7 Dicembre 2006, n. 18450, CED 236416; Cass., Sez. II, 29 Marzo 2007, n. 16669, CED 236655; Cass., Sez. II, 18 Dicembre 2013, n. 3958, CED 258045. In dottrina B. ASSUMMA, *La sospensione condizionale della pena*, Jovene, Napoli, 1984, 82 argomenta "È evidente, infatti, che la criticata opinione pone nel nulla i principi di disponibilità dell'azione civile; dell'interesse ad agire (art. 111 Cost.); dell'onere di provare l'esistenza di un danno risarcibile e dell'entità di esso e, infine, lo stesso principio del contraddittorio. Se si ammette la possibilità che il giudice imponga gli obblighi risarcitori anche in assenza della p.c. si deve convenire che l'imputato, se vuole godere del beneficio, deve prestare acquiescenza ad un implicito accertamento giudiziale avente ad oggetto sia l'*an* sia il *quantum debeatur* senza che su tale oggetto si sia mai formato un contraddittorio e senza, perciò, che l'interessato abbia avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni per dimostrare l'inesistenza del pregiudizio risarcibile e la reale entità di esso."



penale, nonostante la mancata costituzione in giudizio del danneggiato²³. Il precipitato del ragionamento esposto è l'attribuzione al risarcimento del danno, in via principale, della funzione sanzionatoria e la retrocessione di quella riparatoria, propriamente sua, in secondo piano. Il ripristino della situazione antecedente al verificarsi del pregiudizio, pertanto, diventerebbe lo strumento per punire chi ha delinquito, in sostituzione di una pena che risulti sospesa ex art. 163 c.p..

Per quanto innovative, le conclusioni a cui giunge il Tribunale non possono condividersi, dal momento che si fondano sull'erronea configurazione dei rapporti fra ordinamenti giuridici. Al fine di una differente soluzione, si deve ricostruire il discorso *ab imis*, ricordando il modo in cui le differenti aree dell'ordinamento giuridico si coordinano fra loro²⁴.

Nell'art. 165, comma 1, c.c. il "pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno" è elemento normativo della fattispecie che rinvia all'art. 2043 c.c.. Si tratta, dunque, di capire il modo in cui la tutela civilistica interagisca con la norma penale e, a tal proposito, soccorre la concezione intermedia²⁵ che, senza intaccare l'essenza dell'elemento richiamato, richiede un adeguamento del suo significato al contesto richiamante, facendo perno sulla flessibilità ed estensione che può assumere. Il modo di essere dell'istituto extra-penale all'interno della norma incriminatrice, pertanto, deve presentarsi quale mediazione fra l'ordinamento di appartenenza e quello che lo richiama, anche a costo di perdere la puntualità di significato che gli è propria nel contesto di origine. A fronte del riconoscimento dell'elasticità nel contemplare significati ultronei rispetto a quelli che gli sono attribuiti

²³ M. LEPERA, *La necessità della costituzione di parte civile al fine di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento dell'obbligo restitutorio: una questione mai sopita*, in *Giust. Pen.*, 5, 2021, 262 e 263, rileva la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena alle restituzioni in assenza della costituzione di parte civile. In tale contesto si confrontano, da un lato, la tesi secondo cui le restituzioni afferiscono al danno civile, dall'altro, quella che le riferisce al danno penale. La prima impostazione riconosce la doverosità della costituzione di parte civile, perché l'art. 165, comma 1, con l'aggiunta di nuovi obblighi, a cui ancorare la sospensione, volti "all'eliminazione delle conseguenze dannose del reato", afferisce al danno civile e non a quello criminale. Questo, invero, si deve identificare con le conseguenze pubblicistiche attinenti all'aggressione al bene giuridico protetto e assume rilievo quando gli effetti di tale aggressione non siano ancora cessati (Cass., sez. IV, 28 Gennaio 2021, n. 8314). La seconda impostazione, invece, fa leva sull'argomento letterale per distinguere ontologicamente il risarcimento del danno dalle restituzioni e su quello teleologico per evidenziare come le restituzioni siano funzionali a rimuovere le conseguenze del reato, attività questa necessaria nel caso si tratti di reati permanenti. Si propone, infine, l'argomento *ad hominem* per evidenziare che l'adempimento degli obblighi restitutori segni la pacificazione del condannato con l'ordinamento giuridico. A favore della necessità di costituzione di parte civile anche D. POTETTI, *Sintesi e stato delle questioni in tema di art. 165 c.p.*, cit., 500.

²⁴ Rileva il Procuratore generale che non sia necessario dare applicazione alla disciplina civilistica in materia di obbligazioni pecuniarie, poiché quella penalistica è sufficientemente adeguata, potendosi, infatti, applicare analogicamente il termine di cui all'art. 163 c.p.. In esso è prospettato un intervallo temporale che permette di valutare tutto ciò che attiene alla sospensione condizionale e, quindi, anche l'adempimento degli obblighi condizionanti. Da tale impostazione discenderebbero due conseguenze positive: la prospettazione di un termine coerente con il principio del *favor rei*, in quanto, più ampio rispetto a quello di cui all'art. 1183 c.c. e non applicazione di discipline extra-penali alla sospensione condizionata.

²⁵ F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. 1, Diritto e scienza, Bari, 2010, 432; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 92; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 43.



nell'ambito extra-penale, non è, però, ammissibile allargare così tanto le maglie del referente semantico tanto da ricondurvi contenuti impropri. Da tale limite, infatti, l'interprete non può fuggire se non a discapito di una liquefazione del senso delle parole che minerebbe la logicità delle costruzioni giuridiche²⁶.

Delineata l'indicazione di metodo, deve procedersi con l'analisi di merito.

L'art. 165, comma 1, c.p. riconosce al giudice la facoltà di subordinare la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno e al comma 6 si attribuisce il potere di configurare un termine ad hoc per l'attuazione del dovere, da ciò scaturiscono molteplici implicazioni.

In primis, l'aggiunta della condizionalità risarcitoria alla sospensione non può che rendere la responsabilità aquiliana partecipe della finalità rieducativa dell'istituto penalistico²⁷, aggiungendosi così uno scopo ulteriore e coerente con la funzione riparatoria, senza che questa possa essere sostituita²⁸. L'eliminazione del carattere reintegrativo della tutela civile o la sua retrocessione in una posizione secondaria, infatti, snaturerebbero l'istituto *de quo*.

A ciò si aggiunga che, predicando la surroga della funzione sanzionatoria e della finalità di risocializzazione a quella riparatoria, si addiverrebbe ad un nuovo modello di responsabilità civile, squisitamente penalistico, in cui il ristoro del pregiudizio, dal configurarsi quale ragion d'essere della tutela aquiliana, diverrebbe mera concretizzazione dell'afflizione insita nella sanzione penale. Pagare per il ripristino della situazione antecedente al verificarsi del danno, infatti, implica l'impovertimento della consistenza patrimoniale del danneggiante ovvero, in mancanza delle risorse necessarie all'adempimento, la sua attivazione a procurarsele e ciò dovrebbe oggettivare il *patis* che scaturisce dalla violazione della norma incriminatrice. Tale assunto, tuttavia, è assiologicamente debole. La responsabilità penale, invero, è reazione all'aggressione ad un bene giuridico, mentre quella civile afferisce alle conseguenze della lesione di una posizione giuridica soggettiva. La prima è improntata ad un'inferenza la cui conclusione è la pena (da *πωινή*, cioè, prezzo), la cui entità deve essere predeterminata dal giudice ai sensi dell'art. 133 c.p.. La seconda, invece, risponde ad un sillogismo la cui conclusione è rappresentata dal risarcimento (dal latino "*re*" e "*sarcire*", ossia, ricucire), il quale non richiede una pronuncia del giudice per essere quantificato, posto che l'obbligazione risarcitoria nasce ex art. 1173 c.c. per il solo fatto illecito e deve essere parametrata alla perdita subita e al mancato guadagno ai sensi dell'art. 1223 c.c.. L'enunciazione di alcuni dei connotati fondamentali delle due forme di responsabilità è sufficiente per comprendere che le stesse non sono sovrapponibili fra loro e, conseguentemente, non possono essere utilizzate indifferentemente.

L'idea, quindi, che la responsabilità civile si accoli la finalità sanzionatoria della normativa penale va disattesa, dal momento che sarebbe paradossale riconoscere al

²⁶ G. TERRANOVA, *Il ragionamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2021, 55, rileva che l'art. 12 Preleggi menziona il significato proprio delle parole, il quale è concetto più specifico di significato letterale e rappresenta un limite non solo per il legislatore, ma anche per l'interprete; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 17.

²⁷ E. DOLCINI, *In tema di non menzione della condanna, sospensione condizionale della pena e attenuanti generiche: discrezionalità vincolata o «graziosa» indulgenza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 1975, 333, riconosce che una parte della dottrina ha prospettato la connessione fra la prognosi di non recidiva ex art. 164 c.p. e il riscontro di un ravvedimento del condannato.

²⁸ C. SALVI, *Quali funzioni per la responsabilità civile?*, in *Danno e resp.*, 2, 2022, 138.



risarcimento del danno una funzione afflittiva in ambito penalistico, quando tale connotazione non gli è propria nell'ordinamento di appartenenza²⁹. La migliore dottrina civilistica, invero, riconosce che la dimensione ontologica del ristoro si palesa nell'ancoraggio all'entità del danno, per cui solo nei limiti di questo può esservi risarcimento³⁰.

L'orientamento proposto, inoltre, rifiuta l'idea dei c.d. punitive damages, cioè, risarcimenti la cui entità comprenda, oltre alla liquidazione del pregiudizio, un quantum che sia addebitato come contrappasso per il comportamento antiggiuridico tenuto³¹. Sulla base delle indicazioni fornite si deve escludere che nella responsabilità civile vi sia equiparabilità della funzione riparatoria con altre che possano esserle assegnate, con il precipitato che queste avranno sempre una collocazione sussidiaria e mai principale³². L'art. 2043 c.c., dunque, non può che disciplinare lo sforzo necessario per garantire al danneggiato il ripristino della stessa condizione in cui si trovava prima di subire la lesione. Se ne può, pertanto, ricavare la negazione del riconoscimento di una responsabilità civile di matrice squisitamente penale con funzione sanzionatoria e la riferibilità della riparazione di cui all'art. 165 c.p. direttamente all'art. 2043 c.c.³³.

²⁹ G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2021, 708, "La progressiva scoperta e consolidazione della distinzione fra illecito civile e illecito penale ha contribuito a discernere lo spazio dei privati e quello pubblico, o - se si preferisce - a delineare i contorni della società civile e dello Stato, i quali non sono, ovviamente, corpi estranei o addirittura nemici, secondo letture a un tempo libertaristiche e a un altro sovversive, ma istituzioni autonome (...). Per quel che qui più direttamente ci riguarda, significa accedere a due diverse concezioni della 'giustizia' come arte di dare a ciascuno ciò che è suo, secondo la formula ulpiana: nelle relazioni intersoggettive tra privati, questo vuol dire muoversi in un'ottica *commutativa* (la quale poi si configura diversamente a seconda che preesista o meno una relazione tra le parti, ovvero che il danno rilevante sia dovuto a una distruzione o sottrazione di ricchezza); in quelle che mettono in rapporto il singolo con la collettività, rappresentata dagli organi dello Stato per fini pubblici che ne sono costitutivi, la prospettiva adottata è invece quella *distributiva* (o addirittura *retributiva*, sia pure costretta in un orizzonte di senso che non prescinde più dal tentativo di recuperare il reo alla socialità)."; di opinione contraria è A. RICCIARDI, *Le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages*, in *Giur. comm.*, 5, 2019, 4, che evidenzia come già nel diritto romano, sulla base dell'*Actio legis Aquiliae* il risarcimento perseguisse non soltanto la funzione riparatoria, ma anche quella sanzionatoria.

³⁰ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 30.

³¹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 904, ritiene che tali forme riparatorio-sanzionatorie si pongano in contrasto con gli artt. 23 e 25, secondo comma, Cost., perché nessun giudice può imporre obblighi che non abbiano il proprio fondamento nella legge. Cass., S.U., 5 Luglio 2017, n. 16601 ha, invece, rilevato che nell'ordinamento interno la responsabilità civile sia idonea anche al soddisfacimento di esigenze di deterrenza e sanzionatorie.

³² La relazione al Codice Penale, par. 3, 4449 indica che "il campo veramente proprio della legislazione penale è e resta pur sempre, anche secondo il nuovo codice, la difesa repressiva contro la delinquenza: quella cioè affidata alle sanzioni giuridiche pubbliche o private, penali e civili, che la legge predispone come reazioni insieme sociali e giuridiche, a quelle azioni antisociali o antiggiuridiche che noi chiamiamo reati. Di tali sanzioni penali o civili e della disciplina che esse ricevono nel sistema del nuovo codice non è difficile fissare i principi fondamentali."

³³ Cass., Sez. I, 16 Gennaio 2020, n. 10867, Cirotta, Rv. 278693-01 statuisce "Quando invece l'obbligo da adempiere da parte del condannato, indicato nella sentenza di condanna quale condizione per la concessione condizionale della pena con essa inflitta, consiste nel pagare denaro alla persona offesa dal reato, a titolo di restituzione da illecito oggettivo ovvero di risarcimento, anche solo parziale, dell'equivalente pecuniario del danno, anche non patrimoniale, determinato dal commesso reato, il



La conclusione esposta non viene smentita dalla previsione all'art. 185, comma 2, c.p., a mente del quale il colpevole e le persone che debbano rispondere civilmente del fatto di lui sono tenuti a risarcire il danno, patrimoniale e non, derivante dal reato.

Nella Relazione al Codice Penale, difatti, si dichiara che le sanzioni civili sono dirette alla riparazione dei danni che scaturiscano dal reato³⁴, palesando la continuità della funzione della responsabilità civile anche nel contesto penalistico. La conservazione di tale finalità non esclude che con essa ne concorrano altre, le quali arricchiscono l'istituto di nuovi connotati, come la deterrenza³⁵. Proprio in ragione dell'apertura dell'istituto in parola verso nuove attribuzioni, si deve ritenere che il risarcimento del danno possa partecipare della funzione preventiva³⁶ che viene riconosciuta alla sospensione condizionale.

La stabilità dell'essenza della responsabilità civile a cui consegue l'obbligazione risarcitoria importa che questa non possa essere disciplinata diversamente da come previsto nel codice civile, salvo che non vi sia un'espressa deroga dello stesso. La prestazione riparatoria, come già anticipato, è naturalmente soggetta all'art. 1183 c.c., ma in ragione dell'art. 165, comma 6, c.p. il giudice può fissare un termine diverso per l'adempimento. In conformità al principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., il magistrato è legittimato a derogare alla normativa civilistica, coerentemente con l'esigenza di concedere più tempo al reo per riparare il pregiudizio causato dall'illecito³⁷. In caso di mancata attivazione del potere/dovere in parola, la conseguenza è l'applicazione dell'art. 1183 c.c. e non quella dell'art. 163 c.p., posto che il ricorso alla norma penalistica avviene in via analogica e l'art. 12 Preleggi autorizza l'impiego di tale strumento solo quando una controversia non possa essere decisa con una precisa disposizione, la quale, nell'ambito di indagine, sussiste ed è contemplata dall'art. 1183 c.c..

4. La coerenza del passato: il primo orientamento.

Le conclusioni esposte consentono di rivalutare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui, in mancanza di una differente statuizione del giudice penale, l'obbligazione risarcitoria, alla quale è subordinata la sospensione condizionale della pena, è soggetta all'art. 1183, comma 1, c.c., dal momento che essa valorizza una relazione di complementarietà e non di contrapposizione, fra le diverse branche che concorrono a formare l'ordinamento giuridico³⁸.

termine non può che identificarsi con quello di adempimento delle obbligazioni pecuniarie previsto dal codice civile; derivando tali obblighi direttamente dalla legge civile, con la conseguenza che la sentenza penale di condanna non può che ad essa conformarsi."

³⁴ Relazione al Codice Penale, par. 5, 4453.

³⁵ P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2020, 690; F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1, 2019, 98, rileva che Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287 ha riletto l'art. 23 Cost. riconoscendogli attinenza esclusivamente alla relazione fra il contribuente e il soggetto pubblico in senso ampio, implicando, così, la rimozione dell'impedimento costituzionale all'ammissibilità dei risarcimenti punitivi.

³⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2018, Giappichelli, 586; L. FIORAVANTI, *Nuovi profili della sospensione condizionale della pena: «parziale pubblicizzazione» degli obblighi contemplati nell'art. 165 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1983, 785.

³⁷ N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, 85.

³⁸ A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2021, 781, riscontra che "È proprio la 'contaminazione' con il diritto civile, se è consentito usare questa parola, che lo stesso diritto amministrativo è venuto subendo a seguito dell'introduzione di leggi [tra cui



Di tale impostazione se ne trova riscontro in un sapiente arresto del Supremo Collegio, ove si rileva l'identità di contenuto fra il risarcimento disposto ex art. 165 c.p. e quello civilistico, soggetto all'art. 1183 c.c.. La medesimezza di natura fra le due forme di riparazione implica che, in caso di mancata fissazione del termine da parte del giudice penale, la preferenza per il rinvio all'art. 163 c.p. segnerebbe l'eccessiva dilatazione dei tempi di ripristino di una situazione di lesione di diritti soggettivi³⁹. Il merito della pronuncia menzionata è quello di aver introdotto una prospettiva ulteriore nell'analisi della sospensione condizionale, quella della vittima del reato.

L'anelito garantista nei confronti del reo, infatti, non dovrebbe mai annientare l'esigenza del soggetto passivo di ricevere giustizia. Proprio il bilanciamento delle tutele costituzionali a favore del condannato con l'esigenza dell'ordinamento giuridico di preservare l'osservanza delle sue regole e la protezione da assicurare ai bisogni delle vittime è attività che spetta al Legislatore. L'equilibrio configurato fra le istanze menzionate e scolpito nel dato normativo, successivamente, deve essere implementato dai giudici, a cui non è consentito modificare l'assetto prospettato dalla legge, bensì solo contestarne la ragionevolezza ai sensi dell'art. 3, primo comma, Cost., proponendo la relativa questione di legittimità costituzionale⁴⁰. Nella disciplina della sospensione condizionale della pena subordinata all'obbligo di risarcimento, dunque, il legislatore ha tutelato l'interesse del condannato, attraverso la valutazione giudiziale sull'idoneità patrimoniale del reo ad adempiere l'obbligazione e l'indicazione di un termine entro cui il ristoro deve essere eseguito⁴¹. Assoggettare, infatti, la sospensione ad

fondamentale quella sul 'procedimento' (l. 7 agosto 1990 n. 241) e successivamente sul processo (d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104)], è tale da consentire di poter parlare di un diritto comune ad entrambi i diritti (quello civile e quello amministrativo) e/o meglio agli ordinamenti di cui essi sono espressione, risultando sempre più 'depotenziate' le differenze tra entrambi.".

³⁹ Cass., Sez. I, 16 Gennaio 2020, n. 10867, Cirotta, Rv. 278693-01, in caso di condanna per reati inerenti alla materia urbanistica, riconosce la pacifica applicazione del termine di novanta giorni, desunto dall'art. 31 D.P.R. 6 Giugno 2001, n. 380, alla demolizione del manufatto, a cui sia stata subordinata la sospensione condizionale della pena, se non diversamente previsto. Se ne può, pertanto, inferire l'ammissibilità in giurisprudenza di una relazione fra ordinamenti improntata all'integrazione.

⁴⁰ R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, 460.

⁴¹ G. SANTALUCIA, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2, 2022, 1701. Secondo un orientamento giurisprudenziale, tuttavia, il giudice non è tenuto a svolgere alcun tipo di accertamento sulle condizioni economiche del reo ai fini dell'applicazione dell'art. 165 c.p. (Cass., Sez. IV, 15 Ottobre 1979, n. 762, Fiorella, Rv. 144011; Cass., Sez. IV, 28 Novembre 1988, n. 296, Pensato, Rv. 180137; Cass., Sez. VI, 5 Febbraio 1998, n. 3450, Cusumano, Rv. 210088; Cass., Sez. VI, 31 Gennaio 2000, n. 2390, Alberti, Rv. 217115; Cass., Sez. VI, 1 Dicembre 2003, n. 713, Aliaga, Rv. 228261; Cass., Sez. III, 13 Novembre 2008, Calandra, Rv. 228261; Cass., Sez. III, 25 Giugno 2013, n. 38345, Corsano, Rv. 256385; Cass., Sez. VI, 8 Maggio 2014, n. 33020, Crisalfi, Rv. 260555). L'assunto si fonda sulla sentenza della Corte Costituzionale del 6 Marzo 1975, n. 47 che escluse il contrasto fra l'art. 165 c.p. e l'art. 3 Cost., dal momento che "la facoltà del giudice di imporre la condizione in esame, risponde ad un apprezzabile esigenza di politica legislativa penale, in quanto costituisce uno strumento diretto da un lato, a tutelare, con l'interesse della persona offesa, quello pubblico all'eliminazione delle conseguenze dannose degli illeciti penali e, dall'altro, a garantire che il comportamento del reo, successivamente alla condanna, si adegui a quel processo di ravvedimento (...)". L'opinione opposta, invece, ritiene necessario un accertamento, anche sommario, della capacità economica del reo, affinché possa rendersi effettivo il godimento della sospensione condizionale della pena (Cass., Sez. VI, 22 Febbraio 1978, n. 5085, Petroni, Rv. 138827; Cass., Sez. IV, 20 Novembre 1978, n. 1661, Morzilli, Rv. 141158; Cass., Sez. IV, 11 Luglio 1979, n. 3050, Auricchio, Rv. 144554; Cass., Sez. V, 3 Novembre 2010, n. 4527, Rizk, Rv. 249248; Cass., Sez. II, 15 Febbraio 2013, n. 22342, Cafagna, Rv. 255665). La mancata



un obbligo che non possa, ab origine, avere esecuzione, ovvero, non concedere il tempo necessario per il suo soddisfacimento, implica l'inevitabile revoca del beneficio di cui all'art. 163 c.p.. La vittima, invece, trova nell'art. 1183, comma 1, c.c. lo strumento di salvaguardia delle proprie esigenze riparatorie e, nel caso di previsione giudiziale di un termine diverso per l'adempimento, la sicurezza che esso sia espressione di un bilanciamento fra le consistenze patrimoniali del reo al momento della condanna e l'entità della riparazione dovuta.

Nel contesto delineato, la pronuncia annotata ha impatto destabilizzante, posto che essa implica l'inapplicabilità dell'art. 1183, comma 1, c.c. con la susseguente frustrazione dell'interesse della vittima ad essere risarcita in tempi rapidi e con la produzione di conseguenze paradossali.

La prima di queste deve essere individuata nella speranza dell'agente che ogni qual volta realizzi un fatto illecito, da cui scaturisca un danno al terzo, questo possa configurarsi come reato. L'illecito aquiliano, infatti, è fonte di obbligazioni ex art. 1173 c.c. ed esse sono soggette all'art. 1183, comma 1, c.c.. Qualora, invece, il fatto dannoso fosse penalmente rilevante e la sanzione comminata rientrasse nei parametri dell'art. 163 c.p. il reo, oltre a non scontare la pena, potrebbe beneficiare di un allungamento del tempo utile per l'adempimento riparatorio. L'esito, quindi, è che per un fatto meno offensivo, l'illecito aquiliano, sarebbe possibile domandare subito la riparazione, mentre per uno più grave, quello penale, in assenza di una previsione giudiziale del termine ex art. 165, comma 6, c.p., al danneggiato verrebbe inibito il diritto di pretendere immediatamente il ristoro⁴². Poca utilità hanno, poi, le indicazioni delle Sezioni Unite sulle tutele attivabili dal danneggiato, a cui spetterebbero "le azioni civili, esercitabili nel corso del processo penale, nel caso di condanna alla provvisoria o di condanna alle restituzioni o al risarcimento dichiarata provvisoriamente

valutazione della capacità economica del condannato di riparare il danno scaturito dal reato potrebbe comportare, infatti, l'assoggettamento del beneficio di cui all'art. 163 c.p. ad una condizione impossibile da adempiere. Questa si porrebbe in tensione con l'art. 1354 c.c., che qualifica come nullo il contratto sottoposto a condizione sospensiva irrealizzabile e prevede che si consideri non apposta quella risolutiva parimenti connotata. Il richiamo alla normativa civilistica è doveroso per garantire la coerenza del sistema, il quale è improntato al principio "*ad impossibilia nemo tenetur*", la cui applicazione non può essere circoscritta ad alcuni ambiti soltanto dell'ordinamento giuridico. Si deve rilevare, ulteriormente, che l'inadempimento del risarcimento del danno non sarebbe addebitabile al reo nel caso in cui questi non disponesse delle risorse per farvi fronte, dal momento che l'art. 1218 c.c. esclude la responsabilità del debitore, quando l'inadempimento sia dovuto ad impossibilità non imputabile, con conseguente insoddisfazione del creditore. Si noti, infine, che nell'ultima ipotesi prospettata, l'inadempimento dovrebbe importare la perdita del beneficio di cui all'art. 163 c.p., perché la condizione di cui all'art. 165 c.p. non è stata soddisfatta. In base alla rigorosa separazione fra le branche dell'ordinamento propugnata dalle Sezioni Unite, non potrebbe farsi valere l'art. 1218 c.c., a mente del quale è irresponsabile il debitore inadempiente se la mancata attuazione del dovere sia dovuta a impossibilità non addebitabile, con l'irragionevole corollario che la non attuazione della medesima obbligazione non implicherebbe conseguenze civilistiche, ma ne produrrebbe solo nel contesto penale, comportando la revoca della sospensione condizionale della pena. Tale conclusione, però, è smentita dalla giurisprudenza (Cass., Sez. II, 6 Marzo 1998, n. 1656) secondo cui l'inadempimento della prestazione non importa l'automatica revoca del beneficio ex art. 163 c.p., dovendosi riconoscere il diritto del condannato ad allegare la provata impossibilità di eseguire la prestazione.

⁴² Cass., Sez. I, 28 Giugno 2017, n. 47862, Gentiluomo, Rv. 27418-01rileva in tale interdizione un pregiudizio per la parte civile.



esecutiva o dopo il giudicato, di irrevocabilità delle statuizioni civili e ciò indipendentemente da ogni ricaduta sulla sospensione condizionale della pena"⁴³, perché afferiscono all'efficacia provvisoriamente esecutiva delle statuizioni civili, di cui non tutte le pronunce potrebbero essere dotate, in difetto di giustificati motivi ai sensi dell'art. 540 c.p.p..

I giudici di legittimità, quindi, riconoscono la piena operatività delle tutele privatistiche per il credito della parte civile, in assenza dell'esercizio del potere ex art. 165, comma 6, c.p., ma continuano ad escludere l'applicabilità dell'art. 1183, comma 1, c.c.. Sembrerebbe che nella statuizione in parola vi sia l'accettazione della natura privatistica dell'obbligazione risarcitoria e la necessaria protezione della stessa mediante l'esercizio delle prerogative che sono riconosciute dalla legge, anche a discapito della fruibilità della sospensione condizionale.

Un ulteriore esito eccentrico della sentenza in analisi è quello che importa la qualificazione del lustro e del biennio di cui all'art. 163, comma 1, c.p. come termine implicito. Leggendo sinotticamente la critica all'indirizzo che ammette l'applicabilità dell'art. 163 c.p. e la conclusione della pronuncia annotata, la contraddizione emerge chiaramente. In merito all'orientamento giurisprudenziale menzionato, le Sezioni Unite considerano il richiamo ai cinque e due anni "*fictio* fondata sul presupposto che il termine sia contenuto per implicito nella sentenza"⁴⁴, quanto all'individuazione di un termine a cui far riferimento, in caso di omissione del giudice, le stesse ritengono che l'art. 163 c.p. individui l'arco temporale, oltre il quale, la sospensione condizionale e condizionata non può produrre effetti. Ne discende che il momento ultimo per l'esecuzione della prestazione riparatoria coincida con un lustro per i danni derivanti da delitto e un biennio per quelli scaturenti da contravvenzione. Se questo *limes*, oltre il quale non è possibile eseguire la prestazione risarcitoria, le Sezioni Unite rifiutano di denominarlo "termine implicito", ciò non esclude che possa, comunque, esserlo. La natura dell'intervallo temporale de quo è necessariamente quella di "termine implicito", nel momento in cui ad esso si riconosce una funzione ulteriore rispetto a quella assegnatagli dal legislatore. Da quanto rilevato, discende che due soltanto sono le possibili situazioni che si prospettano al condannato: la fissazione del termine esplicito entro cui risarcire il danno e il riferimento all'art. 163, comma 1, c.p.. In tale ultima ipotesi, non si delinea più una questione di inadempimento del giudice al dovere di cui

⁴³ Par. 4.2., 16; secondo A. MARTINI, *Adempimenti condizionanti la sospensione: dinamiche penali ed extrapenali*, in *Giur. it.*, 7, 2020, 1771, "Ulteriori potenziali ragioni di perplessità emergono sul piano logico. Allorché, come nel caso di specie, l'adempimento condizionale sia il pagamento di una provvisionale, credito certo, liquido ed esigibile già dopo la sentenza di primo grado, il presupposto per la revoca di diritto della sospensione condizionale ai sensi dell'art. 168, 1° comma, n.1, potrebbe venire ad esistenza ancor prima che la sentenza sia passata in giudicato. In effetti, laddove il creditore abbia preteso il pagamento della provvisionale immediatamente dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, esercitando in tal senso un proprio diritto incontestabile, potrebbe emergere un inadempimento 'colpevole' del reo in un momento in cui non esiste alcuna sentenza penale eseguibile. Tale condizionamento, poi, dipenderebbe dalle scelte comportamentali della parte civile. In ogni caso, il risultato sarebbe quello che la sentenza a pena condizionalmente sospesa nasca morta, nel senso che nel momento stesso in cui essa diviene definitiva si pongono le condizioni cogenti per la revoca del beneficio."; A. D'ANDREA, *Revoca della sospensione condizionale della pena*, in *Cass. Pen.*, 6, 2016, 60 esplica Cass., S.U., 23 Aprile 2015, n. 37345, Longo, Rv. 264381 che ha riconosciuto la revoca del beneficio di cui all'art. 163 c.p., qualora esso fosse adottato in presenza di cause ostative documentate al giudice della cognizione.

⁴⁴ Par. 4.3, 17.



all'art. 165, comma 6, c.p., posto che la sua inattività è funzionale all'efficacia del termine di cui all'art. 163 c.p.. Si crea, pertanto, un modello normativo in cui l'*agere* del magistrato assume carattere attivo o passivo e, così ragionando, se ne esclude, *in nuce*, qualsiasi forma di responsabilità, dal momento che l'obbligo di provvedere ha sempre esecuzione.

Rispetto all'applicazione dell'art. 1183, comma 1, c.c. le Sezioni Unite hanno ritenuto di doverla escludere, perché "l'inadempimento si concretizzerebbe nel momento stesso del passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena sospesa subordinata al pagamento di una somma liquidata a titolo di risarcimento del danno."⁴⁵. Da ciò scaturirebbe l'equiparazione del *dies a quo* con quello *ad quem*, impedendo così al condannato di beneficiare di un apprezzabile lasso temporale per eseguire la prestazione dovuta, posto che un solo attimo sia insufficiente. Sul punto, la dottrina⁴⁶ e la giurisprudenza civilistica⁴⁷ hanno da tempo chiarito che il diritto del creditore di esigere immediatamente l'attività dal debitore, in caso di omessa individuazione del tempo di adempimento ex art. 1183, comma 1, c.c. vada modellato in ragione del principio di buona fede. L'interazione fra le previsioni della norma in parola e la *bona fides*⁴⁸ consentono al debitore di poter disporre di un congruo intervallo temporale per adempiere, poiché l'immediatezza della pretesa creditoria non può prescindere dalla necessità per la controparte di prepararsi all'esecuzione dell'obbligo.

Sulla base delle indicazioni proposte, l'idea di riscontrare l'inadempimento del condannato con il passaggio in giudicato della sentenza e la necessità di procedere alla revoca della sospensione condizionale della pena sembra del tutto infondata⁴⁹. L'art. 163 c.c.,

⁴⁵ Par. 4.2, 15.

⁴⁶ U. BRECCIA, *Le Obligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1991, 510; A. DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna 1994, 197 e 198; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1974, 94 e 95; C. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, cit., 229; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1996, 827; C. A. CANNATA-M. PROSPERETTI-G. VISENTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno, UTET, Torino, 1999, 134; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile, Obbligazioni e Contratti*, UTET, Torino, 2003, 74.

⁴⁷ Cass. Civ., Sez. II, 15 Maggio 2019, n. 21647 statuisce "Difatti dall'insegnamento di questo Supremo Collegio - Cass. n°2700/1956, Cass. sez. 3, n°19414/2010, Cass., sez. 3, n°15796/09 -, si ricava la consolidata regola iuris che in assenza di pattuito termine per l'adempimento la prestazione è immediatamente esigibile e per esigerla non sono indispensabili né la diffida ad adempiere né il ricorso al Giudice ex art. 1183, comma 2, c.c., poiché ben potrà il Giudice, chiamato a dirimere la controversia insorta fra le parti in conseguenza dell'inadempimento, apprezzare ex post la congruità del tempo scorso tra la pattuizione e la pretesa d'adempimento. Apprezzamento-Cass. n°1588/72- da effettuare alla luce del criterio direttivo ex art. 1183, comma 2, ossia il tempo scorso deve essere oggettivamente congruo rispetto ai parametri fattuali indicati nella citata norma applicati allo specifico caso (...). Come visto, invece, ciò che ha esclusivo rilievo è la congruità del tempo trascorso tra la pattuizione senza apposizione di termine concordato e la pretesa di adempimento, situazione apprezzabile ex post dal Giudice del contenzioso, poiché lo scorrere di detto adeguato lasso temporale configura, ex se, situazione di inadempimento.". Conferma l'indirizzo espresso anche Cass. Civ., Sez. III, sentenza del 07.02.2020, n. 14243.

⁴⁸ R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949, 11.

⁴⁹ R. BARTOLI, *Sospensione condizionale e obblighi del condannato*, in *Studium iuris*, 5, 2000, 580, indica che la dottrina ha, unanimemente, riconosciuto che il termine per l'adempimento dell'obbligo non possa mai coincidere con il giorno antecedente alla formazione del giudicato sulla sentenza che lo prospetta.



invero, consente il godimento del beneficio in esso contemplato solo in ragione della condanna del reo e questa si riscontra quando la sentenza che la dispone sia passata in giudicato. Tale momento non può essere *dies a quo* e, contemporaneamente, *ad quem*, perché prima del giudicato il riconoscimento giudiziario dell'obbligazione riparatoria e l'assunzione della stessa a condicio del godimento della sospensione condizionale ancora non esistono⁵⁰.

Se il reo, inoltre, dovesse risarcire il pregiudizio cagionato prima che sia pronunciata la sentenza di condanna potrà accedere, sussistendone gli elementi, alla sospensione di cui all'art. 163, comma 4, c.p. che premia il condannato, il quale abbia ovviato, spontaneamente, alle esternalità negative scaturenti dal reato⁵¹.

La norma in parola, invero, è incompatibile con la disciplina dell'art. 165 c.p., in cui il risarcimento non deve essere ancora intervenuto e, inoltre, questo partecipa della funzione special preventiva della sospensione condizionale, ossia, rappresenta un passaggio dell'iter rieducativo del condannato⁵².

La collocazione dei doveri di cui all'art. 165 c.p. nel percorso di risocializzazione del reo esige, quindi, che vi sia una condanna, la pronuncia della sospensione della pena e l'assoggettamento di tale beneficio a doveri, dalla cui esecuzione il reo possa acquisire maggiore consapevolezza del disvalore dei comportamenti tenuti. Solo dalla definitività della condanna, pertanto, può decorrere il *dies a quo* per la realizzazione degli obblighi suddetti e il diritto della parte civile all'immediata esecuzione della prestazione riparatoria deve considerarsi come richiesta alla pronta esecuzione del dovuto, non anche pretesa ad ottenerlo istantaneamente. La buona fede di cui all'art. 1175 c.c., quale declinazione della solidarietà sociale prevista dall'art. 2 Cost.⁵³, consente di mitigare la perentorietà del tenore letterale dell'art. 1183, comma 1, c.c., al fine di evitare che il debitore vada incontro a sicuro inadempimento⁵⁴.

⁵⁰ Occorre precisare, tuttavia, che l'obbligazione risarcitoria sussiste per il solo essersi verificato del fatto illecito a mente dell'art. 1173 c.c. e, pertanto, la sentenza penale non può che limitarsi ad imporre al danneggiante una prestazione che questi abbia rifiutato di eseguire spontaneamente. Se vi avesse provveduto, *a contrariis*, il reo realizzerebbe una condotta coerente con l'ordinamento giuridico e beneficerebbe di una riduzione della pena *ex art.* 62, comma 1, n. 6 c.p., ovvero, della sospensione per un solo anno ai sensi dell'art. 163, ultimo comma, c.p., anziché per due o cinque anni.

⁵¹ E. DOLCINI, *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2022, 445, riscontra l'inutilità pratica della disposizione in parola, essendo stata applicata nel 2019 soltanto 36 volte su più di 84.000 condanne.

⁵² D. BIANCHI, *Le misure sospensivo probatorie in fase decisoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2022, 243, considera che "la sospensione condizionale della pena ha costituito una 'valvola di sfogo' fondamentale all'interno di un sistema pesantemente carcerocentrico come il nostro, è altrettanto vero (e rappresenta fatto notorio) che di per sé la misura sospensiva 'secca' si pone in contraddizione con un po' tutte le funzioni della pena e, in primo luogo, con la prevenzione generale, in entrambe le sue componenti (positiva e negativa), e con la prevenzione speciale nella sua dimensione rieducativa."

⁵³ M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., 728; Cass., S.U., 25 Novembre 2008, n. 28056 ha statuito che "Il principio di correttezza e buona fede - il quale secondo la Relazione ministeriale al codice civile 'richiama nella sfera del creditore le considerazioni dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore' - deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione, che operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra (...)"

⁵⁴ M. COSTANZA, *Il correttivo della buona fede nella nuova fisionomia del contratto*, in *I nuovi contratti*, I, UTET, Torino, 2004, 743.

La lettura costituzionalmente orientata della previsione *de qua* è, per di più, coerente con l'esigenza di garantire il soddisfacimento dell'interesse del danneggiato che trova nell'obbligazione risarcitoria la sua attuazione ex art. 1174 c.c.⁵⁵. Volendo riassumere le considerazioni proposte si rileva, in ossequio alla consolidata giurisprudenza civilistica, che il congruo intervallo temporale per l'adempimento del debitore, intercorrente fra la stipulazione del contratto e la pretesa di adempimento, importa la distinzione del *dies a quo* (la conclusione del negozio) da quello *ad quem* (indicato dal debitore e prospettato alla luce del principio di buona fede). Sostituendo i referenti civilistici con quelli attinenti alla disciplina della sospensione condizionale della pena, si dovrebbe concludere che il *dies a quo* del contratto coincida con il passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna e quello *ad quem* rimarrebbe la pretesa creditoria, informata dal principio di buona fede/solidarietà, salvo che non venga previsto il termine giudiziale di cui all'art. 165, comma 6, c.p..

Le Sezioni Unite, pur avendo cognizione⁵⁶ degli insegnamenti della dottrina sull'esegesi dell'art. 1183 c.c., rifiutano di applicare la disciplina privatistica, perché ritengono che il potere del giudice ex art. 165, comma 6, c.p. proietti il termine in un contesto ultroneo rispetto a quello civilistico e ciò ne comporta la riqualificazione in ottica penalistica.

La tesi sostenuta manifesta pregevolezza nella parte in cui implica che il termine non sia *limes* per l'esecuzione della prestazione *tout court*, bensì compartecipi alla risocializzazione del reo. A tale funzione, tuttavia, il *dies ad quem* accede solamente in via mediata, quale riferimento temporale per l'esecuzione della prestazione condizionante, che concorre alla funzione special-preventiva in modo diretto. Esso, dunque, ha rilievo, nel contesto di interesse, in relazione all'obbligazione e questa è ascrivibile all'art. 2043 c.c., nonostante incida sul godimento della sospensione condizionale.

Il potere/dovere del giudice di stabilire un termine differente, perciò, non deve considerarsi in ottica sostitutiva dell'applicazione della normativa civilistica, ma in prospettiva ampliativa, vale a dire, quale strumento propedeutico a coordinare l'esecuzione dell'obbligo condizionante con l'istituto di cui all'art. 163 c.p..

Sulla scia delle osservazioni proposte, deve concludersi che, in assenza di una prospettazione ad hoc ai sensi dell'art. 165, comma 6, c.p., il *dies ad quem* dell'obbligazione risarcitoria, proprio perché ad essa pertinente, deve essere soggetto alle disposizioni che concerno le obbligazioni, le quali non sono presenti nella codificazione penalistica, bensì in quella civilistica, a cui occorre necessariamente rinviare.

Illustrata la preferenza per l'applicabilità dell'art. 1183, comma 1, c.c. in caso di inerzia del giudice penale, si devono considerare i benefici che scaturiscono dalla suddetta tesi.

In primis, la valorizzazione dell'ordinamento giuridico come un sistema unitario in cui tutte le sue ramificazioni si integrano fra loro⁵⁷. Da ciò discende la garanzia per i consociati di un freno alla tentazione creatrice della giurisprudenza, poiché questa è tenuta ad applicare solamente la legge, anche attingendo ad ordinamenti ultronei rispetto al contesto di riferimento.

⁵⁵ L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile, Obbligazioni e Contratti*, cit., 3.

⁵⁶ Par. 4.1, 15 e 16.

⁵⁷ A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Editori Laterza, Bari, 1998, 128.



Secundum, la conservazione dell'assetto legale degli interessi coinvolti dalla disciplina della sospensione condizionale della pena; nello specifico, la convenienza per il reo ad esigere la fissazione del termine per non incorrere nell'applicazione dell'art. 1183, comma 1, c.c., l'interesse del giudice a non essere soggetto ad azioni di responsabilità e il bisogno della parte civile a conseguire il ristoro in tempi rapidi.

Un ulteriore beneficio va riscontrato nell'allontanamento dello spettro del termine implicito che, seppur negato dalle Sezioni Unite, sembra, comunque, alleggiare sulla disciplina della sospensione condizionale della pena, in ragione dell'applicazione in presa diretta dell'art. 163 c.p. e non per via analogica. Questa, infatti, segnala la mancanza di una regola per il caso concreto, mentre la prima è la normativa per la specifica vicenda che viene sussunta al suo interno⁵⁸.

5. Conclusioni.

All'esito dell'analisi sulle fragilità congenite alla pronuncia annotata, la soluzione proposta dalle Sezioni Unite più che sopire il dibattito sul termine entro cui l'obbligazione risarcitoria va adempiuta, nel caso in cui il giudice ometta l'indicazione dello stesso, potrebbe innescare di nuovi.

Il Supremo Collegio, difatti, disattende l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui in difetto di un'espressa previsione giudiziale, l'obbligo condizionante dovesse attuarsi entro i termini di cui all'art. 163, comma 1, c.p., contestando che da tale approccio scaturisca uno svilimento del termine rispetto alla funzione special- preventiva della sospensione condizionale; le Sezioni Unite, inoltre, disapprovano l'introduzione di un termine implicito nella sentenza, l'idea che sia l'esecuzione della prestazione a determinare l'estinzione del reato e l'autorizzazione al reo di adempiere quando preferisca, purché entro cinque o due anni.

Per quanto le conclusioni dell'orientamento de quo evidenzino forti criticità, il massimo consenso di legittimità, seppur argomentando diversamente, giunge ai medesimi risultati. Le Sezioni Unite, invero, rifiutano il termine implicito nella sentenza che dispone la sospensione condizionale della pena, ma lo allocano nell'art. 163 c.p., così come, contestano che l'obbligato possa adempiere quando preferisca, ma gli riconoscono, comunque, un lustro o un biennio per eseguire la prestazione. L'unica differenza da ravvisare rispetto al filone considerato è quella che attiene alla valorizzazione del termine come elemento costitutivo di fattispecie. Distinguo che si attenua, tuttavia, se si rammenta che la mancata indicazione dello stesso da parte del giudice non escluda il perfezionamento della sospensione condizionale e condizionata, come dovrebbe succedere quando non ricorrano tutti gli elementi esatti dalla legge, dato l'intervento integrativo dell'art. 163 c.p..

Le Sezioni Unite, inoltre, hanno disatteso anche l'indirizzo giurisprudenziale che accredita l'applicabilità dell'art. 1183, comma 1, c.c. all'obbligo risarcitorio di cui all'art. 165 c.p.. La tesi argomentata dal Supremo Collegio è incentrata, prevalentemente, sull'incapacità di distinguere il dies a quo da quello *ad quem*, posto che con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna il reo sarebbe già inadempiente. A tal proposito si è evidenziato come la dottrina e la giurisprudenza civilistiche, pacificamente, ritengano che il creditore non possa pretendere l'adempimento istantaneo, in virtù dell'esigenza di informare la sua

⁵⁸ A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, 55; P. ZATTI-V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, Padova, 2005, 28; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., 39, F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. 1, cit., 988.



condotta a buona fede, che impone di dover riconoscere un congruo intervallo temporale tra la stipulazione del contratto e il momento della sua esecuzione.

L'idea di fondo che veicola la sentenza n. 37503/2022, nel rifiutare l'impostazione civilistica, è il disconoscimento della naturale idoneità dei vari ordinamenti di integrarsi fra loro, come se l'esigenza garantista del diritto penale possa essere svilita dal ricorso a regole ultronee. Tale impianto ha determinato delle conseguenze eccentriche, come la sottrazione dell'obbligazione risarcitoria alla disciplina che gli è propria, la irresponsabilità civile del giudice, il quale adempie sempre alla prescrizione dell'art. 165, comma 6, c.p. sia quando indica sia se omette il termine, in ragione dell'intervento integrativo dell'art. 163 c.p..

Si è rilevato, inoltre, che la sentenza annotata infrange l'equilibrio delineato dal legislatore fra l'interesse del condannato a sollecitare l'intervento ex art. 165, comma 6, c.p., per non incorrere nell'applicazione dell'art. 1183 c.c., e l'ambizione del magistrato ad essere immune da responsabilità.

Ulteriore conseguenza paradossale inerisce alla speranza del reo di qualificare l'illecito compiuto come reato, perché questi godrebbe di più tempo per adempiere, rispetto all'ipotesi di fatto dannoso riconducibile, esclusivamente, all'art. 2043 c.c. e soggetto all'applicazione dell'art. 1183 c.c.. Deve rilevarsi, infine, la frustrazione dell'interesse della parte civile ad una celere riparazione, poiché la prospettiva "reo-centrica" della giurisprudenza penale tende a collocare ai margini il bisogno di giustizia.

Le obiezioni illustrate rendono auspicabile la rimediazione della terza via configurata dalle Sezioni Unite, in quanto, i giudici di legittimità rimangono imbrigliati negli stessi risultati del primo indirizzo disatteso e negano la validità degli argomenti del secondo orientamento sulla base di un pregiudizio che andrebbe scalfito, rievocando il dettato dell'art. 101 Cost, il quale subordina il giudice alla legge, con la conseguenza che il primo deve applicare la seconda anche se questa attenga ad un ambito diverso rispetto al contesto di interesse⁵⁹.

⁵⁹ G. ALPA, *La creatività della giurisprudenza*, in *Vita not.*, 1995, 1088, sostiene che il potere creativo del giudice, rispetto alla legge, è articolato nelle seguenti operazioni: I) precisazione e completamento del testo normativo; II) soppressione delle antinomie; III) adattamento del diritto alla evoluzione dei fatti. Legge e giurisprudenza sono perciò considerate fonti fra loro complementari.



TUTELA DEGLI ANIMALI E RIFORMA COSTITUZIONALE. FONDAMENTI IDEOLOGICI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE PER UNA IMPOSTAZIONE «ECO-PERSONALISTA»

Daniele Vitale*

Abstract [ITA]: Con la legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 il Parlamento Italiano ha novellato l'articolo 9 della Carta Fondamentale, introducendovi espressamente la locuzione «tutela degli animali». Pur avendo modificato un principio fondamentale, il legislatore costituzionale non ha fornito una chiara linea interpretativa del suo intervento, residuando dubbi su quale sia la portata della costituzionalizzazione della tutela degli animali e, più in generale, dell'ambiente. Il presente contributo si pone l'obiettivo di individuare, nell'orizzonte valoriale della Costituzione Repubblicana di impostazione personalista, quali siano o potrebbero essere alla luce della revisione le forme di salvaguardia degli animali, guardando altresì, in una prospettiva laica e aperta, alla riflessione dell'eco-teologia cattolica. Si valuterà l'opportunità, tenuto conto dei numerosi rilievi che emergono dal costituzionalismo ambientale, di approcciare alle questione secondo una prospettiva che può esser definita «eco-personalista».

Parole chiave: Tutela degli animali -Dignità -Revisione costituzionale -Eco-teologia -Principio personalista.

Abstract [ENG]: *With the constitutional law n. 1 of 11 February 2022, the Italian Parliament amended article 9 of the Fundamental Charter, expressly introducing the term «animal protection». Despite having modified a fundamental principle, the constitutional legislator did not provide a clear interpretative line of his intervention, leaving doubts on what is the scope of the constitutionalisation of the protection of animals and, more generally, of the environment. This contribution aims to identify, within the value horizon of the Republican Constitution of personalist setting, what the forms of animal protection are or could be in the light of the revision, also looking, in a secular and open perspective, at the reflection of Catholic eco-theology. The opportunity will be evaluated, considering the numerous findings that emerge from environmental constitutionalism, of approaching the issues according to a perspective that can be defined as «eco-personalist».*

Keywords: *Animal protection -Dignity -Constitutional review -Eco-theology -Personalistic principle.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione della questione e alcune premesse metodologiche. **-2.** Il fondamento-valore della persona umana e della sua dignità nella Carta Fondamentale. **-3.** *Dominium* e responsabilità: i paradigmi religiosi sulla relazione tra uomo e animali alla luce della *Laudato si'*. **-4.** L'incerto *status* giuridico dell'animale



nell'esperienza giuridica italiana. -5. Brevi notazioni critiche sulla portata della legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022. -6. L'impostazione «eco-personalista» per una soluzione costituzionalmente compatibile tra dignità umana e rispetto per (tutti) gli animali.

1. Introduzione della questione e alcune premesse metodologiche.

Con la legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 il Parlamento ha impresso forma scritta alla tutela della natura in alcune delle sue declinazioni¹, piantandone i pilastri nei principi della Parte I della Carta Fondamentale, colmando così quella originaria lacuna di ordine valoriale che, fino ad allora, era stata sanata dall'interpretazione evolutiva del Giudice delle leggi². Come meglio si osserverà, questa particolare scelta metodologica è divenuta, sin da subito, oggetto delle severe obiezioni di una parte della dottrina costituzionalistica la quale ha osservato come il legislatore, avendo la revisione avuto come oggetto anche l'articolo 9 -le cui disposizioni sono pacificamente riconosciute come principio fondamentale³ -abbia derogato alla garanzia della rigidità costituzionale⁴.

Al netto del possibile avallo a tale critica, la nuova fisionomia della Carta Costituzionale ha posto e pone ancora agli interpreti nuovi e aperti interrogativi sull'attribuzione di senso ai concetti al presente ivi scolpiti.

¹ * Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale presso Università degli Studi di Napoli Federico II - Dipartimento di Scienze politiche; Dottore in Scienze Religiose.

La legge costituzionale in esame si compone di tre articoli. Con il primo di essi è stata disposta l'aggiunta all'articolo 9 di un nuovo comma ai sensi del quale «[La Repubblica] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Con il secondo è stata modificata la formulazione dell'articolo 41, operandovi l'aggiunta al secondo comma, dopo la parola «danno», delle locuzioni «alla salute, all'ambiente», mentre al terzo comma, nella sua parte conclusiva, è stata aggiunta la locuzione «e ambientali». Il terzo articolo ha, infine, introdotto una clausola di salvaguardia che consente di estendere l'applicazione della legge dello Stato avente ad oggetto i modi e le forme di tutela degli animali anche alle Regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano.

² Sul punto, *ex plurimis*, M. MICHETTI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1895-1945.

³ Per una più approfondita disamina della tematica si rinvia ad A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 10 ss., rilevandosi in breve al riguardo che con la formulazione dell'articolo 9 il Costituente ha inteso unire la promozione della cultura e della ricerca scientifica con la tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico della Nazione. Tali beni-valori, tra loro strettamente correlati, sono da ritenersi sottratti alla disponibilità del potere politico mediante possibile loro revisione, come da insegnamento ormai granitico della giurisprudenza costituzionale. Sulla natura di principio fondamentale, in particolare, della tutela del paesaggio, *ex multis*, Corte cost. sent. n. 367/2007.

⁴ È questa la principale osservazione negativa esposta, a titolo esemplificativo, da T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, n. 16/2021, ove l'Autore pone in evidenza come la modifica in esame «Sfata quello che era considerato un tabù costituzionale, e cioè che non si possono modificare i principi supremi, come affermato nel 1988 dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1146».



L'oggetto del presente contributo è rappresentato precipuamente dall'analisi dei fondamenti ideologici e delle conseguenze sull'Ordinamento della recente revisione costituzionale e, segnatamente, dell'inserimento all'articolo 9 della nozione di «tutela degli animali», concetto il quale, caratterizzato da un alto grado di polimorfismo⁵, appare quasi "alieno" rispetto all'impianto culturale della Costituzione Repubblicana, fondato sulla centralità della persona umana. La tematica non rappresenta di certo una novità, essendo la cd. "questione animale"⁶ già stata posta da tempo all'attenzione del dibattito giuridico su istanza di quella parte della dottrina che ha variamente suggerito di oltrepassare i più tradizionali paradigmi relazionali tra uomo, natura e animali, sottesi alle attuali tutele normative al fine di estenderne la portata⁷. L'aver il legislatore testualmente costituzionalizzato l'esistenza di questa tutela attraverso la massima decisione ipotizzabile nell'ordine dei poteri costituiti⁸ pare, tuttavia, aver reso attualmente ancor più indispensabile la riflessione sul "dover essere" della protezione degli animali.

Per rispondere all'interrogativo circa la consistenza, anche in una prospettiva evolutiva, di tale particolare tutela alla luce del riconoscimento di un suo (ambiguo) rilievo costituzionale, considerata altresì la tradizionale incertezza circa lo *status* normativo delle creature inumane, si adopererà nel presente contributo un approccio poliedrico, determinato dalla natura proteiforme della questione, quanto all'oggetto esaminato e quanto alla metodologia seguita.

In primo luogo, si delinearà il quadro valoriale all'interno del quale è intervenuto il legislatore attraverso una sintetica riflessione sull'essenza del principio personalista nell'Ordinamento costituzionale. La scelta di soffermare l'attenzione su tale argomento è dettata dalla circostanza che esso rappresenta il «meta-principio fondativo dell'ordine

⁵ Può facilmente rilevarsi *ictu oculi* il grado di complessità nell'individuazione delle caratteristiche ontologiche degli animali ai fini dell'identificazione di un loro *genus* universale. In rappresentazione della difficoltà di comprendere cosa sia da considerarsi "animale", si mette in evidenza che potrebbero essere riconosciuti con tale locuzione tutti gli esseri dotati di un principio vitale variamente denominato, oppure soltanto quegli esseri viventi, caratterizzati, a titolo esemplificativo, dall'uso di facoltà motorie sospinte dall'istinto ovvero della capacità di esternare il dolore, includendovi in questa categoria anche gli uomini ed escludendo i vegetali. Ancora, operazione tassonomica tipica nel pensiero comune, potrebbero esser qualificati come animali tutte le creature inumane che manchino delle facoltà "normalmente" presenti nella persona umana, quali, ad esempio, l'intelligenza o la socialità, secondo un criterio meramente quantitativo.

⁶ Si precisa che nel presente lavoro questa specifica locuzione vuol indicare, in senso ampio, la trasversale domanda sullo *status* degli animali e sul possibile ripensamento della relazione tra uomo ed esseri inumani in una prospettiva morale e anche giuridica. Per una primaria inquadratura del tema, tra i principali manifesti dell'animalismo, P. SINGER, *Animal Liberation: A New Ethics for Our Treatment of Animals*, Harper Collins, Prentice Hall, 1975.

⁷ Senza pretesa di completezza, *ex plurimis*, L. BOSCOLO CONTADIN, *La tutela giuridica degli animali e il loro valore come categoria protetta*, Key Editore, Milano, 2017; P. CAVALIERI, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Bollati Boringhieri, Torino 1999; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Giuffrè, Milano, 2012; V. POCAR, *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, Laterza, Bari-Roma, 1998; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁸ Il riferimento terminologico è di G. ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. II, Cedam, Padova, 1985, p. 927.



costituito»⁹ con cui ogni soggetto pubblico, finanche nell'esercizio della funzione di revisione di cui all'articolo 138 Cost., deve necessariamente relazionarsi in termini di subordinazione e conformità¹⁰. La descrizione delle plurime declinazioni del principio personalista, quale immodificabile *Grundnorm* dell'Ordinamento della Repubblica Italiana, è funzionale all'individuazione delle possibili direttive e dei limiti per un ripensamento o anche un (eventuale) ampliamento della tutela degli animali in ragione, soprattutto, della nuova formulazione dell'articolo 9.

In secondo luogo, considerata la trasversalità della questione animale che ha condotto anche altri settori del sapere umano ad un esame critico circa lo *status* e il valore degli esseri in-umani, si valuteranno con un approccio interdisciplinare i frutti della «eco-teologia» di matrice cattolica¹¹, ricercandone eventuali convergenze con il prodotto della riflessione costituzionalistica. A sostegno di questa specifica scelta di guardare proprio all'esperienza religiosa cristiana, considerato l'apporto storico e culturale rilevante offerto anche da altre riflessioni religiose¹², si individuano due ordini di motivazioni.

In primis, si evidenzia la notevole presa culturale del Cristianesimo che è profondamente infusa nell'esperienza umana nonostante la secolarizzazione, avendovi fornito un apporto essenziale per la creazione e il mantenimento di alcune categorie antropologiche riguardanti gli animali le quali ancora persistono nel pensiero comune¹³, soprattutto in quello

⁹ In questi termini A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, n. 17/2013, p. 3, il quale ha ben posto in evidenza, a proposito della caratteristica forza fondativa del principio personalista, che esso «non costituisce un "principio" al pari degli altri principi che pure sono a fondamento dell'ordine repubblicano, ma è un principio che sta all'inizio e, ad un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude perfezionandosi e da sé medesimo giustificandosi».

¹⁰ In tal senso C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Vol. I, Cedam, Padova, 1969, p. 146, ove l'illustre Maestro offre una traccia precisa e chiarificante sull'essenza e sulla portata del principio personalista, rilevando che «Non è l'uomo a essere in funzione dello Stato, ma viceversa, nel senso che fine dello Stato è di assicurare lo svolgimento della persona umana e di garantirne i diritti tali cioè che, se riconosciuti espressamente o comunque deducibili dalla Costituzione, non possono venir meno neppure ricorrendo alla revisione costituzionale in quanto essi formano il nucleo intangibile, destinato a contrassegnare la specie di aggregazione statale cui si è voluto dar vita».

¹¹ Come sintetizzato da E. WAINWRIGHT - L.C. SUSIN - F. WILFRED, *Ecoteologia, nuove questioni e dibattiti*, in *Concilium*, n. 3/2009, p. 4, con l'espressione «eco-teologia» ci si può riferire «all'insieme delle risposte elaborate dalla teologia alle sfide ecologiche». Più approfonditamente, come esposto da L. BOFF, *Liberare la terra. Un'eco-teologia per un domani possibile*, EMI, Bologna, 2014, p. 12, l'eco-teologia «non rappresenta una nuova materia teologica, quanto piuttosto una visuale nuova sul rapporto dell'uomo con la natura per andare oltre il dominio su di essa». Sul punto anche P. GIUSTINIANI, *Verso un'eco-teologia integrale, alla luce di Laudato si'*. *Aspetti epistemologici e possibili implicazioni disciplinari*, in *Melita Theologica*, n. 71/2021, p. 219 ss.

¹² Per una più accurata disamina sui paradigmi relazionali delle esperienze religiose diverse dal Cristianesimo, *ex multis*, N.J. SAUNDERS, *Animali e spiritualità. La convivenza con l'uomo*, EDT, Milano, 2000. Si consideri sul punto, a titolo esemplificativo, l'importanza di quelle peculiari esperienze di stampo animista che, nel postulare l'esistenza del «Sacro» negli elementi naturali, sono state capaci di orientare i comportamenti umani verso un intrinseco e naturale ambientalismo.

¹³ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla tesi cartesiana sulla natura dell'animale secondo cui, riprendendo la tradizionale concettualizzazione cristiano-platonica del dualismo tra anima (immortale) e corpo, esso è da considerarsi alla stregua di una macchina priva di pensiero e incapace di provare sensazioni, priva di qualunque soggettività morale poiché appartenente alla mondo della



occidentale. Non appare casuale che, proprio a proposito del rapporto dell'uomo con la natura, l'ideologia cristiana abbia subito il duro giudizio di chi ha intravisto nel suo tendenziale antropocentrismo una causa dell'attuale crisi ecologica¹⁴, potendosi tuttavia cogliere, soprattutto nei più recenti pronunciamenti del Magistero ecclesiale, in particolar modo nella lettera enciclica *Laudato si'*¹⁵, l'ispirazione per un nuovo paradigma relazionale meta-normativo tra uomo e creato. La scelta di guardare accuratamente all'eco-teologia cattolica è, inoltre, determinata dall'esistenza di un particolare legame congiunturale tra i principi fondamentali della Costituzione e il pensiero cristiano, legame rappresentato dalla cultura politica di ispirazione cristiana giustappunto denominata «personalismo»¹⁶ la quale, avendo trovato il proprio riferimento umano in alcuni autorevoli Costituenti, ancora permea il «nomos costituzionale»¹⁷. L'esistenza di questo nesso storico-valoriale rappresenta un rimarchevole stimolo a conoscere quanto elaborato in un settore del sapere umano che è caratterizzato da una forte presa sulle coscienze, potendosi in una prospettiva laica e aperta trarre spunto anche da una esperienza religiosa non aliena ai valori costituzionali¹⁸, al fine di ricercare e fornire risposte adeguate agli interrogativi attuali su come dovrebbero essere regolati dal diritto i rapporti tra uomo, natura e animali.

Descritti questi due fulcri del presente elaborato, si procederà ad esaminare i diversi formanti che costituiscono il fondamento dell'attuale e articolata normativa a salvaguardia degli animali, descrivendosene le variegate forme di tutela ed individuando in particolare quali siano le differenti "ideologie"¹⁹ sottese alle singole discipline protettive. A questa

materia brutta. Sul punto, M. SPALLANZANI, *Descartes e il 'paradosso' degli animali-macchina*, in *Bruniana e Campanelliana*, n. 1/2011, p. 185 ss.

¹⁴ Per tutti, L. WHITE, *The Historical Roots of our Ecologic Crisis*, in *Science*, 1967, p. 1205 ss.

¹⁵ *Lettera Enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, 24 maggio 2015, in *Acta Sanctae Sedis*, 107, 2015. Si precisa che nel proseguo del presente elaborato tale enciclica - da considerarsi come il prodotto privilegiato e paradigmatico dell'approccio eco-teologico al tema della relazione tra uomo, natura e animali - verrà citata attraverso l'abbreviazione «LS», seguita dal numero di paragrafo.

¹⁶ Per una ampia panoramica sulla lunga evoluzione storico-filosofica del pensiero personalista si rinvia all'imponente lavoro di A. PAVAN - A. MILANO (a cura di), *Persona e Persona e personalismi*, Edizioni Dehoniane, Napoli, 1987. Si evidenzia brevemente al riguardo che il personalismo non rappresenta un'ideologia unitaria, quanto piuttosto un comune atteggiamento pratico, fondato sul caposaldo del riconoscimento alla persona umana, su ispirazione della dottrina teologica e sociale della Chiesa Cattolica, di una caratteristica dignità fondativa di particolari diritti che pre-esistono alle Istituzioni politiche le quali sono tenute a salvaguardarli. Per una miglior disamina sul punto, F. OCCHETTA, *Le radici della democrazia. I principi della costituzione nel dibattito tra gesuiti e costituenti cattolici*, Jaca Book, Milano, 2012.

¹⁷ Il richiamo al concetto unitario di «nomos» come nucleo di valori posti a fondamento del sistema assiologico di un determinato Ordinamento costituzionale è a C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 2003, p. 54 ss.

¹⁸ Sul valore aperto della laicità nell'orizzonte costituzionale, *ex multis*, S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 2, il quale mette in evidenza come il principio di laicità dello Stato «non osta all'apertura del dibattito pubblico anche alla cultura religiosa per la rifondazione della convivenza civile in un contesto globalizzato».

¹⁹ Si deve rilevare al riguardo che con il concetto di ideologia può essere identificato il particolare sistema interpretativo che una determinata cultura elabora per regolare i rapporti sovra-individuali a fronte delle contingenze fenomeniche. Questa particolare nozione di ideologia come "filtro valoriale"



ricostruzione analitica seguirà infine una riflessione critica, alla luce anche delle valutazioni dottrinali, sulla portata della recente revisione costituzionale al fine di individuarne le traiettorie, inquadrandone soprattutto i possibili aspetti positivi nonché le eventuali lacune dell'azione del legislatore. Si valuterà, in particolar modo, la possibilità di ri-leggere l'attuale sistema di tutela degli animali e, più in generale, la formulazione del "nuovo" articolo 9 e del principio fondamentale ivi espresso con un diverso approccio ermeneutico che, tenuto conto dell'impostazione strutturalmente e intrinsecamente personalista della Carta Repubblicana e anche degli spunti innovativi provenienti dalla lettura laica dell'enciclica *Laudato si'*, può esser definito «eco-personalista»²⁰.

2. Il fondamento-valore della persona umana e della sua dignità nella Carta Fondamentale.

Come è stato poc'anzi esposto, l'analisi del concetto giuridico di tutela degli animali e degli inevitabili precipitati del suo inserimento all'articolo 9 tra i principi fondamentali non può prescindere dal previo inquadramento valoriale della Costituzione Repubblicana che ha trovato la propria matrice originante nel radicale rifiuto dell'ideologia fascista e delle sue deviazioni²¹. Nei diversi articoli della Carta, soprattutto nella formulazione dei principi, può difatti leggersi chiaramente il rigetto della visione totalizzante secondo cui il singolo individuo sia «il relativo rispetto all'assoluto che è rappresentato dallo Stato»²² con la contestuale ri-affermazione solenne dell'esistenza di «diritti naturali -imprescrittibili, sacri, originari -della persona umana in funzione dei quali è la struttura dello Stato»²³.

La forma più elevata di questa dichiarazione che rappresenta uno degli elementi del «nucleo duro»²⁴ della Costituzione Repubblica è da rinvenire nella enunciazione dell'articolo 2 della Carta laddove sono state cristallizzate le convergenti istanze democratiche di tutte le varie culture politiche rappresentate nell'Assemblea Costituente²⁵, riconoscendovi primariamente l'esistenza e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo che nessun potere

della realtà che esiste in funzione dello sviluppo sociale e della determinazione dell'indirizzo politico risulta determinate per cogliere quali siano rapporti e le correlazioni tra il diritto positivo e i diversi sistemi di valori che coesistono nello spazio aperto della democrazia, costituendo l'ideologia una delle principali variabili della linea di sviluppo del diritto come sistema normativo armonizzante i diversi settori della vita pubblica. Sul punto si rinvia all'autorevolissima analisi di H. HENKEL, *Ideologie und Recht*, Mohr, Tübingen, 1973.

²⁰ Si precisa che tale espressione non ha trovato attualmente uso nella letteratura scientifica gius-filosofica e costituzionalistica italiana, settori della scienza giuridica in cui si adopera maggiormente la locuzione principio personalista. Un uso della locuzione eco-personalismo o di suoi espressioni sinonimiche si riscontra negli scritti del filosofo e giurista Jesús Ballesteros, come *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*, Tecnos, Madrid, 1995 e *Ecopersonalismo y derecho al medio ambiente*, in *Humana Iura*, n. 6/1996, pp. 15-36.

²¹ G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, 2005, p. 20.

²² In questi termini si esprimeva Benito Mussolini nella sua *Dottrina del Fascismo*, Roma, 1935, p. 12.

²³ G. LA PIRA, *Principii relativi ai rapporti civili, proposta alla commissione dei 75*, in N. ANTONETTI - U. DE SIERVO - F. MALGERI (a cura di), *I cattolici democratici e la Costituzione*, Tomo III, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 813.

²⁴ Sulla nozione di nucleo duro della Costituzione e dell'inerenza ad esso della concettualizzazione dei diritti inviolabili, Q. CAMERLENGO, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 21 ss.



costituito può modificare²⁶. In disparte il dibattito sull'attribuzione della precippua caratteristica di inviolabilità²⁷ e delle sue conseguenze sulla nozione di rigidità costituzionale²⁸, ciò che emerge chiaramente dall'insieme delle posizioni soggettive e dei principi scolpiti nella prima parte della Costituzione è l'inerenza all'uomo nella dimensione civile, sociale, economica e politica²⁹, essendo in tal senso la persona con i suoi diritti posta a «base del sistema dei rapporti tra Stato e singoli»³⁰.

La ragione etica e giuridica di questo particolare antropocentrismo è da ricercarsi nella piena valorizzazione e nel rispetto radicale dell'uomo quale portatore naturale di una «dignità» che si impone sull'Ordinamento Repubblicano senza derivare da esso³¹, costituendo ciò sia la risposta storica ai totalitarismi attraverso l'affermazione eterna della piena dignità della persona umana contro ogni forma di «reificazione»³², sia anche il fondamento assiologico della stessa sovranità³³. Persona umana, dignità e diritti appaiono riconoscibili come termini e presupposti circolari del principio personalista: all'uomo sono riconosciuti quei particolari diritti che permettono lo sviluppo del suo essere-persona nelle plurime e concrete dimensioni del vivere umano, in ragione e secondo il limite della sua inviolabile dignità che «né le leggi né gli atti amministrativi e neppure gli atti di diritto privato possono ridurre o tantomeno eliminare»³⁴.

Si deve evidenziare sul punto che la *vis* del principio personalista come fondamento assiologico e normativo è tale che esso trova una primaria e tradizionale enunciazione sistemica all'articolo 2 della Carta³⁵, ma al contempo ne supera i confini testuali, seguendo

²⁵ Sul punto, *ex multis*, E. ROSSI, *Commento all'art. 2*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, pp. 38-51.

²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., p. 146, ove magistralmente si rileva che i diritti inviolabili «sono radicati nella coscienza sociale e lo Stato si impegna ad assicurarne il rispetto senza mai farli venire meno, consentendo solo adattamenti a situazioni storiche sopravvenute che ne rispettino lo spirito informatore e le linee essenziali».

²⁷ Per una più approfondita disamina su tale annoso tema, *ex plurimis*, F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.

²⁸ Sul punto, *ex multis*, A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2018, p. 1 ss.

²⁹ In questo senso, G. GRASSO - R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia constitucional*, n. 8/2007, p. 162.

³⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., p. 148.

³¹ In questi termini, *ex plurimis*, A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011. Analogamente, in una prospettiva comparata, P. HAEBERLE, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio europeo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 23. Sul riconoscimento nell'antropologia costituzionale dell'*homo dignus* come elemento di trasformazione delle democrazie liberali, S. RODOTÀ, *La Rivoluzione della dignità*, Edizioni La scuola di Pitagora, Napoli, 2012.

³² Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 186.

³³ Sul punto, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Vol. I, Cedam, Padova, 1957, p. 443 ss.

³⁴ G. BARONE, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena, il percorso della giurisprudenza*, Bonanno Editore, Roma, 2008, p. 24.

³⁵ In questo senso A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., p. 3, il quale sottolinea «l'eccedenza assiologica» del principio personalista rispetto alla sua tradizionale coordinata testuale di cui all'articolo 2.



declinazioni diverse che trovano il proprio fulcro nel valore assoluto della persona. Una prima concretizzazione di questa forza estensiva del principio personalista è individuabile all'articolo 32 della Carta ove è stata posta testualmente e concettualmente in risalto la forza di resistenza assoluta della dignità umana avverso i diversi condizionamenti esterni nel caso di trattamenti sanitari e, più in generale, avverso qualunque condotta, tenuta da soggetti pubblici o privati, di reificazione dell'esistenza dell'uomo a modello della precedente impostazione totalizzante. La dignità della persona, ai sensi di tale articolo che nella sua aperta formulazione assorbe e coniuga il diritto alla vita secondo la dimensione onnicomprensiva della salute, costituisce il limite indisponibile e invalicabile alla prevalenza degli interessi collettivi sulle scelte individuali della singola persona circa la propria condizione di salute³⁶. In senso affine, come evincibile dall'enunciazione dell'articolo 41 Cost., la dignità umana rappresenta un espresso limite negativo alla libertà di iniziativa economica privata. Al netto del dibattito dottrinario sull'essenza di tale libertà³⁷, si pone qui brevemente in evidenza come il valore della persona umana, nelle sue diverse dimensioni statiche della sicurezza, libertà e dignità³⁸, rappresenti un elemento condizionante non solo l'attività economica dei soggetti privati, risultando su di essa prevalente³⁹, costituendo, difatti, anche il baricentro dell'attività economica posta in essere dai soggetti pubblici⁴⁰.

In misura diversa a quanto poc'anzi osservato, il principio personalista inerisce al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. nel quale la tradizione cattolica e quella socialista convergono verso un compromesso di elevata fattura: se da un lato il primo comma dell'articolo, secondo il modello di eguaglianza di illuministica memoria, postula la pari dignità sociale e la libertà di tutti i cittadini come limite alle più odiose discriminazioni di memoria fascista, dall'altro la seconda parte della disposizione guarda alla dignità umana non solo come un limite rigido, ma anche come elemento propulsivo per l'azione attiva di tutti i soggetti pubblici, chiamati a rimuovere «gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

³⁶ Si rinvia per una più accurata disamina sul punto all'attenta analisi di L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.

³⁷ Per un autorevole prospetto sulla portata di tale dibattito, *ex plurimis*, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959.

³⁸ In questi termini A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. XII, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 582-609. Si deve evidenziare al riguardo che, come in precedenza osservato, la revisione costituzionale ha riguardato anche il secondo comma dell'articolo 41 ove sono individuati espressamente tali limiti, essendovi stati inseriti come (nuovi) limiti espliciti «l'ambiente» e la «salute».

³⁹ La dignità del lavoratore come elemento centrale della normazione del lavoro è chiaramente esplicitata all'articolo 35, primo comma, laddove il Costituente ha chiaramente posto in evidenza la funzione essenziale della retribuzione che deve essere sufficiente ad assicurare al singolo e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Sulla forza conformativa del principio personalista nel diritto del lavoro e sulla relazione tra lavoro e dignità dell'uomo si rinvia all'autorevolissima analisi di C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, p. 157 ss.

⁴⁰ Sul punto si rinvia al lavoro di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 76 ss. Per una analisi della *vis* assiologica del principio personalista nell'intero panorama del diritto amministrativo, P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. persona e amministrazione*, n. 1/2011, p. 63 ss.



In questa prospettiva bicefala il principio personalista penetra e trasfigura i caratteri origini dell'eguaglianza formale, legittimando sul piano assiologico non solo i più tradizionali «rapporti civili» ed il fondamentale diritto a non essere discriminati in nome della medesima e inviolabile dignità umana⁴¹, ma anche quei particolari diritti, denominati «sociali», caratterizzati dalla circostanza che «la loro effettività nel godimento passa attraverso una serie di obblighi di prestazione – evidenziati appunto dall'art. 3, secondo comma della Costituzione -e non soltanto in via di astensione»⁴². Emerge in quest'ultima accezione la dimensione dinamico-sociale del principio personalista che assume la forma concreta della «solidarietà» come direttiva fondamentale dell'agire di tutti i soggetti (sia pubblici che privati) dell'Ordinamento per preservare e rafforzare la coesione sociale⁴³, in corrispondenza a quanto stabilito dall'articolo 2 laddove esso dispone, unificando in un unico periodo diritti e doveri, che «[La Repubblica] richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Il Costituente ha così posto in questa duplice prospettiva la garanzia del rispetto della piena dignità umana come fondamento e risultato, attraverso non solo il riconoscimento dei diritti inviolabili, ma anche mediante l'imposizione e l'adempimento dei diversi doveri di solidarietà che trovano la propria ragion d'essere nella fisiologica diversità esistenziale delle singole persone umane⁴⁴. Occorre rilevare sul punto che la relazione tra eguaglianza, solidarietà e diritti/doveri dei singoli individuali appare particolarmente complessa, coniugandosi secondo multiformi e non sempre lineari traiettorie: si pensi, a titolo esemplificativo, alla questione della rilevanza degli interessi delle nuove generazioni cui fa esplicito riferimento anche la nuova formulazione dell'articolo 9. Questa complessa tematica restituisce una rappresentazione plastica della forza assiologica della solidarietà che, al netto di resistenze ideologiche e delle difficoltà di categorizzazione nei modelli normativi tradizionali, può finanche giungere a riconoscere limiti normativi e obblighi di solidarietà per la generazione presente a favore di persone umane che ancora non sono giunte all'esistenza, come nel caso dell'accesso ai beni ambientali⁴⁵.

⁴¹ In tal senso, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 72, secondo cui la portata del principio di eguaglianza formale investe tutti i soggetti, siano essi pubblici o privati, dell'Ordinamento costituzionale, escludendo «qualsiasi supremazia costituita o consentita dalla legge a favore di alcuni cittadini per effetto di una loro presunta superiore naturale».

⁴² G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, p. 22.

⁴³ In questi termini L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014, pp. 51-52. Per una più ampia disamina sull'essenza e sulla portata della categoria dei «doveri costituzionali» che sono più volte richiamati nel testo della Carta Fondamentale, si rinvia all'autorevole analisi di G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁴⁴ In senso conforme a quanto esposto, A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 9, secondo cui «la convergenza della libertà individuale e della solidarietà è il fine costituzionale; l'ideale, il comportamento-modello, è realizzare a un tempo il massimo della libertà e il massimo della solidarietà».

⁴⁵ Per una più approfondita disamina sulle «forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti», R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli Editore, Milano, 2008.



Da una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali è possibile identificare un'ulteriore estrinsecazione del principio personalista. Questa diversa declinazione si snoda in differenti direzioni tra loro complementari che trovano la propria comune causa nella consapevolezza del Costituente circa «la profonda socialità che caratterizza la persona stessa»⁴⁶. La sua natura sociale, emergente ad esempio nei predetti rapporti sociali, può difatti conoscere ulteriori e plurime manifestazioni delle quali si impone all'Ordinamento costituzionale il riconoscimento e la necessaria tutela al fine di consentire all'uomo di sviluppare la propria personalità⁴⁷.

In *primis* questa particolare accezione sociale del principio personalista postula l'individuazione di una «dimensione democratico-partecipativa dei diritti»⁴⁸ che condiziona l'azione dei soggetti pubblici. Se la persona umana è un soggetto naturalmente sociale e se i suoi diritti inviolabili sono posti a fondamento dell'Ordinamento nelle sue varie articolazioni quale condizione primaria per la legittimità di tutte le funzioni pubbliche, non può che conseguire che i titolari dei diritti possano, o comunque dovrebbero, essere coinvolti nell'esercizio di tali funzioni secondo forme e titoli diversi⁴⁹. Per un secondo verso, questo contatto tra titolarità dei diritti e poteri deputati a tutelarli assume una propria autonoma consistenza e sostanzialità laddove il Costituente ha definitivamente sancito e preso atto della socialità partecipativa della persona nella dimensione politica e nella relazione con le funzioni pubbliche. È da questo riconoscimento che discende la tutela dei «rapporti politici» ovverosia di quelle particolari e plurime posizioni giuridiche soggettive attraverso il cui esercizio la persona può estrinsecare la propria autonomia nei rapporti con quel potere con cui essa è unita agli altri individui in quello specifico spazio relazionale che sovente si definisce «società politica»⁵⁰. In ultimo, in senso complementare a quanto esposto, il principio personalista si impone come fondamento assiologico per la salvaguardia di quelle particolari aggregazioni umane, diverse dalla società politica e che in esse sussistono, nelle quali la persona esprime e può sviluppare sé stessa. Centrale sul punto è ancora l'articolo 2 della Carta Fondamentale laddove esso prevede il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Più segnatamente, queste formazioni sociali costituiscono quel particolare

⁴⁶ Così G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, cit., 22. In termini analoghi, anche, G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1974, p. 1098 ss. In senso affine, in una prospettiva comparata a proposito del valore sociale della dignità nel «nomos europeo», M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli Editore, Firenze, 2010.

⁴⁷ Emerge in questa prospettiva l'asserzione di autorevolissima dottrina che, sulla scorta di una diversa interpretazione dell'articolo 2 Cost., riconosce nella libertà personale di cui all'art. 13, non solo un inviolabile diritto civile (negativo), ma il valore fondamentale della libertà (positiva) della persona nelle sue inesauribili direzioni ed esplicazioni, matrice di tutti i singoli diritti personali. Così F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., pp. 11-12.

⁴⁸ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 178.

⁴⁹ Sul punto, R. MANFRELOTTI, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 75.

⁵⁰ Per una più approfondita analisi del concetto di società politica e dei suoi connotati nel diritto costituzionale M. DOGLIANI - I. MASSA PINTO, *Elementi di Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 267 ss.



spazio relazionale inter-soggettivo la cui garanzia di esistenza giuridica e protezione è da rinvenirsi nel nesso teleologico con lo sviluppo della persona che può estrinsecarsi nella dimensione economica, relazionale o affettiva, apparendo così il concetto di formazione sociale onnicomprensivo di tutte le proteiformi aggregazioni nelle quali la persona può svolgere la propria personalità, come ad esempio lo Stato medesimo⁵¹. In questa peculiare prospettiva il principio personalista, nella sua declinazione pluralista, offre riconoscimento e salvaguardia sia alle particolari posizioni soggettive che hanno ad oggetto la relazione tra persona e formazione sociale, denominate «libertà collettive»⁵², sia anche alla pluralità eterogenea di formazioni che godono di una propria dignità a cui può corrispondere anche, nelle forme del diritto positivo, l'attribuzione di una propria soggettività giuridica che si affianca a quelle delle singole persone⁵³.

3. *Dominium* e responsabilità: i paradigmi religiosi sulla relazione tra uomo e animali alla luce della *Laudato si'*.

Il sapere religioso si è spesso confrontato con il mondo animale e con le sue coordinate fenomeniche, ben prima di quanto abbiano fatto le scienze naturali e il diritto. L'interpretazione teologica dei rapporti tra uomo e animali è sovente sfociata nella costruzione di categorie relazionali tra loro divergenti, le quali sembrano essere ancora presenti e "infuse" nella trasversale riflessione sull'essere e sul dover essere degli animali⁵⁴. Come esposto in premessa, il presente contributo si pone l'obiettivo di comprendere segnatamente quali siano i paradigmi relazionali che hanno avuto origine dalla e nella esperienza religiosa di matrice cristiana, sia per il suo notevole peso specifico nell'evoluzione del sapere umano, sia per coglierne gli eventuali spunti di interesse e le possibili convergenze in una prospettiva multidisciplinare, considerata l'esistenza di una comune radice ideologica tra teologia e Costituzione che è rappresentata dal valore intrinseco e supremo della persona umana. Si evidenzia sin da subito che non è certamente possibile in questa sede proporre un'approfondita analisi diacronica del troppo copioso sviluppo teologico, potendosi delineare due specifiche declinazioni che sono sintetizzate nella costruzione dei paradigmi teologici del dominio e della responsabilità.

⁵¹ Così E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 19 ss.

⁵² Sulla natura e sulla consistenza di queste particolari libertà, connesse alla natura sociale della persona umana, che attraversano trasversalmente tutta la Parte I della Carta Fondamentale, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 369 ss.

⁵³ Sul punto, C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., pp. 156-157.

⁵⁴ Si pensi all'innegabile impatto culturale dell'esperienza religiosa sulla genesi del costituzionalismo andino. La presenza storica di una religiosità tipicamente animista -la quale, come messo in luce in precedenza, si fonda su una visione diffusa e non prettamente personalistica della divinità -ha, difatti, comportato delle evidenti ricadute sulla "costruzione" delle categorie giuridiche della tutela ambientale negli Ordinamenti che afferiscono a tale peculiare specie di "costituzionalismo", categorie che possono forse sembrare distanti rispetto a quelle elaborate nel costituzionalismo europeo, come, ad esempio, il riconoscimento di una soggettività giuridica alla "Madre Terra" o anche ad altre entità naturali. Sul punto, M.R. RIPOLLES SERRANO, *Nueva Constitucion de la Republica del Ecuador. Estudio preliminar*, in *Revista de las Cortes Generales*, 2008, p. 207 ss.; P. BENALCÁZAR ALARCÓN, *Il Buen Vivir - sumak kawsay -la costruzione di un paradigma per una diversa umanità (Ecuador)*, in R. MARTUFI - L. VASAPOLLO (a cura di), *Futuro indigeno. La sfida delle Americhe*, Jaca Book, Milano, 2009, p. 327 ss.



Secondo una prima e più tradizionale riflessione sostenuta, ad esempio, da Tommaso d'Aquino, la relazione tra uomo e animale deve essere decifrata secondo la categoria del «*dominium*» sulla scorta del quale la creatura umana possiederebbe l'originario diritto di «soggiogare e dominare» il creato e tutto quanto v'è contenuto sulla terra⁵⁵. Secondo questa concettualizzazione la legittimazione di questa speciale potestà dell'uomo sulla natura sarebbe da ricercarsi nella sua superiorità ontologica in quanto unico essere creato ad immagine e somiglianza del Creatore⁵⁶, eccellendo per tale ragione su tutte le altre creature viventi⁵⁷, soprattutto per la capacità di ordinare sé stesso secondo intelligenza e volontà per raggiungere il bene o rifiutarlo⁵⁸. È a fronte dell'identificazione di tale privilegio ontologico che questa particolare riflessione ritiene che l'uomo sia definibile «persona»⁵⁹, evidenziando al riguardo che proprio alla luce del peculiare possesso delle facoltà razionali è consentita la qualificazione della creatura umana, a differenza di tutti gli altri esseri viventi animali o vegetali, di ente dotato di libero arbitrio in ragione del quale sarebbe altresì possibile connotare eticamente e giuridicamente i suoi atti⁶⁰.

Questa particolare ricostruzione "teo-ontologica" contempla dunque, come assunto primario, la centralità dell'uomo nel creato risiedendo ciò nella circostanza che egli è stato plasmato ad immagine e somiglianza del Creatore⁶¹, divenendo in questa prospettiva il tema della salvaguardia animale, così come più in generale la questione dei rapporti dell'uomo

⁵⁵ Il fondamento teologico di tale relazione è individuato secondo tale tesi nei testi biblici, in particolar modo nei (sicuramente noti) racconti della creazione contenuti nel Libro della Genesi ove sono riportati, con linguaggi e immagini diverse, i modelli di rapporto dell'uomo con il creato. Per una più accurata disamina ermeneutica sul contenuto di tali racconti si rimanda il lettore ad A. GHIRLANDA, *Antico Testamento. Introduzione Biblica*, San Paolo Editore, Cinisello Balsamo (MI), 2012, p. 56 ss.

⁵⁶ La principale narrazione tomista della superiorità dell'uomo sugli animali, basata sul rapporto privilegiato dell'uomo con il Creatore, è presente al capitolo X, Libro III, del «*De regimine principum ad regem Cyprum*». Il tema è affrontato anche in diversi articoli della *Somma Teologica*, evidenziando preliminarmente che per, quanto concerne i richiami all'opera *magna* di Tommaso d'Aquino, si adopererà in questo elaborato la tradizionale abbreviazione *Summa Theologiae*, seguita dal numero di sezione, questione e articolo.

⁵⁷ *Summa Theologiae*, I-II, q. 91, a. 2, ove Tommaso specifica come l'esistenza nell'uomo sia di una «inclinazione verso cose più specifiche, per la natura che ha in comune con gli altri animali. Come l'unione del maschio con la femmina, la cura dei piccoli, e altre cose consimili» sia l'esistenza di una speciale «inclinazione verso il bene che è conforme alla natura della ragione, e che è propriamente umano: l'inclinazione naturale, ad esempio, a conoscere la verità su Dio, e a vivere in società».

⁵⁸ In tal senso, *Summa Theologiae*, I-II, q. 13, a. 6, in cui Tommaso afferma che «l'uomo ha facoltà di volere o non volere, di agire o non agire; ed ha la facoltà di volere, ovvero di compiere, questa o quell'altra cosa».

⁵⁹ *Summa Theologiae*, I, q. 29, a. 3, ove, soffermando l'attenzione sulla possibile attribuzione a Dio della qualifica di persona, Tommaso evidenzia che «La persona significa quanto di più nobile c'è in tutto l'universo, cioè il sussistente di natura razionale».

⁶⁰ Ad esempio, ben sintetizza la superiorità e la diversità ontologica dell'uomo nei suoi riflessi morali e giuridici, secondo un'impostazione tipicamente tomista, N.M. LOSS, *La dignità dell'uomo nella dottrina biblica*, in G. CONCETTI (a cura di), *I Diritti umani, dottrina e prassi*, Editrice Ave, Roma, 1982, p. 244, ove l'Autore evidenzia come «La posizione unica dell'uomo nel creato e i suoi diritti dipendono dal fatto che tutti gli altri esseri viventi vengono sì all'esistenza per comando di Dio, ma questo si limita ad ordinare la loro nascita. In quanto immagine del Creatore l'uomo può soggiogare gli altri esseri viventi».

⁶¹ In questi termini G. VON RAD, *Genesi*, Paideia, Brescia, 1978.



con la natura, una mera questione antropologica⁶²: dall'accettazione del paradigma del *dominium* non può difatti non discendere che tutti gli esseri viventi siano da considerarsi in funzione dell'uomo, potendosi avere per esse soltanto talune limitate e indirette tutele⁶³. Come esposto in precedenza, questa lettura fortemente antropocentrica è stata con veemenza criticata per aver legittimato sul piano teologico-spirituale lo sfruttamento incondizionato della natura, con l'accusa di aver essa concorso ideologicamente alla genesi dell'attuale crisi ecologica nelle sue varie manifestazioni. È proprio dinnanzi all'onere di tale accusa che ha avuto origine la mentovata impostazione eco-teologica. Questo diverso atteggiamento rispetto al problema del rapporto dell'uomo con il creato si è poggiato su diversi fondamenti che possono così brevemente sintetizzarsi. In primo luogo, con un differente e più approfondito approccio ermeneutico ai racconti della creazione si è evidenziato che dai testi biblici non sembra potersi ricavare la legittimazione di un diritto assoluto di dominio sulla natura, ma, al contrario, pare emergere l'esistenza di un potere-dovere dell'uomo verso il creato in termini di direzione e custodia⁶⁴, costituendo egli non il suo *dominus*, ma il suo guardiano «a cui è affidata la potestà di far prosperare le altre creature, distinto da esse ed animato dallo stesso spirito vitale»⁶⁵. In secondo luogo, è stata ripresa e legittimata la domanda teologica sul concetto di sofferenza della natura e degli animali⁶⁶, superando con un'impostazione prettamente esperienziale l'obiezione sull'irrilevanza delle questioni ecologiche⁶⁷, mettendo al centro del discorso «la comunità di tutti gli esseri viventi»⁶⁸ le quali, al pari dell'uomo, sarebbero in relazione con il Creatore.

Questi differenti approcci non devono, tuttavia, essere intesi come impostazioni totalmente omogenee al loro interno, ma come frutto di esperienze teologiche diverse che possono armonizzarsi. Una sintesi aperta tra le divergenti posizioni è individuabile, a titolo rappresentativo, nel Catechismo della Chiesa Cattolica laddove, a proposito dei rapporti che

⁶² In tal senso H. COX, *The secular city*, MacMillan Company, New York, 1965.

⁶³ È questa la visione che emerge ad esempio in *Summa Theologiae*, I-II, q. 102, a. 6, ove Tommaso interpreta le antiche prescrizioni ebraiche che imponevano il rispetto per alcune categorie di animali - come il rifiuto di alcune tipologie di carni, il rigetto del sangue animale nell'alimentazione ovvero ancora la prescrizione di norme rituali sulla macellazione degli animali - mettendo in risalto come esse avessero un fondamento morale nella sola misura del benessere della salute umana. Sulla scorta di questa prospettiva prettamente antropocentrica, Tommaso, constatando l'esistenza della sofferenza nel mondo animale, ritiene tuttavia che «chi si esercita nella misericordia verso gli animali, sia più disposto alla misericordia verso gli uomini».

⁶⁴ In questi termini, G. RAVASI, *Antico Testamento. Introduzione*, Hoepli, Casale Monferrato (AL), 1991, p. 145 ss., ove può leggersi una precisa ricostruzione esegetica della radice ebraica del verbo dominare dalla quale emerge il nesso semantico con l'attività del pastore, senza connotazioni di brutta supremazia.

⁶⁵ Così P. DE BENEDETTI, *Teologia degli animali*, Morcelliana, Brescia, 2007, p. 66.

⁶⁶ Sul concetto di sofferenza della natura, a partire dalla teologia paolina, A. GIGLIOLI, *L'uomo o il creato? Ktisis in S. Paolo*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1994.

⁶⁷ Sul punto J. MOLTMANN, *Dio nella creazione*, Morcelliana, Brescia, 1986, p. 15, il quale già da tempo ha esortato i teologi «a porsi il problema di conoscere la natura a partire da Dio: quale nuovo atteggiamento mentale e pratico da assumere nei confronti della natura, se essa è vista come creazione di Dio».

⁶⁸ In questi termini E. BIANCHI, *La salvezza delle creature*, in E. BIANCHI - P. CHIARANZ - A. MICHON (a cura di), *Uomini e animali*, Ed. Qiqajon, Magnano (BI), 2011, pp. 15-16.



l'uomo dovrebbe tenere rispetto alla creazione, è riconosciuto come «La signoria sugli esseri inanimati e sugli altri viventi accordata dal Creatore alla persona umana non è assoluta, dovendo misurarsi con la sollecitudine per la qualità della vita del prossimo, compresa quella delle generazioni future»⁶⁹. Come affermato in premessa, la questione ecologica e il tema della salvaguardia degli animali hanno trovato nell'Enciclica *Laudato si'* di Francesco una propria centralità nel Magistero ecclesiale che, «a partire da un confronto con il contesto attuale»⁷⁰, ha in forma definitiva abbandonato le pretese autoreferenziali del “sapere religioso” al fine «di guardare la realtà con sincerità e vedere che c'è un grande deterioramento della casa comune»⁷¹, determinato «da una sola e complessa crisi socio-ambientale»⁷². Quale soluzione a questa grande e multiforme crisi Francesco, in qualità di capo della Chiesa Cattolica, offre la propria visione, segnatamente fondata «su una ecologia integrale che comprenda chiaramente le dimensioni umane e sociali»⁷³.

Nell'enciclica vengono primariamente tracciati i caratteri esistenziali dell'uomo, mettendo in luce i danni socio-ecologici causati proprio dall'ideologia del dominio e ri-evidenziando, in risposta alle antiche posizioni a sostegno di ciò, come la dimensione corporale umana sia costituita «dagli stessi elementi del pianeta»⁷⁴. Da questo legame originario con la terra discende la sussistenza di un rapporto ancestrale tra tutti gli esseri viventi la cui conoscenza passa attraverso un approccio olistico⁷⁵.

Riprendendo il dato teologico di tradizione tomista, Francesco tuttavia rigetta anche le visioni marginalizzanti l'uomo⁷⁶, ribadendone la centralità nella creazione: la relazione originaria con la natura per l'uomo assume difatti una connotazione speciale in quanto «l'essere umano per la sua dignità unica e per l'essere dotato di facoltà intellettive, è chiamato a rispettare il creato con le sue leggi interne»⁷⁷. È proprio nel riconoscimento della centralità esistenziale dell'uomo nell'orizzonte esistenziale della comune, e a tratti misteriosa, provenienza di tutte le specie viventi che Francesco individua la chiave di volta per ri-leggere le cifre del rapporto dell'uomo con la natura, descrivendo al contempo le

⁶⁹ *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Città del Vaticano, 2017, n. 2416. Quanto ai comportamenti umani verso gli altri esseri viventi precisa il Catechismo che «È legittimo servirsi degli animali per provvedere al nutrimento o per confezionare indumenti. Possono essere addomesticati, perché aiutino l'uomo nei suoi lavori e anche a ricrearsi negli svaghi. Le sperimentazioni scientifiche sugli animali sono pratiche moralmente accettabili, se rimangono entro limiti ragionevoli e contribuiscono a curare o salvare vite umane».

⁷⁰ LS, 17.

⁷¹ LS, 61.

⁷² LS, 139.

⁷³ LS, 137. La scelta dell'attributo «integrale» sembra esser un chiaro riferimento al testo «Umanesimo integrale» di Jacques Maritain, lettura alquanto nota anche ai Costituenti personalisti.

⁷⁴ LS, 2.

⁷⁵ LS, 138, ove si afferma che «Come i diversi componenti del pianeta -fisici, chimici e biologici -sono relazionati tra loro, così anche le specie viventi formano una rete che non finiamo mai di riconoscere e comprendere. Buona parte della nostra informazione genetica è condivisa con molti esseri viventi. Per tale ragione, le conoscenze frammentarie e isolate possono diventare una forma d'ignoranza se fanno resistenza ad integrarsi in una visione più ampia della realtà».

⁷⁶ LS, 119.

⁷⁷ LS, 69.



conseguenze dell'unica grande crisi socio-ambientale. In particolare, a proposito degli effetti della perdita della biodiversità, Francesco offre una lucida riflessione integrale, rimarcando quali siano gli effetti dell'estinzione delle specie viventi vegetali e animali a causa dell'attività umana. La scomparsa o la riduzione numerica di molte forme di vita, come ivi ben evidenziato, prima di essere causa di un danno economico all'uomo per la perdita di risorse naturali da sfruttare, è da considerarsi un fenomeno negativo in sé poiché le specie estinte, anche se forse considerate insignificanti rispetto al comune sentire, sono e possiedono un «valore» in sé medesime che viene smarrito assieme alla funzione naturale che quelle creature assolvono, determinandosi così effetti nocivi per tutto il creato⁷⁸. A fronte di ciò, è possibile identificare nella ricostruzione, anzitutto di carattere esistenziale, offerta dalla *Laudato si'*, due principali direttive etiche oltreché teologiche in risposta alla crisi ecologica, direttive fondate sul rigetto definitivo della tesi teologica del «dominio assoluto dell'uomo sulla natura»⁷⁹ e sull'identificazione di un nuovo paradigma «integrale»⁸⁰, edificato sulla «responsabilità»⁸¹ dell'uomo nei confronti dell'intero creato. La prima direttiva ha come oggetto l'agire "ecologico" verso il creato nella sua materialità: l'uomo, come essere dotato di ragione⁸², da un lato deve tener conto del «dovuto rispetto delle leggi della natura e dei suoi delicati equilibri, dall'altro deve rispettare l'obbligo di custodire e condurre verso un comune fine, senza scopi meramente egoistico-dispotici, la natura e la comunità dei viventi»⁸³. La seconda direttiva è invece rivolta all'agire ecologico-comunitario, alla luce dell'unicità di crisi sociale e ambientale⁸⁴: nell'individuare le concrete condizioni dell'azione⁸⁵, sia il singolo sia le aggregazioni politiche hanno l'onere di guardare al rapporto tra società e natura come ad un'unica dimensione nella quale «ogni lesione della solidarietà e dell'amicizia civica provoca danni ambientali»⁸⁶.

4. L'incerto status giuridico dell'animale nell'esperienza giuridica italiana.

L'analisi dell'esperienza religiosa cristiana con le sue abbozzate riflessioni costituisce un efficace parametro di riferimento per valutare l'ampiezza materiale della questione valoriale degli animali, essendone al contempo una delle principali variabili ideologiche. Con l'evoluzione della coscienza collettiva e dell'attenzione posta negli ultimi decenni dalla questione animale si può osservare come ai diversi prototipi relazionali, fondati sulla asserita centralità e supremazia umana, si sono accostate le divergenti ricostruzioni concettuali che, in senso ampio ed eterogeneo, scorgono negli animali e/o nella natura una "ipseità"

⁷⁸ LS, 33-34.

⁷⁹ LS, 67.

⁸⁰ LS, 112.

⁸¹ LS, 78.

⁸² LS, 68.

⁸³ In questi termini LS, 82-83. La tesi secondo cui gli animali, così come anche gli altri elementi naturali, abbiano una propria e irriducibile dimensione esistenziale, valutabile non solo per l'essere in funzione del benessere umano, è ripresa in diverse parti dell'enciclica, ad esempio, nel paragrafo 69.

⁸⁴ LS, 48.

⁸⁵ LS, 49.

⁸⁶ LS, 144.



indipendente dall'uomo o dal suo benessere, essendo in sé stessa meritevole di attenzione⁸⁷. Le molteplici commistioni tra queste diverse concettualizzazioni rappresentano il fertile *humus* pre-giuridico con cui il «diritto animale»⁸⁸ deve necessariamente confrontarsi. In questo contributo si offre l'analisi solo di una porzione minima del vasto dato giuridico sulla salvaguardia dell'animale, circoscrivendo la riflessione critica all'ambito normativo italiano e ai suoi principali formanti, sia per la prossimità rispetto all'oggetto della presente indagine, sia per il suo essere rappresentativo degli effetti dell'integrazione del diritto europeo⁸⁹.

Da un primo sguardo all'abbondante sostrato normativo appare subito evidente l'assenza, almeno fino alla l. cost. n. 1/2022, di un uso esplicito della dicitura «animale» o quantomeno di suoi sinonimi nelle varie disposizioni della Carta Fondamentale⁹⁰. Secondo una prima

⁸⁷ In questo ampio orizzonte rientrano visioni divergenti come l'anti-specismo utilitarista del già menzionato Peter Singer, il biocentrismo di Robert Lanza e l'eco-centrismo di Arne Næss e della sua *deep ecology*. Per una miglior comprensione dell'uso che si farà di tali concetti nel proseguo del presente contributo si mette in luce che può -in senso ampio -definirsi «eco-centrico» quel particolare approccio ideologico che guarda alla «Natura» come centro del sistema valoriale, dovendosi intendere tale concetto come l'insieme dinamico di tutti i fattori che compongono l'ambiente -sia elementi viventi come l'uomo, gli animali, le piante sia elementi non viventi come la terra, l'acqua -che da considerarsi maggiore rispetto alla mera somma di tali componenti. Questa specifica impostazione ideologica, come facilmente deducibile, è radicalmente in opposizione con l'antropocentrismo, approccio che al contrario, come evidenziato a proposito dell'esperienza cristiana, pone al centro del sistema di valori l'uomo. L'eco-centrismo si distingue altresì dall'approccio «biocentrico», impostazione ideologica che pone al centro del sistema valoriale non la Natura in sé stessa considerata, ma gli esseri viventi che abitano la terra, tutti asseritamente dotati di pari dignità perché dotati di un particolare principio vitale. La diversità dei predetti approcci -come potrà osservarsi soprattutto a proposito delle diverse interpretazioni sulla portata della revisione dell'articolo 9 -sono particolarmente evidenti nella categorizzazione dell'animale e della sua costruzione della sua tutela: mentre l'impostazione eco-centrica guarda alla vita animale come un fattore dell'ambiente naturale che è meritevole di protezione normativa in ragione di questo legame, l'impostazione biocentrica ritiene che la salvaguardia degli animali e anche del singolo animale sia ideologicamente legittimata dal fatto che la creatura in-umana, come l'uomo, sia un essere vivente.

⁸⁸ Il riferimento terminologico è di L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in S. CASTIGNONE - L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 249.

⁸⁹ Si precisa sul punto che un ruolo determinante in materia di tutela degli animali è da ascrivere anche al diritto internazionale: le numerose convenzioni sottoscritte negli ultimi decenni hanno, difatti, fornito un indispensabile apporto (previamente) "culturale" e normativo per l'evoluzione delle tutele degli esseri animali, soprattutto in ordine al tema della biodiversità e della salvaguardia degli animali da compagnia. Per una disamina sulla portata del diritto internazionale in materia di protezione degli animali, D. CAO - S. WHITE (eds.), *Animal Law and Welfare. International Perspectives*, Springer, Berlin, 2016.

⁹⁰ Si osserva al riguardo che questa originaria lacuna di ordine esplicativo non sembrava esser stata colmata dal riconoscimento di un rilievo costituzionale alla tutela dell'ambiente con la revisione del Titolo V del 2001 ad opera della l. cost. n. 3/2001 mediante la quale è stato riformulato il testo dell'art. 117, co. 2, includendovi la nozione di «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema». Al netto dei notevoli effetti che la riforma ha prodotto in particolar modo nella giurisprudenza costituzionale e nell'equilibrio istituzionale, sotto il profilo valoriale-materiale il revisore sembra non aver preso una posizione chiara, essendosi limitato teleologicamente alla identificazione di una nuova materia di competenza esclusiva dello Stato al fine (incompiuto) di regolare i conflitti tra quest'ultimo e le regioni. Sul punto, *ex multis*, D. AMIRANTE, *Profili di costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. I, Cedam, Padova, 2013, p. 258 ss.



opinione la principale motivazione del silenzio sarebbe da individuarsi nella fisiologica - benché giustificata dalle contingenze storico-culturali - «indifferenza» del Costituente verso le tematiche inerenti alla tutela della natura⁹¹, mentre, secondo una parzialmente diversa visione, questo silenzio sarebbe, al contrario, indice di una precisa scelta ideologica da ascrivere alla volontà primaria che l'intera struttura costituzionale poggi sulla persona umana, potendosi impostare ogni possibile questione nella sola prospettiva antropocentrica. A sostegno di quest'ultima opinione si evidenzia l'esistenza di impliciti riferimenti concettuali agli animali già nella previgente formulazione dell'articolo 117 Cost. ove vi si nominavano le materie «caccia» e «pesca nelle acque interne», risultando questi richiami significativi ed esemplificativi della impostazione di fondo del Costituente che riconosceva, demandandone la disciplina allo Stato e alle Regioni, rilievo costituzionale a talune attività afferenti agli animali per la loro dimensione economica o sociale⁹².

Di questa "antropizzazione" del mondo animale possono cogliersi le perduranti tracce soprattutto all'interno dei codici fondamentali nei quali questa caratteristica mantiene ancora un forte peso ideologico. Difatti, mentre dalle disposizioni del codice civile si evince la predominanza della natura meramente economica dell'animale quale mera *res*⁹³, nelle disposizioni del codice penale emerge una connotazione «etico-sociale» dell'animale⁹⁴, essendovi esso salvaguardato o come bene patrimoniale proprio in correlazione al diritto privato⁹⁵ oppure come oggetto di un sentimento umano ai sensi del più volte novellato art. 727 c.p. in materia di «polizia dei costumi»⁹⁶. L'esistenza, anche nell'orientamento iniziale

⁹¹ In questi termini G. GRASSO, *Appunti per l'Audizione informale resa il 4 febbraio 2020, presso la 1 a Commissione (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica sul disegno di legge costituzionale n. 83 e connessi*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020, p. 7.

⁹² Entrambe le materie ricevevano un'articolata regolamentazione nell'Ordinamento del Regno d'Italia: mentre il Testo Unico n. 1604/1931 dettava una minuziosa disciplina normativa per la regolazione della pesca che, in quanto sfruttamento delle ingenti risorse marine, assumeva un'importante dimensione economica, il Regio Decreto n. 1016/1939 disponeva una complessa regolamentazione della caccia, attività il cui esercizio si contraddistingueva per l'impatto sociale in relazione, soprattutto, alla necessaria salvaguardia dell'ordine pubblico.

⁹³ Ai sensi dell'immodificato art. 812 del codice civile l'animale rappresenta, richiamando la secolare tradizione romanistica, una cosa mobile, corroborando questa interpretazione tipicamente oggettivizzante della creatura in-umana anche la formulazione dei successivi articoli 924, 925 e 926, dedicati propriamente ai modi di acquisto della proprietà su determinate tipologie di animali. Sul punto *ex plurimis*, B. BIONDI, *Cosa mobile ed immobile (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. IV, Utet, Torino, 1959, p. 1024 ss.

⁹⁴ A titolo esemplificativo di questa visione che ricalca la precedentemente osservata prospettiva tomistica, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Tomo II, Utet, Torino, 1939, p. 832, ove si rileva che la tutela dell'animale trova la sua ragione nel «sentimento comune di umanità verso gli animali, il quale può rimanere gravemente turbato, con pericolo di dannosi riflessi sul sentimento di civile mitezza in genere». Analogamente, D. PASTINA, *Animali*, in *Enc. dir.*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 732, secondo cui «verso l'animale si esplica il senso di pietà o di protezione dell'uomo, quando non anche di affetto».

⁹⁵ Questa prospettiva, strettamente connessa all'identificazione dell'animale come mera *res*, emerge con chiarezza all'art. 638 c.p. ove si prevede «Chiunque senza necessità uccide o rende inservibili o comunque deteriora animali che appartengono ad altri è punito con [...]».

⁹⁶ Nella sua originaria formulazione l'articolo disponeva che «Chiunque incrudelisce verso animali senza necessità o li sottopone a strazio o sevizie o a comportamenti e fatiche insopportabili per le loro



della Carta Fondamentale, e la persistenza di questo multidimensionale paradigma meta-normativo “oggettivizzante” gli animali rappresenta la prima coordinata ermeneutica per interpretare l’esperienza giuridica in materia e l’attuale dato positivo all’interno del quale nuove forme di tutela degli esseri viventi in-umani si sono affiancate o sovrapposte a questi abbozzati modelli più risalenti. Una delle principali cause di questo parziale cambiamento culturale del diritto animale è identificabile, come si è detto in precedenza, nel processo di integrazione del diritto europeo che, rispetto a tale ambito, pare caratterizzarsi per l’esistenza di due diverse e complementari impostazioni.

In una prima configurazione il legislatore europeo ha inquadrato il tema della salvaguardia degli animali nel più ampio alveo della tutela ambientale che ha rappresentato ed ancora costituisce un asse primario dell’azione politica delle Istituzioni europee⁹⁷. In questo rapporto di continenza-dipendenza con la salvaguardia dell’ambiente, gli animali sono difatti divenuti destinatari di una particolare attenzione in quanto elementi integranti delle correlate nozioni di «ecosistema»⁹⁸ e «biodiversità»⁹⁹, le quali hanno nel diritto europeo, a fronte dello sviluppo dell’ecologia come scienza e come valore, assunto un rilievo giuridico peculiare, divenendo due distinte e complementari dimensioni della onnicomprensiva protezione dell’ambiente naturale.

Questo particolare interesse d’indole ecologica è affiorato, ad esempio, nella Direttiva «uccelli»¹⁰⁰, nella Direttiva «habitat»¹⁰¹, nel programma «LIFE»¹⁰², provvedimenti nei quali la tutela degli animali è compresa soprattutto come un problema di protezione ambientale transnazionale¹⁰³. La recezione della legislazione europea nell’Ordinamento interno ha corroborato la nascita del diritto ambientale come settore normativo specifico -determinando

caratteristiche, ovvero li adopera in giuochi, spettacoli o lavori insostenibili per la loro natura, valutata secondo le loro caratteristiche anche etologiche, o li detiene in condizioni incompatibili con la loro natura o abbandona animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività è punito con [...]». Come si evidenzierà a breve, l’articolo ha subito una radicale modifica, residuando adesso solo l’indicazione dei reati di «abbandono di animali domestici» e di «detenzione di animali in condizioni incompatibili con la loro natura».

⁹⁷ Sul punto, *ex multis*, B. CARAVITA - L. CASSETTI - A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 83 ss.

⁹⁸ Sotto un profilo oggettivo con la locuzione ecosistema può essere indicato il complesso dinamico di comunità di piante, animali e microrganismi e del loro ambiente non vivente, che interagiscono come unità funzionale, comprendente diversi tipi di *habitat* e popolazioni di specie.

⁹⁹ Secondo la Convenzione sulla Diversità Biologica sottoscritta durante gli Accordi di Rio de Janeiro, ratificata in Italia con la l. n. 194/1994 e successivamente approvata nell’Ordinamento europeo, la biodiversità rappresenta il grado di ricchezza vitale esistente in un determinato ambiente naturale, assumendo anch’essa come l’ecosistema una propria dimensione e tutela giuridica.

¹⁰⁰ Direttiva CEE n. 409/1979 relativa alla conservazione degli uccelli selvatici, abrogata dall’attualmente vigente Direttiva CE n. 147/2009 dal contenuto omogeneo.

¹⁰¹ Direttiva CEE n. 943/1992 relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche con cui tra l’altro era istituita la rete ecologica europea «Natura 2000».

¹⁰² Il programma LIFE, istituito originariamente dal Regolamento CEE 92/1973 e più volte modificato, rappresenta un essenziale strumento di politica economica in materia ambientale attraverso cui sono finanziati, almeno fino al 2027, diversi progetti di salvaguardia della natura in una prospettiva eco-sostenibile.

¹⁰³ Così S. GRASSI, *Tutela degli animali nella “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”*, in S. CASTIGNONE - L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, cit., p. 316.



ad esempio una rivisitazione contenutistica delle predette materia di caccia e pesca fino a giungere all'inserimento in Costituzione della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» all'art. 117 con la modifica del titolo V¹⁰⁴ -nel quale l'attività e l'attivismo della giurisprudenza costituzionale hanno condotto all'individuazione di nuove forme e impostazioni di tutela della natura e degli animali¹⁰⁵, secondo un paradigma parzialmente «emancipato dalla mera dimensione antropocentrica»¹⁰⁶.

In una seconda e diversa configurazione il legislatore europeo ha posto attenzione al tema della protezione animale in un senso non prettamente naturalistico, approcciando all'animale quale entità meritevole, anche nella propria singolarità, di una particolare tutela apprestata dall'Ordinamento europeo. Questa prospettiva meta-giuridica, emancipata dagli interessi ecologico-ambientali, è emersa ad esempio nelle Direttive CE in materia di macellazione e di allevamenti nn. 119/1993 e 76/1999 nonché nel Regolamento CE n. 1/2005 in materia di protezione degli animali durante il trasporto, trovando una propria espressione e disciplina di rango primario nell'attuale formulazione dell'articolo 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea laddove si prende atto della rilevanza giuridica del «benessere» dell'animale, specificamente qualificato come «essere senziente»¹⁰⁷. Il riconoscimento di uno *status* peculiare e della tutela del benessere animale attraversa trasversalmente una parte della legislazione europea successiva, come nel caso

¹⁰⁴ Per una disamina più approfondita C. LOSAVIO, *Contenuto e confini di vecchie e nuove materie in evoluzione, L'agricoltura, la pesca, la caccia e l'alimentazione*, in S. MANGIAMELI - A. FERRARA - F. TUZI (a cura di), *Il riparto delle competenze nell'esperienza regionale italiana tra materie e politiche pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 722-742.

¹⁰⁵ Chiamata in innumerevoli casi a dirimere questioni attinenti alle competenze dei soggetti pubblici, la Corte costituzionale ha manifestato una particolare sensibilità ecologista, risultando il suo ruolo determinante non solo per la risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e regioni, quanto soprattutto per l'identificazione di quali siano i contorni del complesso bene-ambiente all'interno del quale ha trovato spazio la salvaguardia degli animali. A titolo esemplificativo di questo essenziale ruolo ermeneutico, Corte cost. sent. n. 210/1987 ove stato statuito che la nozione di ambiente comprende «la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni [...] valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione». Per un approfondimento sul punto, M. CECCHETTI, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *federalismi.it*, n. 7/2009.

¹⁰⁶ In questi termini D. PORENA, *'Ambiente': complessità di una nozione giuridica. I tentativi di offrirne una ricostruzione costituzionale emancipata dalla dimensione 'antropocentrica'*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, n. 3/2020.

¹⁰⁷ Ove è previsto che «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». La formulazione dell'articolo riprende parzialmente il contenuto della precedente Dichiarazione n. 24 allegata all'atto finale del Trattato sull'Unione Europea del 1991 e del Protocollo sulla protezione ed il benessere degli animali, allegato al Trattato di Amsterdam.



esemplificativo dei Regolamenti CE nn. 1099/2009¹⁰⁸ e 1223/2009¹⁰⁹, atti normative dalla cui lettura sembra per la verità trasparire che l'obiettivo di fondo del decisore politico europeo non sia preservare in *re ipsa* la vita della creatura in-umana, ma prevenire e ridurre le sofferenze inutili agli animali per il loro essere senzienti¹¹⁰.

Il concetto di benessere, sovente identificato nella qualità della vita di un animale come viene percepita dallo stesso, sembra connotarsi per un generale carattere di ambiguità non solo per la difficoltà di riconoscerne scientificamente gli indici di individuazione¹¹¹, ma soprattutto per il disallineamento di questo interesse giuridicamente rilevante -per come descritto nella legislazione europea -rispetto al portatore fisiologico di questo interesse che è sì qualificato come essere senziente, ma non espressamente come suo soggetto titolare.

Come ben rilevato criticamente in dottrina, nonostante la positività dell'introduzione della disposizione quale punto di avvio di una «costituzionalizzazione europea del diritto animale»¹¹², dalla mancata menzione di un esplicito riconoscimento della soggettività animale all'articolo 13 TFUE può evidenziarsene il carattere di norma compromissoria tra la possibilità -non realizzata né esplicitata *apertis verbis* -di riconoscere nell'animale un soggetto titolare di interessi giuridicamente rilevanti a prescindere dal rapporto con l'uomo, con la tutela sovente prevalente degli opposti interessi umani¹¹³. Questa tensione di fondo si manifesta in diverse forme normative laddove, ad esempio, sono ancora consentite nello spazio europeo alcune particolari attività umane capaci di causare sofferenze, reputate inutili, agli animali come le macellazioni rituali senza stordimento, tipiche di alcuni culti religiosi, ovvero talune attività folkloristiche¹¹⁴, sebbene possa rinvenirsi nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia un orientamento più «benevolo» che individua nel

¹⁰⁸ Tale regolamento, entrato in vigore nel 2013, dispone un'articolata disciplina sulle modalità di abbattimento e macellazione degli animali da allevamento. Per ottemperare ai requisiti generali della disciplina europea, gli operatori impegnati nell'attività di uccisione degli animali per fini produttivi sono tenuti a garantire che essi siano protetti da lesioni ingiuste, che non esprimano paura nella fase precedente all'abbattimento, che non soffrano per la privazione di acqua e cibo, prevedendosi in particolare che gli animali debbano essere abbattuti solo dopo lo stordimento e che la perdita di coscienza e sensibilità perduri fino al momento della morte.

¹⁰⁹ Atto in cui è disposto il divieto generalizzato di effettuare le sperimentazioni per testare i prodotti chimici sugli animali.

¹¹⁰ Così G. GUAZZALOCA, *Primo: non maltrattare*, Laterza, Bari-Roma, 2018.

¹¹¹ Viste le caratteristiche psicofisiche degli animali che non sono pienamente conoscibili all'uomo, può comprendersi la motivazione per cui non vi sia una definizione univoca di benessere nel mondo scientifico, diviso tra coloro che ritengono di individuare il benessere del singolo animale nell'assenza di sofferenza manifestata e coloro i quali, invece circoscrivono il benessere a seconda delle caratteristiche psico-fisiche della specie di riferimento del singolo animale, anche a prescindere dalla manifestazione esterna del patimento. Sul punto M. ALBERTINI - E. CANALI - S. CANNAS (a cura di), *Etologia applicata e benessere animale. Parte generale*, Point Veterinaire Italie, Milano, 2009.

¹¹² Sul punto, F. BARZANTI, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 1/2013, pp. 49-72.

¹¹³ Sul punto, E. SIRSI, *Gli animali nel trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto agrario*, 2011, p. 228 ss.

¹¹⁴ In questi termini, F. RESCIGNO, *Gli esseri animali quali "res senzienti"*, in *BioLaw Journal -Rivista di BioDiritto, Special Issue*, n. 2/2019, p. 690.



benessere animale un «valore»¹¹⁵ non sacrificabile *sic et simpliciter* di fronte alle esigenze umane, ma solo previo bilanciamento tra i diversi interessi¹¹⁶.

Le esposte traiettorie del diritto europeo rappresentano la seconda coordinata ermeneutica per leggere l'attuale conformazione del diritto animale nel quale sussiste, a fronte anche della non convergenza sostanziale della normativa euro-unionale, una ramificazione proteiforme che attraversa trasversalmente l'Ordinamento interno e i suoi più tradizionali settori. Secondo la ricostruzione di un'autorevole dottrina dal *corpus* del diritto vigente e dalla riconosciuta natura senziente può estrarsi un principio generale della materia nel «non causare agli animali dolore/danno non utile/non necessario»¹¹⁷, apparendo tuttavia l'indicazione di questa direttiva normativa -almeno prima dell'introduzione della nozione di tutela degli animali tra i principi fondamentali della Costituzione come si evidenzierà a breve -non dirimente ai fini dell'inquadramento di uno *status* giuridico unitario dell'animale. Il legislatore nazionale, sulla falsariga di quello europeo, ha difatti dettato nel corso del tempo una disciplina disarticolata, stratificata sulla coesistenza di divergenti prototipi di protezione a seconda delle caratteristiche soggettive dell'animale, modelli normativi che a loro volta poggiano ideologicamente su confliggenti paradigmi meta-normativi, non risultando così né agevole né possibile identificare *a priori* quali siano gli atti umani che possano causare all'animale un danno ingiusto.

La rappresentazione maggiormente esemplificativa di questa evanescenza e incertezza¹¹⁸, ingenerata dalla dialettica tra i diversi paradigmi relazionali e della tendenza del legislatore alla categorizzazione degli animali, è data dall'impostazione del titolo IX-*bis* del codice penale, introdotto con la legge n. 189 del 20 luglio 2004 e denominato «Dei delitti contro il sentimento per gli animali», contenente le principali condotte penalmente rilevanti, materialmente idonee a cagionare sofferenza agli animali¹¹⁹. Nonostante la titolazione della

¹¹⁵ CGUE, Sentenza del 3 dicembre 2015, C-301/14, *Pfotenhilfe Ungarn*; CGUE, Sentenza del 17 dicembre 2020, C-336/2019, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*.

¹¹⁶ Per una disamina della più recente giurisprudenza europea in materia, *ex plurimis*, M. LOTTINI, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità 'salvano' gli animali fiamminghi da una morte lenta e dolorosa. La macellazione rituale senza stordimento ed il diritto UE*, in *federalismi.it*, n. 7/2021; M.C. MAFFEI, *Due sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul benessere degli animali: brevi riflessioni*, in *Riv. giur. ambiente*, 2019, p. 463 ss.

¹¹⁷ L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, cit., p. 261.

¹¹⁸ L'incertezza circa l'(in)esistenza di uno *status* unitario dell'animale emerge anche dalla lettura delle disposizioni della l. n. 157/1992 recante «Norme per la protezione della fauna omeoterma e prelievo venatorio» attraverso cui è stata disposto che la fauna selvatica costituisce patrimonio indisponibile dello Stato, tutelata nell'interesse della comunità nazionale e internazionale. La protezione faunistica cui fa riferimento tale legge non sembra da intendersi come riconoscimento di una tutela soggettiva generale degli animali selvatici, quanto piuttosto come una ben diversa normativa a protezione dell'ecosistema in senso umano, trovando in questa prospettiva legittimazione anche l'attività di caccia di alcune tipologie di animali, come nel caso esemplificativo dei cinghiali.

¹¹⁹ Il legislatore, nella stesura del nuovo titolo, ha scorporato una parte della predetta disciplina di cui all'art. 727 c.p. nella sua previgente formulazione, criminalizzando in particolare all'art. 544-*bis* la condotta di «uccisione di animali perpetrata per crudeltà o senza necessità» e all'art. 544-*ter* diverse condotte di maltrattamento cagionanti all'animale -senza necessità o per crudeltà -lesioni. Con i successivi artt. 544-*quater* e 544-*quinquies* il legislatore ha altresì criminalizzato sia chi conduce particolari attività di spettacolo che comportano sevizie o strazio per gli animali sia anche chi



disciplina sembri richiamare una tutela onnicomprensiva, il legislatore, contestualmente alla formulazione dei nuovi reati, vi ha al contempo escluso molteplici categorie di animali¹²⁰, manifestando così esplicitamente la volontà di fornire protezione soltanto a particolari tipologie di animali per loro caratteristiche specifiche.

Secondo una parte della dottrina questa (vasta) esclusione può essere interpretata come una eccezione alla regola generale di non causare danni ingiusti agli animali¹²¹, mentre, secondo una opinione che si riteneva maggiormente condivisibile -almeno prima della revisione dell'articolo 9 della Carta Costituzionale -la tutela penale di cui al titolo IX-*bis* è "riservata" soltanto a quegli animali che sono avvinti da un legame funzionalistico con la società umana, non potendo pertanto tale tutela assumere valore di principio generale dell'Ordinamento. Sembrerebbe corroborare quest'ultima opinione la denominazione del titolo che il legislatore ha prescelto, avendo quest'ultimo inquadrato la protezione degli animali secondo la più risalente impostazione oggettivizzante, correlandola cioè alla salvaguardia del sentimento di umana compassione verso gli stessi in funzione sociale o individuale¹²², sebbene debba osservarsi sul punto che un diverso orientamento della giurisprudenza penale, recependo gli approcci del diritto europeo in materia, abbia offerto una non chiara apertura alla tesi del benessere dell'animale come bene giuridico in sé stesso, correlato teleologicamente a quest'ultimo in senso soggettivo¹²³.

organizza o promuove i combattimenti tra gli stessi.

¹²⁰ Ai sensi dell'art. 19-*ter* delle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale, introdotto dalla medesima l. n. 189/2004, le disposizioni del Titolo IX-*bis* non si applicano ai casi previsti «dalle leggi speciali in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali. Le disposizioni del titolo IX-*bis* non si applicano altresì alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente».

¹²¹ In tal senso L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, cit., p. 263.

¹²² Questa tesi oggettivizzante l'animale in funzione del sentimento umano di compassione o per interessi afferenti alla morale sociale è stata fatta propria, in forme diverse, anche dalla giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Cass. Pen. sent. n. 939/1965; Cass. Pen. sent. n. 24734/2010; Cass. Pen. sent. n. 17012/2015. Sul punto, F. FASANI, *L'animale come bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2017, p. 710 ss.

¹²³ Secondo questo diverso orientamento della Suprema Corte, *ex multis*, Cass. Pen. sent. n. 14734/2019 e n. 17691/2019, possono configurare il reato di maltrattamenti di animali non soltanto quegli specifici comportamenti che offendono il (più volte menzionato) «comune sentimento umano» di pietà e affetto verso gli animali, ma anche quelle condotte che incidono direttamente sulla salute psicofisica dell'animale, cagionando ad esso un ingiusto dolore. Ulteriormente, come messo in evidenza in Cass. Pen. sent. n. 49298/2012, i maltrattamenti idonei ad integrare il reato di abbandono di animali possono essere costituiti non solo dalle sevizie o dalle crudeltà caratterizzate da dolo, ma anche da tutti quei comportamenti colposi di abbandono e incuria che sono idonei ad offendere la sensibilità soggettiva del singolo animale quale autonomo essere vivente che è capaci di reagire agli stimoli del dolore così come alle attenzioni amorevoli dell'uomo. Come esposto da una parte della dottrina, sulla scorta dell'integrazione europea e delle aperture della giurisprudenza, il Titolo IX-*bis* può essere interpretato evolutivamente attraverso l'ipotetica ri-denominazione «Dei delitti contro il sentimento "degli" animali». In questo senso, ad esempio, A. MADEO, *Disposizioni penali a tutela della fauna e della flora*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 288-289.



5. Brevi notazioni critiche sulla portata della legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022.

La l. cost. n. 1/2022 è stata piantata dal legislatore costituzionale in questo magmatico insieme di "ideologie" e formanti normativi tra loro dissimili, divenendo, nonostante la revisione della Carta Fondamentale sia stata votata quasi all'unanimità dal Parlamento¹²⁴, un argomento di forte discussione nella dottrina costituzionalistica sotto diverse ragioni. Come accennato in premessa, uno dei principali profili di critica attiene strettamente alla metodologia prescelta del legislatore che con il procedimento *ex art.* 138 Cost. ha modificato l'enunciazione letterale di un articolo pacificamente riconosciuto come principio fondamentale dalla giurisprudenza costituzionale¹²⁵. L'adoperata scelta metodologica è stata ritenuta da una parte della dottrina in contrasto con l'insegnamento tradizionale sui limiti al potere di revisione¹²⁶, mentre secondo una diversa considerazione essa è da valutarsi come ammissibile poiché il revisore non ha provveduto a modificare il nucleo minimo della disposizione dell'articolo 9, avendone al contrario ampliato il contenuto in senso migliorativo¹²⁷. Oltre a ciò, anche la dimensione concettuale e materiale della revisione ha rappresentato e continua a rappresentare un tema particolarmente controverso, avendo parte

¹²⁴ La prima votazione favorevole da parte del Senato ha ricevuto 224 voti favorevoli su 247, seguita a breve distanza dalla prima deliberazione della Camera dei Deputati con 412 voti favorevoli su 413. In seconda deliberazione, si sono contati 218 su 220 voti favorevoli del Senato, mentre alla Camera i voti favorevoli sono stati 468 su 469, concludendosi l'*iter* parlamentare con una maggioranza di gran lunga superiore a quella dei 2/3 richiesta per l'approvazione diretta. Per una più approfondita analisi sui passaggi parlamentari, 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, p. 187 ss.

¹²⁵ Per una più attenta disamina sui limiti alla revisione costituzionale *ex art.* 139, G.U. RESCIGNO, *Revisione della Costituzione o nuova Costituzione?*, in *Dir. Pub.*, n. 1/1997, p. 603 ss.

¹²⁶ Oltre alla mentovata osservazione negativa del Professor Frosini, critico sulla scelta di operare con lo strumento della revisione è anche C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, p. 149 che ha posto in evidenza come il Parlamento sia intervenuto sui principi fondamentali di cui ai primi dodici articoli della Carta Fondamentale, ingenerando ciò una rottura dell'ordine costituito e aprendo la strada anche verso possibili riforme in *pejus*. Il potenziale rischio di un arretramento della garanzia della rigidità costituzionale in senso assoluto è stato evidenziato anche da quella parte della dottrina maggiormente aperta alle istanze dell'ambientalismo e dell'anti-specismo come F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi.it -paper* 23 Giugno 2021, la quale sottolinea come «Quando la riforma è volta a migliorare si potrebbe anche procedere, ma aprire una porta ad azioni di questo tipo significherebbe altresì non poterla chiudere a riforme peggiorative, per cui non si nega una certa preoccupazione». Sulla problematica posta dalle modifiche costituzionali, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, p. 4, secondo il cui autorevole insegnamento non sono *-rectius* sarebbero -da ritenersi ammissibili neanche emendamenti *in melius* alle disposizioni in materia di diritti costituzionali.

¹²⁷ In questo senso G. GRASSO, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 169, 2022 secondo cui «La riforma potrebbe destare qualche preoccupazione, soltanto a ritenere che il testo finisca per determinare un arretramento nella tutela di un principio fondamentale o un'erosione della prescrittività e del contenuto di dover essere di uno di quei medesimi principi, cosa che, tuttavia, non sembra sia accaduta in alcun modo con la revisione costituzionale». Analogamente, favorevole ad una costituzionalizzazione dell'ambiente già nelle more dell'*iter* parlamentare, M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica. Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019, p. 93 ss.



della dottrina costituzionalistica osservato come la riforma presenti profili di ambiguità per le scelte nozionistiche ivi adoperate dal legislatore¹²⁸ o addirittura un contenuto dannoso per l'Ordinamento costituzionale¹²⁹.

Con specifico riferimento alla tutela degli animali, da una lettura *prima facie* del novellato articolo 9, sembra desumibile l'esistenza di un evidente limite materiale nella formulazione dell'attuale comma 3 laddove il legislatore costituzionale pare limitarsi alla sola previsione che «La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Sebbene la revisione abbia colmato quella originaria lacuna di ordine concettuale sull'esistenza giuridica "autonoma" degli animali cui si è fatto in precedenza riferimento, non sembra tuttavia rinvenibile immediatamente nel nuovo testo, nonostante il plauso delle associazioni animaliste¹³⁰, un'esplicita traccia normativa per inquadrare la direzione di un eventuale mutamento politico-programmatico circa il contenuto della salvaguardia animale, prestando il fianco questo vuoto materiale alla critica dottrinale -almeno per quanto concerne la protezione degli esseri viventi in-umani -sul valore «pleonastico della l. cost. n. 1/2022»¹³¹.

¹²⁸ In questi termini F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, cit., p. 4, la quale ha posto in evidenza come «ambiente, biodiversità ed ecosistemi, contengono ognuno un "mondo" di difficile definizione ed individuazione e forse potrebbero essere considerati come una specie di *matrioska* per cui menzionarli tutti appare paradossalmente riduttivo piuttosto che esplicativo». In senso contrario a tale critica, 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*, n. 3/2021, p. 301, secondo cui «Del tutto opportunamente il testo di revisione in esame sceglie di introdurre in Costituzione il riferimento esplicito all'ambiente come oggetto unitario e onnicomprensivo, ma lo fa, al tempo stesso, avendo cura di declinarne le principali componenti [...]».

¹²⁹ Così G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *federalismi.it*, paper -1° luglio 2021, secondo cui «Il nucleo della riforma rischia di infettare la Costituzione, soprattutto la costituzione economica introducendo vincoli inusitati e irrazionali, ma anche la costituzione dei diritti, rischiando di inaridire le stesse radici del costituzionalismo delle origini». In senso diametralmente opposto rispetto a questa dura critica R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it -paper* 6 aprile 2022, il quale ha sottolineato che l'intervento *ex art.* 138 Cost. ben potrebbe aprire spazi a nuovi bilanciamenti tra interessi diversi in materia ambientale, permettendo altresì essa un più forte recupero dello spazio d'azione del legislatore, non limitato al mero recepimento del diritto internazionale o europeo. In senso affine circa la positività della revisione anche I. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *federalismi.it -paper* 30 giugno 2021, la quale ha posto in evidenza il bisogno di una maggiore tutela ambientale a fronte degli effetti negativi causati dalla pandemia da Covid-19 che sembra aver avuto origine -al netto di tesi sulla artificialità del virus -proprio da uno squilibrio fisiologico delle relazioni tra natura, animali e uomo.

¹³⁰ Si vedano a titolo esemplificativo le dichiarazioni del Presidente della Lega nazionale Anti-Vivisezione il quale, in occasione del convegno organizzato dalla LAV il nove marzo 2022 presso la Sala Zuccari del Senato della Repubblica (testo integrale in www.lav.it/Interventi), ha sottolineato che «la revisione non è un punto di arrivo, ma di partenza, un autorevole trampolino che darà slancio e forza per ottenere più facilmente e prima tutela e rispetto per gli animali nelle prossime leggi e nelle sentenze dei Tribunali».

¹³¹ Così C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, cit., 149 secondo cui «Le modifiche introdotte dalla revisione si limitano a riepilogare soluzioni normative già recepite sul piano giuridico (grazie alla progressiva sedimentazione della legislazione nazionale, euro-unitaria e internazionale) o ampiamente consolidate sul terreno giurisprudenziale». La critica, sotto il profilo della "essenza" della politica costituzionale, sembra cogliere nel segno per quanto concerne la



Non sembra, difatti, agevole identificare quale sia il contenuto minimo della tutela costituzionale degli animali, essendo essa adesso integralmente demandata al legislatore nazionale quanto a forme e modalità secondo un'atipica riserva di legge¹³², con la diretta conseguenza della permanenza delle ambiguità ideologiche e normative sul fondamento della protezione degli animali.

Sul punto, guardando alla genesi complessiva della revisione, occorre evidenziare che la formulazione finale del nuovo terzo comma dell'articolo 9 risulta ben diversa e maggiormente indeterminata rispetto ad alcuni disegni di legge costituzionali, poi confluiti nel testo definitivo approvato dalle Camere, i quali originariamente esplicitavano indicazioni di principio più incisive per quanto concerne la "sostanzialità" della salvaguardia animale. Ad esempio, il Disegno di legge n. 212 del 2018, richiamando apertamente le asserzioni del diritto europeo, disponeva l'inserimento all'articolo 9 di una più particolareggiata delimitazione materiale dell'oggetto sotteso all'eventuale tutela costituzionale sia dell'ambiente che degli animali¹³³, essendo stato tuttavia smorzato questo *input* dalle spinte fortemente conservative di alcune forze politiche in Parlamento¹³⁴, conducendo ciò alla circoscritta e indeterminata enunciazione dell'attuale terzo comma dell'articolo 9 con notevoli conseguenze sul piano interpretativo. Se per quanto concerne il mancato richiamo alla nozione europea di «essere senziente», essa mantiene ugualmente una forza normativa para-costituzionale in virtù degli ordinari meccanismi di recepimento del diritto euro-unitario¹³⁵, la ridotta portata del riconoscimento costituzionale della tutela animale rispetto ai

salvaguardia degli esseri viventi in-umani poiché -come meglio si osserverà a breve -il revisore, attraverso l'enunciazione del nuovo comma 3, non pare aver delineato un programma politico innovativo, limitandosi a ratificare e riconoscere l'esistenza giuridica della salvaguardia animale che era già stato oggetto di plurime tutele normative, interne ed europee.

¹³² In tal senso, 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., p. 304, secondo il quale «La riserva di legge in materia di tutela degli animali non sembra rispondere in alcun modo e sotto alcun profilo alla funzione di garanzia tipica delle riserve di legge contenute tra i principi fondamentali o nella prima parte della Costituzione, esprimendo bensì, nella sua *ratio* reale, la ben diversa logica di una mera attribuzione di competenza esclusiva in capo al legislatore statale, la quale avrebbe dovuto (e potuto) trovare la sua più appropriata collocazione "topografica" all'interno dell'articolo 117, secondo comma».

¹³³ L'art. 1 di tale disegno di legge, presentato dalla Senatrice de Petris nella precedente Legislatura, avrebbe operato l'aggiunta di un più corposo terzo comma all'articolo 9 Cost. con la previsione che «La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi. La Repubblica persegue il miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi costituisce diritto fondamentale della persona e della collettività ed è fondata sui principi di precauzione, azione preventiva, responsabilità e correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente. La Repubblica promuove le condizioni necessarie a rendere effettivo tale diritto. La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche».

¹³⁴ Per una più accurata disamina sull'*iter* parlamentare del d.d.l. n. 212 si rimanda alla scheda completa, disponibile al sito *web www.senato.it*.

¹³⁵ Sulle diverse forme di recepimento del diritto europeo nell'Ordinamento interno, *ex plurimis*, R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, cit., p. 471 ss.



più ambiziosi e audaci progetti di ampliamento, anche avanzati in passato¹³⁶, rappresenta la cifra materiale dell'atteggiamento compromissorio del revisore il quale deliberatamente sembra non aver voluto sostanziare o estendere l'ambito oggettivo della protezione costituzionale degli esseri viventi in-umani. Questo significativo silenzio del legislatore, constatata e avallata la sua criticabilità sotto il profilo materiale¹³⁷, si è comunque prestato sotto il profilo contenutistico a plurime interpretazioni le quali con significati differenti cercano di definire i contorni della tutela degli animali dopo la revisione della Carta.

Secondo una prima lettura sistematica del novellato articolo 9, l'intenzione di fondo del legislatore costituzionale è da rinvenirsi nella correlazione in senso funzionalistico della protezione degli animali con la più generale costituzionalizzazione della tutela ambientale nelle sue diverse declinazioni. Secondo questa particolare prospettiva di matrice tipicamente «eco-centrica», sostenuta nelle ricostruzioni di alcuni commentatori della riforma, l'animale è considerabile come una entità vivente rilevante dell'ambiente naturale e ad esso afferente, la cui esistenza e salvaguardia è sussumibile nel (rinnovato) compito della Repubblica di «tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi». La disciplina normativa della protezione degli animali si differenzerebbe, tuttavia, dagli altri ambiti materiali identificati nel terzo comma, primo capoverso, dell'art. 9 Cost., in quanto *expressis verbis* essa sarebbe rimessa quanto all'individuazione di modi e alle forme alla legge dello Stato, potendosi così leggere la formulazione del secondo capoverso come una specificazione derogatoria rispetto all'intento unitario del revisore di salvaguardare le diverse componenti dell'ambiente¹³⁸.

¹³⁶ Si consideri sul punto che già nel 1998, con la proposta di legge costituzionale n. 4690 avanzata nel corso della XI Legislatura su iniziativa di diversi deputati, si è avuto un primo tentativo di inserimento nella Carta Fondamentale di nuove forme di protezione degli animali, proponendo di inserire all'articolo 9 Cost. un ulteriore comma prevedendovi che «Le specie animali non umane hanno pari diritto alla vita e ad un'esistenza compatibile con le proprie caratteristiche biologiche. La Repubblica riconosce tutti gli animali come soggetti di diritto. Promuove e sviluppa servizi ed iniziative volte al rispetto degli animali, alla tutela della loro dignità e punisce ogni attentato alla loro esistenza». Tale proposta di legge, come può evincersi dall'esteso contenuto, aveva ad oggetto un profondo ripensamento della tutela costituzionale degli esseri viventi in-umani, soprattutto sotto il profilo soggettivo. In misura parzialmente difforme rispetto a questa rivoluzione copernicana si poneva il successivo disegno di legge costituzionale n. 136 del 2004, presentato durante la XV legislatura, il quale si limitava, attraverso una eventuale modifica del secondo comma dell'art. 9 Cost., al riconoscimento della «promozione del rispetto degli animali e della tutela della loro dignità». Sul punto, con specifico riferimento al d.d.l. n. 136, F. DE LEONARDIS, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 3/2004.

¹³⁷ L'assenza di un contenuto realmente innovativo e il silenzio significativo del revisore, mancando altresì una sanzione-recezione formale di una disciplina normativa preesistente, connotano negativamente la revisione operata con la l. cost. n. 1/2022, non rendendola neppure sussumibile nelle categorie dottrinali della revisione-programma e revisione-bilancio secondo l'autorevole classificazione di G. SILVESTRI, *Spunti e riflessioni sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Scritti in onore di P. Biscaretti Di Ruffia*, Giuffrè, Milano, 1987.

¹³⁸ In tal senso, ad esempio, G. CHIOLA, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos*, n. 2/2022; R. FATTIBENE, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos*, n. 1/2023. Così anche 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, che osserva opportunamente come «L'inclusione della menzione espressa della tutela degli animali è tanto ultronea quanto parziale, non



In senso parzialmente divergente, una autorevole dottrina¹³⁹, pur rimarcando il legame con l'ambiente naturale che il revisore ha cristallizzato nella formulazione testuale dell'articolo 9, ha messo in evidenza la possibilità di una ricostruzione della protezione degli animali parzialmente emancipata dalla predetta prospettiva eco-centrica, valorizzando la loro salvaguardia come elemento autonomo rispetto all'ambiente in parallelo con il riconoscimento e la promozione degli interessi delle generazioni future. In particolare, secondo questa impostazione, tipicamente «biocentrica», la quale richiama le concettualizzazioni del mentovato art. 13 TFUE, l'espressa individuazione degli animali come oggetto di tutela «esprime la volontà del legislatore costituzionale di conferire un autonomo rango costituzionale a tali interessi»¹⁴⁰. Tale riconoscimento, secondo questa ricostruzione teorica, da un lato consentirebbe di «infiltrare la trama delle soggettività oramai presente in Costituzione [tra cui] anche, per quanto in una prospettiva antropocentrica, la soggettività degli animali quali esseri senzienti»¹⁴¹, dall'altro potrebbe altresì determinare l'identificazione nella formulazione indeterminata del secondo capoverso del terzo comma dell'art. 9 di un contenuto minimo della tutela costituzionalmente garantita agli esseri viventi in-umani e, più specificamente, alle loro condizioni di vita che possono essere messe in pericolo dall'azione dell'uomo¹⁴².

Entrambe le impostazioni interpretative paiono così offrire suggerimenti interessanti per la "ri-costruzione del dover essere" della tutela animale dopo la revisione, colmando con teorizzazioni diverse quell'evidente spazio indefinito lasciato dal legislatore e manifestandosi in esse quelle particolari visioni ideologiche che con i loro pregi e mancanze hanno informato le precedentemente analizzate discipline normative. L'approccio di matrice eco-centrica sembra essere maggiormente coerente con l'intenzione del legislatore storico e con l'attuale formulazione finale dell'intero terzo comma dell'articolo 9 Cost. nel quale non hanno trovato riconoscimento quelle particolari caratterizzazioni materiali della protezione degli esseri in-umani che potevano evincersi dai testi degli originari disegni di legge e che connotavano la dimensione della vita animale in senso autonomo rispetto alla mera tutela ambientale come, ad esempio, il riconoscimento (di rango costituzionale) della natura di essere senziente.

rappresentando un elemento ulteriore rispetto alla tutela ambientale, ma una sua componente». In questi termini anche 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., 304, il quale ritiene che la formulazione indeterminata dell'articolo 9 non permetta interpretazioni in senso estensivo e autonomo della protezione degli animali rispetto alla mera tutela dell'ambiente naturale.

¹³⁹ *Ex plurimis*, R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2022, p. 7 ss.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 17

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 18

¹⁴² *Ibid.*, p. 19, ove l'Autore pone in evidenza che «La tutela riguarda tutti gli animali -non come singoli -sebbene ciò non impedisca al legislatore di adottare provvedimenti a favore di singole specie di animali, ritenuti bisognevoli di una particolare tutela. Osservata da un punto di vista generale, la disposizione comporta sia il divieto di azioni in grado di provocare dolore, ansia o danni agli animali sia il dovere di adozione di provvedimenti a tutela degli animali rispetto a lesioni da parte di terzi o, in generale, dell'attività dell'uomo».



La considerazione interpretativa dell'animale come "parte di un tutto" che è dato dall'ambiente naturale, benché possa spalancare la strada anche a nuove forme di protezione rafforzata delle creature in-umane, sembra tuttavia prestarsi ad una generale obiezione critica per quanto concerne il mantenimento di forme di tutela disomogenee e legate alla sola dimensione naturalistica. Gli animali, seguendo questa concezione, sarebbero difatti salvaguardabili non in sé stessi, ma come un elemento tra altri fattori ambientali (parimenti tutelati) di un determinato ecosistema naturale oppure come una delle variabili costitutive della biodiversità la quale rappresenterebbe nella sua complessa strutturazione fenomenologica uno dei beni giuridici protetti dalla norma¹⁴³.

L'ampia visione biocentrica, prospettiva che già da tempo ha trovato spazio nelle asserzioni di una parte della dottrina costituzionalistica¹⁴⁴, presenta l'indubbio pregio di individuare in capo a tutti gli animali, a prescindere dall'afferenza dall'ambiente, un valore e una dimensione normativa autonoma, identificando nella definizione costituzionale di «tutela degli animali» la positiva enunciazione di un principio minimo di non maleficenza nei confronti delle creature in-umane che parte della dottrina ha variamente individuato nel sostrato eterogeneo del diritto animale¹⁴⁵. Questo approccio, che trae un nuovo e ulteriore sostegno dal riconoscimento costituzionale della tutela degli esseri viventi in-umani e da una sua interpretazione estensiva, appare così maggiormente idoneo per supportare una evoluzione delle discipline attuali, superando l'incertezza circa lo *status* normativo di animale, ristretto tra la categoria di *res* e di essere senziente, qualificandolo come titolare di una particolare "aspettativa" al rispetto di un proprio indipendente benessere secondo le proprie caratteristiche etologiche¹⁴⁶.

¹⁴³ Si specifica sul punto che la protezione naturalistica dell'animale in rapporto alla biodiversità o anche agli ecosistemi, alla luce del nuovo obbligo di tutela di cui al nuovo terzo comma dell' articolo 9 Cost., potrebbe certamente rappresentare un indubbio ampliamento rispetto all'attuale eterogenea tutela delle creature in-umane, dovendosi tuttavia considerare che, in questa prospettiva prettamente ecologista, costituirebbe il bene salvaguardato non l'animale in sé, ma l'insieme delle vite di un variabile numero di animali. La rilevanza costituzionale degli animali come fattori 'ecologici' potrebbe, inoltre, considerata l'indeterminatezza della nozione di ambiente naturale, connotarsi per l'eventuale limitazione del livello di protezione a seconda della specifica concettualizzazione di ecosistema in senso antropocentrico o naturalistico.

¹⁴⁴ In questo senso, ad esempio, P. MADDALENA, *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Ambientesviluppo*, n. 6/2007, p. 468, il quale osservava acutamente che «se l'uomo è parte della natura non si può negare che il valore dell'uomo si estende alla natura, con la conseguenza che occorre far riferimento non più al principio antropocentrico, ma al principio biocentrico: ciò che ha valore è la "comunità biotica", un concetto che "allarga i confini della comunità (umana)", per includervi suoli, acque, piante ed animali e, in una sola parola, la Terra». In senso affine anche A. VALASTRO, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 67 ss.

¹⁴⁵ Come si è in precedenza osservato, L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, cit., p. 261, ha ritenuto l'esistenza ricavabile di questo principio attraverso un'interpretazione sistematica delle diverse discipline a protezione degli animali, sia internazionali che interne.

¹⁴⁶ Così F. RESCIGNO, *Gli esseri animali quali "res senzienti"*, cit., p. 708. In senso convergente con questo assunto soggettivizzante l'animale nella sua singolarità, A. VALASTRO, *La tutela degli animali nella Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal -Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, p. 264, ove l'Autrice rileva che «La riforma [dell'articolo 9] consolida il principio della tutela diretta dell'animale come soggetto in sé».



Sul punto si evidenzia tuttavia che, pur nella sua indubbia utilità e pregevolezza, la ricostruzione biocentrica potrebbe altresì condurre per la propria valenza estensiva a visioni ideologiche sugli animali che parrebbero porsi in contrasto non solo con la *ratio* della revisione costituzionale e con la formulazione letterale dell'attuale articolo 9, ma in un più ampio senso anche con l'impostazione assiologica della Carta Fondamentale. Ci si riferisce in particolare a quelle diffuse tesi evolutive di matrice biocentrica che postulano come elemento indispensabile della protezione degli animali il riconoscimento, quantomeno ad alcuni di essi, di taluni diritti soggettivi *iure proprio*¹⁴⁷. Sebbene secondo le più attente ricostruzioni dottrinarie la questione della soggettività giuridica degli animali sia da considerarsi ammissibile soltanto previo inserimento in Costituzione del concetto di «dignità animale»¹⁴⁸ - circostanza questa mai inverteasi per volontà del revisore costituzionale - l'attribuzione di una forma di personalità giuridica potrebbe passare anche per un intervento ordinario del legislatore statale, stante il carattere indeterminato della formulazione del terzo comma dell'articolo 9 che non impone tale riconoscimento, ma che nemmeno sembra *a priori* vietarlo.

Orbene, a prescindere dalla problematica circa la forma legale attraverso cui sarebbe possibile assegnare la qualifica di soggetto di diritto ad alcune creature in-umane come avanzata e assolutamente necessaria forma di protezione degli animali, la tesi di fondo della soggettività animale, benché suggestiva e sostanziata secondo diversi modelli in altri Ordinamenti giuridici¹⁴⁹, presenta due profili altamente problematici, connessi al sistema di valori sottesi alla Costituzione Repubblicana che -si pone ancora in evidenza -ha il proprio fondamento nel riconoscimento della dignità umana e dei diritti inviolabili.

Può osservarsi in primo luogo come l'attribuzione della soggettività giuridica nell'Ordinamento costituzionale, la quale trova ancora il suo riferimento testuale all'articolo 1 del codice civile, rappresenti anzitutto, in risposta alle aberrazioni organiciste del fascismo, una conseguenza diretta e naturale dell'essere persona umana, parimenti riconosciuta a tutti gli uomini senza possibilità di alcuna distinzione¹⁵⁰. In particolare, il riconoscimento della

¹⁴⁷ Si pongono in questa prospettiva, ad esempio, P. CAVALIERI - P. SINGER, *The great Ape Project, Equality beyond Humanity*, Saint Martin's Griffin, New York, 1984, p. 312, i quali ritengono necessario il riconoscimento della soggettività giuridica ad alcuni mammiferi che sono contraddistinti o per la loro prossimità genetica e biologica all'uomo oppure per le loro caratteristiche. Tale asserzione ha altresì trovato un riferimento para-normativo nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, proclamata a Parigi nel 1978, con la quale, pur senza obbligare giuridicamente alcuno Stato, si invitava al rispetto di ogni forma di vita da parte dell'uomo attraverso il riconoscimento dei cd. «diritti all'esistenza». Per una disamina sul punto, *ex multis*, A.A. MOLLO, *La soggettività giuridica degli esseri non umani: gli animali*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, n. 2/2022, p. 291 ss.

¹⁴⁸ In questi termini F. RESCIGNO, *Memoria per l'Audizione dinanzi alla Commissione affari costituzionali del Senato concernente la discussione dei disegni di legge costituzionali volti alla modifica dell'articolo 9*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, p. 55.

¹⁴⁹ Si pensi a titolo esemplificativo alla questione dell'orangotango Sandra nell'Ordinamento argentino a cui è stato attribuito nel corso di un giudizio lo *status* di persona non umana. Per una ulteriore disamina sulle esperienze normative di altri Ordinamenti, *ex plurimis*, V. PEPE, *La personalità animale tra nuovi diritti e antiche tradizioni. Esperienze di diritto comparato*, in *Percorsi costituzionali. Ossimori costituzionali - Constitutional Oxymorons*, n. 2/2019, p. 629 ss.

¹⁵⁰ Così A. FALZEA, *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Giuffrè, Milano 1960, pp. 15-16, secondo cui la teoria della soggettività nell'Ordinamento Repubblicano poggia sul valore fondante dell'eguaglianza tra tutti gli uomini.



soggettività, come capacità dell'uomo di essere titolare dei diritti inviolabili e delle altre posizioni giuridiche soggettive, a prescindere dal compimento di determinate azioni¹⁵¹, non è mediato né concesso da alcun potere costituito il quale può eventualmente circoscriverne la portata secondo gli stringenti limiti del rispetto della dignità umana¹⁵² oppure, al contrario, estenderla anche ad entità astratte purché esse siano in funzione di interessi riferibili alla persona umana come nel caso delle formazioni sociali, ovvero, secondo la sofisticata ricostruzione di autorevole dottrina, espressione della «autonomia della persona umana»¹⁵³. Riconoscere la soggettività animale mediante la medesima *fictio iuris* con la quale si conferisce agli enti di diritto privato la titolarità di alcune posizioni soggettive¹⁵⁴, si connoterebbe negativamente rispetto alle intenzioni degli stessi sostenitori di tale tesi in quanto gli animali sarebbero in tal caso da ritenersi alla stregua di entità “normativamente” volte al soddisfacimento degli interessi umani o quantomeno ad essi strumentale, rafforzando così la portata dell'avversato paradigma antropizzante-oggettivizzante le creature in-umane.

In secondo luogo, anche a volersi prescindere dalla dubbia attribuzione di una particolare soggettività a modello delle persone giuridiche attraverso la ri-definizione di un nuovo modo di esser soggetto giuridico aperto anche agli animali¹⁵⁵, occorre rilevare che il riconoscimento della titolarità dei diritti -in particolar modo di quelli definiti e qualificati come inviolabili -non è un effetto normativo isolato che si concretizza nel solo obbligo di tutela del titolare dell'interesse, ma un evento sistemico che comporta significative conseguenze sull'Ordinamento costituito.

¹⁵¹ In questo senso R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, cit., p. 68, il quale efficacemente pone in evidenza lo stretto legame tra persona umana e diritti inviolabili la cui titolarità non può esser dismessa neppure dietro manifestazione della volontà del soggetto, non potendosi così, nel caso dei diritti indisponibili, mai perdere la qualifica di soggetti di diritto. In termini analoghi circa l'inerenza della soggettività alla tipologia di interesse e non al compimento di determinate azioni da parte del titolare, M. BASILE - A. FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 242.

¹⁵² È questo il caso, ad esempio, dei trattamenti sanitari obbligatori che possono inverarsi anche in limitazioni rigide alle libertà fondamentali -come la libertà personale -di coloro che vi siano sottoposti, trattamenti che in nessun caso tuttavia possono ledere la dignità dell'uomo secondo l'enunciazione dell'art. 32 della Carta Fondamentale. In tale circostanza, così come nel caso di quanti soffrono la perdita della volontà a causa di malattie mentali incurabili, non può difatti mai esservi un intervento autoritativo di disconoscimento totale della soggettività di tutti i diritti inviolabili legati alla sfera della dignità personale dei quali l'infermo rimane titolare, ma solo la limitazione della capacità d'agire. Sul punto, P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 111 ss.

¹⁵³ In questo senso, E. DEL PRATO, *L'ente privato come atto. Saggi di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁵⁴ Per un'autorevole disamina sulle diverse forme di riconoscimento della soggettività giuridica nel diritto civile, A. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Cedam, Padova, 1991.

¹⁵⁵ Così, M. GASPARIN, *La dicotomia "Persona -Cosa" e gli animali*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, cit., p. 307. In senso (parzialmente) sovrapponibile, anche P. CAVALIERI, *La questione animale*, cit., p. 169.



Il riconoscimento costituzionale dei diritti si accompagna difatti, come rilevato in precedenza, all'identificazione di una specifica dimensione partecipativa nel senso che il titolare del diritto non solo riceve dall'Ordinamento la tutela necessaria dei propri interessi, ma è coinvolto in modalità differenti nell'esercizio delle funzioni pubbliche che costitutivamente sono volte proprio a garantire lo sviluppo della persona umana attraverso l'esercizio dei diritti medesimi. Ulteriormente, il riconoscimento della soggettività giuridica comporta non solo il rispetto e il godimento in senso stretto dei diritti, ma impone anche l'adempimento di quei particolari doveri costituzionali previsti dall'articolo 2 della Carta Fondamentale, doveri che rendono concretamente possibile nella società politica la tutela dei diritti di tutti i consociati¹⁵⁶. Le attuali connotazioni «fenomenologiche»¹⁵⁷ delle creature inumane sembrano al momento escludere la possibilità che al riconoscimento della soggettività o quantomeno della titolarità di alcuni diritti si accompagni la realizzazione dei doveri di solidarietà oppure la partecipazione alle funzioni pubbliche, dovendovi pur sempre adempiere il singolo uomo, vista la pacifica e lapalissiana incapacità dell'animale di provvedervi autonomamente¹⁵⁸.

6. L'impostazione «eco-personalista» per una soluzione costituzionalmente compatibile tra dignità umana e rispetto per (tutti) gli animali.

Le osservate visioni eco-centrica e biocentrica, nonostante esse contengano diversi e particolari profili che si sono reputati non adeguati, offrono indubbiamente notevoli spunti d'interesse per individuare le traiettorie della possibile evoluzione della protezione degli animali alla luce della revisione dell'articolo 9 Cost., in ragione dell'attuale multiforme crisi in cui versa «l'antropocene»¹⁵⁹. È soprattutto dinnanzi al cambiamento climatico con le sue

¹⁵⁶ In tal senso L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, cit., p. 59, il quale mette in evidenza come l'effetto del riconoscimento di un nuovo diritto che «produce un nuovo dovere a carico di altri consociati, restringendo il margine di efficacia dei diritti preesistenti che entrano in un giudizio di bilanciamento affidato al giudice, ponendo così in condizione di minorità gli spazi di libertà prima esercitati da altri soggetti».

¹⁵⁷ Al riguardo non sembrano convincenti le risalenti, benché affascinanti, affermazioni di C. GORETTI, *L'animale quale soggetto di diritto*, in *Rivista di filosofia*, 1928, pp. 348-369, secondo cui l'animale, pur non potendo giungere alla comprensione degli istituti tipici del diritto (privato) come l'obbligazione o la proprietà, può comunque esser considerato autore di condotte giuridicamente rilevanti laddove egli manifesti, anche in forme embrionali, comportamenti prettamente sociali. Più condivisibili risultano invece le asserzioni di quanti ritengono imprescindibile per l'imputazione morale e giuridica degli atti la considerazione che solo l'uomo, in quanto essere razionale e libero, può conoscere il senso delle proprie azioni, risultando in tale direzione la soggettività giuridica un connotato solamente umano. Sul punto, *ex plurimis*, R. DI MARCO, *Soggetto e Ordinamento Giuridico. Alla ricerca del «concetto» fondativo e fondamentale (III)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2015, p. 707 ss.

¹⁵⁸ In questo senso, V. TENORE, *Riflessioni sulla rivendicata soggettività delle piante quali esseri senzienti e non statici*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, n. 1/2023, p. 9, il quale rileva che «Se si giungesse alla parziale soggettività animale o ad un terzo *genus di soggettività*, ovvero la *soggettività degli animali*, occorrerebbe specularmente farsi carico, per coerenza giuridica espressiva del principio *ubi commoda, ibi incommoda*, anche dei *diretti doveri degli animali* e delle relative sanzioni, tematica ad oggi improponibile sia giuridicamente che culturalmente [...]».

¹⁵⁹ Con tale locuzione si intende definire in senso ampio l'era geologica attuale il cui assetto è determinato dall'azione dell'uomo. Sull'uso di questo concetto nel diritto E. PADOA SCHIOPPA,



conseguenze nefaste in termini di vite umane e agli incalcolabili rischi connessi alla significativa diminuzione di alcune specie di animali¹⁶⁰ che emerge con forza la necessità di individuare un nuovo modello di rapporti tra l'uomo, la natura e gli altri esseri viventi, risultando ciò un obbligo non più derogabile da parte del diritto e dai decisori politici, tenuto altresì conto di quelle plurime istanze della società civile che considerano l'animale non più solo una mera *res*, ma anzitutto un essere vivente, ritenuto bisognoso di protezioni più ampie rispetto a quanto attualmente previsto.

A fronte della portata epocale delle sfide ecologiche e del cambio di passo, richiesto soprattutto dalle nuove generazioni¹⁶¹, può scorgersi nella l. cost. n. 1/2022 un perfettibile sforzo politico di individuare con le forme e le categorie tipiche del diritto costituzionale l'essenza di un possibile nuovo paradigma normativo che possa armonizzare tutte le sollecitazioni provenienti dalla società civile alla luce dei valori fondamentali su cui si poggia l'Ordinamento Repubblicano¹⁶², sebbene l'azione del legislatore si sia poi materializzata in una riforma connotata sia per le più volte evidenziate carenze sistemiche che possono anche giungere a deformazioni dell'impianto costituzionale, sia anche per l'elevato grado di incertezza su quale possa essere la traiettoria della possibile evoluzione normativa della tutela dell'ambiente e degli animali.

Dinnanzi a queste problematiche, a parere di chi scrive, sembra possibile circoscrivere e materializzare un diverso approccio unitario a tali tematiche che può da un lato considerarsi conforme al *nomos* costituzionale, offrendo altresì una possibile ri-lettura della revisione, e, dall'altro, definire e puntellare quale sia la dimensione valoriale e normativa che potrebbe e dovrebbe assumere questo modello relazionale. Come in premessa rilevato, questa impostazione che è possibile definire «eco-personalismo» trae origine, nella prospettiva di fondo di un nuovo ambientalismo consona al tenore delle attuali sfide ecologiche, dalla ripresa integrale del principio personalistico nelle sue varie declinazioni su ispirazione dell'eco-teologia di cui alla lettera enciclica *Laudato si'*.

Si è già evidenziato, per quanto concerne l'ammissibilità in un Ordinamento laico del richiamo a valori e asserzioni provenienti da un'esperienza religiosa, come la cultura

Antropocene. Una nuova epoca per la Terra, una sfida per l'umanità, Il Mulino, Bologna, 2021,

¹⁶⁰ A titolo esemplificativo si pensi alle conseguenze dell'eventuale scomparsa degli insetti impollinatori come le api, il cui numero si è drasticamente ridotto negli ultimi decenni a causa di fattori come l'inquinamento ambientale, il surriscaldamento o l'uso intensivo di pesticidi. Secondo alcune stime contenute nella Rivista *Biological Conservation* del febbraio 2018, l'estinzione di questa tipologia di insetti a causa dell'azione dell'uomo per il soddisfacimento di eterogenei interessi economici o sociali potrebbe comportare nel giro di pochi decenni la scomparsa anche del genere umano.

¹⁶¹ Si pensi alla consistenza delle istanze provenienti dalla società civile che hanno trovato un ampio spazio di discussione nei lavori della recente Conferenza sul Futuro dell'Europa e, più in generale, alla portata ampia delle politiche europee per realizzare una reale transizione *green*.

¹⁶² In questo positivo sforzo del revisore, nonostante la constatata carenza di un profilo realmente innovativo, appare comunque evidente la volontà fondamentale di «adeguare» la Costituzione formale a quella particolare e necessaria conformazione ambientale che la Costituzione materiale ha assunto, anche attraverso l'apporto della giurisprudenza, su sollecitazione di tutte le eterogenee istanze sociali e politiche degli ultimi anni. Sul concetto di adeguamento, G. ZAGREBELSKY, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, cit., p. 937 ss.



(personalista) cristiana non rappresenti una realtà “aliena”, figurandosi essa come un elemento fondante del pensiero occidentale e una delle radici politiche della Carta Costituzionale¹⁶³, potendosi identificare nei suoi ‘portatori’ una minoranza legittimata nello spazio aperto del pluralismo a chiedere il rispetto dei valori fondamentali della convivenza civile¹⁶⁴. Questo particolare nesso ideologico che aveva legato storicamente l’esperienza cattolica ai valori supremi infusi nella Costituzione pare aver trovato, al momento attuale, un nuovo motivo di rafforzamento nel comune orizzonte della sfida ecologica che avvicina soggetti, Istituzioni e saperi tra loro diversi, risultando pertanto, in relazione al dover essere della tutela che è apprestata dal diritto, sicuramente fruttuoso, guardare alla riflessione religiosa -nel caso che occupa, di quella esperienza di matrice cristiana -per poter inquadrare anzitutto i caratteri dell’essere della natura della quale l’uomo non è né autore né può esserne considerato il dominatore.

Quest’ultima asserzione rappresenta l’architrave meta-giuridica dell’eco-personalismo su cui, per la verità, sembra convergere pacificamente l’attuale variegato panorama del costituzionalismo ambientale¹⁶⁵, differenziandosi tuttavia questo approccio rispetto alle ideologie eco-centriche e biocentriche -che, si ripete, hanno sorretto alcune delle predette ricostruzioni normative -per la sua diversa e particolare lettura interpretativa del binomio uomo-natura. L’impostazione eco-personalista, richiamando le più recenti asserzioni dell’eco-teologia, guarda alla relazione dell’uomo con il creato, come ad un rapporto diseguale del quale il primo costituisce il soggetto privilegiato, sebbene la concretezza della sua essenza e delle sue creazioni non sia materialmente diversa dalla realtà naturale e dai suoi diversi componenti, emergendo in questo dualismo di convergenza la cifra costitutiva del rapporto dell’uomo con la natura. Egli, difatti, in considerazione della sua dignità originaria, possiede il diritto di adoperare le risorse naturali nella propria inesauribile crescita individuale e sociale, sebbene questi “beni” che egli può “legittimamente” usare in ragione del suo essere superiore, pur avendo un valore radicalmente inferiore, non sono una realtà totalmente disponibile che l’uomo può dominare in quanto essi, nella loro incomparabile complessità, sono anzitutto soggetti a proprie leggi e sono talvolta anche capaci di provare emozioni.

¹⁶³ Così L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 2012, p. 614 ss.

¹⁶⁴ In questo senso L. ELIA, *Maritain e la rinascita della Democrazia*, in R. PAPINI (a cura di), *Jacques Maritain e la società contemporanea*, Massimo Editore, Milano, 1978, p. 217 ss. Si evidenzia sul punto che nell’esperienza costituzionale italiana il principio di laicità non si è tradotto, né potrebbe legittimamente tradursi, in un appiattimento iconoclasta rispetto alle diverse esperienze religiose, ma nella garanzia del pluralismo religioso della società civile. Questa dimensione ‘aperta’ della laicità, anche rispetto ai valori cristiani, è emersa con chiarezza nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 203/1989 ove si statuiva che «Il *genus* (“valore della cultura religiosa”) e la *species* (“principi del cattolicesimo nel patrimonio storico del popolo italiano”) concorrono a descrivere l’attitudine laica dello Stato-comunità, che risponde non a postulati ideologizzati e astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o a un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini».

¹⁶⁵ Per una più accurata disamina sulle caratteristiche attuali del costituzionalismo ambientale in una prospettiva comparata e multilivello si rinvia alla recente e autorevole analisi di D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022.



Per quanto concerne l'essenza dell'animale, questa prima coordinata dell'impostazione eco-personalista pone attenzione ad esso non come ad un mero elemento dell'ambiente, ma come parte integrante della nozione di «creato», concetto da intendersi dinamicamente (e laicamente) come la casa comune abitata dagli uomini e da una pluralità di esseri viventi di multiforme genere. Questa grande casa¹⁶⁶, oltrech  dimora dell'uomo e di ogni altra creatura vivente,   costituita da infiniti elementi sia naturali che umani i quali sono tra loro inseparabili e unitarie, rendendo questa interrelazione il concetto di creato significativamente pi  ampio della mera nozione di ambiente. In questa particolare onnicomprensiva prospettiva di "ecologia integrale" la questione animale e la questione ecologico-ambientale risultano inscindibilmente inter-connesse, dovendosi evidenziare per  come la realt  fenomenica degli esseri animali sia maggiormente complessa e variegata rispetto agli altri elementi del creato. Nell'inesplicabile ricchezza biotica della natura si pongono difatti, dinnanzi all'uomo, innumerevoli diverse specie di creature animali che presentano caratteristiche radicalmente differenti tra loro, essendo altres  molte di esse capaci di esternare emozioni o sofferenza o istinti sociali, avendo ulteriormente ciascuna di esse un ruolo essenziale negli equilibri del creato oltrech , ovviamente, per la vita dell'uomo nelle sue plurime dimensioni del vivere.

Accanto a questa prima fondamentale asserzione sull'essenza del creato, l'approccio eco-personalista coglie una seconda ispirazione ideologica dalla *Laudato si'* e dal suo approccio olistico alle interrelate questioni ambientale e animale, supponendo e condividendo l'idea che le relazioni sociali sia del singolo uomo che quelli delle maggiori realt  politiche umane - sia *ad extra* che *ad intra* - siano fenomenologicamente mediate dalla natura, facendone parte ma non in senso assoluto, determinandosi cos  un rapporto ambivalente tra societ  umana e natura. L'attuale crisi climatica e la tragedia della pandemia da Covid-19 sono eventi esemplificativi di questa specifica e complessa inter-relazione, avendo essi trovato la propria origine proprio in un rapporto disallineato dell'uomo con gli altri esseri viventi e con la natura, determinandosi ed estendendosi le conseguenze nefaste di ci  sull'intera casa comune abitata dagli uomini. Deve considerarsi al riguardo che l'attuale contesto di «iper-globalizzazione»¹⁶⁷, caratterizzato dalla sempre maggiore velocit  di collegamento tra le diverse realt  umane, accelera la trasmissione degli effetti negativi dell'azione dell'uomo sul creato anche rispetto a realt  sociali che paiono distanti¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Non a caso la radice etimologica della locuzione «ecologia»   nel sostantivo greco «o kos» dal significato originario, nell'immaginario ellenico, di "casa familiare" -concetto ben pi  vasto e profondo di mera dimora -indicante lo spazio esistenziale in cui si esplicava la vita della famiglia con la relativa distinzione dei ruoli.

¹⁶⁷ Il riferimento testuale   di D. RODRIK, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, W. W. Norton & Company, New York City, 2012.

¹⁶⁸ Dalla convergenza tra societ  e natura discende ulteriormente la necessit  che sia le normative a tutela degli animali sia la pianificazione di strategie politiche nazionali o sovranazionali avverso gli effetti il cambiamento climatico, salvaguardino e tengano pienamente conto dell'aspetto umano-sociale. Questa necessit  di un approccio olistico spiega la maggior difficolt  di determinazione di una strategia unitaria avverso, ad esempio, il surriscaldamento o la lotta all'inquinamento, soprattutto in alcuni Stati, considerata la complessit  di identificare un equilibrio tra la necessit  di una pi  forte tutela ambientale in tutte le sue variabili con la salvaguardia di interessi prettamente umani di



Queste due coordinate ermeneutiche circa “l’essere” sono essenziali per cogliere quale sia la dimensione valoriale del paradigma eco-personalista rispetto alla precisa tematica del “dover essere” della tutela degli animali e più in generale del creato. Preso atto della inesorabile evoluzione della scienza e della coscienza sociale circa il rapporto dell’uomo con il mondo animale, questo modello relazionale meta-giuridico sintetizza la primarietà assiologica dell’uomo -rigettando le visioni biocentriche ed eco-centriche di relativizzazione dell’elemento umano -con l’identificazione di un valore intrinseco negli animali e nel singolo animale -rifiutando le tesi del *dominium* e del funzionalismo reificante -riconoscendo che l’uomo non può non essere sempre il fine di tale rapporto, mentre l’animale può, anche, costituire il mezzo per il soddisfacimento di interessi umani. Il punto di equilibrio tra questi due poli che paiono *prima facie* inconciliabili è rappresentato dall’individuazione e dalla valorizzazione della «responsabilità» che l’uomo, *rectius* la persona umana, ha nei confronti dei suoi simili e di tutte quelle realtà naturali che sono tra loro strettamente inter-connesse. Questa particolare nozione di responsabilità, da intendersi anzitutto in senso costitutivo-esistenziale, trova la sua ragion d’essere nella natura stessa della persona che, a differenza della tradizionale monade di Leibniz la quale non ha né porte né finestre, è un soggetto individuale che «fraternamente»¹⁶⁹ deve con-vivere insieme ad altri nel creato, nella medesima casa comune le cui lesioni generano effetti negativi per tutti i suoi abitanti, umani e in-umani.

Sotto un profilo prettamente giuridico si ritiene che questi particolari elementi ideologici siano pienamente compatibili con il *nomos* costituzionale e con l’antropologia che emerge dall’impostazione valoriale della Carta Fondamentale, risultando altresì coerenti con il diritto europeo. Si pone in evidenza in primo luogo, come in precedenza osservato, che la primarietà logico-giuridica della dignità umana rispetto all’Ordinamento e il «carattere sociale-fraterno dell’uomo»¹⁷⁰ rappresentino proprio i pacifici cardini valoriali del principio personalista che nei suoi multiformi caratteri è posto quale pilastro dinamico e imm modificabile della Costituzione Repubblicana¹⁷¹, sostanziandone il nucleo rigido. Premesso tale incontrovertibile dato, deve rilevarsi un maggior grado di incertezza nel rinvenire il basamento positivo all’asserzione circa il valore anzitutto intrinseco del creato e della correlata necessità di una sua tutela normativa, stante la precedentemente indicata assenza nel testo costituzionale di chiari riferimenti, non antropizzati, alla realtà natura e della sussistenza ideologica del paradigma reificante-funzionalista nelle diverse discipline

eterogenea natura come lo sviluppo economico, il lavoro, l’alimentazione, la tutela del paesaggio, interessi che abbisognano dell’uso dei beni naturali come le risorse energetiche, producendo sovente esternalità negative, o quantomeno della modificazione e trasformazione della realtà naturale.

¹⁶⁹ Sul valore fraterno della solidarietà e della complementare «solidarietà paterna» si rimanda all’autorevole *lectio* di S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e società*, 1996, p. 4 ss.

¹⁷⁰ Sul punto A. MARZANATI - A. MATTIONI, *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Edizioni Città Nuova, Roma, 2007, p. 67 ss.

¹⁷¹ Questi caratteri-valori del principio personalista sono altresì parte integrante di quel sistema di «legalità costituzionale», fungendo da parametro di razionalità di valori rispetto a tutti gli atti che sono sottoposti alla legge fondamentale. Sul concetto di legalità costituzionale si rimanda all’autorevole analisi di A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, n. 4/1991, p. 655 ss.



normative di rango primario a fronte, ulteriormente, delle diverse sollecitazioni del diritto europeo e della sua portata para-costituzionale.

Sul punto si reputa che, alla luce dell'approccio olistico su cui poggia metodologicamente l'impostazione eco-personalista, la risposta positiva circa il valore costituzionale del creato possa rinvenirsi nella convergenza tra la ricostruzione ermeneutica di quella parte della dottrina che ha ritenuto identificabile il primigenio caposaldo della tutela degli animali e dell'ambiente nell'alveo dei principi costituzionali -fondamento ricavabile attraverso un'attenta riflessione sulla portata aperta dell'articolo 2 Cost. e del principio personalista in relazione al riconoscimento in capo alla persona umana dell'esistenza sia di diritti inviolabili che di doveri inderogabili¹⁷² -con la diversa teorizzazione sostenuta da chi ha intravisto nel diritto euro-unitario la fonte normativa e la matrice ideologica prevalente, idonea a fornire all'animale una qualificazione valoriale in sé stesso, in ragione del suo "essere" senziente¹⁷³. Nella prospettiva eco-personalista, la sintesi tra la solidarietà ambientale che promana dalla lettura aperta dell'articolo 2 Cost. e il riconoscimento nell'Ordinamento europeo della senzienza degli animali di cui al menzionato art. 13 TFUE -nonché della più generale rilevanza della protezione ambientale nelle sue politiche ai sensi dell'art. 11 TFUE¹⁷⁴ - restituisce gli elementi fondativi e complementari per l'identificazione non solo del valore in sé del creato, ma anche dell'esistenza di una particolare responsabilità di rilievo costituzionale che grava su ciascun soggetto dell'Ordinamento, volta a garantire anzitutto il

¹⁷² In questo senso G. GRASSO, *Appunti per l'Audizione informale*, cit., p. 9, il quale ha rilevato, rigettando l'idea dell'ambiente come oggetto di un diritto fondamentale, che «L'idea di solidarietà ambientale si radica già, implicitamente, nell'art. 2 Cost., laddove la Repubblica richiede l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, a cui si può ricondurre anche il dovere di proteggere l'ambiente: con una solidarietà politica che vede impegnato il nostro Stato a sostenere a livello internazionale politiche di promozione della tutela ambientale e ad adottare, per esempio, sul piano interno, misure di contenimento delle emissioni inquinanti, e che obbliga tutti i cittadini a osservare le leggi che tutelano l'ambiente; con una solidarietà economica e sociale che pretende un uso ragionevole del patrimonio ambientale, creando per esempio vincoli all'iniziativa economica privata, in collegamento con la clausola dell'utilità sociale dell'art. 41 Cost.».

¹⁷³ In questo senso, ad esempio, F. RESCIGNO, *Gli esseri animali quali "res senzienti"*, cit., pp. 690-691, la quale, pur rimarcando l'inidoneità del mentovato art. 13 TFUE nel fondare il suggerito riconoscimento pieno della soggettività giuridica dell'animale, ritiene che dalle diverse sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea da Maastricht a Lisbona si possa ricavare l'esistenza di una «"vocazione animalista" europea che ha il merito di avere dichiarato l'esistenza della "senzietà" animale». In senso conforme a ciò, seppur in una prospettiva diametralmente opposta, L. CHIEFFI, *La sperimentazione animale tra aperture europee e restrizioni statali: una nuova puntata del tormentato rapporto tra scienza e diritto*, in *Nomos*, n. 1/2021, il quale mette in luce «come la significativa spinta del diritto europeo e di quello internazionale abbia sospinto la progressiva maturazione nella società di una maggiore sensibilità per la salvaguardia di tutte le componenti del creato verso una interpretazione evolutiva dei principi fondamentali a favore della tutela degli interessi animali [...]» conseguendo da ciò «lo sviluppo della particolare attenzione per il solo benessere dell'animale, senza tuttavia mettere in alcun modo in discussione la portata personalista dell'orbito costituzionale che pone l'uomo in cima al catalogo assiologico in esso contenuto».

¹⁷⁴ Ove è disposto che «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».



benessere individuale e sociale della persona e, in misura diversa e autonoma, il benessere dell'animale e la salvaguardia dell'ambiente.

Questa particolare ricostruzione si ritiene esser compatibile con l'impostazione personalista dell'Ordinamento Costituzionale poiché da essa deriva, ampliandola, per quanto concerne la primarietà della persona e anche con le diverse istanze del costituzionalismo ambientale, reputandosi che essa possa rappresentare la chiave di volta per una interpretazione costituzionalmente orientata della l. cost. n. 1/2022. Ri-leggendo la recente riforma secondo le categorie dell'eco-personalismo, può osservarsi come il legislatore da un lato abbia offerto -in una forma definitiva e imm modificabile discendente dalla scelta di operare la modifica di un principio fondamentale -il riconoscimento dell'esistenza valoriale al creato nelle sue diverse componenti, legandolo indissolubilmente all'impostazione «umanistica»¹⁷⁵, laddove ha individuato come beneficiari «anche» le nuove generazioni, dall'altro ha anche fornito la dimensione politica di questo valore intrinseco come «limite» alla libertà economica dei privati e dei soggetti pubblici di cui all'articolo 41 Cost., affiancando l'ambiente (da intendersi in senso ampio) agli altri limiti prettamente umani, come il rispetto della dignità della persona a cui si è fatto in precedenza riferimento.

Più specificamente, per quanto concerne il nuovo terzo comma dell'articolo 9 si ritiene che il legislatore abbia voluto con la sua nuova formulazione dare pieno riconoscimento ad un elemento che già sussisteva nei diversi formanti del diritto ambientale e animale, restituendone la necessaria connotazione personalista-solidarista che si affianca e completa la protezione della persona umana che esiste o che verrà all'esistenza, affiancandosi ciò alle riconosciute dimensioni "civile e sociale" della persona. In relazione specifica alla tutela degli animali, nonostante la formulazione non precisa adoperata dal legislatore, si ritiene solo parzialmente condivisibile l'asserzione di coloro che si riferiscono all'animale come a un particolare elemento della natura e delle sue diverse componenti come la biodiversità, ritenendosi che la specificazione del secondo capoverso, oltre che esser espressione della scelta del revisore di scorporare la tutela degli animali per attribuirla alla competenza esclusiva dello Stato, rappresenti anzitutto il riconoscimento di una dimensione peculiare della vita animale rispetto alla più generale tutela ambientale. Complementarmente a ciò, la novella dell'articolo 41, nonostante la sua sinteticità, costituisce la rappresentazione evidente della volontà del revisore che ha voluto porre la protezione dell'ambiente -dovendosi considerare inclusi nella formulazione dell'articolo in questione anche gli altri elementi, come gli animali, nominati dall'art. 9 -quale limite valoriale che origina dalla considerazione della salvaguardia del creato come obiettivo da raggiungere per il benessere dell'intera collettività, trovando così esplicita dimensione la logica «deontica»¹⁷⁶ della tutela ambientale rispetto alle visioni soggettivistiche.

Si evidenzia sul punto che presumibilmente il revisore ben avrebbe potuto riconoscere e valorizzare questi elementi che già erano presenti nell'*humus* costituzionale e nel *nomos*

¹⁷⁵ Così F. D'AGOSTINO, *Diritto naturale e diritto della natura: nuove prospettive del giusnaturalismo*, in *Ecologia e vita. Naturalismo estremista o umanesimo ontocentrico?*, Vita e Pensiero, Milano, 1992.

¹⁷⁶ D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà inter-generazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 67.



europeo, operando, a titolo esemplificativo, in luogo della oltremodo criticata novella di un principio fondamentale, una più accurata modifica dell'articolo 41 Cost., ivi inquadrando chiaramente le componenti e la *ratio* della protezione ambientale. Ancora, scelta che si riteneva preferibile, il legislatore avrebbe potuto circoscrivere le diverse problematiche relative alla sistematizzazione costituzionale della tutela naturale nelle sue disparate articolazioni attraverso la dettagliata stesura di uno «Statuto della Natura» che poteva essere approvato con il procedimento *ex art.* 138 Cost. per garantirne la primazia rispetto alle altre fonti normative, a modello dell'esperienza francese della «*Charte de l'environnement*»¹⁷⁷.

Al netto di tali considerazioni, guardando propriamente ai profili sostanziali che discendono dalla metodologia seguita dal legislatore e dell'attuale conformazione costituzionale, può osservarsi come nella prospettiva eco-personalista, stante i caratteri eterogenei della revisione che sono pur sempre tra loro legati dall'inerenza all'uomo, sembra proprio il principio personalista nelle sue diverse declinazioni poter costituire la matrice per definire i contorni del nuovo paradigma costituzionale delle relazioni tra uomo, società e creato. Anzitutto, sotto un profilo di ermeneutica posizionale si deve rilevare nuovamente che solo la persona umana può rappresentare il termine primario e attivo del rapporto giuridico con l'animale e con il creato, dovendosi rifiutare, sia in ragione della formulazione attuale della Carta Costituzionale sia per motivazioni legate alla sua impostazione, le ricostruzioni volte all'umanizzazione della creatura inumana.

Le diverse teorizzazioni circa la "soggettivizzazione" dell'animale con la postulazione di suoi diritti non solo non possono rafforzare la sua tutela¹⁷⁸, ma esse si pongono in contrasto con la precisa volontà del legislatore che nella formulazione dell'art. 9 Cost. non ha provveduto -né, si ritiene, avrebbe potuto provvedervi a pena di illegittimità costituzionale per contrasto proprio con il principio personalista -a riconoscere agli animali, a modello della persona umana, una propria dignità fondativa di diritti o quantomeno di una soggettività

¹⁷⁷ Sul punto, D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit., pp. 189-190

¹⁷⁸ In senso contrario all'umanizzazione dell'animale, P.P. ONIDA, *Animali (diritti degli). Parte giuridica*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, Vol. I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 499-536, in particolare p. 526. Come riportato in precedenza, favorevole all'inserimento della nozione di dignità degli animali è, ad esempio, F. RESCIGNO, *Memoria per l'Audizione dinanzi alla Commissione affari costituzionali del Senato*, cit., p. 59, secondo la quale «la dignità costituzionale degli esseri animali andrebbe ad identificare qualcosa di differente rispetto alla dignità umana: si realizzerebbe non già un'equiparazione, un appiattimento delle situazioni giuridiche, ma l'affermazione di un'eguaglianza parziale che attraverso un accorto uso del principio di proporzionalità, sarebbe in grado di mediare tra interessi umani e taluni interessi animali». A parere di chi scrive questa tesi, benché essa tenga esplicitamente conto della differenza radicale tra dignità umana e animale, non può trovare accoglimento poiché la dignità nell'assiologia costituzionale non rappresenta una situazione giuridica disponibile all'Ordinamento, né una posizione giuridica soggettiva, quanto piuttosto, come ben esposto da G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 71, «Il fondamento costituzionale di tutti i diritti che sono strettamente connessi allo sviluppo del suo titolare». Definire degno l'animale significa, a meno di non voler considerare la dignità animale una mera mozione di principio, attribuirgli la titolarità di posizioni giuridiche soggettive capaci di incidere sull'Ordinamento e sul concetto stesso di sovranità, circostanza quest'ultima che, come evidenziato in precedenza, appare foriera di aporie.



della creatura in-umana¹⁷⁹. Come autorevolmente rilevato, questa “mancanza” che mai è stata colmata appare essere una precisa e condivisibile scelta di politica, congrua rispetto alla dovuta e insuperabile centralità della persona umana nella struttura costituzionale¹⁸⁰, dovendosi tuttavia evidenziare che la categoria dei rapporti giuridici verso il creato non può essere (più) la supremazia o l’indifferenza, ma la riconosciuta e ribadita responsabilità dell’*homo dignus* nei confronti della casa comune, essendo tale responsabilità uno dei connotati stessi della dignità umana.

Può dunque in conclusione affermarsi come nella prospettiva interpretativa dell’eco-personalismo gli animali non possano assumere né la condizione di soggetti di diritto, né quella di semplici *res* al pari degli altri elementi naturalistici, ma siano da considerarsi anzitutto esseri viventi a favore dei quali è posto in capo sia alla persona umana, nella sua singolarità e nelle diverse formazioni sociali a cui essa partecipa, che anche ai diversi soggetti pubblici un rinnovato e inderogabile dovere di protezione e di rispetto delle creature in-umane¹⁸¹. Differenziandosi dal più generale dovere di salvaguardia del creato, questo sistema di tutela che il diritto deve *-rectius* dovrebbe apprestare, e che trova sempre e solo nell’uomo il soggetto destinatario degli obblighi, possiede una connotazione speciale poiché, seppur non messo in chiara evidenza dal revisore così come meglio esplicitato nel diritto euro-unitario, gli animali si caratterizzano per una propria riconosciuta “senzienza” emozionale che entra in contatto con i processi umani in forme delle quali l’Ordinamento non può non tener in considerazione la portata.

Da questa specifica asserzione, a fronte dell’eterogeneità del mondo animale e della multiformità delle relazioni che esso ha con le realtà umane, discende nella prospettiva eco-personalista la possibilità di circoscrivere per le creature in-umane un livello minimo di protezione costituzionale, potendosi individuare uno *status* giuridico unitario a fondamento delle varieguate discipline normative protettive degli animali che devono basarsi sulle oggettive diversità esistenti e sul loro modo di relazionarsi con il mondo umano. In particolare, secondo l’approccio in esame, il *minimum* della tutela -che può, e talora deve, essere altresì elevato a seconda delle particolari condizioni fenomenologiche, ad esempio nel

¹⁷⁹ Sulla impossibilità di ricavare dalla revisione dell’art. 9 la traccia per il riconoscimento della soggettività animale, di recente, anche G. MARTINI, *L’impervio percorso della soggettività animale*, in *BioLaw Journal -Rivista di BioDiritto*, n. 4/2022, p. 355 ss., in particolare p. 384.

¹⁸⁰ Così B. CARAVITA DI TORITTO, *Audizione sulla riforma dell’art. 9 della Costituzione, 9 dicembre 2003*, in *federalismi.it*, n. 6/2004, il quale, sebbene in riferimento ad altro progetto di revisione costituzionale, asseriva che «la dignità, nella Costituzione, è attribuito delle persone umane e non credo che allo stesso rango possano essere elevati altri soggetti del creato; più congrua appare eventualmente la nozione di “rispetto degli animali”». In senso conforme a tale asserzione, G. GEMMA, *Costituzioni e diritti animali*, in *Quaderni cost.*, n. 3/2004, pp. 615-617. In senso affine, sebbene con una visione differente, G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, II ed., Cedam, Padova, 2021, p. 232.

¹⁸¹ Si ritengono pienamente condivisibili e paradigmatiche le affermazioni di C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in S. CASTIGNONE - L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, cit., p. 292 secondo il quale «L’umanizzazione dell’animale non sembra essere la scelta corretta, apparendo al contrario migliore una disciplina unitaria dei comportamenti umani verso gli animali che non sono considerabili come cose, bensì come esseri viventi capaci di provare dolore ed emozioni che non sono gli stessi umani, ma considerati un valore in sé che l’Ordinamento si propone di tutelare».



caso di animali in via di estinzione oppure nel caso di animali che, secondo rilievi tecnico-scientifici, sono capaci più di altri di provare dolore in determinate condizioni –è rappresentato dall'imposizione come dovere del singolo e della Repubblica, con l'attribuzione della competenza legislativa in tale materia allo Stato secondo il testo del riformato art. 9 Cost., di tener conto degli aspetti vitali ed emozionali degli animali, divenendo (finalmente) il più volte menzionato principio di non maleficenza verso gli esseri in-umani un valore e clausola generale dell'Ordinamento costituzionale¹⁸².

Questo principio esprime, in altri termini, il contenuto normativo essenziale della (nuova) tutela che non si traduce nel riconoscimento di nuovi diritti in capo agli animali, ma nell'imposizione a ciascun soggetto del dovere generale di non cagionare a nessun tipo di animale un dolore ingiusto, dovendosi ritenere tale qualsiasi lesione all'integrità o al benessere della creatura in-umana laddove manchino ragioni legittimanti, individuabili dalle diverse fonti normative¹⁸³. Si deve specificare sul punto, che nella ricostruzione eco-personalista, la protezione della vita e il "ben-essere" dell'animale, pur rappresentando essi un valore costituzionale, deve sempre essere bilanciato insieme agli altri valori espressivi di interessi prettamente umani.

La ponderazione di questi interessi da parte del legislatore statale che è chiamato a dare attuazione all'art. 9 Cost., e anche da parte del Giudice delle leggi nei giudizi innanzi a sé¹⁸⁴, deve difatti sempre tener conto della preminenza del principio-valore del rispetto della persona umana che, come autorevolmente evidenziato, non rappresenta un valore da bilanciare con gli altri, quanto piuttosto il criterio stesso che presiede il bilanciamento¹⁸⁵. In questa prospettiva che tiene conto della diversità dei valori, rigettando qualsiasi tirannia di uno di essi, sono da ritenersi costituzionalmente illegittimi tutti gli eventuali rafforzamenti o altresì le diminuzioni della tutela della creatura in-umana *a priori* da parte del decisore politico, dovendosi sempre vagliare nel concreto l'esistenza di un diritto inviolabile dell'uomo, espressione della sua dignità, che non può mai cedere rispetto all'interesse al benessere dell'animale.

¹⁸² Sull'essenza e sulla portata del concetto di clausola generale, F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013.

¹⁸³ Si pone in evidenza sul punto che l'intervento del legislatore si ritiene essere assolutamente necessario per rendere pienamente operativa la disposizione dell'art. 9 Cost. nella sua descritta interpretazione e ricostruzione eco-personalista. Difatti, a parere di chi scrive, soltanto l'approvazione di una legge generale può render effettiva la tutela degli animali, e più in generale della natura, nella misura in cui, abbandonando la logica dell'umanizzazione delle creature in-umane, vengano rafforzati i doveri giuridici dell'uomo nei confronti di queste ultime.

¹⁸⁴ Sul tema, e più in generale per una autorevole analisi del formante giurisprudenza nell'evoluzione del "diritto animale", si rimanda all'ampia indagine di V. TENORE, *Gli animali in giudizio (Contenziosi costituzionali, civili, penali, amministrativi, contabili, tributari, comunitari sugli "esseri senzienti non umani")*, Giappichelli, Torino, 2023.

¹⁸⁵ Così A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 449.



FOCUS



*Focus***LO SVILUPPO SOSTENIBILE NEGLI APPALTI PUBBLICI. I CRITERI AMBIENTALI MINIMI.****Rosaria Costanzo**

Abstract: il principio dello sviluppo sostenibile ha portato all'introduzione nell'Unione Europea del concetto di *Green Public Procurement* (o "GPP") che costituisce uno dei più significativi strumenti di politica ambientale attraverso cui la pubblica amministrazione può realizzare scelte ecologiche che conducono a preferire beni e servizi con un minor impatto possibile in termini di consumo delle risorse naturali. Gli obiettivi posti in ambito comunitario in materia di GPP sono stati recepiti nell'ordinamento italiano con l'adozione dei criteri ambientali minimi (o "CAM"). Si tratta di requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisizione dei contratti pubblici, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita. Con la riforma degli artt. 9 e 41 Cost. la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni è stata inclusa tra i principi fondamentali della Costituzione. I CAM si innestano quindi pienamente nell'ambito dello sviluppo sostenibile quale strumento di politica ambientale negli appalti pubblici.

Abstract: the principle of sustainable development has led to the introduction of the concept of *Green Public Procurement* (or "GPP") in the European Union. It constitutes one of the most significant environmental policy tools through which the public administration can make ecological choices leading to a preference for goods and services with the lowest possible impact, in terms of the consumption of natural resources. The objectives in the field of GPP have been incorporated into the Italian legal system with the adoption of the minimum environmental criteria (or "CAM"). These are environmental requirements defined by different steps in the procurement process, aimed at identifying the best design solution, product, or service from an environmental point of view along the life cycle. With the reform of articles 9 and 41 of the Constitution, the protection of the environment, biodiversity, and ecosystems also in the interest of future generations has now been included among the fundamental principles of the Constitution. The CAMs are therefore fully inserted into the field of sustainable development as an instrument of environmental policy in public procurement.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. I criteri ambientali nelle procedure di affidamento di appalti pubblici tra esigenze economiche e ambientali. Il recepimento nell'ordinamento italiano. 3. Gli "acquisti verdi" nel D. Lgs. n. 50/2016 e le variabili ambientali nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici: prima analisi. 4. I CAM nella recente giurisprudenza amministrativa. 5. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

La trattazione dei criteri ambientali minimi non può prescindere da un breve cenno introduttivo al principio dello sviluppo sostenibile, uno dei principi cardine da cui originano le politiche ambientali a livello internazionale, europeo e interno a ciascun ordinamento, nel



comune obiettivo di favorire uno sviluppo economico che tenga conto delle esigenze di tutela delle risorse naturali. Il significato di tale concetto è necessario e propedeutico per intendere l'evoluzione normativa che ha condotto all'introduzione dei c.d. "acquisiti verdi" (di cui si dirà meglio in prosieguo) e al fondamentale ruolo che dovrebbe assumere la pubblica amministrazione in tale contesto. Il termine "sostenibilità" è stato introdotto per la prima volta nel rapporto *"Our common future"* ("Il futuro di tutti noi" o Rapporto Brundtland) presentato il 4 agosto 1987 dalla Presidente della Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo (*World Commission on Environment and Development*, WCED) Gro Harlem Brundtland. Il rapporto evidenzia la necessità di attuare una strategia in grado di integrare le esigenze dello sviluppo e quelle dell'ambiente. Questa strategia è stata indicata in inglese con il termine *"sustainable development"*, tradotto con "sviluppo sostenibile". Secondo la definizione contenuta nel Rapporto, *"lo sviluppo sostenibile è quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri"*.

La Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, sottoscritta in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo (il c.d. Vertice della Terra) che si tenne a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno del 1992, ha consolidato il principio dello sviluppo sostenibile e ha segnato l'inizio dell'attuale modello internazionale per la costruzione delle politiche ambientali fondato sul profondo convincimento secondo cui non è possibile scindere le politiche ambientali da quelle economiche¹. In seguito all'esigenza improrogabile di salvaguardare le risorse naturali del pianeta e in attuazione dei principi internazionali sullo sviluppo sostenibile, anche la legislazione in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture si è nel tempo evoluta.

Le azioni concrete che ne sono scaturite hanno portato, per quanto d'interesse, all'introduzione del concetto di *Green Public Procurement* (GPP o acquisti verdi) che si innesta pienamente nell'ambito dello sviluppo sostenibile, costituendo uno dei più significativi strumenti di politica ambientale attraverso cui la pubblica amministrazione può realizzare scelte ecologiche privilegiando beni e servizi con un minor impatto possibile in termini di consumo delle risorse naturali.

In tempi recenti, la promozione di pratiche sostenibili in materia di appalti pubblici, in conformità alle politiche e priorità nazionali, costituisce uno degli obiettivi inseriti nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, sottoscritta nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU².

Il potenziale del GPP ha trovato un riconoscimento sempre più ampio a livello internazionale affermandosi anche nell'Unione Europea.

Con il Trattato di Maastricht nel 1993 si registra una prima attenzione verso i criteri ambientali nella disciplina della contrattazione pubblica, assegnando all'Unione europea il compito di assicurare una crescita economica equilibrata e sostenibile, in linea con le esigenze di tutela dell'ambiente³. Nondimeno, è con il Trattato di Amsterdam (firmato il 2

¹ Sull'evoluzione del diritto internazionale ambientale cfr. tra i molti F. ANTICHI *Origine ed evoluzione del diritto internazionale ambientale. Verso una governance globale dell'ambiente* in *AmbienteDiritto.it - Legislazione Giurisprudenza*.

² Cfr. Obiettivo 12: garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo. L'UE si è resa proattiva nella definizione degli obiettivi di Agenda 2030 e li ha recepiti nelle proprie politiche di sviluppo (cfr. Commissione, EUROPA 2020. *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2020, 3 marzo 2010).

³ Il principio di sostenibilità è richiamato espressamente all'art. 3, comma 3 TUE, ai sensi del quale, l'Unione *"si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e*



ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999) che le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente iniziano ad essere integrate nella *"definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie"* allo scopo di *"promuovere il progresso economico e sociale, un elevato livello di occupazione e uno sviluppo sostenibile e bilanciato"*. Trova, così, espresso riconoscimento il principio di integrazione, secondo cui l'Unione Europea deve tenere conto delle questioni ambientali sia nella fase di elaborazione sia in quella successiva di attuazione di tutte le altre politiche comunitarie⁴.

È questo il percorso che conduce all'idea di un approccio ecologico nelle procedure di scelta del miglior contraente da parte della pubblica amministrazione. La definizione di una politica integrata dei prodotti ("approccio IPP")⁵ costituisce per l'Unione un passo particolarmente significativo in tale direzione.

Uno dei principi fondamentali su cui si basa questo approccio è quello di considerare il ciclo di vita (*life-cycle thinking*) di un prodotto allo scopo di ridurre l'impatto ambientale complessivo ("dalla culla alla tomba") cercando, allo stesso tempo, di evitare che le iniziative incentrate su singole fasi del ciclo di vita si limitino semplicemente a trasferire il carico ambientale su altre, incoraggiando così l'adozione di misure atte a ridurre l'impatto sull'ambiente su tutto il ciclo di vita del prodotto, specie laddove possono risultare più efficaci e meno costose per le imprese e per la società⁶. A tal fine, tutte le parti interessate e, nello specifico, le pubbliche istituzioni possono stabilire il quadro giuridico ed economico di base e intervenire direttamente sui mercati, acquistando prodotti più ecologici. Su tali premesse, il GPP ha assunto un ruolo sempre più rilevante nelle politiche comunitarie che è stato potenziato nelle Direttive Europee 2004/18/CE e 2004/17 CE sugli appalti pubblici.

Il carattere centrale del GPP è stato rimarcato nella Comunicazione del 2014 sull'economia circolare⁷. Le Direttive Europee 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, mediante il ricorso

sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente" e al comma 5 del medesimo articolo, l'Unione, nelle relazioni con il resto del mondo, *"contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra. Sul tema, ex multis, M. FRANCAVIGLIA, Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale in Federalismi.it, n.19/2020.*

⁴ Il principio di integrazione è stato successivamente recepito all'art. 11 del TFUE secondo cui *"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"*.

⁵ Con la COM (2003) 302 del 18 giugno 2003 al Consiglio e al Parlamento Europeo intitolata *Politica integrata dei prodotti - Sviluppare il concetto di "ciclo di vita ambientale"* la Commissione ha rilevato che tutti i prodotti e i servizi hanno un impatto ambientale, tanto durante la produzione quanto durante l'uso o lo smaltimento finale. Allo stesso tempo, la continuità della crescita economica e il benessere sono fortemente influenzati dalla produzione e dal consumo dei prodotti. La sfida consiste nel conciliare il miglioramento del benessere e degli stili di vita, che spesso sono direttamente influenzati dai prodotti, con la tutela dell'ambiente. Questo è l'obiettivo della politica integrata dei prodotti. Secondo la Commissione se fino a quel momento, le politiche ambientali di prodotto avevano avuto la tendenza a concentrarsi sulle grandi fonti di inquinamento, come le emissioni industriali o i problemi relativi alla gestione dei rifiuti, un ulteriore passo in avanti imponeva di adottare, a complemento delle misure esistenti, una politica che prendesse in considerazione l'intero ciclo di vita del prodotto, compresa la fase dell'utilizzazione.

⁶ Cfr. COM (2003) 302 cit., § 3.

⁷ Cfr. COM (2014) 398 del 2 luglio 2014 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni *Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*. La Comunicazione si è tradotta nelle quattro Direttive n. 849/2018/UE, n. 850/2018/UE, n. 851/2018/UE e n. 852/2018/UE che hanno modificato le Direttive



al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, hanno contribuito a promuovere la qualità e l'innovazione negli appalti anche attraverso l'inclusione degli aspetti ambientali.

Il *Green Deal* ha valorizzato lo strumento del GPP ai fini della transizione ecologica⁸.

In sintesi, le istituzioni europee, sul presupposto che gli enti pubblici sono i principali consumatori in Europa con una spesa che incide in maniera considerevole nel prodotto interno lordo dell'UE, hanno compreso che utilizzando il loro potere d'acquisto per scegliere beni e servizi con minori impatti sull'ambiente, possono dare un contributo importante al consumo e alla produzione sostenibili.

Promuovendo e utilizzando il GPP, le autorità pubbliche possono, inoltre, influire sul mercato, fornendo all'industria incentivi reali per lo sviluppo di tecnologie e prodotti verdi, in particolar modo in alcuni settori strategici (quali, ad esempio, i trasporti pubblici e le costruzioni, i servizi sanitari e l'istruzione) in cui, detenendo una quota significativa del mercato, le loro decisioni hanno un impatto considerevole⁹. In tale ottica, le imprese, mediante un uso strategico dei contratti pubblici, pur operando in una logica di profitto, vengono coinvolte nel perseguimento di una pluralità di interessi di carattere generale.

Come si avrà modo di illustrare nei successivi paragrafi, gli obiettivi posti in ambito comunitario in materia di GPP sono stati recepiti nell'ordinamento italiano con l'adozione dei criteri ambientali minimi (o "CAM").

2. I criteri ambientali nelle procedure di affidamento di appalti pubblici tra esigenze economiche e ambientali. Il recepimento nell'ordinamento italiano.

L'ingresso di criteri ispirati alla tutela dell'ambiente nelle procedure di evidenza pubblica costituisce il frutto di un lungo e travagliato percorso normativo scaturito dalla necessità di superare l'impostazione originaria della disciplina dei contratti pubblici nata sostanzialmente con obiettivi di natura economica¹⁰.

2008/98/CE sui rifiuti, la 1994/62/CE sui rifiuti da imballaggi, la 1999/31/CE sulle discariche, la 2012/19/UE sui rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), la 2000/53/CE sui veicoli fuori uso e la 2006/66/CE su pile e accumulatori. Le Direttive sono state recepite in Italia con i Decreti Legislativi nn. 116/2020, 118/2020, 119/2020 e 121/2020. Merita di essere menzionato il manuale *Buying Green! - A Handbook on green public procurement (Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili)* in tre edizioni, di cui l'ultima pubblicata nel 2016. Il manuale è un documento di orientamento della Commissione europea per aiutare le autorità pubbliche ad acquistare beni e servizi a minor impatto ambientale.

⁸ Cfr. a riguardo: (i) la Comunicazione della Commissione *Il Green Deal europeo* (n. 640/2019); (ii) la Comunicazione della Commissione *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo* (n. 21/2020); (iii) la Comunicazione della Commissione *Una nuova Strategia Industriale europea* (n. 102/2020); (iv) la Comunicazione della Commissione *Strategia Europea per la Biodiversità 2030 - Riportare la natura nelle nostre vite* (n. 380/2020); (v) la Comunicazione della Commissione *Una strategia "Dal produttore al consumatore" per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente* (n. 381/2020); (vi) la Comunicazione della Commissione *Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa* (n.35/2021). L'Italia, nella direzione del *Green Deal*, ha approvato con Decreto Ministeriale n.259 del 24 giugno 2022, la Strategia Nazionale per l'economia circolare.

⁹ Tratto da: https://ec.europa.eu/environment/gpp/what_en.htm.

¹⁰ La dottrina ha segnalato come il tema in realtà non sia affatto nuovo e rimanda alla visione teorizzata da Keynes nella prima metà del Novecento: lo Stato, facendo leva sul volume e sull'impatto degli investimenti pubblici può perseguire obiettivi di interesse generale, ad esempio occupazionali, di inclusione sociale, di crescita economica. A riguardo, cfr. M. COZZIO *Appalti pubblici e sostenibilità: gli orientamenti dell'Unione europea e il modello italiano* in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2021.



L'obiettivo di ridurre l'impatto sull'ambiente fin dal momento della fase di progettazione di una gara, mediante l'introduzione di norme che tendono ad attuare obiettivi diversi da quelli puramente economici, connaturati alla materia della contrattualistica pubblica, risulta coerente con i principi fondamentali del diritto ambientale, ovverossia quello di precauzione e prevenzione (prevenire è meglio che curare)¹¹ dando attuazione "anticipata" al principio cardine del "chi inquina paga"¹².

Ancor prima che l'introduzione di aspetti ambientali nel settore degli appalti pubblici ricevessero una espressa copertura normativa, la giurisprudenza comunitaria aveva riconosciuto che i criteri utilizzabili per identificare l'offerta più vantaggiosa non dovessero essere per forza di tipo economico. Al contempo, veniva evidenziata l'esigenza di impedire che il principio di integrazione potesse entrare in collisione con altri principi che governano l'azione amministrativa, quali il principio di proporzionalità¹³, peraltro, anch'esso di origine comunitaria e quello di economicità che permea tutta la disciplina dei contratti pubblici¹⁴.

Grazie al contributo esegetico della giurisprudenza comunitaria e al fine di centrare gli obiettivi perseguiti a livello globale in materia ambientale, l'Unione Europea con le summenzionate Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha introdotto la possibilità di introdurre clausole ambientali nei contratti pubblici a parziale detrimento del principio di

¹¹ Per un approfondimento si cfr. G. MANCINI PALAMONI *Il Principio di prevenzione in AmbienteDiritto.it*, Rivista Giuridica Telematica, 26 novembre 2014.

¹² Il principio "chi inquina paga", fondato sull'idea che i costi per evitare e riparare i danni all'ambiente debbano essere sostenuti dai soggetti responsabili dei danni e non posti a carico della società nel suo complesso, costituisce uno dei 27 principi della Dichiarazione di Rio de Janeiro su cui si basa la strategia di sviluppo sostenibile. Il principio 16, infatti, prevede che "le autorità nazionali dovranno tentare di promuovere l'"internalizzazione" dei costi per la tutela ambientale e l'uso di strumenti economici, considerando che l'inquinatore dovrebbe, in principio, sostenere i costi del disinquinamento con il dovuto rispetto nei confronti dell'interesse pubblico e senza danneggiare il commercio e gli investimenti internazionali". Sul tema la letteratura è ampia. Tra i molti cfr. A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2018, pag. 35; F. ANTICH *Origine ed evoluzione del diritto internazionale ambientale. Verso una governance globale dell'ambiente* cit.

¹³ Il principio di proporzionalità, garantisce che i provvedimenti adottati dalla P.A. non siano eccedenti a quanto è necessario per il conseguimento dello scopo prefissato. Sull'argomento, B. FENNI, *Il Green Public Procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto.it*, Rivista Giuridica Telematica di Diritto Pubblico.

¹⁴ In tal senso, la CGUE, che si è pronunciata quando erano vigenti le Direttive 92/50/CE e 93/38/CE, ha riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di introdurre nelle procedure a evidenza pubblica criteri ecologici a condizione che fossero collegati all'oggetto dell'appalto, ossia pertinenti tenendo conto della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto, e non conferissero a tali amministrazioni una libertà incondizionata di scelta. Tali criteri, tuttavia, dovevano essere conformi ai principi europei in materia di gare pubbliche indicati nella disciplina di gara e, in particolare, al principio di non discriminazione (cfr. sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab. vs. Helsingin Kaupunki - HKL Bussilinen* (punto 69)). Nello specifico, la Corte aveva affermato che era legittimo per l'amministrazione preferire a un'impresa che offriva un prezzo più basso ma si obbligava a svolgere il servizio con autobus di tipo tradizionale, un'impresa che offriva un prezzo più alto ma che si impegnava a svolgere il servizio con autobus a idrogeno e perciò con inquinamento pari a zero. Con un'altra pronuncia, la Corte di Giustizia ha, inoltre, riconosciuto espressamente la possibilità di prevedere per il criterio ambientale l'assegnazione di un punteggio significativo (con ponderazione al 45%) a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice fosse in grado di verificare la rispondenza delle offerte ai criteri di aggiudicazione e non violasse i principi di par condicio tra le imprese e trasparenza (cfr. sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01 *EVN AG, Wienstrom GmbH vs Republik Osterreich*).



economicità, pur nel rispetto dei principi di non discriminazione e di concorrenza. Con il loro recepimento, il vecchio Codice De Lise (D. Lgs. 163/2006) ha riconosciuto la derogabilità del principio di economicità prevedendo la facoltà (ma non l'obbligatorietà) di ricorrere a forme di appalto sostenibili.

Veniva così definitivamente superato l'approccio meramente economico che aveva fino a quel momento caratterizzato la materia dei contratti pubblici, mediante l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel recepimento della normativa comunitaria, l'Italia, in attuazione dell'indicazione contenuta nella Comunicazione della Commissione europea n. 302 del 2003 e in ottemperanza del comma 1126, articolo 1, legge 296/2006 (legge finanziaria 2007) ha elaborato il *Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione* (di seguito, PAN GPP). Il Piano¹⁵, fornisce un quadro generale sul GPP, definisce degli obiettivi nazionali e prevede l'adozione, con decreti ministeriali, dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) per ogni categoria di prodotti, servizi e lavori acquistati o affidati dalla pubblica amministrazione.

I CAM sono i requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita¹⁶. Ad ora sono stati adottati con decreti ministeriali CAM per venti categorie di forniture ed affidamenti¹⁷.

I vantaggi del GPP per le imprese si possono riassumere in un maggiore impulso all'innovazione, alle attività di ricerca e alla competitività su nuovi prodotti e soluzioni per diminuire l'impatto ambientale.

Per le pubbliche amministrazioni, i benefici e gli obiettivi principali si possono sintetizzare nell'adozione di politiche ambientali integrate; nella razionalizzazione della spesa pubblica rapportata a costi/benefici e nella gestione di appalti sostenibili.

Per l'ambiente, i vantaggi si traducono nel minore impatto ecologico, in linea con gli obiettivi internazionali di conciliare le politiche di sviluppo economico con quelle di tutela delle risorse naturali.

3. Gli "acquisti verdi" nel D. Lgs. n. 50/2016 e le variabili ambientali nello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici: prima analisi.

¹⁵ Il Piano è stato adottato con il Decreto Interministeriale dell'11 aprile 2008 (pubblicato in G.U. n. 107 dello 8 maggio 2008) e aggiornato con Decreto 10 aprile 2013 (G.U. n. 102 del 3 maggio 2013); ad oggi è in corso di ulteriore revisione.

¹⁶ Il considerando 96 della Direttiva 2014/24/UE comprende nel concetto di "costo del ciclo di vita" "tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali". Cfr. a riguardo L. DE PAULI I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti in *Urbanistica e appalti*, 6/2016.

¹⁷ Il procedimento di emanazione dei CAM è stato definito a cascata e costruito su tre diversi livelli: in primo luogo il legislatore nazionale che con legge indica le categorie di beni che devono possedere determinate caratteristiche verdi; in un secondo momento interviene l'amministrazione centrale (il Ministero dell'Ambiente) prima con l'emanazione di un atto amministrativo generale (il PAN GPP) e successivamente con singoli atti puntuali in relazione a ogni singola categoria merceologica (i CAM) soggetti a continuo aggiornamento in considerazione della rapida evoluzione che caratterizza la tecnologia (cfr. F. DE LEONARDIS *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, cit.). Per una descrizione completa sui CAM cfr. T. CELLURA *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici - Gli Acquisiti Verdi dopo il correttivo al nuovo codice degli appalti* (D. Lgs. n. 56/2017) II Edizione, Maggioli Editore.



Il recesso del principio di economicità in favore delle esigenze di tutela ambientale è stato confermato nelle successive Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, recepite nel D. Lgs. n. 50/2016 (in seguito, anche Codice dei contratti pubblici) che ha definitivamente reso obbligatoria da parte di tutte le stazioni appaltanti l'introduzione di criteri ambientali nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

In proposito, dispone l'art. 30, comma 1, recante i principi comuni ai contratti sopra e sotto soglia comunitari per l'aggiudicazione e l'esecuzione dei contratti pubblici, che *"il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico"*. Come rilevato dalla dottrina, la norma sembra ancora muoversi nell'ottica della facoltà per le pubbliche amministrazioni di dare la prevalenza a esigenze ecologiche che oggi, se si considera quanto dispone l'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, appare superata dall'obbligo di inserire i criteri ambientali nella documentazione di gara¹⁸.

Nello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, predisposto in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante *"Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, come elaborato dal Consiglio di Stato e approvato dal Governo il 16 dicembre 2022 non si rinviene alcun riferimento esplicito alla facoltà per le stazioni appaltanti di subordinare il principio di economicità ad altre esigenze non strettamente funzionali alla disciplina dei contratti pubblici, tra cui, quelle ambientali. Ciò potrebbe spiegarsi con il fatto che nel nostro ordinamento l'inserimento dei CAM nelle procedure di gara costituisce ormai un obbligo e non più una semplice facoltà rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

La norma di riferimento nel Codice vigente in materia di CAM è rappresentata dall'art. 34, *"Criteri di sostenibilità energetica e ambientale"*, inserita tra i *"Principi comuni"* delle *"Modalità di affidamento"*. Stabilisce il comma 1 che le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

Il comma 2 prevede che i criteri ambientali minimi definiti dal decreto ministeriale e, in particolare, i criteri premianti sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁹.

¹⁸ Cfr. F. DE LEONARDIS *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente - Saggi* - 2020 n. 3.

¹⁹ L'offerta economicamente più vantaggiosa è disciplinata dall'art. 95 del D. Lgs. 50/2016; il comma 6 prevede che è individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e sia valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto (comma 6). La norma chiarisce che nell'ambito di tali criteri possono rientrare la qualità, comprensiva, *inter alia*, delle caratteristiche ambientali, del contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o ai servizi oggetto del contratto; il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione; la



L'ultimo comma dell'art. 34 precisa che i CAM trovano applicazione per gli affidamenti dei contratti di qualunque importo e dunque anche per gli appalti sottosoglia comunitaria.

L'art. 57 "sostitutivo" dell'art. 34, con formulazione non dissimile, prevede l'inserimento nella legge di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei CAM, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, i quali, tuttavia, a differenza di quanto statuito dalla disposizione vigente, sono differenziati, se tecnicamente opportuno anche in base al valore dell'appalto o della concessione. La proposta di introdurre una modulazione dei CAM in considerazione dell'entità economica dell'appalto tiene conto, con evidenza, dei costi per la loro applicazione in modo da rendere accessibili gli appalti anche di modesto valore a tutti gli operatori economici, in osservanza dei principi di *par condicio* e non discriminazione.

La loro rilevanza risulta inoltre rafforzata dall'esplicita previsione secondo cui le stazioni appaltanti sono tenute a valorizzare economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. La norma sembra recepire quanto già aveva chiarito la giurisprudenza sulla necessità di adeguare l'importo a base d'asta ai costi dei CAM (si cfr. par. 4.3).

Posto che le istanze ecologiche si inseriscono obbligatoriamente nel procedimento di scelta del miglior contraente, la dottrina ha osservato che il GPP sembra configurarsi come strumento di politica ambientale di carattere autoritativo (*command and control*)²⁰. Ciò in quanto l'istituto presenta aspetti che prescindono dalla libera scelta degli operatori economici di produrre beni e rendere servizi più sostenibili, inducendo le imprese ad adottare misure a tutela dell'ambiente al fine di conseguire la commessa pubblica²¹.

Rispetto ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (che rilevano esclusivamente ai fini dell'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerta tecnica valutata come la più sostenibile, cioè con minore impatto ambientale) alla conclusione della non obbligatorietà avrebbe indotto il dato testuale del comma 2, ovvero "*sono tenuti in considerazione*". In merito, la dottrina ha tuttavia rilevato come anche per il comma 2, nel caso di esistenza di CAM per il settore merceologico, si ponga un obbligo

compensazione delle emissioni di gas a effetto serra. La dottrina ha sottolineato l'intima connessione tra la norma in parola e l'art. 96 del Codice dei contratti pubblici. Invero, è stato osservato come il ciclo di vita di cui all'art. 95 del Codice diviene non soltanto il criterio di comparazione costo/efficacia sulla base del quale viene individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma, in base al collegamento con il successivo art. 96, diventa il vero e proprio oggetto dell'appalto, con la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di richiedere legittimamente requisiti oppure prescrivere criteri di scelta riferiti a qualche fase del ciclo di vita dell'oggetto dell'appalto, stabilendo un collegamento tra criteri di aggiudicazione ed oggetto del contratto (cfr. A. CASTELLI *GPP e economia circolare: le dinamiche ambientali all'interno del Codice dei Contratti Pubblici in Ambiente & sviluppo*, 10/2019). Tale inquadramento, con ogni evidenza, incide sul piano della efficacia del contratto in conseguenza di eventuali inadempimenti nella fase della sua esecuzione. Il corrispondente articolo 108 della bozza di decreto riguardante i criteri di aggiudicazione degli appalti, al comma 4 prevede, in particolare, che l'offerta economicamente più vantaggiosa, è individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ed è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. La norma, al di là della differente tecnica legislativa utilizzata, volta a semplificare anche mediante la riduzione di articoli spesso ridondanti, non muta il contenuto originario dell'impianto normativo.

²⁰ Cfr. A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2018, pagg. 208-209.

²¹ Cfr. F. FRACCHIA, S. VERNILE, I contratti pubblici come strumento dello sviluppo, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente - Saggi* - 2020 n. 2.



vincolante di valutazione dei criteri stessi²². Il legislatore, nella bozza di decreto, ha mantenuto invariata l'espressione, mancando così l'occasione di dare chiarezza, salvo eventuali modifiche che intervengano prima della definitiva emanazione.

Le variabili ambientali possono configurarsi anche come requisiti di esecuzione del contratto di cui all'art. 100 del Codice dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto che possono attere ad esigenze sociali e ambientali, a condizione che: siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione; siano precisate nella disciplina di gara; in sede di offerta gli operatori economici si obblighino a dichiarare di accettarli in caso di aggiudicazione.

Il corrispondente art. 113 della bozza di decreto non si discosta dall'attuale previsione normativa.

È evidente il collegamento tra la norma in commento e l'articolo 34 (art. 57 della bozza di riforma del Codice) nella parte in cui si fa espresso riferimento alle clausole contrattuali riconducibili chiaramente alla fase esecutiva dell'affidamento.

In definitiva, il ruolo fondamentale che i CAM ricoprono negli affidamenti pubblici è ormai chiaro e incontrovertibile come pure la nuova disciplina conferma.

4. I CAM nella recente giurisprudenza amministrativa. Casistica.

L'obbligo per la pubblica amministrazione di inserire i CAM laddove siano stati adottati puntuali decreti per singole categorie merceologiche, ha reso necessario l'intervento del giudice amministrativo che, negli ultimi anni, si è pronunciato, in particolare, in merito alle possibili conseguenze che derivano dalla violazione dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici da parte sia delle amministrazioni sia degli operatori economici; ai casi in cui i CAM siano previsti come requisiti di partecipazione o come criteri premiali; al livello procedurale di verifica dell'idoneità sotto l'aspetto ambientale dei beni, lavori, servizi offerti.

4.1. Il mancato inserimento dei CAM nella lex specialis di gara.

²² Cfr. G. FRANCHINA *I contratti pubblici e criteri ambientali minimi* in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo n. 2/2022. E inoltre, sul punto, F. DE LEONARDIS *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, cit. secondo cui il riferimento all'obbligo è chiarissimo nel comma 3 per il quale "l'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo (omissis)". Di contro, si segnala che secondo un recente orientamento espresso dalla giurisprudenza di merito deve ritenersi come non sia censurabile la mancata previsione nella *lex specialis*, di criteri ambientali minimi (nella specie, la doglianza era riferita alla omessa valorizzazione di ambulanze meno inquinanti); con la conseguenza che il bando di gara non può ritenersi automaticamente illegittimo per il solo fatto della mancata considerazione dei criteri ambientali minimi. In particolare, il Collegio ha reputato che la scelta operata dall'amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico, come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (Cfr. TAR Campania - Napoli, Sez. V, sent. n. 4355 del 27 giugno 2022). La pronuncia dei giudici partenopei sembra inserirsi nell'ambito delle disposizioni del "vecchio" codice dei contratti pubblici che rimetteva alla discrezionalità propria delle pubbliche amministrazioni di valutare l'inserimento di variabili ambientali. In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317, è dell'avviso che occorra distinguere tra i criteri base e quelli premianti, sussistendo solamente per i primi l'obbligo di inserimento nella *lex specialis* di gara, mentre per i secondi vi sia solo un invito alle stazioni appaltanti a tenerne conto.



Sulla natura obbligatoria delle disposizioni in materia di CAM il Consiglio di Stato con una recentissima pronuncia ha chiarito che *"lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti"*²³. Ne consegue che non possono ritenersi rispettate tali previsioni nel caso in cui le stazioni appaltanti prevedano nella disciplina di gara un generico rinvio alle disposizioni vigenti. Pertanto, l'inottemperanza all'obbligo di inserire i CAM nella disciplina di gara determina come conseguenza la caducazione dell'intera gara e l'integrale riedizione della stessa, emendata dal vizio in questione.

Deve rilevarsi la portata dirompente della sentenza in rassegna per gli effetti che sono conseguiti sul piano della efficacia del contratto medio tempore stipulato. Infatti, conseguentemente all'annullamento degli atti del procedimento di gara, per violazione di una disposizione posta a presidio di interessi superindividuali, è stata accolta, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., anche la domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra l'impresa aggiudicataria e l'amministrazione.

4.2. Il mancato inserimento dei CAM nella *lex specialis* e l'interesse a ricorrere.

Sotto altro aspetto, i giudici amministrativi hanno avuto modo di chiarire che per contestare in giudizio l'eventuale mancato rispetto da parte di una stazione appaltante dell'obbligo di cui all'art. 34, comma 1 del Codice dei contratti pubblici, è necessario che l'operatore economico partecipi alla gara. In particolare, il T.A.R. Toscana²⁴ ha evidenziato come, in applicazione di un principio ormai consolidato in materia, se un soggetto non partecipa ad una gara non può, successivamente, dolersi della illegittimità della *lex specialis*, a meno che la mancata partecipazione sia giustificata da clausole cd. "immediatamente escludenti", cioè da clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto all'oggetto della gara o, ancora, di regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o impossibile il calcolo di convenienza tecnica o economica dell'appalto²⁵. Precisano i giudici che l'eventuale mancanza dei criteri ambientali minimi di riferimento non viene a integrare una qualche clausola direttamente impeditiva della partecipazione della ricorrente alla procedura. Conseguentemente, qualora la stazione appaltante non tenga conto, nella redazione della documentazione di gara, dei criteri ambientali minimi da applicare, per agire in giudizio è necessario partecipare alla gara e, in caso di mancata aggiudicazione, contestarne l'esito²⁶.

²³ Cfr. Cons. Stato sez. III, sent. n. 8773 del 14 ottobre 2022 con la quale i giudici hanno ricordato che la *ratio* dell'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi va rinvenuta nell'esigenza di garantire *"che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde" (così, da ultimo, la sentenza n. 6934/2022). La previsione in parola, e l'istituto da essa disciplinato, contribuiscono dunque a connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. green public procurements si connotano per essere un "segmento dell'economia circolare"*.

²⁴ Cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, sent. n. 801 del 26 giugno 2020.

²⁵ L'orientamento della giurisprudenza è costante; si cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. Sent. n. 4 del 26 aprile 2018; sez. V, sent. n. 5789 del 23 agosto 2019; sent. n. 5057 del 18 luglio 2019; sent. n. 1736 del 8 marzo 2019.

²⁶ Il principio è stato ribadito anche nella sentenza Cons. Stato, n. 8773/2022 cit. con la precisazione che la partecipazione alla gara non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara, essendo l'impugnazione proponibile solo all'esito della procedura e avverso l'aggiudicazione, senza che ciò possa qualificarsi come un venire *contra factum proprium*. Si cfr. sul punto anche Cons. Stato, sez. V, sent. n. 972 del 3 febbraio 2021.



4.3. *L'omessa considerazione dei costi dei CAM nell'importo a base d'asta.*

Sul presupposto che i CAM sono obbligatori e presentano un costo perché le imprese possano adeguarsi, le stazioni appaltanti, nella determinazione dell'importo a base d'asta della gara, non possono esimersi dal considerare anche i costi legati all'applicazione dei CAM. In una procedura avente ad oggetto la ristorazione scolastica, il Consiglio di Stato²⁷ ha censurato l'operato dell'amministrazione e ritenuto affetto da illegittimità per difetto di istruttoria l'individuazione dell'importo a base di gara poiché non erano stati adeguatamente considerati i costi legati al rispetto dei criteri ambientali minimi. Invero, era stato posto come base d'asta della procedura di gara sottoposta all'attenzione dei giudici, lo stesso importo previsto per analoga gara indetta anni prima, senza tenere conto degli oneri ulteriori connessi all'applicazione dei CAM. Il Collegio ha ritenuto che l'omessa considerazione delle specifiche tecniche richieste non può essere avallata neppure a fronte dell'"ampia discrezionalità di cui la medesima stazione appaltante è titolare, dovendo ribadirsi al riguardo che la pur ampia discrezionalità goduta dall'amministrazione non può risolversi in arbitrarietà, né può sfuggire al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo che ben può verificare se il potere sia stato in concreto correttamente esercitato sotto il profilo della logicità e della ragionevolezza".

4.4. *Verifica del rispetto dei CAM per l'assegnazione del punteggio premiante*²⁸.

Con riferimento ai casi in cui nella procedura di gara vengono stabiliti dei criteri ambientali premiali ai fini della valutazione dell'offerta, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che è legittima l'attribuzione, da parte della pubblica amministrazione, a una ditta concorrente a una gara di appalto di servizi, del punteggio massimo per lo specifico requisito previsto dalla lex specialis, dell'osservanza dei criteri ambientali minimi - e la conseguente aggiudicazione della gara in favore della ditta stessa - nel caso in cui il concorrente risultato vittorioso abbia offerto un prodotto conforme alla norma tecnica UNI EN ISO 14024, espressamente richiamata nel bando, ed avente caratteristiche tecniche che, per finalità *green*, sono risultate equivalenti a quelle espressamente richieste dalla stazione appaltante²⁹.

4.5. *La discrezionalità della pubblica amministrazione nella previsione di criteri ambientali premianti.*

Le stazioni appaltanti dispongono comunque di ampia discrezionalità per quanto riguarda i parametri ambientali da inserire per la valutazione dell'offerta economica più

²⁷ Cfr. Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 8088 del 27 novembre 2019.

²⁸ Sull'inserimento nella disciplina di gara di criteri ambientali premianti ai fini della valutazione dell'offerta economica più vantaggiosa si cfr. nota n. 22.

²⁹ Cfr. TAR Lombardia - Brescia, Sez. I - sent. n. 213 del 2 marzo 2022. Nella specie, la società ricorrente principale contesta l'assegnazione alla controinteressata del punteggio in quanto era stato offerto un prodotto conforme alla norma tecnica UNI EN ISO 14024 (espressamente richiamata nel bando) in violazione della disciplina di gara che prevedeva piuttosto in relazione al criterio di aggiudicazione la "fornitura di tutti i prodotti in carta tessuto costituiti da polpa non sbiancata". Il Collegio ha ritenuto che la prescrizione del disciplinare presenta una inequivocabile finalità *green*, realizzabile a mezzo dell'utilizzo di prodotti a basso impatto ambientale e che tale finalità risultava comunque soddisfatta dal partecipante in conformità al principio di equivalenza funzionale espresso dall'art. 68, d.lgs. n. 50 del 2016. Tale principio trova "applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica. Esso è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti, poiché la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità" (Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2021, n. 1863).



vantaggiosa o per le specifiche tecniche, diverse o comunque aggiuntive rispetto ai CAM, potendo richiedere, come chiarito dal giudice amministrativo, l'applicazione dei CAM anche per beni o servizi non immediatamente riferibili a quelli oggetto dei relativi decreti ministeriali³⁰. Tale discrezionalità deve essere esercitata nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione. Inoltre, le variabili ambientali devono essere strettamente collegate all'oggetto dell'appalto. Diversamente, si configurerebbe il rischio di un'alterazione delle dinamiche concorrenziali sulla base delle capacità e disponibilità economiche dell'operatore senza alcuna connessione con la specifica commessa oggetto di gara.

4.6. Omessa produzione della documentazione probatoria. Conseguenze.

Sotto altro ma correlato aspetto, la giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto che la mancata produzione della documentazione attestante il rispetto dei CAM può determinare l'esclusione dell'impresa dalla gara. Invero, la stazione appaltante è legittimata a verificare, già in fase di gara (e quindi non solo in fase di esecuzione del contratto ma anche in un momento antecedente all'aggiudicazione) la conformità delle specifiche tecniche di progetto rispetto a quelle previste nei CAM in relazione alla categoria merceologica oggetto dell'appalto in quanto l'obbligatorietà del rispetto dei predetti criteri è prevista dall'art. 34 del codice dei contratti pubblici e dai commi 1126 e 1127, art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 296 e s.m.i. (legge finanziaria per l'anno 2007). Conseguentemente, ove non sia stata presentata la documentazione a comprova dell'idoneità dell'offerta in relazione anche ai criteri ambientali minimi previsti nella documentazione di gara, deve ritenersi legittima l'esclusione dalla gara delle imprese offerenti³¹.

³⁰ Si cfr., Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2019, n. 2344, in cui il concorrente escluso lamentava che solo alcuni elementi oggetto della fornitura sarebbero stati strettamente assimilabili agli arredi per ufficio per i quali il D.M. 11 gennaio 2017, richiamato dalla lex specialis di gara, detta i CAM. Di conseguenza tali condizioni minime non sarebbero state applicabili agli arredi di laboratorio. Secondo i Giudici di Palazzo Spada, "il D.M. citato si rivolge effettivamente alla categoria degli arredi per interni. Ciò non esclude che la stazione appaltante possa introdurre nei propri bandi i CAM anche qualora non si tratti di arredi per interni (da ufficio) in senso stretto". Tale scelta è stata ritenuta legittima poiché i criteri ambientali minimi erano stati previsti dalla disciplina di gara "nell'ottica del perseguimento di benefici per lavoratori ed utenti del polo universitario oltre che per il conseguimento di importanti ricadute sull'ambiente [...] ed al fine di preservare gli utilizzatori finali dall'esposizione all'azione di sostanze pericolose, contaminanti, aggressive, volatili, presenti all'interno dei materiali costruttivi, attività di prevenzione che può essere svolta selezionando materiali sicuri e sani, a prescindere da quella che sarà la loro collocazione funzionale in specifici ambiti degli edifici".

³¹ Cfr. tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 3197 del 26 aprile 2022. Viene precisato in sentenza (nella specie, si trattava della fornitura di calzature) che per giurisprudenza costante del Consiglio di Stato "l'offerta deve essere, infatti, conforme alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire sin dal principio, atteso che difformità, anche parziali, si risolvono in un "aliud pro alio", che giustifica l'esclusione dalla selezione" (Cons. St. sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565; Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818; Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2011, n. 3877). Pertanto, ai fini dell'esclusione, non sarebbe comunque necessaria un'espressa previsione in tal senso, essendo sufficiente il riscontro della difformità dell'offerta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis, che abbiano per l'Amministrazione un valore essenziale". Id. Cons. Stato, Sez. III, n. 397 del 21 gennaio 2022 che ha affermato: "al fine di individuare il livello procedurale cui avere riguardo nel compimento delle verifiche inerenti al rispetto dei "criteri ambientali minimi" oltre che determinare il contenuto specifico di tali criteri, occorre riferirsi principalmente alle prescrizioni ministeriali cui le norme di riferimento (art. 34 d.lvo n. 50/2016 e d.m. 11 gennaio 2017) integralmente rinviano; prescrizioni, giova precisare, che, nell'ipotesi di omesso richiamo da parte della lex specialis, sono suscettibili di integrarla ab externo, al fine di conformarla alle



4.7. I CAM e gli affidamenti in house.

Con la sentenza n. 7093 del 22 ottobre 2021 il Consiglio di Stato ha affrontato il tema della applicabilità dei CAM alle società in house. Il Collegio, ha ritenuto legittima la scelta dell'amministrazione di affidare in house il servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani senza richiedere alla società affidataria il rispetto dei predetti criteri di settore. La pronuncia giustifica l'esclusione dell'obbligo per le società in house del rispetto dei CAM affermando che tali società si sottraggono alla logica premiale sottostante tali criteri e caratterizzante, dunque, le sole procedure a evidenza pubblica, poiché già sottoposte al diverso onere di motivazione aggravato disposto dall'art. 192 del D. Lgs. n. 50 del 2016.

5. Considerazioni conclusive.

Da quanto emerso dal rapporto 2022 sul Green Public Procurement in Italia, pubblicato dall'Osservatorio Appalti Verdi, costituito da Legambiente e Fondazione Ecosistemi, intitolato *"I numeri del Green Public Procurement in Italia"*, la tendenza all'applicazione dei CAM negli appalti per l'acquisizione di beni e nei servizi da parte degli enti monitorati (89 capoluoghi di provincia, 35 Aziende Sanitarie Locali, 91 Aree Protette e dieci Centrali di Committenza Regionali) risulta in crescita³².

Nonostante i dati positivi, il percorso virtuoso intrapreso nella direzione degli acquisti verdi sembra risultare ancora piuttosto lento. Dal rapporto emerge come le maggiori criticità che le stazioni appaltanti riscontrano nell'applicazione dei CAM, afferiscono alla mancanza di formazione del personale, alle difficoltà nella stesura dei bandi e alla mancanza di imprese dotate dei requisiti per la partecipazione a bandi che abbiano integrato i CAM.

Partendo da tali dati, deve rilevarsi come una spinta ulteriore verso la crescita del GPP sia particolarmente auspicabile, in questo particolare momento storico. Deve ricordarsi infatti che il ruolo del GPP risulta particolarmente rafforzato nell'attuazione del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) adottato, come noto, da ciascuno Stato membro dell'UE

disposizioni di legge sovraordinate". Ne consegue che "l'analisi dei "criteri ambientali minimi" e delle modalità di verifica del relativo rispetto consente di affermare che, in linea generale, questa può collocarsi nella fase di espletamento della gara (con i connessi oneri dichiarativi e documentali in capo ai concorrenti) ovvero nella fase della esecuzione della prestazione contrattuale". Nello stesso senso T.A.R. Toscana, sez. III, sent. n. 225 del 20 febbraio 2020; T.R.G.A. Trento, sez. unica, sent. n. 168 del 18 dicembre 2019. Con specifico riferimento a procedure di gara per la fornitura di arredi e all'applicazione dei criteri ambientali minimi di cui al D.M. MATTM 11 gennaio 2017 (recante *"Adozione dei criteri ambientali minimi per gli arredi per interni, per l'edilizia e per i prodotti tessili"*) la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto legittime le previsioni della *lex specialis* di gara che consentono di anticipare - ad un momento precedente l'aggiudicazione - la verifica della corrispondenza della documentazione tecnica dei prodotti offerti ai requisiti tecnici di qualità previsti nei documenti di gara e, quindi, ai CAM di riferimento. Ciò in quanto *"le caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla lex specialis costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della res richiesta; né depone in senso contrario la circostanza che la lex specialis non commina espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste, risolvendosi tale difformità in un aliud pro alio che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso"*. Nello stesso senso, cfr. TAR Lombardia, sez. II, sent. n. 1215 del 26 giugno 2020; T.R.G.A. Trento, sez. unica, sent. n. 66 del 14 maggio 2020.

³² Il rapporto è disponibile sul sito: <https://www.appaltiverdi.net/risultati-del-monitoraggio-civico-2022>. I dati relativi all'applicazione dei CAM nelle gare pubbliche fanno riferimento ai bandi emessi nel 2021.



per accedere ai fondi del Next Generation EU (NGEU), lo strumento introdotto dall'Unione europea per la ripresa post pandemia Covid-19, ed il rilancio dell'economia degli Stati membri.

Il Regolamento (Ue) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, all'art. 18 stabilisce che tutte le misure dei Piani nazionali per la ripresa e resilienza (PNRR), sia riforme che investimenti, debbano soddisfare il principio di "non arrecare danno significativo agli obiettivi ambientali" (c.d. principio DNSH *Do No Significant Harm*). In Italia, secondo la Guida Operativa del Ministero dell'Economia e delle Finanze³³, il DNSH richiede l'adozione obbligatoria dei CAM. Perciò le risorse comunitarie destinate all'attuazione del PNRR possono essere spese solo a condizione che nelle procedure di gara vengano adottati i CAM.

Oltre tutte le considerazioni che precedono, non si può non pensare alle recenti novità introdotte dalla riforma agli articoli 9 e 41 della Costituzione, alle quali un rapido cenno merita di essere svolto.

Come noto, con legge 11 febbraio 2022, n. 1 **la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni** è stata inclusa tra i principi fondamentali della Costituzione (art. 9 Cost.).

Il bilanciamento degli interessi, che riguarda la tutela della persona, la protezione dell'ambiente (nell'ulteriore specificazione secondo cui **la libera iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente**) e la tutela del profitto (con l'ulteriore limite che l'attività economica pubblica e privata deve essere indirizzata e coordinata anche **a fini ambientali**) è stato attuato con la modifica dell'art. 41.

Dalla lettura del testo, non sfugge come, ancora una volta, non sia stata fornita alcuna definizione di ambiente. Ad oggi, la variegata normativa di settore dedicata alla protezione dell'ambiente naturale non indica, infatti, cosa esattamente debba intendersi per ambiente, con ciò rendendo estremamente difficoltoso, da un lato, delimitare il bene giuridico oggetto di tutela, dall'altro, individuare le competenze legislative e amministrative specifiche tra Stato da una parte e Regioni ed enti locali, dall'altro³⁴.

³³ Cfr. Circolare del 30 dicembre 2021, n. 32.

³⁴ Gli studiosi del diritto hanno in qualche modo rilevato come le modifiche introdotte con l'aggiornamento della Carta, costituiscano in realtà il punto di arrivo degli orientamenti interpretativi che si sono accreditati da lungo tempo nella giurisprudenza, sulla base di una complessa ricostruzione esegetica dottrinale. Tra i principali autori che hanno contribuito in maniera significativa a un'elaborazione del diritto all'ambiente vanno annoverati Massimo Severo Giannini (*Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici* in Riv. trim. dir. pubbl., 1973, p. 15 ss.; cit. in R. AGNOLETTI, *Natura e Ambiente nella prospettiva della Biodiversità*, in Foro Amm. Anno V, Fasc. 8 – 2018; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale* in Dir. econ., 2002, 2; A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, cit.) e Alberto Predieri (che ha fatto ricorso ad una nozione ampia di "paesaggio". Si cfr. la sua voce "Paesaggio" in Enc. dir.; cit. in R. AGNOLETTI, *Natura e Ambiente nella prospettiva della Biodiversità*, cit.; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale* cit; A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente* cit.). Venivano così poste le fondamenta per quell'orientamento secondo cui la nozione di ambiente ha diversi significati nell'ambito delle diverse discipline che hanno ad oggetto singoli beni, giungendo così a negare la sussistenza di una nozione unitaria di ambiente. In giurisprudenza, dall'interpretazione estensiva del combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost., è stata elaborata la nozione giuridica di "ambiente salubre" ed è stato riconosciuto il diritto all'ambiente salubre come un diritto soggettivo inviolabile, azionabile in sede giurisdizionale (si ricordino le storiche sentenze della Suprema Corte, SS. UU., 6 ottobre 1979, n. 5172 e 9 marzo 1979, n. 1463). In



C'è da chiedersi se le possibili ragioni di tale “vuoto” nel mondo del diritto siano frutto di una precisa scelta originata dalla difficoltà di individuare una nozione giuridica ben definita di ambiente.

La visione cui è pervenuta la più recente dottrina tende ad abbandonare la pretesa di sussumere l'ambiente all'interno di categorie giuridiche esistenti per approcciarsi ad un punto di osservazione più “olistico”, attingendo all'insegnamento delle scienze naturali per una ricostruzione più pratica e utile di ambiente³⁵.

Secondo tale prospettazione teorica, l'ambiente può essere descritto mediante la nozione di “sistema” in cui i singoli componenti eterogenei e mutevoli non rilevano quale summa degli stessi poiché importano reciproche relazioni. In altre parole, sono i legami tra i molteplici elementi che lo compongono, reciprocamente interconnessi e interagenti tra loro e

base alla contrapposta tesi ricostruttiva, l'ordinamento giuridico offrirebbe, invece, diversi elementi a sostegno di una codificazione unitaria di ambiente. Tale teoria origina da alcune pronunce giurisprudenziali (sentenze n. 210/1987, e n. 641/1987 della Corte Costituzionale) in cui si fa riferimento a un *“bene immateriale unitario, anche se formato da varie componenti”*. La modifica del Titolo V della Costituzione -pur avendo attribuito all'ambiente rilevanza costituzionale, assegnando allo Stato la competenza legislativa esclusiva in tema di *“tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali”* -art. 117, co. 2 lett. s)- e rafforzato la concezione unitaria dell'oggetto della disciplina ambientale- non ha fornito una definizione di tale oggetto. L'ambiente è stato perciò diversamente individuato come bene immateriale; bene materiale e unitario (cfr. Corte Cost. sent. n. 367 del 7 novembre 2007); come bene giuridico pubblico; come interesse pubblico fondamentale della comunità nazionale; come oggetto di un dovere di solidarietà che trae fondamento dall'art. 2 della Cost. (si cfr. a riguardo, F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale* cit.); come equilibrio ecologico (e, in particolare, come *“bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti (omissis) biosfera, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni fra queste ultime, i loro equilibri, la loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via (omissis)”*). Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente come “sistema”, considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto; Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378); o, ancora, come valore costituzionale. Va rimarcato come l'ambiente sin dagli anni Ottanta, sia stato collocato tra i valori primari dell'ordinamento repubblicano. La qualifica di “valore costituzionale” indica la rilevanza che l'ordinamento attribuisce al bene giuridico ambiente. Attraverso i valori è possibile attribuire alle disposizioni costituzionali significati che vanno oltre il dato testuale. L'interesse alla tutela dell'ambiente nella categoria dei valori costituzionali è stato ritenuto dalla dottrina coerente con le caratteristiche peculiari dell'oggetto della tutela e, in particolare, con la sua indeterminatezza che osta all'elaborazione di una definizione giuridica. La qualificazione della tutela ambientale come valore costituzionale è stata perciò affermata dalla Consulta anche dopo la riforma costituzionale del 2001, nonostante l'esplicito riconoscimento costituzionale della tutela ambientale fra le materie oggetto della potestà legislativa esclusiva statale (si vedano sentenze della Corte Costituzionale 26 luglio 2002 n. 407, 7 novembre 2007 n. 367, 14 novembre 2007 n. 378, 5 marzo 2009 n. 61 e 22 luglio 2009 n. 225). In particolare, con la sentenza n. 407/2002, la Corte Costituzionale aveva escluso che la tutela dell'ambiente costituisse una “materia in senso stretto”, qualificando la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali come “una materia trasversale” che non preclude alle Regioni un riconoscimento più ampio nella cura di interessi funzionalmente collegati con quelli ambientali. Per una sintesi dei diversi orientamenti si rinvia a R. AGNOLETTI, *Natura e Ambiente nella prospettiva della Biodiversità*, cit.; A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, cit.); AA.VV., *Il diritto dell'ambiente in Manuale dell'Edilizia e dell'Urbanistica*, a cura di F. CARINGELLA – U. DE LUCA, Ed. Dike Giuridica 2017, pag. 285 e ss.

³⁵ In tal senso, R. AGNOLETTI, *Natura e Ambiente nella prospettiva della Biodiversità* cit.



l'esterno, a fare acquisire al bene ambiente un'unica identità dotata di proprietà e qualità autonome³⁶.

Il fondamento giuridico di tale impostazione è stato rintracciato nell'art 117, c. 2, lett. s), laddove il termine ambiente viene abbinato a quello di "ecosistema".

I due termini, che identificherebbero un unico "valore trasversale", non riguardano ambiti diversi e, perciò, destinatari di distinte forme di tutela, bensì due facce della stessa medaglia complementari l'una all'altra, in un'unità funzionale e sinergica.

La volontà di utilizzare il termine "ecosistema" nella Carta costituzionale, non sarebbe perciò casuale ma credibilmente volta a sottolineare la centralità delle interazioni tra i diversi elementi coesistenti. Si deve notare come tale sforzo esegetico sembra trovare conferma nel nuovo testo riformato dell'art. 9 della Costituzione che accosta, in sequenza, quali oggetto di tutela, l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi³⁷.

È innegabile che tali termini evocino l'ambito delle scienze naturali costituendo un indizio particolarmente significativo della insufficienza del lessico giuridico a fini descrittivi e della riscontrata complessità e problematicità a tutti i livelli (normativo, dottrinale e giurisprudenziale) di ricondurre l'ambiente a classificazioni giuridiche troppo "strette" in considerazione della vastità ed essenza del bene ambiente.

La tutela della biodiversità, con il suo ingresso ufficiale nella Carta costituzionale tra i principi fondamentali, costituisce allora l'obiettivo primario dell'intera disciplina che si pone a presidio della protezione e salvaguardia della natura, confermando, ad avviso di chi scrive, quella rilevanza giuridica unitaria che il legislatore ha inteso espressamente riconoscere, nella molteplicità e interconnessione delle sue componenti.

Sotto il profilo esegetico, il sicuro ancoraggio costituzionale apprestato alla tutela dell'ambiente garantisce con maggior forza che eventuali scelte pubbliche incidenti sull'ambiente siano giudicate illegittime qualora si pongano in contrasto con il principio in esame. Il legislatore chiamato ad intervenire a protezione dell'ambiente non è libero nel disciplinare la materia dal momento che (oltre ad essere vincolato dal diritto comunitario) è obbligato ad attuare i principi costituzionali.

La riforma costituzionale, in tali termini, costituisce il recepimento formale nell'ordinamento interno **delle politiche globali a tutela delle risorse naturali e la conclusiva consacrazione (in particolare, a seguito della modifica dell'art. 41) del principio di integrazione**, già richiamato, volto a contemperare le esigenze ambientali in settori che tradizionalmente perseguono altre finalità di natura sostanzialmente economica.

Si può allora concludere, riguardo al tema d'interesse, che i CAM trovino oggi un fondamento normativo nella Costituzione che ne rafforza il valore quale strumento di politica ambientale negli appalti pubblici nell'attuazione di uno sviluppo sostenibile.

Sotto altro aspetto, si coglie l'occasione per mettere in evidenza come la modifica degli articoli della Costituzione abbia offerto l'occasione per ritornare sul tema della tradizionale

³⁶ Si veda R. AGNOLETTI, *Natura e Ambiente nella prospettiva della Biodiversità* cit., pag. 1382.

³⁷ La biodiversità è stata definita dalla Convenzione sulla diversità biologica (CBD), sottoscritta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, come la variabilità di tutti gli organismi viventi inclusi negli ecosistemi acquatici, terrestri e marini e nei complessi ecologici di cui essi sono parte. Le interazioni tra gli organismi viventi e l'ambiente fisico danno luogo a relazioni funzionali che caratterizzano i diversi ecosistemi garantendo il loro mantenimento e la fornitura dei cosiddetti servizi ecosistemici. Tra questi si ricorda la produzione di cibo, combustibile, fibre e medicinali, l'effetto regolatore sull'acqua, l'aria e il clima, il mantenimento della fertilità del suolo, i cicli dei nutrienti (COM (2006) 216 del 22 maggio 2006 *ARRESTARE LA PERDITA DI BIODIVERSITÀ ENTRO IL 2010 - E OLTRE Sostenere i servizi ecosistemici per il benessere umano*).

contrapposizione tra concezione “ecocentrica” e “antropocentrica”³⁸ dell’ambiente allo scopo di trovare una chiave di lettura del testo, come innovato. Il tema, affascinante e assai ampio, affrontato diffusamente da autorevoli giuristi, non può essere approfondito in tale sede. Ciò nondimeno, un breve richiamo al più recente approdo della dottrina appare doveroso.

Secondo una interessante prospettazione, il significato dell’art. 9 della Costituzione potrebbe essere rintracciato nella Dichiarazione di Rio sull’ambiente e lo sviluppo che afferma al Principio 3: *“Il diritto allo sviluppo deve essere realizzato in modo da soddisfare equamente le esigenze relative all’ambiente ed allo sviluppo delle generazioni presenti e future”*. Tale formulazione, che avrebbe ispirato il contenuto della modifica introdotta nella Costituzione, sembrerebbe soddisfare entrambe le esigenze: sia quelle relative all’ambiente (prospettiva ecocentrica) sia le esigenze dello sviluppo delle generazioni presenti e future (prospettiva antropocentrica). In ragione di ciò, si presterebbero ad essere ricondotte insieme verso una concezione ambientalista che è stata definita come *“antropocentrismo illuminato”*³⁹. Tale impostazione si presenterebbe, del resto, in linea con le conclusioni raggiunte dalla dottrina in merito al riferimento contenuto nella norma alle future generazioni. Esso alluderebbe proprio al concetto di sviluppo sostenibile che, pertanto, ancorché non in modo espresso, sarebbe stato comunque evocato nella Carta Costituzionale⁴⁰, facendo scaturire un preciso impegno delle istituzioni pubbliche al perseguimento di questo risultato. Nella nuova formulazione, difatti, il collegamento imprescindibile tra sviluppo delle attività economiche e salvaguardia dell’ambiente sottende proprio al concetto di sostenibilità.

In tale quadro costituzionale si inserisce perfettamente il ruolo svolto dai CAM negli appalti pubblici per l’attuazione degli obiettivi transnazionali di protezione dell’ambiente e sviluppo sostenibile.

³⁸ La visione antropocentrica dell’ambiente è fondata sulla centralità dell’uomo rispetto alla natura ritenuta soltanto uno strumento per il soddisfacimento dei bisogni umani; la concezione ecocentrica considera l’ambiente come valore autonomo, con un proprio rilievo intrinseco, privo di correlazione con il fine ultimo del benessere umano. Come sintetizzato dalla Corte Costituzionale, se il criterio umanistico *“vede il singolo in posizione di aspettativa, titolare di un diritto ad una ambiente salubre che gli altri devono procurargli e mantenergli, al contrario, per la concezione naturalistica il singolo è in posizione attiva, soggetto ad un obbligo di fare, per prevenire o porre rimedio ai danni di cui è responsabile”* (cfr. Corte cost. sent. n. 407 del 26 luglio 2002).

³⁹ Si cfr. *“L’art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici”* di M. OLIVI in Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, Fasc. n. 4/2022.

⁴⁰ Si cfr. *“L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo”* di F. FRACCHIA in AmbienteDiritto.it, Rivista Giuridica Telematica di Diritto Pubblico, Fasc. n. 4/2022.



FOCUS

IL GIUDICE PENALE DI FRONTE ALLA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE: GESTIONE DEI RIFIUTI E INQUINAMENTO DELLE ACQUE*

Paolo Valiante

Giudice del Tribunale di Salerno

ABSTRACT

Nel perseguimento della sostenibilità ambientale, tende a crescere il ruolo del giudice penale in materie assai specialistiche, nelle quali il legislatore non di rado conferisce di fatto una “delega” alla giurisdizione, mediante l’enunciazione di clausole generali che affida all’interpretazione dei giudici il compito di riempire di contenuto. Anche in materia di rifiuti e di tutela delle acque, il giudice penale si trova non di rado a dover conciliare istanze di tipo precauzionale e di difesa sociale con l’esigenza, propria del diritto penale, di punire solo comportamenti individuali effettivamente offensivi del bene ambiente.

Parole chiave: sostenibilità, diritto penale, inquinamento, supplenza del giudice, difesa sociale.

In the pursuit of environmental sustainability, the role of the criminal judge tends to grow in highly specialized matters, in which the legislator often grants a “delegation” to the jurisdiction, through the enunciation of general clauses, thus entrusting the interpretation of the judges with the task of filling them with content. Also in matters of waste and water protection, the criminal judge often finds himself having to balance precautionary and social defense requests with the need, which is typical of criminal law, to punish only individual behavior that is actually offensive to the environment.

Key words: sustainability, criminal law, pollution, replacement of the judge, social protection.

1. Credo che il programma preveda che sia l’ultimo a prendere la parola in questa sessione. Probabilmente non è un caso, forse in questo modo si esprime simbolicamente l’auspicio (condivisibile) che, nell’ambito della tutela dell’ambiente, il giudice penale intervenga per ultimo (e sempre che debba intervenire). Ciò, peraltro, sarebbe più conforme all’idea del diritto penale come *extrema ratio*, alla quale si ricorre solo quando gli altri strumenti di tutela di diversa natura siano insufficienti¹. Questo vuol dire che il giudice penale dovrebbe intervenire in questo settore esclusivamente in funzione repressiva e

¹ * Il presente lavoro riprende e sviluppa l’intervento tenuto in occasione del Convegno Internazionale di Studi “Ambiente, Sostenibilità e Principi Costituzionali”, organizzato dall’Università degli Studi di Salerno l’1, il 2 e il 3 dicembre 2022, ed è destinato agli Atti del Convegno.



sanzionatoria, e cioè per accertare responsabilità individuali onde irrogare eventualmente pene al termine di un processo, mentre invece spesso si ha l'impressione che in questo settore, come nel diritto penale in genere, si voglia affidare all'autorità giudiziaria un compito di supplenza e di stimolo, che è però estraneo alla funzione del giudice penale.

Non a caso, il programma articolato della sessione odierna ci ha suggerito plasticamente che nel settore dell'ambiente esiste un sistema integrato e multidisciplinare di tutela, nel quale certamente si inserisce il giudice penale, ma non per sanzionare difetti del sistema stesso, quanto per accertare responsabilità personali di soggetti che hanno commesso fatti di reato tipici ed offensivi dell'interesse ambiente.

Riguardo agli strumenti con cui il giudice penale adempie a questo compito, si può dire, in linea generale, che la tutela dell'ambiente è stata affidata per anni in Italia a leggi speciali, poi confluite nel testo unico dell'ambiente del 2006, che prevede quasi esclusivamente reati contravvenzionali, puniti con pene blande e soggetti a brevi termini di prescrizione². Dunque, una risposta sanzionatoria esigua, con ridotte possibilità nei casi concreti di trovare definitivo riconoscimento in una sentenza di condanna irrevocabile³.

Poi, principalmente sotto la spinta dell'Europa, il nostro Paese ha riformato il sistema sanzionatorio nel 2015, prevedendo con la legge n. 68 alcuni nuovi c.d. eco-reati, inseriti come delitti nel codice penale e "presidiati" da pene detentive ben più robuste⁴.

¹ Significativamente F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo stato di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 11.3.2015, p. 7, afferma che, in materia di tutela dell'ambiente, «*esondando competenze e funzioni perimetrare dall'estrema ratio, l'azione penale arriva per prima, lì dove dovrebbe intervenire per ultima*».

² Per una sintetica ma efficace ricostruzione dell'assetto normativo precedente alla L. 22 maggio 2015, n. 68, v. M.C. AMOROSO, *Una rivoluzione destinata ad incidere nel contrasto*, in *Guida dir.* n. 25/2015, p. 32.

³ Nel corso degli anni, la dottrina più avvertita ha ripetutamente evidenziato la scarsa efficacia di un sistema sanzionatorio fondato su contravvenzioni punite con pene lievi e soggette a termini brevi di prescrizione. Si vedano, per esempio: A. MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1997, p. 677; P. PATRONO, *I reati in materia di ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2000, p. 671; F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2003, p. 856; V.B. MUSCATIELLO, *La tutela penale dell'ambiente e il terzo scacchiere*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2005, pp. 729-730. Sicché – come più recentemente osservato da C. RUGA RIVA, *L'inquinatore nuovo tipo di autore?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2020, p. 1086 – «*il carcere non è mai stato orizzonte concreto per l'inquinatore contravvenzionale*».

⁴ Anche lo sviluppo della legislazione ambientale verso forme di contrasto più incisive è stata in qualche modo incoraggiata nel corso degli anni dalla dottrina, che ha posto il problema della collocazione sistematica dei reati ambientali e del loro eventuale inserimento nel codice penale. In questo senso, per esempio, A. MANNA, *Le tecniche penalistiche*, cit., pp. 675-678, il quale, peraltro, sottolineando che in altre legislazioni l'inserimento dei reati ambientali nel codice penale avesse prodotto una funzione di orientamento soprattutto per i singoli cittadini ma non anche per le imprese, poneva sin da allora il problema della responsabilità delle persone giuridiche. Ma si veda soprattutto A. MANNA, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale. Le caratteristiche della normativa sovranazionale*, Relazione svolta all'Incontro di studi organizzato dal C.S.M. sul tema "La tutela penale dell'ambiente", Palermo 5 giugno 2004, pp. 13 e ss., in cui l'A. tracciava le linee di una possibile riforma della parte speciale del codice penale, finalizzata all'introduzione dei "delitti contro l'ambiente". Cfr. anche C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa 2008, pp. 246-248.



Di conseguenza, siamo in presenza oggi di un sistema che prevede, da un lato, casi di più lievi violazioni formali come contravvenzioni e, dall'altro, casi relativi a fenomeni più gravi di inquinamento e disastro ambientale come delitti.

Per stare alla casistica giudiziaria del distretto di Corte d'Appello del luogo che ci ospita, che è un pò diversa da quelle di altre realtà regionali, si può a ragion veduta affermare che i casi di illeciti ambientali più gravi sono "quantitativamente" minori, anche perché probabilmente nel nostro contesto l'influenza della criminalità organizzata sulla gestione dei rifiuti si avverte meno rispetto ad altre zone geografiche della Campania⁵. Peraltro, il minor numero di processi aventi ad oggetto questi illeciti è in qualche modo il "contraltare" della circostanza che si tratti di condotte certamente più difficili da investigare e da provare, in quanto relative a fatti "qualitativamente" assai più rilevanti.

Nella prassi, dunque, il giudice penale ha sovente a che fare, per un verso, con gli illeciti minori, e, per l'altro, con fenomeni di inquinamento in qualche modo riconducibili al comportamento della pubblica amministrazione (per esempio, discariche comunali di rifiuti, depuratori o impianti di trattamento delle acque reflue urbane e industriali comunali o sovra- comunali, etc.), per molto tempo rimasti sprovvisti di una risposta che non fosse quella – sostanzialmente inadeguata – contravvenzionale e tuttora non sempre incasellabili nella nuova tipologia dei delitti ambientali.

In questi ambiti, la sostenibilità ambientale si declina (anche giustamente) in modi non sempre uniformi. E talvolta il giudice penale ha l'impressione di essere, più che l'applicatore di norme promulgate dal legislatore, il "delegato" del legislatore stesso⁶, che, da un lato, deve riempire di contenuto alcune clausole generali senza avere gli strumenti e le competenze tecniche per farlo e, dall'altro, deve farsi carico di istanze di difesa sociale che non sempre sono compatibili con la esigenza, propria del diritto penale, di punire comportamenti individuali offensivi di un bene protetto.

2. Il primo dei due, non propriamente rituali, indicati "oneri" del giudice penale ricorre soprattutto con riferimento alle ipotesi contravvenzionali in materia ambientale, in relazione alle quali è noto il dibattito che in dottrina negli ultimi decenni si è sviluppato in ordine alla loro compatibilità con il principio di offensività e con il principio di legalità⁷.

⁵ Del resto, come già rilevato da L. RAMACCI, *La repressione delle violazioni penali in materia ambientale: limiti attuali e prospettive future*, in *Ambiente & Sviluppo* 2007, p. 788, il complesso fenomeno della illegalità ambientale non è monopolio della criminalità organizzata e, sebbene sia evidente che soprattutto il vorticoso giro di affari che interessa il settore della gestione dei rifiuti è senz'altro oggetto dell'attenzione della criminalità organizzata, gli illeciti ambientali risultano diffusi a più livelli anche se non sempre si concretano in ipotesi di reato particolarmente gravi: alla minore gravità, tuttavia, si contrappone una loro capillare diffusione.

⁶ Cfr. P. FIMIANI, *Focus "La legge sugli ecoreati 5 anni dopo: un primo bilancio"*, in *Lexambiente* n. 2/2020, p. 112.

⁷ Si è soprattutto osservato che l'adozione nel diritto penale dell'ambiente del modello precipuo del reato di pericolo astratto, calato in un sistema elaborato invece in relazione principalmente a beni giuridici di carattere individuale rappresentati dalla vita e dall'integrità fisica, conducesse da un diritto penale essenzialmente retributivo ad un diritto penale di carattere preventivo, in cui vi era il rischio di prevedere reati di "disobbedienza", slegati da un disvalore di evento oltre che di condotta, e norme penali "parzialmente in bianco", con una parte del precetto penale etero-integrata da una



Anche più recentemente, si è riproposto, con la introduzione ad opera della L. 68 del 2015 della procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali, ora prevista dagli artt. 318 *bis* e ss. D.Lvo 152/2006⁸, il problema dell'affidamento alla interpretazione giurisprudenziale del compito di definire la portata della clausola di esclusione dell'accesso alla procedura.

L'art. 318 *bis* D.Lvo 152/2016, infatti, prevede un limite di carattere oggettivo, che preclude la possibilità di accedere alla procedura estintiva agli autori di contravvenzioni che abbiano “*cagionato danno o pericolo concreto ed attuale di danno alle risorse ambientali*”.

Come puntualmente osservato⁹, l'individuazione di tale condizione non è agevole, specie se si consideri che la gran parte delle contravvenzioni ambientali previste dal T.U.A. ha natura di reato di pericolo presunto, in cui è esclusa ogni valutazione del giudice sulla gravità della condotta e sulla entità del danno: l'offensività è, infatti, insita nella condotta ed è presunta per legge, poiché lede l'interesse della pubblica amministrazione al controllo preventivo sulle attività potenzialmente inquinanti (per i reati che puniscono la mancanza di autorizzazione), ovvero al rispetto delle prescrizioni indicate nel titolo abilitativo o negli “*standards*” di emissione, quale condizione per il regolare esercizio dell'attività autorizzata.

Viene richiesto, quindi, di effettuare una valutazione della fattispecie concreta, per verificare se l'attività posta in essere, anche se relativa a reato di pericolo presunto, rechi effettivamente danno o pericolo concreto di danno all'ambiente; con il rischio di contrasti tra l'organo di vigilanza e l'autorità giudiziaria (prima del pubblico ministero, e poi eventualmente del giudice per le indagini preliminari, ove investito della richiesta di

norma di fonte sottordinata: così A. MANNA, *Le tecniche penalistiche*, cit., pp. 666-671. A questo proposito, anche P. PATRONO, *I reati in materia di ambiente*, cit., p. 673, stigmatizzava che la concorrenza alla formazione del precetto penale di atti di normazione secondaria e di semplici atti amministrativi senza contenuto normativo rendeva difficile assicurare, da un lato, l'impossibilità per il giudice di giungere ad interpretazioni arbitrarie della fattispecie criminosa e, dall'altro, la possibilità per il cittadino di conoscere il precetto penale. Sulla questione della riconoscibilità del precetto, si veda più recentemente F. CAMPLANI, *Tutela anticipata dell'ambiente e teoria del bene giuridico. Il ruolo fondamentale dei beni giuridici intermedi*, in *Lexambiente* n. 3/2021, pp. 33-37, il quale considera che nel sotto-sistema penale ambientale abbondano norme incriminatrici contenenti un rinvio etero-integratore, che allo stato sono “disperse” in due atti legislativi – il codice penale e il d.lgs. 152/2006 – e compongono disordinatamente tentativi di tutela unitaria con norme focalizzate sui singoli comparti ambientali; benché la scelta di politica criminale di una tutela “a raggio variabile” non appaia di per sé deprecabile, specie a fronte di un bene giuridico finale diffuso, polimorfo e di cruciale importanza per la sussistenza delle società umane come l'ambiente, il legislatore dovrebbe, nell'ottica del meta-principio di riconoscibilità dei precetti penali e in considerazione della complessità della tutela, impegnarsi a disegnare un sistema ordinato e proporzionato anche per quanto concerne le forme di tutela intermedia, strumentale a quella finale, che devono apparire a loro volta riconoscibili e tutelate nel modo più concentrato possibile.

⁸ Sulla quale si vedano in generale, tra gli altri, P. FIMIANI, *Gli aspetti problematici nel sistema di estinzione dei reati ambientali previsto dal titolo VI-bis del T.U.A.*, in *Lexambiente* n. 4/2019, pp. 22 e ss.; F. POMES, *Procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali e funzione ripristinatoria del diritto penale*, in *Lexambiente* n. 4/2019, pp. 63 e ss.; M. POGGI D'ANGELO, *La procedura estintiva ambientale: l'idea dell'inoffensività/non punibilità in ottica riparatoria e deflattiva*, in *Lexambiente* n. 1/2022, pp. 38 e ss.

⁹ Così P. FIMIANI, *Focus*, cit., p. 113.



archiviazione, o del giudice del dibattimento, ove sia esercitata l'azione penale) che appesantirebbero un sistema già congestionato¹⁰.

Peraltro, restano tuttora valide le generali criticità che, sul versante della determinatezza e della tassatività penale, sono state evidenziate negli scorsi anni circa le tecniche di descrizione delle fattispecie contravvenzionali e le conseguenti difficoltà del giudice chiamato a farne applicazione¹¹.

Così come permangono – pur a fronte dell'introduzione nel codice penale di nuovi delitti ambientali in cui il disvalore del fatto è invece incentrato su eventi naturalistici o comunque su condotte oggettivamente pericolose per i beni dell'ambiente o della salute senza una generalizzata anticipazione della tutela¹² – i problemi collegati ad illeciti contravvenzionali costruiti in termini di pericolo astratto o presunto, che, in quanto tali, sono sempre forieri del rischio che siano punite condotte formalmente riconducibili alla fattispecie tipica, ma in concreto prive della pericolosità pronosticata in astratto dal legislatore¹³.

Ancora, nemmeno marginale è l'eventualità che, nell'accertamento di fattispecie costruite in termini così tecnicistici, il giudice sia costretto a confidare nel fatto che la polizia giudiziaria che ha concretamente svolto indagini sia di più o meno elevata specializzazione e sia in possesso delle specifiche competenze tecniche richieste dalla natura dei controlli in

¹⁰ Ancora P. FIMIANI, op.loc.ult.cit, il quale, pur tenendo presente che la gestione del meccanismo estintivo è riservata all'organo di vigilanza o alla polizia giudiziaria, evidenzia tuttavia che il pubblico ministero, quale *dominus* delle indagini, avrebbe la parola definitiva sull'ammissibilità della procedura e, in caso di contrasto, dovrebbe avviare una interlocuzione con l'organo di vigilanza, il quale dovrebbe motivare in modo specifico le proprie valutazioni.

¹¹ Si veda diffusamente V.B. MUSCATIELLO, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 709-717, il quale rileva che l'assetto repressivo costruito dal legislatore ambientale si fonda su regole molteplici, spesso complesse e altamente tecniche, in cui parametri, valori soglia, caratteristiche merceologiche rappresentano le basi di una normativa *in progress*, al cui interno la tassatività penale deve fare i conti con i continui ammodernamenti del sistema; il tecnicismo del linguaggio, che spesso si estrinseca attraverso concetti al di fuori della portata della moltitudine, sono tutt'altra cosa rispetto alla chiarezza espositiva cui il legislatore deve attenersi, sicché quelle dettate dal diritto penale ambientale si atteggiano spesso a norme in bianco sempre più dense di "penombra linguistica", che indulgono alla vaghezza delle fonti secondarie, foriere di arbitrarie letture particolariste. In particolare, l'A. fa l'esempio della disciplina dei rifiuti, che si connota per «l'uso disinvolto e ripetuto di un davvero complesso intrigo di nozioni mutuate da allegati, da allegati degli allegati e da altri settori scientifici», con la conseguenza che «la sensazione è di leggere non solo di precetti, ma di un diritto penale della chimica o della fisica, di un diritto penale delle formule, miscele, quantità e qualità, su cui è facile per un giurista mediamente raffinato, correndo a perdifiato su un terreno così brullo e roccioso, incespicare, scivolare, senza mai sperare di poter raggiungere così ampie e irsute parole fuggenti su gambe lunghe e scheletriche».

¹² C. RUGA RIVA, *L'inquinatore*, cit., p. 1087.

¹³ Vanno ricordate, su questo punto, le sempre attuali considerazioni di M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività. Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, Relazione svolta all'Incontro di studi organizzato dal C.S.M. sul tema "La protezione comunitaria dell'ambiente attraverso il diritto penale", Roma 10-12 aprile 2006, pp. 8-11, secondo cui al giudice di merito rimane comunque il potere di accertare se la presunzione di pericolosità operata dal legislatore, magari ragionevole ma pur sempre fondata su generalizzazioni di tipo probabilistico, risulti confermata dalle concrete circostanze di fatto in cui il comportamento oggetto di giudizio si è manifestato e abbia così conservato la sua credibilità razionale nella situazione specifica; il che equivale a dire che anche in questo settore della legislazione penale un fatto, per potere essere tipico, deve essere al tempo stesso offensivo, con la esclusione di presunzioni legali *iuris et de iure* e l'ammissibilità tutt'al più di quelle *iuris tantum*.



materia ambientale. Inevitabilmente, in questo settore degli illeciti minori, anche in ragione di termini di prescrizione del tutto incompatibili con attività istruttorie particolarmente articolate e con eventuali iniziative officiose di integrazione probatoria¹⁴, la decisione sulla responsabilità dell'imputato dipende in misura significativa dalla preparazione di coloro che eseguono gli accertamenti e dalla loro capacità di mettere in collegamento le situazioni di fatto riscontrate con la normativa tecnica e con gli adempimenti richiesti agli autori delle condotte in sede amministrativa.

3. In secondo luogo, la "percezione" del giudice penale di essere il destinatario di istanze di assicurazione della collettività viene in rilievo, particolarmente, quando si tratta di fenomeni di inquinamento riconducibili al comportamento, in senso lato, della pubblica amministrazione.

Da questo punto di vista, l'autorità giudiziaria ha spesso a che fare con problemi ambientali strutturali ed atavici, che sono ben precedenti alle singole condotte delle singole persone che vengono all'attenzione del giudice penale.

Per esempio, nella regione in cui ci troviamo questa situazione è stata abbastanza evidente quando, nei primi anni duemila, si è manifestata in modo drammatico la c.d. emergenza rifiuti ed è stato necessario fronteggiarla¹⁵. In quel momento storico, sono state avviate indagini, cui sono seguiti processi a carico di imputati ben individuati (pubblici amministratori, funzionari, dirigenti), che non raramente si sono conclusi con un nulla di fatto.

O, ancora, in una regione (e in questa provincia particolarmente) caratterizzata da una significativa estensione della fascia costiera, per molto tempo hanno rappresentato oggetto di attenzione della magistratura gli impianti di depurazione o di trattamento delle acque reflue urbane e industriali¹⁶: impianti che in genere erano stati costruiti sotto la vigenza delle Legge Merli e che dunque erano inevitabilmente destinati a diventare tecnicamente obsoleti a fronte della evoluzione del sistema della depurazione; ovvero, impianti che comunque sono parametrati sulla popolazione ordinaria dei comuni affacciati sul mare e che diventano inadeguati nella stagione estiva quando quella popolazione aumenta esponenzialmente per motivi turistici.

¹⁴ Già F. GIUNTA, *Ideologie punitive*, cit., pp. 850-860, rilevava che l'eventuale supporto delle conoscenze del giudice con quelle tecniche di un perito rischia di favorire la polarizzazione del giudizio penale nelle mani del perito stesso e l'apertura di un varco ad un governo ambientale dei periti (più che ad un governo giudiziario dell'ambiente), in una prospettiva che acuirebbe il problema della legittimazione democratica della politica giudiziaria in materia penale. Lo stesso rischio ha evocato A. MANNA, *Struttura e funzione*, cit., p. 8, quando ha evidenziato che nel sottosistema penalambientale la circostanza che la struttura delle fattispecie incriminatrici polarizzi il fuoco della tipicità essenzialmente sul momento della violazione della disciplina amministrativa di riferimento induce a ravvisare profili di possibili violazioni dell'istanza di legittimazione democratica del processo nomotetico.

¹⁵ In argomento, si veda ampiamente F. FORZATI, *Irrelevanza penale del disastro ambientale*, cit., pp. 25-37.

¹⁶ In argomento, si veda in generale L. RAMACCI, *La tutela dall'inquinamento delle acque marittime e costiere*, in *Lexambiente* n. 3/2019, pp. 13-17. Si veda, altresì, sull'inquinamento idrico C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino 2016, pp. 83-104.



Si trattava di situazioni obiettivamente assai pesanti dal punto di vista sociale e finanche dell'ordine pubblico, cui si è creduto di porre argine con la risposta delle misure cautelari reali¹⁷ e del processo penale, magari ottenendo risultati anche apprezzabili dal punto di vista della soluzione dei problemi (rinvenimento di siti nuovi, messa a norma degli impianti, etc.).

E il quadro legislativo dell'epoca era carente di strumenti di contrasto che non fossero quelli blandi di natura contravvenzionale, sicché la magistratura ha indubbiamente svolto una attività di supplenza, non di rado riconducendo molti dei fenomeni inquinanti nell'ambito di alcune fattispecie del codice penale poste a presidio di altri beni¹⁸ (delitti contro la vita e l'incolumità individuale, delitti contro l'incolumità pubblica¹⁹, finanche delitti

¹⁷ V.B. MUSCATIELLO, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 742-746, le ha definite misure cautelari a contenuto sanzionatorio, di cui cioè si sospetta la subliminale tendenza a sanzionare in attesa del lungo accertamento processuale per la verifica dell'ipotesi accusatoria: insomma, una "prodigalità cautelare" in qualche misura inversamente proporzionale – dice l'A. – alla percentuale di applicazione delle sanzioni finali.

¹⁸ M.C. AMOROSO, *Una rivoluzione*, cit., p. 33; F. GIUNTA, *Ideologie punitive*, cit., p. 857; G. PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative*, in *Cass. pen.* n. 1/2017, pp. 405-406. Si veda poi, in particolare, A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.* n. 11/2017, p. 3882, secondo cui la presa d'atto dei limiti del modello contravvenzionale di tutela ha fatto orientare nella prassi verso forme alternative di imputazione in grado di assicurare la efficienza della risposta punitiva e di soddisfare le istanze di sicurezza collettiva, che sono state coltivate mediante la valorizzazione politico-criminale di alcuni delitti contro l'incolumità pubblica, con la riscoperta applicativa delle fattispecie di disastro, nel quadro di un più ampio fenomeno di "interventismo" giudiziario volto a porre rimedio alle carenze della legislazione allora vigente,

¹⁹ Con riferimento al reato di cui all'art. 439 c.p. (avvelenamento di acque), si vedano per esempio, *Cass. sez. II, n. 12323 del 31.3.2021*, relativa a un caso di illecito sversamento di rifiuti sul territorio in mancanza di un adeguato sistema di impermeabilizzazione e di drenaggio del percolato che si infiltrava nelle acque di falda, in cui si è affermato che il reato di cui all'art. 439 cod. pen. persegue qualsiasi forma di avvelenamento delle acque, ancorché non destinate al consumo umano prima del loro attingimento, e non richiede necessariamente che l'avvelenamento sia conseguenza immediata e diretta dell'attività svolta dall'agente a contatto con il corpo idrico; o *Cass. sez. V, n. 23465 del 22.6.2005*, relativa ad un caso in cui era stata emessa una misura cautelare con riguardo allo smaltimento - mediante spandimento su terreni agricoli - di fanghi provenienti da un depuratore, in cui è stato affermato che ai fini della configurabilità della ipotesi tentata del reato previsto dall'art. 439 c.p. occorre dare la dimostrazione della oggettiva idoneità degli atti a determinare l'avvelenamento delle acque destinate alla alimentazione. Si veda diffusamente in argomento anche G. RIZZO MINELLI, *Il delitto di avvelenamento di acque alla luce di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Lexambiente* n. 4/2019, pp. 75 e ss. Con riferimento, poi, alle più note vicende della Icmesa di Seveso e del Petrolchimico di Marghera, che la giurisprudenza ricondusse nell'alveo del disastro innominato previsto dall'art. 434 c.p., si veda M.C. AMOROSO, *Così l'introduzione del nuovo delitto colma un vuoto*, in *Guida dir.* n. 25/2015, pp. 44 e ss. Anche la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione sulla Legge n. 68 del 22 maggio 2015 (*Rel. n. III/04/2015 del 29 maggio 2015*) ha evidenziato in premessa che l'introduzione nel nostro ordinamento di fattispecie di aggressione all'ambiente costituite sotto forma di delitto rappresenta una innovazione attesa da lungo tempo, nel corso del quale la risposta sanzionatoria a fenomeni criminali di massiccio, quando non irreparabile, inquinamento dell'ecosistema è stata affidata all'utilizzo – sovente discusso e comunque non privo di criticità sia sul piano sostanziale che sotto l'aspetto processuale/probatorio – del cd. disastro "innominato" previsto dall'art. 434 del codice penale.



contro il patrimonio²⁰). Il punto è che questi casi spesso si innestano su fenomeni diffusi di contaminazione ambientale, che non nascono dall'oggi al domani ma sono conseguenza dello stratificarsi²¹ per decenni di attività industriali e di attività quotidiane di massa (come, per esempio, produrre rifiuti domestici), in larga misura consentite.

Come osservato acutamente, il rischio è quello di punire l'inquinatore oltre una misura ragionevole o di esigere da lui di affrancarsi per primo dalla lunga catena di comportamenti scorretti dal punto di vista ambientale, come capro espiatorio di fronte a inquinamenti sì gravi, ma spesso risalenti nel tempo e riconducibili a molti comportamenti e a soggetti diversi. Insomma, il rischio è che si carichi sulle spalle dell'ultimo inquinatore, che pure abbia realizzato fatti obiettivamente offensivi, un *surplus* di responsabilità rispetto alla gravità del proprio fatto e al grado della sua colpevolezza, allo scopo di rassicurazione dei cittadini rispetto a situazioni ambientali frutto anche di condotte criminose altrui, di modi di

²⁰ Per esempio, s'è fatto frequentemente ricorso alla ipotesi di danneggiamento aggravato nel caso di inquinamento di acque dovuto a cattivo funzionamento di un depuratore comunale. Si veda *Cass. sez. VI, n. 8465 del 2.10.1985*, in cui la Suprema Corte, per quanto riguarda la realizzazione del danneggiamento con una condotta omissiva, ha ritenuto che l'omessa osservanza da parte del sindaco dei doveri funzionali di tutela della salute pubblica (a lui demandati dall'art. 217 R.D. 1265/1934 e dall'art. 153 R.D. 148/1915) integri il delitto di danneggiamento, ma purché si tratti di un caso di grave inquinamento di acque e qualora, in conseguenza dell'omissione, si siano verificati eventi dannosi; o, più recentemente, *Cass. sez. II, n. 25171 del 6.6.2019*, in cui, sempre con riferimento alla condotta di un sindaco, si è affermata la configurabilità del reato in forma omissiva a condizione che dal mancato compimento dell'azione doverosa scaturiscano le condizioni di fatto in grado di danneggiare il bene altrui: in particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che, alla stregua del principio generale desumibile dall'art. 40 comma 2 c.p., l'omissione, in questo specifico ambito, assume carattere penalmente rilevante nella misura in cui dall'omesso esercizio (doveroso) di poteri amministrativi rivolti alla tutela di beni collettivi (la salute pubblica, l'ambiente) scaturisca la realizzazione di condizioni di fatto in grado di cagionare danni al patrimonio altrui. Più in generale, la Corte ha ravvisato la sussistenza del delitto di danneggiamento nell'illecito smaltimento di rifiuti di una discarica in un fiume, che ne aveva cagionato il deterioramento rendendolo per lungo tempo inidoneo all'irrigazione dei campi ed all'abbeveraggio degli animali, affermando il principio secondo cui si ha "deterioramento", che integra il reato di danneggiamento, tutte le volte in cui una cosa venga resa inservibile, anche solo temporaneamente, all'uso cui è destinata, non rilevando, ai fini dell'integrazione della fattispecie, la possibilità di reversione del danno, anche se tale reversione avvenga non per opera dell'uomo, ma per la capacità della cosa di riacquistare la sua funzionalità nel tempo (*Cass. sez. IV, n. 9343 del 9.3.2011*). E, proprio in tema di tutela delle acque dall'inquinamento, è stato affrontato anche il problema del superamento dei limiti tabellari delle immissioni nell'acqua: se da un lato, si è affermato che le acque non possono ritenersi danneggiate solo in presenza di un "inquinamento" accertato formalmente secondo le metodologie e i parametri previsti dalla legge, dall'altro si è comunque ribadito che, in assenza di un inoppugnabile accertamento tecnico, occorre che almeno sussistano elementi altrimenti indicativi di una effettiva alterazione delle acque; è necessaria, cioè, l'esistenza di alterazioni che richiedano un intervento ripristinatorio, il quale certamente non sarebbe necessario in presenza di modificazioni minori nella qualità e ridotte nella durata temporale che il sistema sia in grado di assorbire senza particolari conseguenze (v. *Cass. sez. III, n. 32797 del 29.7.2013*).

²¹ Come osservato da A. GARGANI, *Il rischio*, cit., pp. 3880-3881, un aspetto problematico che, dal punto di vista empirico-criminologico, caratterizza gli illeciti ambientali è la progressività dell'offesa, nel senso che l'offesa si realizza il più delle volte attraverso condotte stratificate e ripetute nel tempo, il che «determina indecifrabili intersezioni concausali, destinate a rendere quanto mai impervio l'accertamento delle responsabilità individuali».



produzione e di stili di vita ecoinsostenibili, di inefficienze burocratiche, di inerzie politico-amministrative²².

E, di conseguenza, si profila il pericolo di fare una applicazione giurisprudenziale funzionale alla tutela del bene protetto²³, a discapito delle garanzie individuali e dei principi che sovrintendono al diritto penale.

Questo – beninteso – non può costituire un alibi per dirigenti e amministratori pubblici. Ma anche in materie delicate, come quella che attiene alla tutela dell'ambiente, tutti hanno il diritto di essere giudicati per i loro singoli comportamenti, senza che si dia ingresso a logiche simboliche più attente alla rassicurazione della collettività che alla ricerca delle responsabilità individuali.

²² Così C. RUGA RIVA, *L'inquinatore*, cit., pp. 1090-1091. Peraltro, fin quando il principio "*societas delinquere non potest*" non ha conosciuto eccezioni nella L. 68/2015, la ricerca del soggetto responsabile dei reati ambientali, non solo nelle imprese private ma anche negli enti pubblici, ha aperto la strada ad una serie di complicazioni, dovendosi evidentemente individuare il soggetto responsabile non solo nel titolare formale della posizione di garanzia imposta dalla legge, ma anche nel soggetto effettivamente e concretamente in grado di garantire il bene giuridico tutelato, in un sistema che crea posizioni di garanzia attraverso cautele molteplici o per così dire progressive: cfr. V.B. MUSCATIELLO, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 723-724.

²³ Già A. MANNA, *Le tecniche penalistiche*, cit., pp. 667-669, collegava l'adozione a preferenza del modello di reato di pericolo astratto alla difficoltà di dimostrare, in caso di utilizzo del paradigma del reato di pericolo concreto, la sussistenza del rapporto di causalità tra l'azione del singolo soggetto e l'evento, soprattutto in caso di plurime azioni o omissioni potenzialmente idonee a produrre inquinamento. E A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 3895, rileva che la difficoltà di determinare i contenuti dell'offesa all'ambiente – dovuta all'eziogenesi multifattoriale, alla complessa "genealogia" delle posizioni di garanzia e ai problemi di personalizzazione del giudizio di colpevolezza – ha finito per trasformare il piano di tutela penale «*nel ricettore ideale d'istanze precauzionali di tutela, teleologicamente orientate alla sicurezza collettiva*».

*FOCUS***LA TUTELA RISARCITORIA NEL RICORSO
STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA
E AL PRESIDENTE DELLA REGIONE SICILIANA.*****Vincenzo Martines***Consigliere del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.¹*

SOMMARIO: 1. Inammissibilità dell'azione risarcitoria in sede di ricorso straordinario. 2. Orientamenti in materia della dottrina. 3. La tesi minoritaria della giurisprudenza. 4. Le spinte evolutive che hanno interessato il ricorso straordinario. 5. Riflessioni conclusive e prospettive.

1. Inammissibilità dell'azione risarcitoria in sede di ricorso straordinario.

1. La questione della proponibilità della domanda risarcitoria con il ricorso straordinario rientra nel tema più ampio di quali siano in generale le domande ammissibili con il rimedio straordinario.

Secondo l'orientamento tradizionale e maggioritario deve, innanzitutto, evidenziarsi che non può essere proposta una domanda di accertamento con il ricorso straordinario.

Allo stesso modo e di conseguenza non si ritiene proponibile una domanda di condanna. Gli argomenti a sostegno della inammissibilità della domanda di risarcimento del danno nel rimedio straordinario coincidono con quelli per i quali si esclude la proponibilità della domanda di accertamento. Questi argomenti sono intimamente collegati ai principali elementi che caratterizzano l'istituto in esame come rimedio di natura amministrativa, tali da escludere l'ammissibilità dell'azione risarcitoria.

1.1. Gli argomenti a sostegno della inammissibilità si ricavano, prima di tutto, dal dato letterale del d.P.R. n. 1199/1971 - contenente la disciplina sulla semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi, il quale al capo I (artt. da 1 a 6) regola il

¹ Lo scritto esprime unicamente le opinioni personali dell'Autore e non riflette necessariamente le posizioni dell'organo di appartenenza.

* Relazione all'evento formativo del 16 dicembre 2022 al T.A.R. Catania sul tema: "La responsabilità della P.A.: limiti e confini del nostro ordinamento nel risarcimento dei danni".



ricorso gerarchico e al capo III il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (artt. da 8 a 15) - e sono i seguenti.

Anche la disciplina fondamentale da applicare al ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, seppur con le peculiarità previste dalla norma di attuazione, è quella contenuta nelle disposizioni del d.P.R. n. 1199/1971, in forza del rinvio dinamico a tale normativa contenuto nell'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 373/2003².

1.1.1. L'art. 8, comma 1³, del d.P.R. n. 1199/1971 stabilisce l'oggetto del ricorso. Possono essere impugnati col ricorso straordinario solo gli atti amministrativi «definitivi».

Al riguardo, giova ricordare che in modo speculare l'art. 1 del citato d.P.R. n. 1199/1971 prevede che «contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità e di merito, da parte di chi vi abbia interesse».

I provvedimenti sprovvisti del carattere di definitività non possono, pertanto, essere impugnati con il ricorso straordinario, dovendo essere proposto, in via amministrativa, contro di essi il ricorso gerarchico.

Secondo l'art. 6 del d.P.R. n. 1199/1971 il ricorso si intende respinto, decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso gerarchico senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione; contro il provvedimento impugnato è esperibile, in alternativa, il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica.

In buona sostanza, la definitività dell'atto costituisce condizione di ammissibilità del ricorso. Questo costituisce un elemento che contraddistingue il ricorso straordinario dal ricorso giurisdizionale, nel quale, invece, la proposizione del ricorso avverso atti non definitivi non è causa d'inammissibilità.

1.1.2. Altro dato letterale che si ricava sempre dall'art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971 è che il ricorso straordinario può essere proposto «per motivi di legittimità».

Oggetto della domanda è il solo annullamento.

Dal tenore letterale dell'art. 8 del d.P.R. n. 1199/1971 si fa discendere la conclusione che il ricorso straordinario sia un rimedio impugnatorio con effetto caducatorio. Sotto tale profilo vi è continuità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e al Presidente della Regione Siciliana con il precedente istituto del ricorso straordinario al Re, il quale poteva essere proposto «contro la legittimità dei provvedimenti amministrativi, sui quali siano esaurite o

² Vds. Corte Cost. 13 novembre 2013, n. 265, «Il medesimo decreto legislativo (ndr. decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373), dopo aver chiarito che le due sezioni che compongono il predetto Consiglio costituiscono sezioni distaccate del Consiglio di Stato (art. 1, comma 2), prevede all'art. 12, comma 1, che: «Per l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa in sede consultiva e in sede giurisdizionale si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato». Il citato rinvio rende applicabile anche al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana - sezioni riunite quanto previsto per il Consiglio di Stato dall'art. 13, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi)...».

³ «Contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse.».



non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica» (art. 16 del Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054).

1.1.3. Ulteriore elemento letterale è la titolarità del potere in capo ad un organo politico, estraneo al plesso giurisdizionale e, per di più, nel ricorso “siciliano” in grado di disattendere il parere del Cgars.

L’atto conclusivo del procedimento è costituito da un decreto del Presidente.

Per quanto interessa in questa sede, se si guarda l’ “abito”⁴ che assume la decisione, il ricorso straordinario non può che essere a carattere amministrativo.

Con la modifica dell’art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, introdotta con la legge 18 giugno 2009, n. 69, è stato eliminato il potere dell’Autorità governativa di discostarsi dal contenuto del parere reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva. L’art. 14 nella sua originaria formulazione consentiva di sottoporre l’affare al Consiglio di Ministri in caso di dissenso rispetto alla soluzione offerta nel parere dal Consiglio di Stato in sede consultiva.

A seguito della novella legislativa del 2009 la possibilità di decisione in dissenso riguarda, *rebus sic stantibus*⁵, solo il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana.

Nell’art. 9 del d.lgs. n. 373/2003, che contiene le «*norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l’esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato*», è previsto che: «*Qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa, con motivata richiesta deve sottoporre l’affare alla deliberazione della Giunta regionale.*». Si tratta della stessa disciplina vigente *ratione temporis* per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, alla data del 2003, che non è stata, ad oggi, modificata.

L’evoluzione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, per effetto pretorio, a differenza del ricorso al Presidente della regione Siciliana, si è, così, sempre più indirizzata verso la natura assimilabile alla giurisdizione del ricorso.

1.2. Per quanto concerne le azioni di accertamento giova evidenziare che per effetto dell’evoluzione giurisprudenziale, il ricorso straordinario consenta forme di tutela più ampie rispetto al passato.

A fronte della regola che esclude l’esercizio di azioni diverse da quelle di annullamento viene ammessa dalla giurisprudenza l’azione di nullità prevista dall’art. 31, comma 4, c.p.a. L’azione di nullità è stata, infatti, ritenuta ammissibile nel ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana⁶.

⁴ F. Freni, Quando l’abito fa il monaco. in Foro amm. C.D.S., 2005, 12, 3737.

⁵ Il Cgars, sezione giurisdizionale, con ordinanza n. 566 del 12 maggio 2022 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 9 comma 5 del d.lgs. n. 373/2003.

⁶ Cgars, sez. riun. 14 giugno 2022, parere n. 349/2022 «... queste Sezioni Riunite possano rendere un parere che - ove recepito nel successivo decreto presidenziale - possa avere un contenuto di accertamento ogni qualvolta, in relazione a un ricorso originariamente contenente un’azione di annullamento, risulti logicamente imposta, in applicazione del ricordato art. 31, comma 4, c.p.a., una mera declaratoria di un effetto scaturente dalla legge e non un parere con valore costitutivo. Quanto sin qui argomentato, trova, vieppiù, riscontro nella direttiva del Presidente della Regione Siciliana del 19 giugno 2020, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana, n. 37 del 3 luglio 2020 (Parte A) “Proposizione del ricorso”, punto 2. “Azioni esperibili”, pag. 6), ove



Invero, pur essendo detta speciale azione di nullità un'azione di accertamento, nondimeno essa si presenta, da punto di vista strutturale, assimilabile a un'azione di annullamento giacché sottoposta a un termine perentorio (che sarà però quello ordinario di 120 giorni)⁷.

1.3. In conclusione, dalla natura meramente caducatoria del ricorso straordinario - che ne fa un rimedio giustiziale di carattere essenzialmente impugnatorio, alternativo all'ordinaria azione di annullamento davanti al giudice amministrativo, con una tutela che si esplicita in una «*decisione costitutiva di annullamento*»⁸ - si fa discendere l'inammissibilità di una domanda di accertamento di una pretesa di carattere economico o risarcitorio.

2. Orientamenti in materia della dottrina.

La questione della ammissibilità o meno dell'azione risarcitoria nel ricorso straordinario risente inevitabilmente della problematica qualificazione della natura amministrativa o giurisdizionale del rimedio straordinario, ampiamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza.

La dottrina, che si è cimentata nell'esaminare la questione, ha, tradizionalmente, dubitato dell'ammissibilità di un'azione di risarcimento del danno in considerazione della difficile collocazione sistematica del rimedio se a carattere giurisdizionale o amministrativo⁹.

Anche coloro che hanno accostato il ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale hanno comunque concluso per l'inammissibilità dell'azione risarcitoria¹⁰.

Allo stesso tempo non mancano autori secondo i quali, anche se il dato formale e il retaggio storico del ricorso straordinario fanno propendere per una sua definizione di rimedio amministrativo, si devono tenere in considerazione le modifiche intervenute nel tempo che hanno arricchito lo strumentario del Consiglio di Stato in sede consultiva in un'ottica di garanzia dei principi di effettività della tutela e di concentrazione dei giudizi¹¹.

si è espressamente prevista la possibilità di proporre in sede straordinaria l'azione di nullità di cui all'art. 31, comma 4, c.p.a. "in quanto si presenta, da punto di vista strutturale, assimilabile a un'azione di annullamento giacché sottoposta a un termine perentorio (che sarà però quello ordinario di 120 giorni)."

⁷ Direttiva Presidenziale 19 giugno 2020, pubblicata nella G.U.R.S, parte I, n. 37 del 3 luglio 2020.

⁸ Consiglio di Stato, sez. I, Adunanza di Sezione del 10 marzo 2021, parere n. 661/2021.

⁹ Sulle problematiche collegate al ricorso straordinario cfr., in particolare, N. Saitta, Problemi veri e falsi del ricorso straordinario, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, 773; V. M. Gola, Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il caso del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 151; G. Ferrari, Brevi note in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, in *Riv. Amm.*, 1991, III, 2143.

¹⁰ Vds. S. Torricelli, Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità, in *Foro Amministrativo - C.d.S. fasc.11*, 2008, pag. 3150, secondo cui sussistono ostacoli per ammettere l'azione di risarcimento del danno nell'ambito del ricorso straordinario «*poiché esso non appartiene al sistema delle tutele giurisdizionali, e dato il principio di alternatività che lo rende inconciliabile con esse, la forza che la Costituzione esercita sul ricorso straordinario altro non può essere che centrifuga e spingere non già alla concentrazione delle azioni nel suo alveo, ma a spostarle fuori da esso*»; analogamente, F. Freni, Quando l'abito fa il monaco, cit.

¹¹ Così, P. Patrino, Ricorso straordinario: è ammesso il risarcimento del danno? nota a Cgars, in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, 10; A. Pozzi, Ricorso straordinario ed effettività della tutela, in www.giustizia-amministrativa.it

Secondo alcuni autori¹², per effetto dell'evoluzione normativa, delle indicazioni della Corte Costituzionale contenute nella sentenza 204/2004¹³ e delle decisioni della Corte di Giustizia CE, si impone una rimediazione sul ruolo del ricorso straordinario per garantire una tutela effettiva del privato che vi ricorre, altrimenti si dovrebbe prendere atto della ormai intervenuto declino del rimedio e della necessità di una sua abrogazione¹⁴.

Non mancano, più recentemente, autori¹⁵, per i quali la definitiva ammissibilità dell'azione risarcitoria anche nell'ambito del ricorso straordinario è solo questione di tempo.

La superiore opinione si fonda sulla cognizione riconosciuta al giudice amministrativo dall'art. 7 c.p.a., sull'alternatività e sulla fungibilità del ricorso straordinario rispetto al ricorso avanti al giudice amministrativo, alla luce di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 73/2014¹⁶.

In tal modo si giunge a ritenere ammissibile anche nell'ambito del ricorso straordinario, e non solo nel ricorso avanti al giudice amministrativo, l'azione di risarcimento dei danni.

3. La tesi minoritaria della giurisprudenza.

3.1. L'orientamento tradizionale e prevalente è nel senso della inammissibilità della domanda di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica *«perché il ricorso straordinario è preordinato alla sola verifica della legittimità dell'atto impugnato e al suo eventuale annullamento»* (Cons. Stato, sez. I, adunanza del 6 luglio 2022, parere n. 1467/2022).

Idem per il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana *«La domanda di risarcimento è un'azione di accertamento e condanna e come tale estranea al petitum deducibile con il ricorso straordinario, non potendosi esercitare azioni diverse rispetto a quelle di annullamento (ex plurimis, Cons. Stato, I, n. 1401/2021; I, n. 1118/2021; I, 1625/2021; I, n. 1481/2021; I, n. 2176/2020; I, n. 1387/2020; I, n. 1/2020; I, n. 2878/2019; I, n. 2102/2019; I, n. 1044/2019; I, n. 821/2019). L'articolo 8 del DPR n. 1199 del 1971 prevede che «[c]ontro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse», così configurando un rimedio che ha natura tipicamente impugnatoria, attraverso il quale possono essere introdotte unicamente azioni di annullamento di provvedimenti*

¹² A. Pozzi, Ricorso straordinario al Capo dello Stato e principi costituzionali, in Cons. Stato, 2005, II, 618

¹³ «... il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.» Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n.204.

¹⁴ E. D'Arpe, Il ricorso straordinario al capo dello stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto, in Foro amm., 2004, 10, 3226

¹⁵ Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato, Paolo Tanda, G. Giappichelli Editore.

¹⁶ «L'istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo.» (Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 73).



amministrativi, finalizzate alla loro eliminazione dal mondo giuridico attraverso una pronuncia di tipo caducatorio.

Il ricorso straordinario al Presidente della Regione, consistendo in un rimedio giustiziale di carattere impugnatorio, è finalizzato ad apprestare una tutela riparatoria contro atti amministrativi definitivi e offre una tutela che si sostanzia in una decisione costitutiva di annullamento del provvedimento illegittimo.» (Cgars, Adunanza delle Sezioni riunite del 14 giugno 2022, parere n. 368/2022).

3.2. Non sono mancate, tuttavia, occasioni, in passato, nelle quali la giurisprudenza ha messo in discussione la tesi dell'inammissibilità dell'azione risarcitoria nel ricorso straordinario.

3.2.1. Il Cgars ha ritenuto ammissibile, con parere n. 409/2007, l'istanza risarcitoria proposta in sede di ricorso straordinario, valorizzando il carattere alternativo al ricorso giurisdizionale e tenendo conto delle ragioni di economicità, speditezza e concentrazione della tutela invocata, che inducono ad espungere dal nostro ordinamento la c.d. tutela del doppio binario, ossia l'annullamento in sede straordinaria e il risarcimento in sede giurisdizionale¹⁷.

Il predetto parere è stato reso su un ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana contro l'atto di approvazione di una graduatoria concorsuale, censurato per vizi attinenti l'attribuzione dei punteggi, con la contestuale proposizione di una domanda di risarcimento dei danni subiti.

3.2.2. La pronuncia citata è in linea con altra identica del Consiglio di Stato, sez. II, 30 aprile 2003 n. 1036 del 2002, che si discosta dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza circa l'inammissibilità dell'azione risarcitoria¹⁸.

3.3. Può essere utile comprendere la *ratio* di tali decisioni.

La motivazione si fonda sul presupposto dell'intervenuto riconoscimento della proponibilità in sede giurisdizionale amministrativa dell'azione risarcitoria, a seguito della nota sentenza delle Sezioni unite di Cassazione n. 500 del 1990¹⁹, nonché, sul piano legislativo, per effetto delle modificazioni introdotte dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e dalla legge 21 luglio 2000, n. 205.

¹⁷ «appare ammissibile in termini generali anche in sede di ricorso straordinario, atteso che tale rimedio è preordinato ad assicurare la tutela contenziosa in coerenza alla natura delle posizioni giuridiche soggettive dedotte, tenuto anche conto, da un lato, della sua fungibilità ed alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale e, dall'altro, del fatto che, ormai, per ragioni di economicità, speditezza e concentrazione della tutela invocata, si tende ad espungere dal nostro ordinamento la c.d. tutela del doppio binario (prima annullamento in sede giurisdizionale o straordinaria e, poi, risarcimento in sede giurisdizionale).» (Cgars, sezioni riunite, adunanza del 19 febbraio 2008, parere n. 409/2007).

¹⁸ Cons. Stato sez. I, 23 gennaio 2008, n. 20 del 2008; sez. III, 29 aprile 2003, n. 4631 del 2002.

¹⁹ Morelli, Le fortune di un *obiter*: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi, Giustizia Civile, fasc.9, 1999, pag. 2261



Secondo il ragionamento della seconda Sezione del Consiglio di Stato l'introduzione nel nostro ordinamento di tali innovazioni non consentirebbe più di continuare ad escludere che l'azione di risarcimento possa essere fatta valere con il rimedio del ricorso straordinario, in ragione delle stesse esigenze di concentrazione processuale che hanno influito sulle scelte legislative, e che hanno condotto al riconoscimento dell'esperibilità del rimedio risarcitorio nel processo amministrativo (art. 35, d.lgs. n. 80 del 1998; art. 7, comma 4, legge n. 205 del 2000).

L'intenzione, manifestata chiaramente dalla citata giurisprudenza, è stata quella di evitare il rischio di reintrodurre solo per il ricorso straordinario la tutela del c.d. doppio binario, annullamento in sede straordinaria e poi risarcimento in sede giurisdizionale, espunto dal legislatore in omaggio ad esigenze di economicità, concentrazione, speditezza e non contraddittorietà dei provvedimenti decisori²⁰.

4. Le spinte evolutive che hanno interessato il ricorso straordinario.

Non c'è dubbio che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica abbia subito nel corso degli anni spinte evolutive che hanno condotto ad una progressiva estensione dell'ambito della sua utilizzabilità e delle tutele (dall'ottemperanza sino all'impugnazione del silenzio).

Non può dirsi altrettanto per il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, la cui disciplina è contenuta nell'art. 23 dello Statuto speciale della Regione Siciliana approvato con Regio Decreto Legislativo n. 455 del 15 maggio 1946, convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, nonché nel d.lgs. n. 373 del 24 dicembre 2003 recante le «norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato».

Il momento di svolta dell'evoluzione del ricorso straordinario, che ha portato al suo avvicinamento al ricorso giurisdizionale, è stata l'introduzione della esclusività del potere decisionale in capo al Consiglio di Stato, ossia la circostanza che la decisione finale non potesse più essere di un organo politico anche in dissenso rispetto al parere consultivo.

4.1. Ancora prima, un impulso all'evoluzione dell'istituto era stato fornito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con la sentenza 16 ottobre 1997, resa nelle cause riunite C-69/96 e 79/96; in detta decisione la Corte ha qualificato come giudice nazionale il Consiglio di Stato, in sede consultiva nell'ambito del procedimento per la decisione del ricorso straordinario, e di conseguenza, in quanto tale ha affermato che fosse competente a sollevare una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

4.2. Momento, poi, fondamentale dell'evoluzione del ricorso straordinario è costituito dalla novella introdotta con legge 18 giugno 2009, n. 69, che:

²⁰ Per una serrata critica al superiore orientamento si rimanda a S. Torricelli, Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità, in *Foro Amministrativo - C.d.S. (II)*, fasc.11, 2008, pag. 3150.



i) ha abrogato, con la modifica dell'art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, il potere dell'Autorità governativa di dissentire dal parere reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva;

ii) ha previsto, con la novella dell'art. 13 del d.P.R. n. 1199/1971, che il Consiglio di Stato in sede consultiva possa trasmettere gli atti alla Corte costituzionale, nel caso ritenga che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale.

La conseguenza più rilevante di tale riforma è stata quella di conferire al parere del Consiglio di Stato, nell'ambito del procedimento per ricorso straordinario, la fisionomia di una vera e propria "decisione" vincolante.

4.2.1. Al riguardo, giova ricordare che per quanto concerne il ricorso straordinario al presidente della Regione Siciliana si è posto il problema dell'abrogazione tacita delle disposizioni del d.lgs. n. 373 del 2003 che contrastano con le previsioni introdotte dall'art. 69 della legge n. 69 del 2009²¹.

La tesi dell'abrogazione implicita è stata esclusa dalla giurisprudenza amministrativa.

Se la facoltà di decidere in dissenso dal parere del Consiglio di giustizia amministrativa si fa discendere dall'art. 23 dello Statuto («decisi dal Presidente della Regione sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato»), è facile rilevare che una legge ordinaria, come la legge n. 69 del 2009, non può abrogare una fonte *superior* quale è lo Statuto della Regione Siciliana, approvato con R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455 (pubblicato nella G.U. del Regno d'Italia n. 133-3 del 10 giugno 1946), convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2.

Ad analoghe conseguenze si giunge, laddove si ritenga che la disposizione attributiva del potere del Presidente della Regione di decidere il ricorso straordinario difformemente dal parere del Consiglio di giustizia amministrativa si rinvenga nell'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 24 dicembre 2003²².

Anche in tal caso, infatti, il decreto legislativo emanato per attuare lo Statuto della Regione Siciliana, pur collocandosi nella gerarchia delle fonti a un livello subcostituzionale, resta sempre ad un "gradino" più alto rispetto alla legge statale, essendo fonte a competenza «*separata e riservata*» (Corte costituzionale sent. n. 180/1980).

4.2.2. Il Cgars²³ ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 comma 5 del d.lgs. n. 373/2003, nella parte in cui dispone che «*qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa, con motivata richiesta deve sottoporre l'affare alla deliberazione della Giunta regionale*». Secondo il Collegio «*sembra evidente che nella vigenza del disposto ex art. 9 comma V del d. lgs. n. 373 del 2003*

²¹ Vds. Cgars, sezione giurisdizionale, ordinanza n. 566 del 12 maggio 2022.

²² Nell'art. 9 del d.lgs. n. 373 del 24 dicembre 2003 recante «*norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato*» si legge: «*Qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa, con motivata richiesta deve sottoporre l'affare alla deliberazione della Giunta regionale.*»;

²³ . Cgars, sezione giurisdizionale, ordinanza n. 566 del 12 maggio 2022.

- quantomeno con riferimento ai decreti decisori emessi discostandosi dal parere consultivo - le parti (non soltanto il ricorrente, ma anche gli eventuali controinteressati e le amministrazioni che non si siano avvalse della facoltà di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale) verrebbero ad essere private di un corredo di garanzie e rimedi invece esperibili nel territorio della Repubblica;» e «la segnalata difformità di disciplina dell'istituto siciliano rispetto a quello nazionale inverte una forma di disparità di trattamento, sotto i danti richiamati profili (art. 3 della Carta Fondamentale)». Per il giudice remittente sotto tale profilo l'attuale disciplina di attuazione dell'autonomia sembrerebbe collidere, per un verso (quanto al diritto europeo) con gli articoli 11 e 117 comma I della Costituzione e per altro verso con l'art. 136 della Carta Fondamentale "confermato" dall'art. 30 comma III della legge 11 marzo 1953 n. 87.

Alla stregua delle superiori considerazioni, ai sensi dell'art. 23, comma 2, legge 11 marzo 1953 n. 87, il Cgars ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003 per contrasto con gli artt. 3, 11,24, 111, 117 comma 1, 136 della Costituzione, ritenendola rilevante e non manifestamente infondata.

4.3. Anche il nuovo codice del processo amministrativo (di cui all'Allegato 1 del d.lgs n. 104/2010) ha contribuito ad una significativa spinta al mutamento del ricorso straordinario, laddove il comma 8 dell'art. 7 del codice, ha precisato che «[i]l ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.».

4.4. Ancora per l'ordinamento interno giova ricordare la sentenza n. 73 della Corte costituzionale depositata il 2 aprile 2014, nella quale è stato affermato che: «l'istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo.».

4.5. L'evoluzione che ha segnato l'istituto ha interessato anche le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

4.5.1. In una prima fase e, precisamente in tre occasioni²⁴, la Corte ha escluso l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 della CEDU sulla ragionevole durata dei processi al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

4.5.2. In un secondo momento, la Corte EDU prima sezione, nel caso Mediani c. Italia, ric. n. 11036/14, ha ritenuto opportuno approfondire la questione alla luce degli sviluppi che

²⁴ Nel primo caso esaminato dalla Corte di Strasburgo, Costantino Nardella contro Italia n. 45814/99, la Corte ha ritenuto che le disposizioni della Convenzione non si applichino all'impugnazione tramite ricorso straordinario; in particolare, dopo aver esaminato gli elementi che caratterizzano il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha affermato che il ricorrente presentando un siffatto ricorso, non abbia avviato un procedimento contenzioso ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. Idem nel caso, Nasalli Rocca contro Italia n. 8162/02. Nel terzo caso, Tarantino e Altri contro Italia (ricorsi nn. 25851/09, 29284/09 e 64090/09), significativo perché successivo alla riforma del 2009, la Corte EDU seconda sezione con sentenza 2 aprile 2013 ha confermato il precedente orientamento.



hanno interessato il ricorso straordinario; ha, così, cambiato orientamento e ha riconosciuto che le tutele della Convenzione EDU, segnatamente l'art. 6 sulla ragionevole durata dei processi, sono riferibili anche al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

In particolare, la Corte, richiamando la sentenza n. 23464 del 19 dicembre 2012 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ha affermato, al paragrafo 30, che la nuova disposizione rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato in tal modo traferisce la natura giurisdizionale del parere, espresso dal supremo organo di giurisdizione amministrativa, all'atto adottato dal Presidente della Repubblica.

Il carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario, la possibilità di sollevare incidente di costituzionalità, la possibilità di presentare il ricorso straordinario per le materie di competenza del giudice amministrativo, la possibilità di presentare opposizione e di riportare il ricorso davanti al giudice amministrativo, come pure di attivare il giudizio di ottemperanza nel caso di omessa esecuzione del decreto presidenziale in termini analoghi al giudicato amministrativo hanno indotto la Corte EDU a considerare compiuta la trasformazione del ricorso straordinario in un "*judicial remedy*" e a riconoscerne, ai fini convenzionali, la giurisdizionalizzazione, con l'applicabilità delle conseguenti garanzie (vds. Consiglio di Stato, sez. I, 16 febbraio 2021, n. 203).

5 Riflessioni conclusive e prospettive.

5.1. Allo stato attuale la giurisprudenza non ammette la possibilità di esercitare l'azione risarcitoria in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e al Presidente della Regione Siciliana.

Lo stesso legislatore, anche se è intervenuto sulla disciplina processuale con la previsione espressa dell'azione di condanna al risarcimento del danno (art. 30 c.p.a.), non si è posto il problema (e non ha fatto nulla) per il ricorso straordinario; così disattendendo solo per quest'ultimo la tendenza evolutiva alla concentrazione avanti lo stesso e unico giudice con riferimento alle azioni di annullamento e di risarcimento del danno, che certamente meglio risponderebbe alle esigenze di buon funzionamento della giustizia, nonché di pienezza ed effettività di tutela.

Non vanno, tuttavia, sottovalutate le spinte propulsive che, per effetto della natura sempre più giurisdizionale che l'istituto va assumendo, conducono ad una crescente assimilazione al ricorso innanzi al giudice amministrativo, ove è pacifica la possibilità di esperire l'azione risarcitoria.

5.2 Assimilazione che, però, giova ricordare non riguarda il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, per la possibilità del Presidente, con deliberazione della giunta di governo, di adottare una decisione in senso difforme rispetto al parere reso dalla sezione consultiva del Cgars, nonostante questa sia una sezione staccata del Consiglio di Stato²⁵.

²⁵ Cons. Stato, Adunanza plenaria n. 13/2022 «Ritiene l'Adunanza Plenaria che la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione vada risolta sulla base del fondamentale principio per il quale il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana è una sezione del Consiglio di Stato».



L'attuale disciplina, contenuta nel d.lgs. n. 373 del 2003, disegna un ricorso straordinario fermo al modello *ante* riforma del 2009, con le conseguenze sulla sua natura di "semplice" rimedio giustiziale e le importanti ricadute sul relativo ambito di operatività. Non è detto che nel futuro l'attuale difformità della disciplina e, conseguentemente, della natura, tra i due ricorsi non possa venire meno.

5.2.1. Come rilevato sia dal Consiglio di Stato²⁶ che dal Cgars²⁷ l'attuale disciplina contenuta nel d.lgs. n. 373 del 2003 crea una ingiustificata disparità di trattamento, determinando minori garanzie per il cittadino ricorrente avverso atti amministrativi destinati a spiegare effetti nel territorio della regione Siciliana, rispetto ai cittadini ricorrenti che abbiano scelto l'analogo rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per impugnare atti non regionali.

Gli argomenti che militano per una piena parificazione dei due ricorsi sono la necessità di garantire una uniformità di disciplina sul territorio nazionale e di evitare che i cittadini che abbiano deciso di avvalersi del rimedio straordinario per impugnare atti amministrativi destinati a spiegare effetti nel territorio della regione Siciliana²⁸, siano privati di un rimedio "giurisdizionale" e possano avvalersi di un "semplice" rimedio di natura giustiziale, a differenza di coloro i quali abbiano impugnato col ricorso al Presidente della Repubblica atti destinati a spiegare effetti nel territorio della Repubblica.

In attesa e a prescindere dalla decisione della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 comma 5, del d. lgs. n. 373 del 2003 per contrasto con gli artt. 3, 11, 24, 111, 117 comma 1, 136 della Costituzione, sollevata dal Cgars con ordinanza n. 566 del 12 maggio 2022, potrebbe essere, in teoria, la stessa Regione Siciliana, attraverso la commissione paritetica prevista dall'art. 43 dello Statuto ad avviare la revisione dell'attuale normativa.

5.2.2. Al riguardo, giova, ancora, ricordare che il Consiglio di Stato, sez. I, con parere n. 203/2021 con riferimento al ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana ha rilevato, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, l'impossibilità di fare valere le tutele della Convenzione, a partire dall'art. 6 sulla ragionevole durata dei processi. Per tale ragione la Sezione consultiva del Consiglio di Stato - in applicazione dell'articolo 58 del r.d. 444/1942²⁹ - ha disposto la trasmissione del parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali e le autonomie per l'eventuale assunzione delle iniziative legislative in materia, nonché alla Presidenza della Regione Siciliana.

Sono, dunque, diverse le questioni sollevate dalla giurisprudenza che potrebbero portare ad un aggiornamento dell'attuale disciplina. Chissà se il percorso di tendenziale

²⁶ Consiglio di Stato, sez. I, con parere n. 203/2021.

²⁷ Cgars, sez. giurisd., ordinanza n. 566 del 12 maggio 2022.

²⁸ Gli «atti amministrativi regionali» sono gli unici avverso i quali, ai sensi dell'art. 23 dello Statuto Regionale, può essere proposto ricorso straordinario deciso «dal Presidente della Regione sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato».

²⁹ «Quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta, il Consiglio ne fa rapporto al Capo del Governo».



avvicinamento del ricorso straordinario al ricorso giurisdizionale potrà in futuro riguardare anche il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana.

5.3. L'evoluzione del ricorso straordinario, in considerazione del fermento che ha interessato l'istituto e che si riflette nei contrasti giurisprudenziali e dottrinari, potrebbe riservare sorprese per il futuro.

Se si guarda l'evoluzione che ha interessato il giudizio innanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa, la risposta potrebbe essere positiva. Giova, al riguardo, ricordare che il giudizio promosso col ricorso giurisdizionale era, originariamente, un giudizio a carattere impugnatorio, analogamente all'attuale modello del ricorso straordinario.

Eppure sotto la spinta degli interventi interpretativi della giurisprudenza e, successivamente, delle modifiche legislative abbiamo assistito ad una radicale trasformazione del ricorso giurisdizionale.

Originariamente, il modello del giudizio del giudice amministrativo era di tipo impugnatorio-demolitorio, ossia un giudizio di verifica formale e documentale della conformità alle previsioni normative, e dunque, della legittimità degli atti della pubblica amministrazione, come quello, che la Sezione consultiva è chiamata, oggi, a rendere con il parere sul ricorso straordinario.

Al fine di garantire al cittadino una tutela effettiva, piena e soddisfacente, si è consolidata sempre più la tendenza all'ampliamento delle ipotesi in cui il giudice nel processo amministrativo valuta la fondatezza della pretesa fatta valere più che la mera legittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati.

Il giudizio amministrativo si è così trasformato da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto³⁰.

Con l'ampliamento dei poteri del giudice di legittimità, si è passati da un giudizio impugnatorio-demolitorio sull'atto ad un giudizio anche risarcitorio, ove può essere disposta la riparazione della ingiusta lesione cagionata dall'atto illegittimo al cittadino, su domanda di quest'ultimo.

La tendenza crescente alla giurisdizionalizzazione³¹ del ricorso straordinario potrebbe costituire l'inizio dell'evoluzione nella stessa direzione del ricorso innanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa.

³⁰ Vds. Cassazione civile, sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, «ciò che è stato puntualmente messo in rilievo dalla dottrina, in riferimento all'impugnazione, con motivi aggiunti, dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso (Legge TAR, art. 21, comma 1, modificato dalla L. n. 205 del 2000, art. 1); al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (L. n. 241 del 1990, art. 21 octies, comma 1, introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, art. 21 bis); al potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza nei casi di silenzio (L. n. 241 del 1990, art. 2, comma 5, come modificato dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, in sede di conversione del D.L. 14 marzo 2005, n. 35).».

³¹ Vds. Pozzi, Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, in *giustamm.it*, 2014; ancora, Quinto, Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, in *giustamm.it*, 2010.



Un timido elemento in questo senso potrebbe ricavarsi dalla giurisprudenza che ritiene ammissibile il ricorso straordinario avverso il silenzio-inadempimento (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2010, 1240), anche se, allo stato, l'orientamento giurisprudenziale prevalente continua ad escludere nell'ambito in esame non solo l'azione di risarcimento danni ma anche le azioni di mero accertamento.

L'evoluzione del ricorso straordinario probabilmente non si è ancora definitivamente compiuta.

Se crediamo che *historia est magistra vitae*, non possiamo escludere che la stessa evoluzione, che ha subito per via pretoria e legislativa il giudizio promosso col ricorso giurisdizionale, possa in futuro riguardare il ricorso straordinario.

La definitiva ammissibilità dell'azione risarcitoria anche nell'ambito del ricorso straordinario, come alcuni esponenti della dottrina sostengono, è solo questione di tempo?

Ai posteri l'ardua sentenza.

FOCUS

UNA ORIGINALE VACATIO LEGIS IN TEMA DI RIFORMA
PENALE¹**Saverio F. Regasto***Università degli Studi di Brescia*

Abstract: Il lavoro costituisce la nota di commento alla Ordinanza di rimessione del Tribunale di Siena, Sezione Penale, dell'11 novembre 2022, Giudice Dott. Simone Spina con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del Decreto Legge 31 ottobre 2022, n. 162.

The work constitutes the commentary note to the Referral Ordinance of the Court of Siena, Criminal Section, of 11 November 2022, Judge Dr. Simone Spina with which the question of constitutional legitimacy of the art. 6 of the Decreto Legge 31 October 2022, n. 162.

Con il presente lavoro si espongono alcuni rilievi critici, sulla scorta dell'Ordinanza emessa dal Tribunale di Siena, Sezione Penale, l'11 novembre 2022, all'intervenuta emanazione e successiva pubblicazione, nella Gazzetta Ufficiale n. 243 del 17 ottobre 2022, del D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, intitolato "Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 237 del 4 ottobre 2021), recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari".

La formazione di tale decreto si è avviata con la sua preliminare approvazione da parte del Consiglio dei Ministri (seduta del 4 agosto 2022) dello schema ad esso annesso; con l'esternazione di pareri favorevoli dei due rami del Parlamento: il Senato della Repubblica (il 13 settembre 2022) e la Camera dei Deputati (il 15 settembre 2022); con la definitiva approvazione del relativo testo finale (rimasto immutato) deliberata dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 28 settembre 2022; e, infine, con la sua emanazione da parte del Presidente della Repubblica (il 10 ottobre 2022) e la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (il successivo 17 ottobre).

Il corpo del decreto legislativo non ha stabilito un termine di *vacatio legis* differente rispetto a quello prescritto dall'art. 73, terzo comma, della Costituzione con la logica e necessaria conseguenza della sua entrata in vigore il 1° novembre 2022, ossia trascorsi quindici giorni dalla sua pubblicazione.

¹ Il contributo è destinato agli Scritti in memoria di Gladio Gemma.



Quanto all'aspetto sostanziale del testo legislativo esso incide sul Codice Penale, sul Codice di Procedura Penale e sulle Leggi complementari anche mediante l'introduzione di una disciplina mirata e aggiornata della giustizia riparativa ovvero per mezzo della riforma delle pene pecuniarie e delle pene sostitutive di quelle detentive brevi.

Entrambi i legislatori, delegante e delegato, hanno lavorato con un'ottica deflattiva nel settore penale al fine di alleggerire il carico giudiziario oberato dai procedimenti e dai processi penali. *In primis* è stato introdotto un mutamento nel regime della procedibilità di molte fattispecie di reato,¹ seppure non di stampo meramente bagatellare e con taluni limiti di pena e di capacità, e sempre in maniera incisiva è stata ampliata la possibilità, in termini di aumento della pena base che ne ammette la richiesta per ulteriori taluni reati, di optare per l'istituto della messa alla prova la cui istanza è stata rimessa anche alla proposta del pubblico ministero. L'ottica del legislatore ha altresì lavorato a favore degli istituti penitenziari al fine di fronteggiare l'annoso problema del sovraffollamento carcerario quale causa delle negative condizioni di permanenza in cui versano i detenuti (²).

Com'è noto la duplice perseguibilità di un reato, d'ufficio e a querela di parte, trova la propria *ratio* nella differente iniziativa, ad opera del pubblico ministero ovvero della persona offesa, posta a base e fondamento della celebrazione del processo penale. La querela, quale atto di parte (³), concede impulso alla perseguibilità del reato per volontà diretta ed espressa della persona offesa la quale, attraverso quel mezzo, chiede allo Stato l'accertamento dell'antigiuridicità e la punizione di un fatto da essa ingiustamente subito. È fuori dubbio - pertanto - come sia solo la perseguibilità d'ufficio a rendere tecnicamente impossibile l'estinzione del reato (per difetto o remissione di querela) pur a fronte di una dichiarazione di disinteresse resa nel processo da parte della persona offesa (⁴). Tale dichiarazione - invece - assume rilievo per il suddetto fine laddove il reato sia perseguibile a querela di parte posto che la remissione, accettata dall'imputato, determina il venir meno del presupposto processuale al quale è vincolata la validità dell'azione del pubblico ministero, alla stessa stregua della mancata proposizione della querela quale difetto di condizione di procedibilità *ab origine*. In definitiva, è d'intuito comprendere che l'istituto giuridico della procedibilità a querela di parte (della persona offesa) integra una disposizione più favorevole al *reo* sia in termini di possibile eccezione d'improcedibilità che impedisce sin dall'inizio la celebrazione del processo, sia in termini di trattative con la persona offesa la quale ha la mera facoltà di rinunciare al proprio diritto processuale penale nei confronti del soggetto autore di un reato (⁵). Trattasi, in quest'ultimo caso, di una ipotesi delicatissima posto che, da un punto di vista

¹ Taluni, intervenendo sugli organi di stampa, hanno denunciato la nuova previsione, giudicata eccessiva, della perseguibilità a querela di parte, di molti e gravi reati.

² A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Giappichelli Editore Torino, 2021.

³ Cass. Pen. Sez. II, Sent. 24 settembre 2008, n. 40399, Cass. Pen. Sez. I, Sent. 10 luglio 2001, n. 33455 sulla c.d. natura "mista" (sostanziale e processuale) della querela.

⁴ Cass. Pen. Sez. VI, Sent. 9 gennaio 1989 n. 82 ove si afferma che "l'effetto di remissione tacita della querela è attribuito al comportamento extraprocessuale dell'offeso, che non sia puramente omissivo e sia tale da apparire sostanzialmente ed inequivocabilmente incompatibile con la volontà di persistere nella querela".

⁵ Cass. Pen., Sent. 5 luglio 2002, Rossi, n. 222352 secondo cui la transazione stipulata fra il danneggiato e la società assicuratrice ha natura privata e non implica la volontà di rinunciare alla querela.



sociologico dello studio del diritto penale, la persona offesa, che rimane il cittadino destinatario delle norme penali, è il primo contatto in cui il fatto illecito si manifesta incidendo negativamente sull'ordine pubblico mediante il disdegno, doloso o colposo, di un ordine impartito dallo Stato titolare della potestà punitiva.

L'attribuzione di un impulso processuale alla persona offesa è dunque ragionevole, in termini di deflazione del carico giudiziario, laddove l'illecito abbia una minima incidenza in termini di impatto sociale che non esclude però l'impatto individuale. In buona sostanza, se un reato è stato ritenuto sino a oggi perseguibile d'ufficio, di fronte a una mancata giustificazione che dimostri la redenzione della società al crimine con la prova di una tangibile inversione di tendenza, dovrebbe ritenersi infondato, dal punto di vista di impatto sociale e di sicurezza pubblica, il ridimensionamento della modalità di persecuzione di un illecito penale. In tale senso entra in gioco il bilanciamento degli interessi fra la sicurezza pubblica e la repressione del crimine che deve trovare il proprio punto di equilibrio nella necessità imprescindibile di garantire l'ordine pubblico quale tassello non sacrificabile dalla necessità di smaltire il carico giudiziario ovvero di prevenirlo. Il rischio che l'ampliamento dell'uso della querela sottende è insito non già nella sottovalutazione da parte della persona offesa dei propri diritti e nella necessità di tutelare i propri beni, bensì nella genuinità delle trattative scarsamente motivate che conducono al mancato deposito della querela o alla sua successiva remissione. Il mancato rispetto del menzionato bilanciamento a favore del celere e più leggero andamento della macchina della giustizia potrebbe originare, dunque, nuove fattispecie di reato all'interno dell'illecito che si vuole estinguere mediante il difetto della condizione di procedibilità e, non da ultimo, una perdita di affidamento nei confronti dello Stato il quale abbandona in tal modo il proprio ruolo delegandolo al privato cittadino destinatario di un illecito che tale rimane.

Il plesso normativo ora menzionato è stato accompagnato dal decreto-legge 31 ottobre 2022 n. 162, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 255 del 31 ottobre 2022, recante *“Misure urgenti in materia di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto di raduni illegali”* entrato in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione ai sensi del suo articolo 9. Ciò che rileva maggiormente risiede nel fatto che il citato decreto-legge, all'art. 6, introduce nel corpo del d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 l'articolo 99-bis, rubricato *“Entrata in vigore”*, del seguente tenore *“Il presente decreto entra in vigore il 30 dicembre 2022”* che rende all'attualità inapplicabile la legge più favorevole al *reo* che contiene le modifiche sopra accennate e commentate.

A fronte di tale *iter* di entrata in vigore (differita) del decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150, che potrebbe ritenersi macchiato di abnormità, conviene di dover commentare ancora una volta l'intento del legislatore volto a introdurre le modifiche ivi apportate in campo penale per ovviare al carico giudiziario. Ebbene, per poter approdare a tale argomentazione risulta utile prendere in considerazione, eccezionalmente, le Relazioni, illustrative e tecniche,



poste a fondamento delle suddette fonti⁽⁶⁾. Pare opportuno ricordare, infatti, che sebbene ordinariamente tali Relazioni non siano autonomamente passibili di alcuna impugnazione le stesse, in più occasioni, costituiscono la *ratio* per motivare la questione di legittimità di un dettato di legge in quanto rappresentano in maniera più che tangibile il ragionamento genuino, la c.d. intenzione del legislatore, dal quale è nato il testo normativo. È così che le suddette Relazioni contribuiscono in maniera determinante a esternare senza equivoci quell'intenzione quale mezzo di interpretazione a cui il Giudice di legittimità deve rifarsi per giungere al proprio dettato di principio in ossequio ai cardini della Costituzione. Tale è infatti l'operato adottato dal Tribunale di Siena, Sezione Penale in composizione Monocratica, con l'Ordinanza pronunciata all'udienza pubblica dell'11 novembre 2022.

Sugli svariati profili di fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 si rinvia alla ridetta Ordinanza in riferimento agli articoli 73, terzo comma, e 77, secondo comma, nonché al coordinato disposto degli articoli 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7, primo paragrafo, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e all'articolo 15, primo comma, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966.

L'art. 73, terzo comma, della Costituzione come è noto prevede, in via ordinaria, il termine di quindici giorni decorrenti dalla data di pubblicazione per l'entrata in vigore della legge. Il legislatore costituente ha tuttavia stabilito una deroga alla suddetta *vacatio legis* ordinaria che consiste nella possibilità per le leggi stesse di stabilire un termine differente⁽⁷⁾. La *ratio* della *vacatio legis* (ordinaria o derogata) è rinvenibile nell'assicurare la conoscibilità della legge, nello stabilire l'inizio della sua efficacia e nell'imprimere il dovere della sua osservanza e applicazione⁽⁸⁾. È inoltre nota la triplice componente del procedimento legislativo che consta della promulgazione, della pubblicazione e dell'entrata in vigore dell'atto. Quanto alla *vacatio legis* la nostra Carta costituzionale concede al legislatore, portatore di un proprio potere discrezionale ma giammai arbitrario ovvero esuberante, di optare per un termine diverso di entrata in vigore di una legge rispetto a quello ordinario quindicinale. Tale potere, seppure autorizzato espressamente dalla nostra Costituzione, rimane vincolato a un ben preciso raggio di azione che è costituito dalla sola specifica legge a cui si riferisce la deroga: in sostanza, l'eccezione permessa al legislatore rispetto alla regola impartita dalla Costituzione deve vivere, caratterizzandolo, nello specifico procedimento di formazione della legge la cui entrata in vigore si intende differire nel tempo. La logica eccezionale così adottata dal legislatore costituente mediante l'espressione "*salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso*" trova la sua motivazione nelle regole ben definite di formazione di una legge a mente delle quali è l'autonomo procedimento legislativo il ventre dal quale essa nasce con tutti i propri connotati, fra cui la *vacatio legis* non altrimenti desumibile se non dalla

⁶ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92 sulle Relazioni illustrativa, tecnica e tecnico-normativa a corredo degli atti normativi, la bollinatura RGS e l'analisi di impatto della regolamentazione.

⁷ Corte Cost., Sent. n. 71/1957 citata nell'Ordinanza in commento.

⁸ M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d'una garanzia costituzionale la vacatio legis*, Cedam, Padova, 1986.



regola generale quindicinale. È principio pacifico che le leggi possano essere modificate da altre leggi successive che non possono però intaccarne il procedimento di formazione nella sua triplice componente se non in palese violazione della Costituzione. Non si dimentichi, inoltre, che ogni legge ha il proprio fondamento rinvenibile nella motivazione che ha attivato lo Stato, attraverso i propri organi, a promulgarla e in tale specifica motivazione, non cedibile, non intercambiabile e non sostituibile, risiede pure la possibilità per quello specifico legislatore di optare per una *vacatio legis* differente rispetto a quella ordinaria. Solo così il colloquio fra la Costituzione e il legislatore di volta in volta in auge raggiunge i capostipiti della chiarezza e della legittimità potendo usufruire delle eccezioni proposte dalla suprema fonte del diritto.

Nella Ordinanza in commento, a ragione, viene richiamata la differenza fra una disposizione di legge e una disposizione transitoria a corredo di una singola e specifica legge evidenziando che quest'ultima, ossia la disposizione transitoria, costituisce quella norma inclusa nella legge che la racchiude formatasi attraverso un proprio autonomo procedimento.

L'art. 6 del decreto legge 31 ottobre 2022 n. 162 non è una disposizione transitoria, né – tanto meno – può rivestire tale qualifica rispetto al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150 del quale non fa parte. Di conseguenza, è abnorme avvalersi di una *vacatio legis* di natura eccezionale stabilita in altra legge al fine di prolungarne l'entrata in vigore di una differente. Riprendendo ora la rilevanza delle Relazioni, illustrativa e tecnica, annesse alle leggi di riforma in commento e ciò ai fini di correttamente interpretare queste ultime in funzione della loro corrispondenza legittima o meno alla Costituzione, se ne riportano qui alcuni stralci atti a chiarire come il predetto art. 6 non integri una disposizione transitoria con le conseguenze esposte. Si legge nelle Relazioni che *“con l'art. 6 si interviene sull'entrata in vigore del decreto n. 150 del 2022, stabilendone...con l'inserimento dell'art. 99-bis, il differimento al 30 dicembre 2022”* e che *“la scelta di un rinvio dell'entrata in vigore, piuttosto che di una applicabilità o efficacia delle disposizioni è imposta dalla necessità di assicurare la corretta e certa operatività anche delle disposizioni transitorie contenute nel titolo VI del citato decreto legislativo, che assumono proprio nell'entrata in vigore del decreto il punto di riferimento per l'applicazione differenziata di vecchi e nuovi istituti”*.

Il Governo ha dato così conto, non solo di una illegittima applicazione dell'art. 73, terzo comma della Costituzione, ma si è reso pure autore dell'esercizio di una potestà legislativa in via d'urgenza, anch'essa di discutibile legittimità, che all'unisono e per ovvie differenti ragioni si sono intersecate con l'entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150 violando la ridetta disposizione costituzionale ⁽⁹⁾. Infatti, la nostra Carta costituzionale consente al Governo di adottare in maniera legittima provvedimenti provvisori con forza di legge solo a fronte dei presupposti della <straordinaria necessità> e dell'<urgenza>, come prevede il suo art. 77, secondo comma ⁽¹⁰⁾. Tale regola costituzionale è atta ad escludere una

⁹ Corte Costituzionale, Servizio Studi, *La decretazione d'urgenza nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. NEVOLA, settembre 2017. Sui casi straordinari di necessità e d'urgenza cfr. *ex multis* Corte Cost., Sent. n. 170/2017, Sent. n. 16/2017, Ord. n. 72/2015; sulla materia penale cfr. Corte Cost., Sent. n. 330/1996; sulla materia processuale cfr. Corte Cost., Ord. n. 185/1996.

¹⁰ Corte Cost., Sent. n. 220/2013.



co-legislazione fra Governo e Parlamento attraverso una impropria decretazione d'urgenza che non può sostituirsi al procedimento ordinario di formazione di una legge. Sul presupposto della straordinarietà può validamente sostenersi che esso si identifica con la imprevedibilità temporale della necessità di adottare un determinato provvedimento.

Come insegna il diritto penale, la prevedibilità può in concreto essere valutata con un giudizio *ex ante* ovvero *ex post* in riferimento a un fatto da sottoporre a giudizio in termini di responsabilità. Detta prevedibilità non è tuttavia passibile di questa duplice accezione laddove si tratti di accertare se sussista o meno il presupposto della straordinaria necessità in ambito di decretazione d'urgenza da parte del Governo dovendosi necessariamente fare riferimento a un esclusivo accertamento *ex ante* in assenza del quale si potrebbe parlare di necessità ma non anche di straordinarietà. In effetti, ciò che non è imprevedibile richiede la procedura ordinaria di approvazione di una legge che, specie in materia penale, è riservata esclusivamente al Parlamento ⁽¹¹⁾.

Va peraltro segnalato che la sussistenza dei requisiti della straordinarietà, della necessità e dell'urgenza assumono una marcata valenza nel caso in cui in un solo Decreto Legge sussista una pluralità di norme disciplinanti differenti ipotesi, slegate fra di loro e dunque sformite di un nesso che le accomuni ai fini della sussistenza dei presupposti. In tale caso è alto il rischio che può rivelare una usurpazione del campo legislativo del Parlamento da parte del Governo in ordine alle singole differenti fattispecie regolate nel medesimo Decreto Legge determinando perciò una inammissibile modificazione della forma di governo delineata dalla Costituzione.

Nel Decreto Legge 31 ottobre 2022 n. 162 i molteplici interventi normativi risultano tra loro del tutto disomogenei.

L'*excursus* indicato nel predetto decreto propone infatti: l'anticipata cessazione degli effetti di talune misure di profilassi sanitaria per gli esercenti la corrispondente professione con il fine di garantire adeguate prestazioni sanitarie, l'introduzione di un nuovo delitto che vieti i "raduni" organizzati al fine di tutelare l'ordine pubblico, la regolamentazione della disciplina dei benefici penitenziari in materia di ergastolo ostativo e l'introduzione di un nuovo termine per l'entrata in vigore del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150. Risulta *ictu oculi* la differente portata di ciascun intervento connessa ad altrettante diverse motivazioni oltre che legata a diversi tempi di durata, tanto alle tre regolamentazioni nei vari settori, e in scadenza, quanto all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 150/2022. La pluralità di questi diversi interventi, inserita nell'unica fonte, esclude in radice la matrice unitaria del provvedimento sfornito della straordinaria necessità e dell'urgenza che risultano invero inesistenti per loro stessa carenza in ogni singolo intervento considerato.

L'usurpazione del Governo del territorio parlamentare risulta peraltro palese laddove è la stessa Relazione tecnica e illustrativa annessa al Decreto Legge n. 162/2022 che, con specifico riferimento all'ergastolo ostativo, motiva la necessità di legiferare per "adempiere al monito della Corte Costituzionale" ma che quest'ultima rivolge tuttavia in modo espresso al Parlamento con le Ordinanze n. 97/2021 e n. 122/2022.

¹¹ Corte Cost., Sent. n. 487/1989.

In definitiva, nella medesima Relazione si coglie che “il differimento dell’entrata in vigore della riforma penale” trova la propria *ratio* nella “riscontrata necessità di approntare misure attuative adeguate a garantire un ottimale impatto della riforma sull’organizzazione degli uffici”. A disparte della motivazione differente che ancora una volta esclude a priori i presupposti per una legittima decretazione d’urgenza va pure posto sulla bilancia il peso, da un lato, della necessità di garantire un valido recepimento operativo della riforma in atto da parte degli uffici giudiziari e, dall’altro, il peso del principio del *favor rei* che diviene così non praticamente applicabile ai procedimenti penali pendenti a causa dello slittamento dell’entrata in vigore di una legge più favorevole, a eccezione del regime dei delitti ostativi. I punti di attrito che attanagliano tali disposizioni legislative sono dunque molteplici e non solo sotto il profilo della loro legittimità costituzionale ma pure sotto quello della loro opportunità e corretta applicabilità. Tanto è vero che risulta degna di approfondimento l’elevazione suprema, a motivazione cardine, dell’impatto organizzativo della riforma in ambito pratico-giudiziario rispetto sia alla non considerata posizione processuale pendente dell’imputato, quale soggetto processuale invocante il principio del *favor rei* solo aleggiato ma non praticabile, sia a quella della persona offesa, alla quale non è offerto un pieno principio di certezza del diritto, sia a quella del popolo che potrebbe essere indotto a non comprendere il fondamento dell’epigrafe di ogni Sentenza pronunciata in suo nome (“*in nome del popolo italiano*”) ⁽¹²⁾ ma a fronte di una dubbia formazione di una legge confliggente con il dettato costituzionale da intendersi quale faro di uno Stato di diritto.

¹² Cfr. I Verbali dei Lavori Preparatori per la stesura della Costituzione ove si legge che il Popolo è il mandante giuridico dell’attività che svolge la Magistratura tanto giudicante (col mandato di emettere i provvedimenti) quanto inquirente (col mandato di esercitare l’azione penale a carico dei cittadini che violino la legge): seduta dell’Assemblea Costituente del 13 dicembre 1946.



FOCUS

AFFRESCO DELLA MEDIAZIONE ITALIANA ED EUROPEA

Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri

Abstract: in questo contributo si premette la storia della composizione del conflitto dal periodo preromano per arrivare alla situazione precedente alla riforma Cartabia; si esamina poi in particolare la normativa degli anni '90 e il successivo decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 con riferimento alle criticità del primo incontro che ci reggerà sino al 30 giugno 2023. Si fa un accenno alla metodologia usata dai mediatori e ai suoi limiti in presenza dell'attuale primo incontro e poi si specifica la formazione dei mediatori italiani di recente modificata con Circolare. Si passa poi ad un confronto tra la normativa europea (Direttiva 52/08) e quella presente nel nostro e negli altri paesi UE. Il Consiglio d'Europa nel 2008 ha consultato alcuni esperti UNCITRAL ed ha potuto verificare che uno dei problemi alla diffusione della mediazione era semplicemente la sua mancata conoscenza: si approfondiscono anche gli altri motivi di mancata diffusione e la precaria posizione dell'Italia nella classifica europea degli stati che promuovono l'ADR in Europa. Ma si forniscono anche dei possibili rimedi come il conferimento delle pratiche in ADR per azzerare il contenzioso. Si afferma poi che la cultura della mediazione si può diffondere se si cambia la mentalità e se la mediazione viene finanziata. Si conclude con suggerimenti ai legislatori dei paesi UE in base alle migliori prassi di diritto comparato.

Abstract: this contribution introduces the history of conflict resolution from the pre-Roman period to the situation prior to the Cartabia reform; it then examines in particular the legislation of the 1990s and the subsequent legislative decree no. 28 of 4 March 2010 with reference to the criticality of the first meeting that will hold us up until 30 June 2023. A mention is made of the methodology used by mediators and its limitations in the presence of the current first meeting and then the training of Italian mediators recently amended by Circular. A comparison is then made between European legislation (Directive 52/08) and that in our and other EU countries. The Council of Europe consulted UNCITRAL experts in 2008 and was able to verify that one of the problems with the spread of mediation was simply its lack of knowledge: other reasons for its lack of spread and Italy's precarious position in the European ranking of states that promote ADR in Europe are also explored. But possible remedies are also provided such as the referral of cases to ADR to zero litigation. It is then stated that the culture of mediation can be spread if the mentality is changed and if mediation is financed. It concludes with suggestions to legislators in EU countries based on best practices in comparative law.

SOMMARIO: 1. Origine della composizione bonaria in Italia - 2. Il viaggio della mediazione civile e commerciale - 3. Il cuore della mediazione italiana: Il primo incontro di mediazione - 4. Metodologia della mediazione e formazione - 5. Uno sguardo comparato - 5.1 Le modalità di attuazione della Direttiva 52/08 e la posizione dell'Italia - 5.2 Gli ostacoli alla diffusione della mediazione ed i rimedi - 5.3 C'è la possibilità di deflazionare il contenzioso attraverso la mediazione? - 6. Può la cultura di un paese determinare il successo di una mediazione? - 7. Ci sono possibili suggerimenti per la mediazione italiana ed europea?



Summary: 1. Origin of amicable settlement in Italy - 2. The journey of civil and commercial mediation - 3. The heart of Italian mediation: the first mediation meeting - 4. Mediation methodology and training - 5. A comparative view - 5.1 The implementation of Directive 52/08 and Italy's position - 5.2 Obstacles to the spread of mediation and remedies - 5.3 Is there a possibility to defuse litigation through mediation? - 6. Can the culture of a country determine the success of a mediation? - 7. Are there possible suggestions for Italian and European mediation?

1. Origine della composizione bonaria in Italia.

L'Italia ha come la Francia e la Spagna, i Paesi Bassi e la Danimarca un antico retroterra in materia di composizione bonaria dei conflitti. Teniamo però conto che in tutti questi paesi a cui potremmo aggiungere anche Portogallo, Grecia e la Svizzera solo a tratti abbiamo avuto strumenti extragiudiziali volontari.

La storia ci insegna - tralascio ovviamente le implicazioni psicologiche - che la cosa più importante per un popolo è sempre stata la pace ed ogni strumento per raggiungerla è sempre stato considerato doveroso; la pace era un desiderio degli dèi o di Dio (con il monoteismo o ancor prima col matriarcato nel paleolitico) e chi non componeva i propri conflitti offendeva la divinità.

Questo è stato per millenni un tratto comune ad Oriente ed Occidente.

L'importanza del consenso e della volontarietà fa parte storicamente della Grecia omerica e di una cultura minoritaria, anche se molto antica ed importante per la mediazione, che è quella albanese; riposa sostanzialmente su un presupposto, che "tutti gli uomini siano uguali" e da ciò deriva:

b che nessun uomo abbia il diritto di giudicarne un altro,

c e che nessun uomo abbia il diritto di imporre ad un altro di risolvere il proprio conflitto.

Teniamo però presente che sino al 1848 la conciliazione è stata obbligatoria nella maggior parte dei paesi europei e sudamericani e per certi tipi di conflitto (ad es. quello familiare) c'era addirittura l'arbitrato obbligatorio sin dall'epoca giustiniana.

Premesso ciò, le notizie più risalenti sui mezzi di composizione dei conflitti riguardano in Italia forse una divinità, Viriplaca, che era oggetto di culto prima della fondazione di Roma e che poi a Roma verrà inglobata nel culto di Giunone, dea come sappiamo destinata a proteggere l'unione familiare e la prole. Nel caso di Viriplaca però gli antichi pensavano che, attraverso un'apposita cerimonia, la dea potesse "calmare" la violenza dell'uomo a cui veniva imputata la "colpa" del conflitto.

A parte questa divinità si ricorda come primo sistema extragiudiziale in Roma il cosiddetto *ius respondendi*: la causa poteva intentarsi dopo aver dato la dimostrazione di aver rispettato i dettami del *Mos maiorum* i cui principi era custoditi dal Pontefice Massimo: costui doveva *respondere*, ossia accertarsi del fatto che le parti avevano osservato ad es. il rispetto degli altri, la *pietas*, e si fossero comportati secondo lealtà buona fede.

A Roma vi erano addirittura due templi dedicati alla dea Concordia e l'accordo era cosa normale ed utile anche dal punto di vista economico come ricorda la prima delle dodici tavole ove si stabiliva che il Pretore si limitasse a "sanzionare" l'intesa assunta dai contendenti e quindi sostanzialmente lo parificasse ad una sentenza. Lo stesso Vangelo di Luca¹, databile attorno al 70 dopo Cristo invita i litiganti a trovare un accordo in un momento

¹ "Perché non giudicate da soli ciò che è giusto fare? Quando vai con il tuo avversario davanti al magistrato, lungo la strada cerca di trovare un accordo con lui, per evitare che ti trascini davanti al giudice e il giudice ti consegna all'esattore dei debiti e costui ti getti in prigione. Io ti dico non uscirai di là finché non avrai pagato



in cui, tra l'altro, la conciliazione era fuori legge a seguito di un provvedimento imputabile all'imperatore Caligola.

Interessante è notare che molti provvedimenti successivi, sino al XIX secolo, si basano sullo stesso assunto del primo secolo dopo Cristo: la conciliazione (oggi mediazione) non deve impedire il corso dei giudizi.

Ancora nel 2010 l'avvocatura italiana si è schierata in parte contro la composizione extragiudiziale ripetendo i medesimi concetti che per la verità in precedenza aveva fatto propri anche il regime fascista.

Non tutti sanno però che il principio in origine (ad esempio quello esplicitato da Federico II) non interessava tanto la conciliazione preventiva, ma quella in corso di causa per il semplice motivo che un tempo il giudice veniva pagato dalle parti e senza una sentenza non si addiveniva a retribuzione.

Dagli Imperatori Onorio e Arcadio la conciliazione riprende il suo corso "legale".

Vi è una figura municipale in particolare che conciliava obbligatoriamente, il Difensore di città, il cui ruolo sta alla base della professione del nostro notaio, dell'attuale sindaco e di diverse altre istituzioni in tutta Europa: i Conservatori della Pace del Regno Unito che diverranno nel 1325 i giudici di pace, Gli Auditori del Castelletto in Francia che a loro volta verranno sostituiti nel 1790 dai giudici di pace post-rivoluzionari ed il Baiulo che operava nel Sud Italia sino all'arrivo negli anni '20 del XIX secolo del Conciliatore del Regno delle due Sicilie.

Trascorso il periodo napoleonico che comunque portò in gran parte dell'Italia la conciliazione obbligatoria e venuta meno la dominazione asburgica che a sua volta nel Lombardo-Veneto sottoponeva quasi tutti i giudizi del Pretore alla conciliazione obbligatoria, la storia d'Italia e degli strumenti ADR si è legata ai Savoia che nei loro domini non vedevano praticata la conciliazione.

Nel territorio savoiano prima dell'Unità c'era unicamente il Pretore mandamentale che in teoria avrebbe dovuto tentare la conciliazione, ma lo faceva raramente e così in presenza di un numero molto scarso di componimenti Vittorio Emanuele II preferì adottare la conciliazione napoletana che era volontaria (anche per reazione al dominio napoleonico che non riuscì ad attecchire al Sud)².

Sino al 2010 e al in particolare al decreto legislativo del 4 marzo n. 28 che regola primariamente la mediazione in Italia³, la conciliazione restò dunque facoltativa.

Nonostante ciò, dobbiamo registrare che almeno sino alla Seconda guerra mondiale la conciliazione era molto praticata soprattutto ma non soltanto, presso il Conciliatore, il primo dei giudici ordinari. Gli accordi totali davanti al conciliatore in 71 anni furono 14.341.398 (204.877 all'anno) il 19,20% del contenzioso; i procedimenti abbandonati e transatti, quindi comunque composti bonariamente e rinunciati furono 33.283.766 (528.314 all'anno) il 49,51% di tutto il contenzioso del Conciliatore.

Questi risultati fanno decisamente impallidire i risultati della mediazione italiana attuale, ma anche di quella europea.

¹ "l'ultimo spicciolo."
(Luca 12, 57-59)

² Cfr. Carlo Alberto Calcagno, BREVE STORIA DELLA RISOLUZIONE DEL CONFLITTO, I SISTEMI DI COMPOSIZIONE DALL'ORIGINE AL XXI SECOLO, Aracne Editrice, 2014.

³ DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28

Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. (10G0050)



Ma i risultati eccellenti non bastarono al legislatore che volle progressivamente spostare l'asse giurisdizionale verso i Tribunali, le Corti d'Appello e la Cassazione. A ciò non è però corrisposto un aumento dell'organico dei magistrati che nel 2018 (7.073 togati) erano pari a quelli in ruolo nel 1914.

I Conciliatori sono stati sostituiti dai giudici di pace, ma il numero attuale è un decimo (c'erano un tempo 8.000 sedi circa), mentre il contenzioso è rimasto superiore al milione di cause. Sono stati eliminate le Preture che gestivano comunque una buona fetta del contenzioso in sede locale.

La maggior parte del contenzioso civile che nel 2019 è arrivato a 7.023.810 di cause solo in primo grado (tra sopravvenuto e pendente) si suddivide oggi per il 90% tra tribunale e le altre giurisdizioni superiori. In sede di discussione del progetto di legge delega diversi esponenti di partito hanno dichiarato che dobbiamo ridurre il carico giudiziario del 40%. C'è chi ha parlato di negoziazione assistita e chi dell'Ufficio del processo, ma anche della mediazione. Si tralasciano qui ovviamente i contenuti della riforma Cartabia per deflazionare il contenzioso. Ci si ferma ai dati dello Scoreboard 2021.

Nel 2019 a fine anno in Italia il ruolo civile di primo grado era di 3.458.560 cause. Il che significa che il sistema giudiziario è riuscito a smaltire grosso modo la metà del contenzioso. Solo in primo grado, dunque, se volessimo smaltire il 40% delle cause ci sarebbero da affrontare 1.383.424 procedimenti. La sfida non può che coinvolgere tutti. Senza un aiuto in particolare degli avvocati non c'è possibilità di raggiungere traguardi così ambiziosi: le attuali mediazioni ad esempio dovrebbero decuplicare.

2. Il viaggio della mediazione civile e commerciale.

Già nel 1993 era arrivato in Italia il modello di conciliazione civile e commerciale dell'UNCITRAL⁴. Si trattava di una conciliazione con proposta del conciliatore. La procedura, tuttavia, non si teneva se il chiamato non aderiva entro 30 giorni. Le mancate adesioni erano molte e le conciliazioni della Camera di Commercio erano ridotte; si cercò di incrementarle all'interno del cosiddetto processo societario⁵ ove nacquero i conciliatori societari che poi nel 2010 sarebbero diventati i mediatori civili e commerciali.

Poi arrivò la Direttiva 52/08, conseguentemente venne varata una legge delega (l'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69) e successivamente il decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, oggi novellato dalla riforma Cartabia, che sostanzialmente con l'ausilio di tre regolamenti ministeriali regge ancora oggi la materia (v. però l'ultima Circolare del Ministero della Giustizia del 6 aprile 2023 sugli Organismi di mediazione e gli Enti di formazione).

Nel 2009 la giacenza della cognizione ordinaria era in media di 1.576 giorni: ossia un procedimento sopravvenuto nell'anno ci metteva più di 4 anni ad essere smaltito.

Così l'Italia varò nel marzo 2010 appunto il decreto 28: fu la quinta ad attuare la Direttiva, ma fu la sedicesima in area UE ad emanare un provvedimento dedicato interamente alla mediazione. Da noi si è scelto di applicare i principi della Direttiva 52/08 anche alla mediazione interna. La nostra mediazione non si distingue poi molto dalla conciliazione ONU, nel senso che il mediatore può fare una proposta come il conciliatore.

Sono le conseguenze della mancata accettazione della proposta che differenziano i due sistemi. Mentre la proposta del conciliatore dell'ONU non ha conseguenze pregiudizievoli

⁴ Con la legge di riforma della Camere di Commercio: LEGGE 29 dicembre 1993, n. 580 Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

⁵ Art. 38-40 (oggi abrogati) del DECRETO LEGISLATIVO 17 gennaio 2003, n.5. Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366.



per le parti che non dovessero accettarla, nel nostro sistema ci sono conseguenze processuali anche pesanti in termini economici qualora la sentenza dovesse coincidere con la proposta stessa.

Inoltre, la proposta in Italia può essere effettuata dal mediatore anche se una delle due parti non partecipa e l'altra la richiede. Si provvederà ovviamente a notificare la proposta alla parte che non ha partecipato, ma la mediazione sostanzialmente si svolge *inaudita altera parte*.

Una differenza rilevante dalla conciliazione ONU riguarda poi il fatto che la mediazione si tiene sempre, anche se le parti dovessero rinunciare entrambe all'incombente: il mediatore è tenuto a formalizzare comunque un verbale di chiusura. Il nostro modello inizialmente prevedeva una mediazione preventiva obbligatoria per alcune materie ed una mediazione disposta dal giudice con il consenso delle parti.

La nostra è una mediazione incentivata perché per valori inferiori ai 50.000 € (dal 30 giugno 2023 la soglia di esenzione arriverà a 100.000 €) non si pagano le tasse di registro (né le imposte catastali e le ipotecarie) e poi, almeno sulla carta, è stato previsto un credito di imposta da fare valere nella dichiarazione dei redditi (reso però effettivo dal 30 giugno 2023 con nuove regole e uno stanziamento sostanzioso).

Successivamente è intervenuta la Corte costituzionale che ha eliminato la mediazione obbligatoria preventiva⁶: per un anno e mezzo sostanzialmente in Italia non si è mediato.

Poi nel 2013 con "decreto del fare"⁷ del Governo Renzi si è tornati alla condizione di procedibilità preventiva e si è anche aggiunta la mediazione demandata obbligatoria, non solo nelle materie per cui la mediazione costituiva già in sede preventiva condizione di procedibilità, ma anche per i casi che comunque il giudice ritenesse "mediabili".

Nel 2014 sulla spinta della *procédure participative* si è introdotta in Italia la negoziazione assistita per uno o più avvocati, anche se il nostro modello ha poco in comune con quello transalpino. La negoziazione assistita che in pratica ha ripreso dei principi dalla mediazione italiana è stata senza alcun dubbio un fallimento in Italia e attualmente viene usata quasi esclusivamente nei casi di separazione e divorzio (anche qui la riforma Cartabia ha cercato di dare ulteriore sprone con la figura dell'avvocato istruttore ed alcune provvidenze in materia familiare). Dal 2014 in poi però si è iniziato a parlare in Italia dell'avvocato negoziatore: lo ha fatto prima la Commissione Alpa nel 2017⁸, poi il Tribunale di Vasto ed in seguito la Cassazione⁹.

L'avvocato negoziatore - scrive la Cassazione - è "una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate". Sino ad oggi la normativa della mediazione e della negoziazione assistita non è cambiata.

Sulla spinta del Covid-19 si è introdotta soltanto una disciplina tesa ad agevolare la mediazione telematica che però non ha cambiato la disciplina sostanziale, si è occupata soltanto di aspetti formali come la firma digitale del verbale di mediazione, creando peraltro un mare di problemi tecnici e applicati via mediatori ed avvocati (che si sono resi più evidenti con la nuova formulazione del già cogente art. 8-bis del decreto legislativo che richiede la firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata in capo al mediando).

⁶ Per eccesso di delega.

⁷ Art. 84 legge 9 agosto 2013, n. 98 Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia

⁸ Il progetto della commissione Alpa (PROPOSTE NORMATIVE E NOTE ILLUSTRATIVE)

⁹ Il 27 marzo del 2019 con la sentenza n. 8473.



All'inizio del 2020 il Ministro della Giustizia¹⁰ ed il Presidente del Consiglio hanno presentato un Disegno di legge che, qualora si fosse trasformato in delega legislativa, avrebbe potuto penalizzare fortemente l'attuale mediazione come condizione di procedibilità; il tutto per favorire alcuni procedimenti speciali nelle controversie bancarie, finanziarie e assicurative e per cercare di rilanciare la negoziazione assistita con l'introduzione anche in Italia dell'avvocato istruttore. Il Ministro della Giustizia Cartabia, nel mese di marzo 2021, ha insediato una Commissione di studio (Commissione Luiso) per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti allo stesso alternativi.

La Commissione ha lavorato sino al 23 aprile 2021 ed ha elaborato un documento. Sulla base dei lavori di questa Commissione, il 16 giugno 2021 il Governo ha presentato una serie di emendamenti al testo originario (dell'ex Ministro della Giustizia Bonafede).

La Commissione Giustizia ha concluso l'esame del provvedimento il 14 settembre 2021. In Assemblea il Governo ha presentato un maxi-emendamento, che ha recepito le modifiche approvate in sede referente, sulla cui approvazione ha posto la questione di fiducia.

Il Senato ha approvato il 21 settembre 2021.

Il provvedimento è passato alla Camera grandemente. Il Ministro dei rapporti col Parlamento ha posto la questione di fiducia sull'approvazione, senza emendamenti, sub-emendamenti del progetto di legge delega c. 3289, ovvero sul testo già approvato dal Senato.

La Camera ha approvato il provvedimento¹¹ il 24 di novembre 2021. È quindi stata pubblicata la LEGGE 26 novembre 2021, n. 206¹². È arrivato in seguito il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149¹³ che ha modificato in modo rilevante l'impianto del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28. Sono già entrate in vigore le modifiche di alcune norme del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, dal 28 febbraio 2023¹⁴ ed altre entreranno in vigore dal 1° luglio 2023¹⁵.

¹⁰ Il disegno di legge A.S. 1662 è stato presentato dal Governo Conte il 9 gennaio 2020 ad opera del Ministro Bonafede

¹¹ Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata

¹² Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. (21G00229)

¹³ Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. (22G00158) (GU Serie Generale n.243 del 17-10-2022 - Suppl. Ordinario n. 38)

¹⁴ art. 2 (Controversie oggetto di mediazione),

art. 3 Disciplina applicabile e forma degli atti (che farà probabilmente riferimento sino al 30 giugno all'art. 8 preesistente alla riforma),

art. 4 c. 1 e 2 (Accesso alla mediazione),

art. 8-bis (mediazione telematica),

art. 11 (Conclusione del procedimento),

Art. 9 (Dovere di riservatezza),

art. 11-bis (Accordo di conciliazione sottoscritto dalle amministrazioni pubbliche),

art. 12 (Efficacia esecutiva ed esecuzione),

art. 12-bis (Conseguenze processuali della mancata partecipazione al procedimento di mediazione),

Art. 13 (Spese processuali in caso di rifiuto della proposta di conciliazione),

Art. 14 (Obblighi del mediatore),

Art. 15 (Mediazione nell'azione di classe).

¹⁵ Art. 4 c. 3 (Accesso alla mediazione)



3. Il cuore della mediazione italiana: Il primo incontro di mediazione.

La ricognizione che qui si opera prescinde da un'analisi puntuale dalla riforma Cartabia. Si evidenziano solo alcuni spunti. La normativa del "decreto del fare" prevede un primo incontro di mediazione obbligatorio per tutta una serie di materie¹⁶: diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari¹⁷. Dal 1° luglio 2023 si aggiungeranno altre materie per cui la mediazione sarà condizione di procedibilità: associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura.

Secondo la legge in questi casi è (e sarà) necessario essere assistiti in mediazione da un avvocato.

Secondo il Ministero della Giustizia non ci sarebbe bisogno dell'avvocato nella mediazione volontaria (lo stesso ovviamente vale per le azioni dei consumatori), ma il Consiglio Nazionale Forense ritiene che sia sempre obbligatoria la presenza del legale¹⁸ e presso gli organismi di mediazione civile e commerciale dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati è comunque sempre necessario nominare un proprio difensore all'atto del deposito della domanda di mediazione.

Art. 5 (Condizione di procedibilità e rapporti con il processo),

Art. 5-bis (Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo),

Art. 5-ter (Legittimazione in mediazione dell'amministratore di condominio),

Art. 5-quater (Mediazione demandata dal giudice),

Art. 5-quinquies (Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione), Art. 5-sexies (Mediazione su clausola contrattuale o statutaria), Art. 6 (Durata), Art. 7 (Effetti sulla ragionevole durata del processo), Art. 8 (Procedimento), tutte le disposizioni sul gratuito patrocinio: CAPO II-bis (Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale) dall'art. 15-bis all'art 15-undecies, la nuova rubrica del Capo III «Organismi di mediazione ed enti di formazione», art. 16 (Organismi di mediazione e registro. Elenco dei formatori), art. 16-bis (Enti di formazione), art. 17 (Risorse, regime tributario e indennità), art. 20 (Credito d'imposta in favore delle parti e degli organismi di mediazione).

¹⁶ Art. 5 1bis Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385, e successive modificazioni, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-ter del Codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. A decorrere dall'anno 2018, il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sugli effetti prodotti e sui risultati conseguiti dall'applicazione delle disposizioni del presente comma. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

¹⁷ La legge delega appena approvata chiede di "estendere il ricorso obbligatorio alla mediazione, in via preventiva, in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura, fermo restando il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie previsto da leggi speciali".

¹⁸ Non per le questioni di consumo che sono gestite da organismi ADR.



All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è peraltro tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali¹⁹ dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, a dare le menzionate informazioni per iscritto, ad allegare all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio il documento contenente l'informazione che è sottoscritto dall'assistito.

In questi dieci anni si è discusso molto sulla presenza delle parti in mediazione: i tribunali di merito (tra cui in particolare quelli di Firenze e di Roma) ritengono che la parte debba presenziare al tentativo personalmente e dunque un avvocato non potrebbe rappresentare una parte assente, mentre la Cassazione da ultimo ritiene possibile la rappresentanza attraverso procura sostanziale.

Il problema oggi è anche quello di capire che cosa sia una procura sostanziale.

La stessa riforma Cartabia non risolve il dilemma. Sempre per i tribunali di merito la mediazione demandata dovrebbe essere "effettiva" ossia andare oltre il primo incontro, mentre per la Cassazione è sufficiente il primo incontro.

In che cosa consiste il primo incontro di mediazione obbligatorio?

Il mediatore spiega alle parti la funzione della mediazione e la sua modalità di svolgimento. Secondo la legge chiede poi alle parti se vogliono iniziare la mediazione. Le parti possono accettare o rifiutare. Se accettano si apre la vera e propria mediazione, se rifiutano il procedimento extragiudiziale si chiude.

Se una parte non partecipa al primo incontro è soggetta a sanzioni pecuniarie. Il giudice può inoltre trarre argomenti di prova dal rifiuto della mediazione. Nel 2020 il 47,7% dei chiamati non ha aderito alla mediazione²⁰. Nel 47,8% dei casi²¹ l'aderente è comparso ma la mediazione si è chiusa con un accordo solo nel 28,7% dei casi²². In caso di non superamento del primo incontro o comunque di non accordo il mediatore ha rilasciato un documento in cui attestava il diniego e le parti sono state libere di iniziare il giudizio.

Nel 2020 su 127.889 procedure di mediazione ci sono stati dunque 17.456 accordi.

¹⁹ di cui agli articoli 17 e 20 Art. 17 (omissis) 2. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. 3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente. (omissis)

5-bis. Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni. A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato. (omissis). Art. 20 Art. 20 Credito d'imposta

1. Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

Allo stato il credito di imposta è lettera morta.

²⁰ 46,8% nei primi 6 mesi del 2021.

²¹ 48,7% nel primo semestre del 2021.

²² 26,3% nel primo semestre del 2021.



14.252 sono stati gli invii del giudice in mediazione: questo numero dovrebbe essere incrementato. E anche gli accordi sono stati molto bassi: 1.710. Il problema più rilevante, secondo il mio giudizio, del modello italiano riguarda il fatto che non tiene conto affatto delle caratteristiche del conflitto. Spesso le persone che arrivano in mediazioni sono reduci da anni di litigio: non è pensabile che decidano di mediare solo perché un terzo, che spesso non hanno mai visto prima, abbia spiegato loro in che cosa consista la mediazione e come si svolga.

Noi tutti sappiamo bene che l'uomo si muove solo in base ad una strategia e la strategia si crea solo quando viene recuperata la capacità negoziale. Solo a quel punto decide di mediare e di affrontare il problema con le sue risorse.

Lo schema italiano non consente né la riappropriazione delle capacità negoziali, né la formazione di una strategia che deriva da ben precisi passaggi logici.

La domanda: "Ora che sapete che cosa è la mediazione avete voglia di iniziarne una e di pagare la conseguente indennità di mediazione?" Può essere rivolta solo a patto che il mediatore ottenga diversi riscontri positivi in risposta a domande precedenti: "Che cosa succede? Quel che succede è un problema? Il problema è grave? Vi sono soluzioni astrattamente pensabili? Sono praticabili queste soluzioni? Se fossero praticabili sareste disposti a riconsiderare il vostro modo di agire nel conflitto?". Tutte queste domande nel modello italiano di primo incontro non ci sono, sono date per scontate o meglio implicano che il soggetto sia già entrato in mediazione. Ma le persone, specie in questo momento, non sono inclini a pagare una somma di denaro per chiudere un conflitto se non sono sicure di avere una strategia "vincente" per i loro interessi.

La nuova legge delega ed il decreto delegato hanno cambiato le carte in tavola: dal 1° luglio 2023 l'art. 8 prevederà un superamento dell'attuale primo incontro nel momento in cui si chiede "l'effettivo confronto sulle questioni controverse".

4. Metodologia della mediazione e formazione.

Dal punto di vista della metodologia i mediatori italiani seguono per lo più l'*Harvard negotiation project*, anche se è presente in Italia sia la mediazione trasformativa che quella umanistica, sia il diritto collaborativo.

L'*Harvard negotiation project* è stato utilizzato con profitto sino al 2012, alla pronuncia della Corte Costituzionale che ha eliminato la condizione di procedibilità: le parti inizialmente entravano subito in mediazione, non vi era un primo incontro, e pagavano spese ed indennità; di conseguenza giocavano tutte le loro carte sulla mediazione e il mediatore era libero di svolgere l'intero modello senza interruzioni; nella maggior parte dei casi il conflitto veniva spento e le parti trovavano un accordo.

Dal 2013 in poi con la cosiddetta "obbligatorietà attenuata" per vedere in pratica il modello le parti devono "iniziare" la mediazione e dunque nella maggior parte dei casi la procedura di primo incontro gratuito si incentra solo su una mera ripetizione delle pretese, il mediatore chiede se le parti vogliono "iniziare" la mediazione e le parti spesso rifiutano non avendo ulteriori elementi a disposizione. Vanno avanti sostanzialmente quelle mediazioni nelle quali gli avvocati si sono messi d'accordo prima della riunione per conseguire un vantaggio fiscale: ad es. in materia di diritti reali. Da questo punto di vista quindi il mediatore non ha il tempo né gli strumenti per ottenere "l'autorevolezza" che consente alle parti di fare un atto di fiducia e di concedere dunque una tregua negoziale.

L'unica soluzione che si è personalmente rinvenuta è quella di "stravolgere" il modello statunitense, ossia di svolgere delle sessioni riservate in cui si aiutano le parti a creare una strategia che poi seguono nella successiva congiunta. A quel punto i legali sanno che cosa



devono fare e c'è il rischio che abbandonino la procedura per chiudere l'accordo altrove; cosa che ovviamente non è ben vista dagli organismi di mediazione che non guadagnano se le parti non "iniziano" la mediazione (questo è un grande limite della mediazione amministrata).

La mediazione in Italia è poi strettamente legata al processo: la domanda deve contenere, seppure in modo semplificato, tutti gli elementi che poi verranno specificati nell'atto di citazione. Anche la domanda riconvenzionale è soggetta a mediazione e quindi il chiamato deve già presentarla nell'adesione alla mediazione.

In Italia la mediazione è "amministrata", nel senso che i mediatori (attualmente in numero di 23.850) per esercitare la mediazione devono essere obbligatoriamente iscritti nell'elenco di un organismo di mediazione (590 sono gli attivi) ed essere inseriti nell'elenco ministeriale dei mediatori.

In ultimo la formazione in Italia va distinta a seconda del fatto che il mediatore sia o meno avvocato. Gli avvocati hanno avuto un regime particolare (sono "mediatori di diritto"), devono iscriversi nel registro, ma la loro formazione era regolata dal Consiglio Nazionale Forense²³: il corso base è di 15 ore e la formazione continua di 8 ore nel biennio. Il tirocinio dal 2013 comporta la partecipazione ad almeno 2 procedure di mediazione condotte da altri (non limitate però al primo incontro): devono essere esonerati però gli avvocati che hanno già acquisito la qualifica di mediatore secondo il percorso generale. Oggi lo stesso CNF nello schema di regolamento ordinistico sembra precisare che la formazione del legale debba essere quella ordinaria degli altri mediatori.

La formazione dei mediatori civili e commerciali non avvocati è di due tipi: base e continua.

La formazione base ricomprende un corso da 50 ore (teorico-pratico) con esame finale, tenuto da un Ente di formazione autorizzato e registrato nella sezione dedicata agli enti di formazione. A seguito del superamento dell'esame, il mediatore che voglia esercitare, deve presentare domanda ad uno o più (sino a 5) degli Organismi di mediazione accreditati e registrati (anche gli Ordini degli avvocati e non possono dotarsene); a quel punto è l'Organismo a provvedere a richiedere l'iscrizione al registro ministeriale.

Dall'iscrizione nel registro ministeriale decorre un biennio in cui il mediatore deve partecipare ad un corso di aggiornamento in mediazione di almeno 18 ore. A partire dal 26 agosto 2011 il mediatore iscritto nel registro deve svolgere anche un tirocinio obbligatorio per almeno 20 mediazione nel biennio. Si tenga però presente che con Circolare del Ministero della Giustizia del 6/4/23 si richiede a tutti i mediatori un aggiornamento di 18 ore sui contenuti del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149²⁴.

Vi sono inoltre richieste di nuovi requisiti formativi per i responsabili degli organismi, i formatori e i responsabili scientifici di chiara fama.

5. Uno sguardo comparato.

5.1. Le modalità di attuazione della Direttiva 52/08 e la posizione dell'Italia.

Secondo l'art. 3 lett a) e b) della Direttiva 52/08 la mediazione può essere avviata dalle parti, suggerita od ordinata da un organo giurisdizionale o prescritta dal diritto di uno Stato

²³ Circ. 6-C-2014: Percorso formativo dell'avvocato mediatore.

²⁴ Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. (22G00158) (GU Serie Generale n.243 del 17-10-2022 - Suppl. Ordinario n. 38)



membro. Essa include la mediazione condotta da un giudice che non sia responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione.

E dunque potremmo avere in Europa ai sensi della Direttiva 52/08:

una mediazione preventiva facoltativa od obbligatoria,

una mediazione demandata dal giudice facoltativa od obbligatoria,

infine, è possibile una mediazione del giudice non contenzioso.

In Italia abbiamo detto che esiste la mediazione preventiva facoltativa ed obbligatoria e la mediazione obbligatoria per ordine del giudice.

Le parti non hanno il diritto di chiedere al giudice di mediare, o meglio lo possono fare ma è sempre il giudice che decide se la questione è mediabile oppure no.

Non esiste invece la mediazione del giudice che non sia responsabile di alcun procedimento giudiziario. Inoltre, in Italia la mediazione è promossa soltanto nel campo civile e commerciale, praticamente non tocca il settore penale (se non in ambito minorile), non riguarda la materia amministrativa né quella del lavoro che è espressamente esclusa dall'ambito del decreto 28/10 (in riguardo vi è soltanto la conciliazione facoltativa presso il sindacato o presso le Direzioni del lavoro territoriali).

L'Italia conosce infine la mediazione familiare su invito del giudice (quindi facoltativa) o più raramente per impulso delle parti (spesso dei loro legali). Che cosa possiamo dire degli altri paesi? I due paesi più "coraggiosi" sulla mediazione preventiva obbligatoria sono stati la Grecia e la Romania, ma i loro cammini sono stati interrotti, come è accaduto in Italia, dalla Corte costituzionale.

Solo da poco tempo hanno ripreso il percorso ed il COVID-19 di certo non li ha aiutati. In Grecia dal 1° gennaio 2020 tutte le controversie superiori a 30 mila euro vanno in primo incontro di mediazione obbligatoria; ciò vale anche per le controversie di famiglia (escluso divorzio e diritti non disponibili) dal marzo 2020²⁵.

La presenza delle parti è obbligatoria, pena una sanzione che può andare dai 100 ai 500 euro; inoltre, ogni parte deve essere assistita dal suo avvocato (come in Italia). In Romania si richiede di partecipare ad un preventivo incontro informativo di mediazione in tutta una serie di materie²⁶: consumo, famiglia, questioni di vicinato, responsabilità professionale, lavoro, controversie comunque inferiori ai 10.000 €.

La procedura d'informazione sui vantaggi della mediazione può essere tenuta dal giudice, dal pubblico ministero, dal consulente legale, dall'avvocato, dal notaio, e deve risultarne attestazione scritta. Questa è una prima differenza rispetto all'Italia ove il primo incontro è di esclusiva pertinenza del mediatore; inoltre, sempre a differenza dell'Italia, in Romania si deve stipulare un vero e proprio contratto per mediare (cosa che si verifica in molti paesi in verità).

In Bulgaria entrerà in vigore una mediazione obbligatoria demandata dal 1° luglio 2024.

In materia di mediazione preventiva obbligatoria ricordo ancora l'Austria: il § 364 comma 3 del Codice civile²⁷ prevede che siano provvisti di tutela tra i vicini le emissioni negative²⁸. In queste materie prima di adire il giudice, è necessario accedere ad una delle seguenti

²⁵ Νόμος 4640/2019 Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις - Περαιτέρω εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2008/52/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 21ης Μαΐου 2008 και άλλες διατάξεις In vigore dal 15 gennaio 2020 in materia di controversie familiari In vigore dal 15 marzo 2010 nell'ambito di un procedimento ordinario.

²⁶ Articolo 60 ^ 1 LEGE nr. 192 din 16 mai 2006

²⁷ ABGB - Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

²⁸ Lo scarico delle acque, la produzione di fumo, calore, odore, rumore, lo scuotimento e simili, in quanto superino i livelli di normalità stabiliti localmente; lo stesso vale per l'invasione di radici, per i rami sporgenti o per le limitazioni di vedute effettuate attraverso piantagioni.



soluzioni: 1) addivenire ad un accordo pretorile (*prätorischen Vergleiche*) ossia ad una transazione operata sotto il controllo del giudice a lite in corso oppure preventivamente, 2) ricorrere ad un arbitrato o ancora 3) partecipare ad una mediazione (se il vicino lo consente).

Infine, un cenno va alla Francia ove la mediazione preventiva ha riguardato per un breve periodo (il Consiglio di Stato l'ha abrogata), le controversie sino a 5.000 € e quelle di vicinato.

Chiudono il panorama Cipro, Scozia, Svezia e Spagna per la materia del lavoro: quest'ultima, tuttavia, ha varato da ultimo un disegno di legge governativo che rende obbligatori i cosiddetti mezzi stragiudiziali "adeguati" alla risoluzione del conflitto.

Vi sono poi alcuni stati che richiedono almeno un primo incontro preventivo obbligatorio di mediazione familiare: Belgio, Croazia, Danimarca, Inghilterra e Galles e Lituania.

Il secondo grande gruppo riguarda la mediazione disposta dal giudice.

Possiamo dire che tutti gli stati, ad eccezione dei Paesi Bassi ed Italia hanno una mediazione facoltativa demandata dal giudice che può essere richiesta dalle parti oppure disposta dal magistrato su richiesta delle parti. Hanno una mediazione demandata solo facoltativa: Danimarca, Finlandia, Grecia, Portogallo, Romania e Slovacchia. Possiedono una mediazione demandata civile e commerciale solo ordinata dal giudice: Paesi Bassi ed Italia.

Tra quei paesi che hanno una mediazione demandata dal giudice obbligatoria per le parti dobbiamo distinguere:

Invio in materia familiare (14): Austria, Belgio, Cipro, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord, Lituania, Lussemburgo, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Scozia e Svezia.

Invio in mediazione civile e commerciale (17): Belgio, Croazia, Cipro, Estonia, Francia, Irlanda, Scozia, Irlanda del Nord, Italia, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Scozia, Slovenia, Spagna, Svezia, Ungheria.

Invio in mediazione civile e commerciale e familiare (6): Belgio, Cipro, Francia, Scozia, Lituania e Svezia.

L'Italia sperimenta dunque l'invio obbligatorio in materia civile e commerciale, ma non in materia familiare.

Un altro tipo di mediazione giudiziaria che non ci appartiene è quella del giudice. Anche se in Europa non si segue sempre il principio per cui chi media non può giudicare. Dobbiamo anche qui distinguere tra:

- a Mediatore solo giudice: Croazia ed Estonia
- b Mediatore giudice e non giudice (14): Svezia, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Lituania, Repubblica Ceca, Scozia, Slovenia, Ungheria, Spagna e Polonia

L'esempio più significativo è a mio giudizio quello tedesco. Il tribunale tedesco può inviare coloro che sono coinvolti nella disputa per una composizione amichevole davanti a un giudice designato (*Güterichter*) che non è autorizzato a prendere decisioni. Il giudice può utilizzare tutti i metodi di risoluzione dei conflitti, compresa la mediazione.

La misura è prevista dal Codice di procedura civile, dal Codice del lavoro, dalla Legge sulle procedure in materia di giurisdizione familiare e volontaria, dal Codice di procedura amministrativa, dal Codice previdenziale e dalle leggi sui marchi e brevetti.

Il sistema tedesco richiama il mondo statunitense, con la differenza che negli Stati Uniti è possibile in fase istruttoria anche l'arbitrato non obbligatorio, mentre così non è in Germania.

Nel 2019 in Baviera i giudici hanno tenuto 1.139 riunioni. Nella stragrande maggioranza dei lavori si è tenuta una sola riunione. Il tempo medio richiesto per procedura è stato di poco inferiore a sei ore. Il 62,7% delle controversie è stato oggetto di accordo.

L'Italia ha avuto questo sistema di giustizia elastica fino alla Seconda guerra mondiale e purtroppo lo ha abbandonato.



5.2 Gli ostacoli alla diffusione della mediazione ed i rimedi.

Il Consiglio d'Europa nel 2008 ha consultato alcuni esperti UNCITRAL ed ha potuto verificare che uno dei problemi alla diffusione della mediazione era semplicemente la sua mancata conoscenza. Si è così richiesto ai singoli paesi una serie di adempimenti per testare la volontà di promuovere l'ADR:

- 1) sito web che fornisca informazioni sull'ADR;
- 2) campagne pubblicitarie sui media;
- 3) opuscoli per il pubblico;
- 4) fornitura da parte del tribunale di sessioni informative specifiche sull'ADR su richiesta del pubblico;
- 5) coordinatore ADR/mediazione del tribunale;
- 6) pubblicazione di valutazioni sull'uso dell'ADR;
- 7) pubblicazione di statistiche sull'uso dell'ADR;
- 8) copertura parziale o totale da parte del patrocinio a spese dello Stato dei costi dell'ADR
- 9) rimborso totale o parziale delle spese processuali, comprese le imposte di bollo, in caso di successo dell'ADR;
- 10) nessun obbligo di presentare un'istanza di mediazione.
- 11) il giudice può agire come mediatore;
- 12) l'accordo raggiunto dalle parti diventa esecutivo per il tribunale;
- 13) possibilità di avviare un procedimento/ presentare una richiesta di risarcimento di avviare un procedimento/ presentare una domanda di risarcimento e di presentare prove documentali online;
- 14) le parti possono essere informate dell'avvio e delle varie fasi delle procedure per via elettronica;
- 15) possibilità di pagare online le spese applicabili;
- 16) possibilità di pagare online le spese di giudizio;
- e 17) altri mezzi.

In base al rispetto di questi parametri è stato fornito un punteggio (max 68 punti): in cima alla classifica sta la Lituania con 57 punti; seguono Germania e Ungheria. L'Italia è solo al 22° posto: peggio di lei nella promozione dell'ADR secondo la UE fanno Romania, Grecia, Ungheria e Cipro. E ciò perché il numero delle mediazioni preventive obbligatorie italiane per la UE non conta, addirittura andrebbe contro la Carta dell'Unione.

Nonostante ciò, l'Italia ha superato in parte il problema della mancata conoscenza dato che nel 2019 un cittadino su 409 ha potuto sperimentare la mediazione e 1 su 2.909 ha trovato un accordo. Dopo l'Italia il paese ove la mediazione civile e commerciale è più conosciuta è forse la Svezia; seguono il Portogallo, il Lussemburgo, la Polonia, la Finlandia, la Lituania e la Lettonia. Ma lo strumento principe che è stato richiesto ai singoli paesi è stato quello di dotarsi di elenchi pubblici di mediatori ed organizzazioni di mediazione.

Tutti i paesi hanno risposto all'appello seppure in tempi diversi: soltanto la Germania non ha sino ad ora messo a disposizione dei suoi cittadini un elenco statale pubblico di mediatori e di organizzazioni di mediazione. Gli elenchi pubblici possono essere in carico allo Stato (di solito al Ministero della Giustizia), alle Corti ovvero ad Enti la cui funzione è riconosciuta dallo Stato. In Portogallo, Malta e Romania gli elenchi sono 5. L'Italia ne ha 4: registro degli organismi, degli enti di formazione, dei mediatori e dei formatori. La Spagna ne ha 3.

Questi elenchi sono importanti perché spesso l'iscrizione determina lo *status* del mediatore e/o della organizzazione di mediazione. Ma vi sono stati ove l'iscrizione del mediatore non è obbligatoria: così è nel Regno Unito, in Croazia, Lussemburgo ed in Spagna



(anche se qui molti mediatori presto si iscriveranno perché l'iscrizione darà loro l'opportunità di fare anche i conciliatori).

In Italia sussiste come abbiamo già rilevato un doppio obbligo: iscrizione nelle liste di un organismo e iscrizione nell'elenco ministeriale.

5.3 C'è la possibilità di deflazionare il contenzioso attraverso la mediazione?

Il numero delle mediazioni civili e commerciali attuali gestite nei Paesi UE è invece di complicata se non di impossibile ricostruzione²⁹ perché gli stati sono reticenti a rilasciare informazioni. Gli stati che hanno pubblicato dati in merito al 2018 sono solo 10: Italia, Polonia, Svezia, Ungheria, Finlandia, Spagna, Portogallo, Lituania, Lettonia, Lussemburgo.

Soltanto l'Italia ci dà però un quadro completo delle mediazioni giudiziarie ed extragiudiziarie con riferimento a tutti gli anni (compreso il 2022); gli altri paesi per lo più indicano dati che si riferiscono alla mediazione di Corte.

Per numero delle mediazioni nel primeggia solo l'Italia; altro dato significativo è quello della Slovacchia con 10.841 depositi (ma l'indicazione è del luglio 2016); in terza posizione si pone la Polonia con 8.541 procedure nel 2018.

La Francia primeggia invece per numero di conciliazioni (133.428 nel 2016); il dato inerente alle mediazioni è del 2013 e non può quindi essere preso in considerazione.

Fanalini di coda con dati aggiornati sono la Lituania con 452 procedure, la Lettonia con 385 casi e il Lussemburgo con 146 depositi. In Lettonia la situazione del 2018 è leggermente migliorata. Gli accordi relativi al 2013³⁰ non sono noti.

Tra i paesi che hanno fornito dati circa il 2018 vanno evidenziati gli accordi in Italia (20.903), Portogallo (1.345), Spagna (1289) e Polonia (757). I numeri non appaiono confortanti, anche considerando quelli non aggiornati come costanti nel tempo. Su questa base la deflazione resta un miraggio. Si consideri che tramite la mediazione nel 2018 in Russia ci sono stati 84 mila accordi in materia civile, 246 in materia amministrativa. Gli arbitrati che sono molto importanti ammontano invece a 31 mila.

Nei primi sei mesi del 2019 ci sono stati 40 mila accordi civili, 99 amministrativi e 16 mila arbitrati.

In sostanza in Russia si stipulano il doppio degli accordi europei³¹. Se guardiamo ai dati disponibili sulle mediazioni del 2018, riscontriamo che in diversi paesi ove gli avvocati sono in minor numero rispetto ai mediatori, le mediazioni sono in più alto numero (così in Italia,

²⁹ Una indicazione, seppure datata, (del 16 maggio 2018 ma riguardante le mediazioni del 2016) è costituito dal documento della EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE, THE IMPACT OF CEPEJ GUIDELINES ON CIVIL, FAMILY, PENAL AND ADMINISTRATIVE MEDIATION (CEPEJ-GT-MED(2017)8, THE IMPACT OF CEPEJ GUIDELINES ON CIVIL, FAMILY, PENAL AND ADMINISTRATIVE MEDIATION

V. anche Study on time and costs of mediation in Eu - Full Report in English

³⁰ Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU

³¹ I russi sono comunque preoccupati e così il 31/10/19 hanno approvato le nuove regole della mediazione giudiziaria (Регламент проведения судебного примирения) che sono frutto di un lungo processo iniziato nel 2018.

I mediatori giudiziari sono giudici in pensione che sono nominati dal Plenum della Corte Suprema della Federazione Russa. Non possono avere incarichi statali dopo il pensionamento se vogliono servire come mediatori. La mediazione giudiziaria può avvenire su richiesta delle parti (che non possono scegliere un mediatore giudiziario diverso da un giudice in pensione inserito in uno speciale elenco) o su proposta del Tribunale e col consenso delle parti.



Slovacchia, Polonia, Ungheria e Finlandia). E dunque gli operatori del diritto non sembrano particolarmente sensibili all'istituto della giustizia complementare.

Ed è un peccato perché una semplice alleanza tra personale giudiziario (giudici + avvocati) potrebbe portare addirittura all'azzeramento del contenzioso pendente in primo grado secondo la semplice realizzazione della ovvia formula: Pendente giudiziario/Giudici + Avvocati = procedure ADR pro capite per l'operatore giudiziario.

In generale possiamo dire che nel 2018 sono rimasti da decidere in Europa 8.421.312 cause civili e commerciali. Gli avvocati erano 895.653 e i giudici 82.373 per un totale di 978.026 operatori giudiziari.

Facendo dunque una semplice divisione basterebbe che ogni operatore giudiziario conferisse in ADR 8,6 pratiche. Questo dato generale ovviamente non deve ingannare perché la deflazione dipende dal contenzioso e dal numero degli operatori giudiziari in un dato paese.

Secondo i dati del 2018 l'obiettivo sembrerebbe realizzabile in almeno 18 paesi (in 9 lo sarebbe di sicuro): Finlandia (1,07) Olanda (1,62), Lussemburgo (2,76), Ungheria (2,90), Danimarca (3,64), Irlanda (3,64), Austria (4), Germania (4,21), Slovacchia (4,33), Svezia (4,48), Lituania (4,79), Estonia (5,10), Malta (5,66), Grecia (6,73), Spagna (8,41), Repubblica Ceca (9,34), Italia (9,37), Lettonia (10,30) e Slovenia (11,92). Su Belgio, Bulgaria, Cipro e Portogallo non ci si può esprimere perché non si conosce il pendente finale dell'anno.

L'obiettivo non sarebbe invece probabilmente raggiungibile per Polonia (16,30), Croazia (18), Romania (18,50) e Francia (23,52). In questi ultimi paesi il contenzioso è troppo elevato in rapporto ad avvocati e giudici. Quella che deve cambiare è la mentalità dei cittadini e quindi l'unica strada è quella di inserire la composizione bonaria come materia di studio già dalle elementari.

6. Può la cultura di un paese determinare il successo di una mediazione?

Sì, la cultura di un paese può determinare il successo della mediazione.

Il mondo anglo-sassone, ad esempio, ha un vantaggio rispetto a quello di *civil law*.

Si può perdere il processo se si mente al giudice o se non si producono scorrettamente dei documenti. La mediazione e la negoziazione possono proliferare laddove sia possibile la sincerità.

La nostra cultura di matrice romanistica esalta il valore contrario. Perché coloro che appartengono alla cultura romanistica hanno il diritto di mentire e recitano sempre, anche in mediazione. La riforma Cartabia cerca di invertire il flusso con l'art. 8 che richiederà dal 1° luglio 2023 alle parti e agli avvocati che le assistono di cooperare in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse.

Cultura dell'ADR significa però anche finanziarli. Finanziare ulteriormente il processo è diventato ormai quasi impossibile: l'Italia dopo la Germania è lo stato che finanzia maggiormente il giudizio con i risultati che sono sotto gli occhi di tutti: oltre 7 milioni di cause (6.700.000 solo nel 2020 in piena pandemia) all'anno sul ruolo dei giudici italiani che già assorbono per il loro stipendio e quello dei cancellieri quasi 4.000 milioni di euro. Restano 1.800 milioni per pagare i gratuiti patrocini, bollette e affitto dei tribunali. Ogni cittadino italiano spende per la giustizia 96 € pro capite per un processo che dura per tre gradi di giudizio 2.656 giorni (7 anni e 27 giorni). Soldi male investiti. Bisogna che la UE capisca che gli ADR sono il futuro e vanno finanziati; non basta pensare al gratuito patrocinio come fanno già 35 paesi aderenti al Consiglio d'Europa. Bisogna creare un ceto di mediatori professionali come i "neutri" federali americani. Negli Stati Uniti molti neutri lavorano per lo Stato (il 43%) per cui il salario medio è quantificabile in \$ 62.270 all'anno e \$ 29,94 l'ora. Un



neutro guadagna poco di più della metà di un giudice e quasi il doppio di un'altra professione. Se nel 2018 i legislatori europei avessero puntato sulla mediazione la situazione sarebbe stata la seguente. Nel 2018 i mediatori erano circa 83.000. La popolazione della UE era di 444.536.821 (senza il Regno Unito). Gli stati hanno speso per la giustizia 43.156 milioni di euro. La spesa media nella UE pro-capite è stata di € 85,63. Se si fossero richiesti ai cittadini europei (o si fossero distratti dai bilanci stanziati) solo 5 € per la mediazione ogni mediatore avrebbe potuto contare su 26.779 € annui (2.232 € al mese) e finalmente avremmo avuto un ceto professionale di ausiliari della giustizia e una mediazione efficace ed efficiente.

La riforma Cartabia cerca di supplire coi crediti di imposta a questa situazione: all'art. 20 (in vigore dal 1° luglio 2023) si prevede che "1. Alle parti è riconosciuto, quando è raggiunto l'accordo di conciliazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità corrisposta ai sensi dell'articolo 17, commi 3 e 4, fino a concorrenza di euro seicento. Nei casi di cui all'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice, alle parti è altresì riconosciuto un credito d'imposta commisurato al compenso corrisposto al proprio avvocato per l'assistenza nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri forensi e fino a concorrenza di euro seicento.

2. I crediti d'imposta previsti dal comma 1 sono utilizzabili dalla parte nel limite complessivo di euro seicento per procedura e fino ad un importo massimo annuale di euro duemilaquattrocento per le persone fisiche e di euro ventiquattromila per le persone giuridiche. In caso di insuccesso della mediazione i crediti d'imposta sono ridotti della metà.

3. È riconosciuto un ulteriore credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalla parte del giudizio estinto a seguito della conclusione di un accordo di conciliazione, nel limite dell'importo versato e fino a concorrenza di eurocinquecentodiciotto.

4. Agli organismi di mediazione è riconosciuto un credito d'imposta commisurato all'indennità non esigibile dalla parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'articolo 15-septies, comma 2, fino a un importo massimo annuale di euroventiquattromila."

7. Ci sono possibili suggerimenti per la mediazione italiana ed europea?

Circa tre anni fa è dato alle stampe un lavoro sui mezzi alternativi³² con riferimento ai paesi UE. In conseguenza ci si è chiesti quali suggerimenti dare all'Italia e agli altri paesi tenendo conto delle 400 leggi e regolamenti che regolano il sistema di mediazione in Europa. Si sono evidenziati dunque 21 punti.

Alcuni comportano uno stravolgimento dell'Ordinamento, altri sono facilmente attuabili.

- 1) Istituzione di corsi di laurea sugli ADR;
- 2) Formazione per i giudici in ADR già dal praticantato e del coordinatore della mediazione di corte che manterrà i contatti con i magistrati sull'attività di delega.
- 3) Formazione per gli aspiranti avvocati in ADR già dal praticantato.
- 4) Istituzione di un elenco di mediatori presso i giudici di pace (in Portogallo la cosa funziona bene: 25.000 mediazioni all'anno in regime volontario).
- 5) Cambiamento della tariffa ministeriale: ferme le spese di mediazione come sono oggi, si vorrebbero aboliti gli scaglioni di valore, per introdurre un compenso orario (come in Grecia e in Spagna) per il mediatore che possa tener conto del numero e del reddito dei partecipanti (come avviene ad esempio nei Paesi Bassi o in Belgio).

³² Arbitrato e negoziato in Europa. Le opportunità dell'Avvocato. Nunca Mas n. 14 collana diretta da Guendalina Scozzafava, Cendon/Book, Editore Key, 2020.

6) Eliminazione del sistema di obbligatorietà attenuata e ritorno alla mediazione ante pronuncia della Corte costituzionale: in questo la Cartabia ha dato risposta positiva.

7) Estensione del novero delle materie per cui la mediazione è condizione di procedibilità: anche qui la Cartabia ha esteso la mediazione come condizione di procedibilità ai contratti di durata.

8) Istituzione di un tavolo con avvocati, giudici e mediatori sullo stato della mediazione/arbitrato e su come rendere più appetibili gli accordi e i procedimenti arbitrari.

9) Istituzione di un giudice (come in Germania) che una volta formato possa essere investito della composizione della controversia o di quello che le parti hanno bisogno (anche il giudice di pace potrebbe essere investito delle questioni non di sua competenza limitatamente alla composizione e/o vi potrebbe essere delega al suo panel di mediatori).

10) Introduzione della mediazione nel procedimento/processo amministrativo come chiede l'Europa; in alcuni settori metterei (così è negli Stati Uniti) la mediazione come alternativa al pagamento della sanzione amministrativa (v. il settore delle barriere architettoniche).

11) Far partire la mediazione penale con un sistema simile a quello francese (specie per i mancati pagamenti degli assegni in caso di divorzio e separazione): ritiro dell'azione penale nel caso di componimento della controversia con pieno soddisfacimento della vittima. La riforma Cartabia ha comunque introdotto una forma di giustizia riparativa che andrà in vigore a maggio 2023.

12) Introduzione, come avviene nei paesi dell'Est (da ultimo in Bulgaria) su esempio statunitense, della mediazione demandata gratuita a carico dello stato per un certo numero di ore (sia per il civile sia per la famiglia).

13) Introduzione in ogni Corte d'Appello della possibilità di scegliere tra mediazione, arbitrato in alternativa al processo.

14) Importazione dell'istituto della neutra valutazione come condizione di procedibilità di alcuni giudizi (ad esempio in materia di appalto).

15) Innalzamento della formazione del mediatore avvocato che lavora presso i COA almeno come per gli omologhi francesi (corsi base di 200 ore).

16) Istituzione del primo incontro obbligatorio in materia di mediazione familiare: sia preventivo che in sede giudiziale.

17) Abolizione dell'aggiornamento dei formatori dopo un certo numero di anni di formazione e la tenuta di un certo numero di corsi (dimostrabile).

18) Supervisione biennale dei mediatori e/o intervizione.

19) Corsi di formazione per mediatori tenuti dagli enti di formazione iscritti in registro, ma esame statale (una o due volte all'anno) con certificazione che legittima l'iscrizione in elenco.

20) Restituzione di quota parte del contributo unificato (la tassa di giudizio) per chi si accorda a seguito di mediazione disposta dal giudice.

21) Possibilità di mediazione condotta dal giudice in pensione.



FOCUS

IL MEDIATORE CIVILE E COMMERCIALE NEI PAESI UE.

Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri

Abstract: il contributo in esame prende in considerazione la figura del mediatore civile e commerciale nei 27 paesi UE dando atto soprattutto delle caratteristiche generali. Sono esplicitate le fonti della sua figura a livello comunitario e statunitense. Vi è poi una sintesi sulla formazione dei mediatori e sul loro numero.

Abstract: *This paper examines the figure of the civil and commercial mediator in the 27 EU countries, noting above all the general characteristics. The sources of this figure at EU and US level are explained. There is then a summary on the training of mediators and their number.*

SOMMARIO: 1. La Direttiva 52/08 ed il mediatore civile e commerciale – 2. Le fonti della definizione europea del mediatore civile e commerciale – 3. La figura del mediatore civile e commerciale nella UE – 4. La formazione del mediatore civile e commerciale nella UE - 5. Il numero dei mediatori civili e commerciali nella UE.

Summary: 1. Directive 52/08 and the civil and commercial mediator - 2. The sources of the European definition of the civil and commercial mediator -3. The figure of the civil and commercial mediator in the EU - 4. The training of civil and commercial mediators in the EU - 5. The number of civil and commercial mediators in the EU.

1. La Direttiva 52/08 ed il mediatore civile e commerciale.

La Direttiva 52/08¹ individua il mediatore in qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione².

¹ DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale

² Si noti che requisiti simili sono richiesti anche dall'art. 6 della Direttiva 11/2013 (Direttiva sul consumo):

“Competenza, indipendenza e imparzialità

1. Gli Stati membri garantiscono che le persone fisiche incaricate dell'ADR possiedano le competenze necessarie e i requisiti di indipendenza e imparzialità. Essi garantiscono che tali persone:



La Direttiva³ ritiene che “Al fine di garantire la fiducia reciproca necessaria in relazione alla riservatezza, all’effetto sui termini di decadenza e prescrizione nonché al riconoscimento e all’esecuzione degli accordi risultanti dalla mediazione, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare, in qualsiasi modo essi ritengano appropriato, la formazione dei mediatori e l’introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione”.

La norma europea ritiene poi che per preservare la qualità della mediazione siano necessari codici di condotta per i mediatori e che gli Stati membri debbano incoraggiare la formazione iniziale e successiva in modo da garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente “in relazione alle parti”⁴.

La prima cosa che salta all’occhio è che il mediatore viene individuato dalla Direttiva 52/08 in modo generico: non importa né l’età, né la professione, né il suo grado di istruzione, ma contano le sue abilità.

E per acquisire queste abilità la UE ritiene necessaria una formazione iniziale e successiva.

2. Le fonti della definizione europea del mediatore.

I concetti espressi derivano in qualche modo dalla pratica del mondo anglofono. Se guardiamo agli Stati Uniti ove la mediazione civile e commerciale è in piedi da oltre cinquant’anni, vediamo parimenti che del mediatore si fornisce una definizione generica.

L’*Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA, 1998) che ha istituzionalizzato diversi strumenti alternativi e che ancora oggi esprime i principi del settore che sono stati recepiti dal Codice federale degli Stati Uniti⁵, stabilisce che sono utilizzabili dalle Corti, tra gli altri soggetti, “...le persone che sono state addestrate per servire come neutri nei processi di risoluzione alternativa delle controversie...⁶: e quindi non si richiede nemmeno che si tratti di professionisti.

L’*Uniform Mediation Act* (2001-2003) che è un’altra legge fondamentale approntata dalla Conferenza nazionale dei commissari per l’uniformazione delle legislazioni degli Stati americani in collaborazione con i legali americani, definisce il mediatore “una persona che conduce una mediazione”⁷: non si fanno dunque specificazioni in merito alla formazione o alla professione del terzo facilitatore.

Il concetto è ripetuto ancora più chiaramente dalla *Section 9 F* per cui “Questa [legge] non richiede che un mediatore abbia una qualifica speciale per background o professione”.

Una espressione di queste norme è costituita ad esempio dal mediatore californiano per cui una particolare specializzazione postlaurea od una determinata esperienza professionale non sono prerequisiti necessari⁸.

a) possiedano le conoscenze e le capacità necessarie nel settore della risoluzione alternativa o giudiziale delle controversie dei consumatori, nonché una comprensione generale del diritto;”
Nel campo del consumo è dunque necessario che il mediatore sia un giurista o riceva comunque una formazione giuridica.

³ Considerando 16.

⁴ V. art. 4 Direttiva 21 maggio 2008, n. 52.

⁵ Lo United States Code (U.S.C.) è la raccolta e codifica delle leggi federali degli Stati Uniti.

⁶ § 653 b) United States Code.

⁷ Section 2.

⁸ “No particular advanced academic degree or technical or professional experience is a prerequisite for competence as a mediator.” *Advisory Committee Comment*. Interessante al proposito dei requisiti è la Local Rule 8-2 del Distretto settentrionale della California che in sostanza riassume quello che è il punto di vista in generale delle Corti in California sull’ADR erogato da privati. I dispensatori privati di ADR possono essere avvocati, professori di diritto, giudici in pensione o altri professionisti con esperienza



In tema di formazione prevale poi nella cultura di *common law* la convinzione che non sia tanto il tempo dedicato alla teoria che importa, ma piuttosto l'esperienza e la pratica dell'istituto⁹.

La *rule 3,856* della *California Rules of Court* (2012)¹⁰ stabilisce ad esempio che il mediatore deve possedere esperienza, formazione, istruzione e gli altri requisiti stabiliti dal giudice per la nomina e la conservazione nel ruolo¹¹. E quindi il primo dei requisiti da prendere in considerazione è l'esperienza. Poi vengono la formazione e l'istruzione.

Anche l'istruzione che la Direttiva chiama "successiva" ossia quella continua riveste negli Stati Uniti una grande rilevanza.

La *rule 3,856* predetta aggiunge sotto il comma "valutazione della competenza¹², abbandono¹³": "Un mediatore ha un obbligo continuo di valutare se possiede o no un livello di abilità di base, conoscenza, e capacità per condurre efficacemente la mediazione. Un mediatore deve rifiutare o ritirarsi da una procedura se non possiede il livello di abilità di base, conoscenza, e capacità necessarie per condurre efficacemente una mediazione"¹⁴.

Sarebbe dunque una pretesa quasi esclusivamente nostrana quella di leggere il vocabolo "competenza" in chiave eminentemente giuridica.

Lo fa la riforma Cartabia¹⁵ nel momento in cui richiede a chi non possiede una professione giuridica di frequentare appositi corsi (la norma avrà una sua attuazione in sede regolamentare col nuovo decreto 180/10).

Ma sarebbe una pretesa altrettanto infondata quella di ritenere che esistano livelli di competenza che si possono acquisire una volta per tutte frequentando un semplice corso di base per mediatori.

3. La figura del mediatore civile e commerciale nella UE.

in tecniche di risoluzione delle controversie. La Corte ordinarmente non li prende in considerazione se non in base alla richiesta delle parti. I provider privati esercitano la loro attività a pagamento. Il Giudice adotta comunque le misure necessarie per assicurare che il rinvio ad ADR privato non costituisca il risultato di un'imposizione a qualsiasi parte di un iniquo o irragionevole onere economico.

⁹ Per far parte del *panel* giudiziario californiano (contea di Los Angeles) si richiedono ad esempio soltanto 30 ore di formazione e l'aver completato almeno 8 mediazioni (ciascuna della durata di almeno due ore negli ultimi 3 anni), e infine aver partecipato a 4 ore di formazione continua in un corso ADR approvato da un Istituto di formazione continua.

¹⁰ Si tratta di regole generali che valgono per tutte le Corti della California.

¹¹ "A mediator must comply with experience, training, educational, and other requirements established by the court for appointment and retention."

¹² *Assessment of skills.*

¹³ *Withdrawal.*

¹⁴ "A mediator has a continuing obligation to assess whether his or her level of skill, knowledge, and ability is sufficient to conduct the mediation effectively. A mediator must decline to serve or withdraw from the mediation if the mediator determines that he or she does not have the level of skill, knowledge, or ability necessary to conduct the mediation effectively."

¹⁵ Legge 26 novembre 2021, n. 206

Art. 1... 1) procedere alla revisione della disciplina sulla formazione e sull'aggiornamento dei mediatori, aumentando la durata della stessa, e dei criteri di idoneità per l'accreditamento dei formatori teorici e pratici, prevedendo che coloro che non abbiano conseguito una laurea nelle discipline giuridiche possano essere abilitati a svolgere l'attività di mediatore dopo aver conseguito un'adeguata formazione tramite specifici percorsi di approfondimento giuridico, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica;



Detto questo il mediatore è nella maggior parte dei paesi UE un soggetto laureato¹⁶ (spesso viene richiesta anche l'esperienza o il diploma con ulteriori requisiti) iscritto nel registro dei mediatori, ordinariamente certificato dal Ministero della Giustizia o da altre Istituzioni per conto del Ministero (v. ad es. Irlanda, Paesi Bassi, Lettonia), che ha partecipato ad un corso di base in mediazione di un certo numero di ore (e talvolta anche ad uno di specializzazione o addirittura si è laureato in mediazione) e che è assoggettato a formazione continua nell'anno o nel biennio (ovvero nel triennio o nel quinquennio) per un certo numero di ore o di eventi.

L'iscrizione al registro dei mediatori può essere gratuita (Italia, Slovacchia) o a pagamento (Austria, Bulgaria, Ungheria).

Ci sono stati che richiedono la copertura assicurativa per lo svolgimento dell'attività (Austria, Belgio, Danimarca, Italia per gli avvocati iscritti presso gli Organismi COA, Paesi Bassi, Spagna).

Più o meno tutti gli stati richiedono che il mediatore abbia la capacità giuridica e d'agire, sia ineccepibile dal punto di vista comportamentale e morale: si richiede un certificato del casellario pulito, l'assenza di sanzioni amministrative ecc. (si ometteranno qui le prescrizioni in merito per ogni singolo paese, proprio perché sono generalizzate: l'unica differenza di rilievo tra gli stati è che alcuni richiedono copia del certificato penale ed in altri basta una autodichiarazione, ad esempio in Italia).

Particolare è la legislazione romena che chiede al mediatore anche l'idoneità dal punto di vista medico.

Anche quella della Lituania è originale perché richiede che il mediatore non sia stato licenziato e non abbia fatto abuso di alcol, di sostanze psicotrope, narcotiche, tossiche o altre di sostanze psicoattive.

La professione del mediatore può essere la più varia, anche se in certi paesi di fatto la predominanza spetta agli avvocati (pensiamo ad esempio a Cipro, all'Italia, alla Grecia, alla Spagna per i mediatori fallimentari).

Talvolta le parti possono preferire nominare un mediatore avvocato qualora una determinata controversia abbia una dimensione giuridica significativa o la controversia riguardi l'interpretazione dei diritti e obblighi legali o di altra natura. Tuttavia, le competenze legali di un mediatore dovrebbero sempre avere un'importanza secondaria rispetto alla sua esperienza e competenza di mediatore, poiché un mediatore non ha alcun ruolo nel determinare o conciliare i diritti e obblighi legali concorrenti. Le parti in mediazione devono fare affidamento sui rispettivi avvocati per effettuare la migliore valutazione possibile della propria posizione giuridica prima di avviare negoziati nella mediazione¹⁷.

In Germania coloro che svolgono professionalmente la mediazione non costituiscono una figura professionale uniforme. I conciliatori e i mediatori vengono assunti non solo fra i giuristi ma anche e in special modo fra gli psicologi, i pedagoghi, gli esponenti del mondo degli affari e i sociologi¹⁸.

¹⁶ Quello tedesco però ha bisogno solo di una formazione; non c'è un limite di età né si richiede una istruzione particolare o una professione particolare.

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ) *Mediation Development Toolkit* Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation. Guide to Mediation for Lawyers Document elaborated jointly with the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) 27 June 2018.

¹⁸ Parimenti avviene in Slovenia.



Gli avvocati tedeschi che esercitano attività di conciliazione o di mediazione possono definirsi “mediatori” soltanto se sono in grado di dimostrare come quelli danesi e norvegesi, tramite un’adeguata formazione, di padroneggiare i fondamenti della procedura di mediazione.

Il mediatore in Belgio può essere scelto tra 180 professioni e può parlare sino a 34 lingue¹⁹.

I mediatori di Cipro svolgono le professioni più varie e sono per lo più psicologi e psichiatri, ma anche avvocati ed iscritti alle Camere di Commercio.

Nei Paesi Bassi il registro dei mediatori ricomprende una trentina di professioni, tra le quali chi vuole mediare può scegliere comodamente.

In Romania la pratica della professione di mediatore è compatibile con quella di ogni altra attività o professione.

In Austria i mediatori sono psicoterapeuti, psicologi clinici e psicologi della salute, avvocati, notai, giudici, procuratori, commercialisti, ingegneri civili, assistenti sociali, consulenti e docenti universitari²⁰.

In Italia sono per lo più avvocati, commercialisti, notai, architetti, geometri, psicologi, psicoterapeuti e periti.

In Estonia i mediatori sono per la maggior parte notai e avvocati²¹.

In Svezia sono avvocati, sociologi, dirigenti di azienda, psicoterapeuti, giudici e professori universitari.

In Ungheria i mediatori sono per lo più avvocati (51%), e membri di professioni sociali come quella degli insegnanti (16%) e dei tecnici (16%); ci sono però anche ex giudici²², psicologi e sociologi²³.

In genere il mediatore deve rispettare determinati principi deontologici: in alcuni paesi si fa riferimento al Codice Europeo dei mediatori ed in altri a Codici propri redatti dallo Stato o da organizzazioni.

In generale i principi dell’attività del mediatore ricalcano per lo più gli XI standard americani²⁴ (*Model Standards of Conduct for Mediators*).

4. La formazione del mediatore civile e commerciale nella UE.

Molti degli stati UE hanno valorizzato il concetto di competenza, varando programmi di formazione per i mediatori. I tempi ed i contenuti della formazione sono i più vari.

Diverse nazioni danno largo spazio al diritto, alla psicologia e alla sociologia.

È sempre presente anche una formazione pratica sullo svolgimento della mediazione che può essere più o meno articolata ed ha una importanza preminente; alcuni paesi richiedono la supervisione del mediatore da parte di esperti o formatori o altri meccanismi analoghi (ad esempio l’intervisione).

¹⁹ Si può verificare dal registro dei mediatori accreditati.

²⁰ § 10 l. 6 giugno 2003.

²¹ § 16 e 17 Lepitusseadus.

²² Réponse au Questionnaire sur la Médiation civile et commerciale en Europe. Ai giudici in servizio la mediazione è invece vietata.

²³ M. NAGY, Hungary, in *Overview of judicial mediation in the world*, L’Harmattan, Paris, 2010, p. 103.

V. anche M. NAGY, *The development of civil and commercial mediation in Hungary*, p. 217-225, in *Mediation Road of peace for justice*, Gemme, 2015.

²⁴ Sul tema cfr. C.A. CALCAGNO. *Il legale e la mediazione, I DOVERI E LA PRATICA DELL’AVVOCATO MEDIATORE E DELL’ACCOMPAGNATORE ALLA PROCEDURA*, Aracne Editrice, 2015.

Ci sono nazioni che richiedono tirocini o stage precedenti all'assunzione del titolo o successivi.

Non tutti i paesi hanno stabilito regole in materia di formazione, anche se nella pratica essa viene richiesta ai mediatori (ad es. in Francia, Svezia); in Slovenia e Danimarca è richiesta solo ai mediatori giudiziari.

In alcuni paesi la formazione è differenziata in relazione al fatto che i mediatori siano o meno avvocati (ad es. in Italia e a Cipro).

In Lituania i requisiti sono diversi a seconda che il mediatore aspirante sia un giudice, un non giudice, un avvocato.

Richiedono al mediatore una formazione decisamente impegnativa i seguenti paesi membri UE (15): Lussemburgo, Malta, Austria, Slovacchia, Francia, Portogallo, Finlandia, Belgio, Germania, Lettonia, Spagna, Paesi Bassi, Romania, Grecia e Polonia.

Altri Paesi (12) mantengono un approccio che potremmo definire intermedio: Irlanda, Ungheria, Bulgaria, Danimarca, Irlanda del Nord, Italia, Inghilterra e Galles, Cipro, Croazia, Lituania, Scozia e Slovenia.

Vi sono ancora Paesi che allo stato hanno regolamentato la formazione esclusivamente per i mediatori familiari: Francia, Estonia.

In Francia però da ultimo si richiede una formazione per gli avvocati e per coloro che vogliono iscriversi ai *panel* delle Corti d'Appello (la più attive in questo senso sono la Corte d'Appello di Parigi, Lione, Montpellier e Versailles)²⁵.

Anche l'Irlanda del Nord non ha un programma di formazione statale, ma i mediatori sono accreditati da varie istituzioni.

Inghilterra e Galles non hanno una formazione regolata a dalla legge, ma si appoggiano al Civil Mediation Council (CMC) che ha accreditato un percorso intermedio.

La Svezia non impone alcun obbligo formativo ai mediatori cec.

La Repubblica Ceca non impone alcun obbligo formativo, ma si deve sostenere un esame.

5. Il numero dei mediatori civili e commerciali nella UE.

In base ai registri suddetti è stato possibile in particolare ricostruire in parte il numero dei mediatori civili e commerciali nel periodo che va dal 2019 al 2021; il numero preciso non è di possibile individuazione per vari fattori:

1) alcune legislazioni non differenziano l'iscrizione dei mediatori in base alle specializzazioni: chi diventa mediatore lo è a tutto tondo (civile, familiare, penale etc.);

2) spesso i mediatori si iscrivono a più sezioni del registro;

3) ci sono paesi che hanno solo dei panel di corte che possono variare sensibilmente nel tempo (ad es. Francia e Polonia);

4) spesso lo stesso mediatore può iscriversi a più panel di corte (ad esempio in Francia);

5) i dati delle Corti non sono aggiornati o mancano;

6) la Germania non possiede registro pubblico (ma solo elenchi di organismi privati) e dunque la stima non può essere che approssimativa;

7) non esiste una banca dati europea né per i mediatori, né per le organizzazioni di mediazione;

8) ci sono stati che hanno una mediazione individuale ed amministrata (senza obbligo di iscrizione per il mediatore) e non differenziano i mediatori persone fisiche dalle organizzazioni (ad esempio il Regno Unito ove le persone fisiche e quelle giuridiche sono mescolate nel registro e spesso non si riesce a distinguerli);

²⁵ Cfr. Art. 2 c. 3 Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 *relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel.*



9) alcuni stati iscrivono solo mediatori certificati, ma in altri i certificati e i non certificati coesistono ovvero vengono iscritti i certificati, ma si consente di fare la professione anche a chi non lo è.

Se prendiamo in esame il 2021 vediamo che i paesi con meno mediatori sono Lettonia, Danimarca e Repubblica Ceca, mentre quelli che ne possiedono di più sono Italia, Romania e Germania.

L'Italia peraltro ha pure il triste primato di avere le rimanenze più alte (ultimo dato disponibile) al 31 dicembre 2020 in primo grado di casi civili e commerciali con riferimento ai 49 paesi che fanno parte del Consiglio d'Europa²⁶.

Nel 2020 si potevano stimare - con le avvertenze che precedono - in Europa 79.598 mediatori ossia 1 mediatore ogni 5.593 mentre i giudici erano 84.044, ossia un giudice ogni 2.597 abitanti.

Questi dati dovrebbe fare riflettere la Commissione Europea perché in Europa (dato fornito dalla Ue nel 2017) solo l'1% delle controversie sono state risolte dai mediatori mentre il 99% delle liti è arrivato sul tavolo dei giudici che, come numero, sono quasi equivalenti: il sistema giudiziario nel suo complesso evidentemente non può reggere.

Allo stato delle cose non riflettere seriamente per il proprio paese sulla mediazione come condizione di procedibilità pare poco avveduto: in media in Europa nel 2021 avevamo invece un mediatore civile e commerciale ogni 5.853 abitanti, ma il numero dei giudici non è mutato di molto.

Al momento diversi paesi hanno una mediazione civile e commerciale preventiva, ma spesso riguarda la mediazione familiare, e comunque se si fa eccezione per Romania²⁷ Grecia²⁸ ed Italia, riguarda settori esigui della legislazione: la troviamo in Austria²⁹, Belgio³⁰, Cipro³¹, Croazia³², Danimarca³³, Estonia³⁴, Irlanda³⁵, Italia³⁶, Lituania³⁷, Malta³⁸, Portogallo³⁹, Spagna⁴⁰, Svezia⁴¹.

²⁶ Fonte: rapporto Cepej 5/10/22 – Scoreboard 2022

²⁷ Incontro informativo per una serie di materie: v. Art. 60 ^ 1 LEGE № 192/2006 din 16 mai 2006.

²⁸ Tutte le controversie superiori a 30 mila euro; le controversie di famiglia (escluso divorzio e diritti non disponibili).

²⁹ Mediazione alternativa ad arbitrato obbligatorio.

³⁰ Se la mediazione è pattuita contrattualmente.

³¹ Controversie collettive di lavoro.

³² In caso di separazione e divorzio.

³³ Corso digitale sulla mediazione nei tre mesi dalla domanda di divorzio.

³⁴ Nei casi previsti dalla legge.

³⁵ Incontri informativi di mediazione (decreto ministeriale).

³⁶ Materie di cui all'art. 5 c. 1-bis d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28.

³⁷ In materia di famiglia e negli altri casi stabiliti dalla legge.

³⁸ Come prescritto dal Ministro per le questioni transnazionali. In materia di proprietà urbana.

³⁹ Su clausola contrattuale.

⁴⁰ In materia di lavoro.

⁴¹ Affitto di uffici e lavoro.



FOCUS

LA FORMAZIONE DELL'AVVOCATO E DEL GIUDICE MEDIATORE SECONDO IL CONSIGLIO D'EUROPA.

Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri

Abstract: Il presente contributo rappresenta la documentazione approntata per la formazione in mediazione nel 2019 dal Cepej per gli avvocati; reca un cenno sommario ai requisiti di formazione richiesti in Italia e sottolinea alcune differenze con quella richiesta dall'Europa. Infine, descrive la figura del giudice mediatore e i programmi per la sua formazione sempre approntati dal Cepej.

Abstract: This contribution represents the documentation prepared for mediation training in 2019 by Cepej for lawyers; it provides a summary of the training requirements in Italy and highlights some differences with those required by Europe. Finally, it describes the figure of the mediator judge and the programmes for his or her training also prepared by Cepej.

SOMMARIO: 1. Programma di formazione per l'avvocato mediatore; - 2. Un confronto con il panorama italiano della formazione; - 3. Il giudice mediatore; - 4. La formazione del giudice mediatore.

Summary: 1. Training programme for mediator lawyers - 2. A comparison with the Italian training landscape - 3. The judge mediator - 4. The training of the judge mediator

1. Programma di formazione per l'avvocato mediatore.

La questione della formazione in generale è tornata prepotentemente alla ribalta con la Riforma Cartabia in materia di giustizia complementare¹; in relazione ad essa per la verità gli operatori del settore erano in attesa della novella del decreto ministeriale 10 ottobre 2010. Dal momento che però l'art. 41 c. 6 e 7² del Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 prevede che

¹ LEGGE 26 novembre 2021, n. 206 Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. (21G00229). Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. (22G00158).

² Gli organismi di mediazione iscritti nel registro di cui all'articolo 3 del decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180, se intendono mantenere l'iscrizione, sono tenuti, entro il 30 aprile 2023, a presentare la relativa istanza al Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della giustizia, corredata dalla documentazione attestante l'adeguamento ai requisiti previsti dall'articolo 16, come modificato dall'articolo 7 del presente decreto. Fino al 30 giugno 2023 gli organismi iscritti non possono essere sospesi o cancellati dal registro per mancanza di tali requisiti. Il mancato adeguamento entro il 30 giugno 2023 comporta la sospensione degli organismi dal registro.



gli organismi di mediazione e gli enti di formazione debbano uniformarsi alle regole del nuovo articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 (che entrerà in vigore dal primo di luglio 2023) ed entro il 30 aprile 2023 sono tenuti a presentare istanza di adeguamento, è stato necessario emanare una Circolare da parte del Ministero della Giustizia³.

La Circolare introduce parecchie novità in materia di formazione per il formatore teorico, il responsabile dell'organismo e il Responsabile di chiara fama dell'Ente di formazione. A prescindere da ogni valutazione si può dire che la materia della formazione in mediazione è un punto caldo da diverso tempo non solo in Italia ma anche in Europa.

Non esiste ad esempio a conoscenza dello scrivente uno studio sugli avvocati mediatori in Europa e nel mondo; nemmeno nella nostra Italia che è provvista dell'albo dei mediatori: a dire il vero né il CNF né il Ministero della Giustizia hanno idea di quanti siano gli avvocati che praticano la mediazione o comunque non divulgano i dati.

Possiamo affermare, tuttavia, che almeno nei paesi UE la professione dei mediatori avvocati sia fenomeno assai diffuso. Proprio per questo già in tempi non sospetti, il 14 giugno 2019, è stato pubblicato dal CEPEJ in collaborazione con l'IMI⁴ un kit di strumenti per lo sviluppo della mediazione⁵. Si dettano delle linee guida per la progettazione e il monitoraggio di programmi di formazione sulla mediazione.

Lo stesso CEPEJ spiega che l'avvocato che voglia fare il mediatore dovrebbe seguire un programma di formazione che segua queste linee.

Fornisco la traduzione in italiano dall'inglese delle parti che da formatore di mediatori ritengo più rilevanti: per il resto rimando al testo in lingua.

Il corso di formazione deve possedere un "quadro di competenze" che definisca in modo chiaro e conciso le competenze chiave che un mediatore efficace dovrebbe possedere. In generale, non ci sono requisiti speciali per quanto riguarda le qualifiche o l'esperienza precedenti necessarie per iscriversi a un corso di mediazione di base. Viceversa, corsi di formazione di mediazione avanzata o specializzata richiedono ai partecipanti precedenti comprovate conoscenze e/o pratiche di mediazione.

3. Gli enti di formazione iscritti nell'elenco di cui all'articolo 17 del decreto ministeriale n. 180 del 2010 se intendono mantenere l'iscrizione, sono tenuti, entro il 30 aprile 2023, a presentare istanza al Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della giustizia, corredata dalla documentazione attestante l'adeguamento ai requisiti previsti dall'articolo 16-bis, introdotto dall'articolo 7 del presente decreto. Il mancato adeguamento entro il 30 giugno 2023 comporta la sospensione degli enti dall'elenco.

³ Circolare del Ministero della giustizia del 6 aprile 2023. Requisiti per il mantenimento dell'iscrizione nel registro degli organismi di mediazione civile e commerciale di cui all'articolo 16 e 16-bis del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 ed entrata in vigore dell'articolo 3, comma 4 e dell'articolo 8-bis del medesimo decreto legislativo, come modificati ed introdotti dall'articolo 7, comma 1, lettere b) n. 1, i), u) e v) del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 (recante, tra l'altro, "delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie").

⁴ *International Mediation Institute*.

L'IMI è l'unica organizzazione al mondo che trascende le giurisdizioni locali per sviluppare standard globali e professionali per mediatori e difensori coinvolti nella risoluzione e negoziazione di controversie collaborative. L'IMI convoca le parti interessate, promuove la comprensione della mediazione e diffonde le competenze. L'IMI non è un fornitore di servizi.

⁵ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ) *Mediation Development Toolkit Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation Guidelines on Designing and Monitoring Mediation Training Schemes Document elaborated jointly with the International Mediation Institute As adopted at the 32 th plenary meeting of the CEPEJ Strasbourg, 13 and 14 June 2019.*



Gli Stati membri dovrebbero essere incoraggiati a finanziare la formazione in materia di mediazione quando giustificabile, ad esempio, per attuare e diffondere la mediazione in generale o per sviluppare progetti specifici e/o iniziative legali.

Gli Stati membri e i fornitori di servizi di mediazione per la formazione dovrebbero essere incoraggiati ad assegnare borse di studio basate sulle esigenze economiche dei partecipanti. I corsi dovrebbero avere un numero di ore di formazione non inferiore a 40, che è il punto di riferimento minimo accettabile per l'insegnamento e la pratica degli aspetti esperienziali delle competenze del mediatore, tenendo conto che i corsi di formazione mirano esclusivamente a formare le persone a un livello base di competenza del mediatore. Si raccomanda che i corsi abbiano una classe massima di 30 studenti, con un rapporto formatore-studente compreso tra l'ideale di 1 formatore ogni 6 partecipanti; un massimo di un *trainer* ogni 10.

Il corso dovrebbe essere focalizzato sulla partecipazione, e l'interazione. Per garantire ciò, dovrebbero essere utilizzate varie metodologie di insegnamento, tra cui lezioni frontali, video, esercizi interattivi, lavoro individuale, discussione di gruppo, dialoghi in coppia e giochi di ruolo... la seguente percentuale di tempo dovrebbe essere dedicata a questi diversi approcci alla formazione:

- lezioni/input di conoscenza/presentazione - circa il 10%;
- Esercitazioni e discussioni - circa il 40%;
- Giochi di ruolo, coaching e feedback - circa il 50%.

Il tipo di materiale che potrebbe essere distribuito in formato cartaceo o virtuale prima di un corso include:

- Manuale/cartella di lavoro del corso;
- Materiali supplementari come istruzioni generali per giochi di ruolo;
- Regole e procedure di mediazione, legislazione pertinente;
- Articoli accademici e libri di testo.

Quando è richiesta una preparazione prima del corso, i partecipanti devono ricevere il materiale completo in tempo sufficiente per consentire loro di prepararsi adeguatamente. A titolo indicativo, si suggerisce che ciò dovrebbe avvenire entro e non oltre due settimane prima del corso.

Allo stesso modo, quando i partecipanti sono tenuti a prepararsi per i loro ruoli in anticipo rispetto ai giochi di ruolo, i riassunti riservati dei giochi di ruolo dovrebbero essere forniti in tempo sufficiente per consentire ai giocatori di prepararsi. Si suggerisce che ciò dovrebbe avvenire entro e non oltre una settimana prima del corso.

Un gioco di ruolo qui è definito come un caso simulato in cui il mediatore ha l'opportunità di esercitare una vasta gamma di abilità da mediatore, possibilmente attraverso più fasi del processo.

Ogni ruolo in un corso dovrebbe avere un massimo di sei persone per una mediazione a due. Le fasce orarie di mediazione all'interno dei giochi di ruolo dovrebbero essere di almeno 45 minuti per consentire al mediatore un tempo sufficiente per esercitare una serie di abilità man mano che la mediazione si sviluppa; almeno il 50% di tutti i giochi di ruolo dovrebbe essere supervisionato da un *coach/trainer* esperto e, tra questi, un *coach* abilitato alla supervisione dovrebbe essere presente almeno nel 50% del tempo effettivo di gioco di ruolo. Quando i giochi di ruolo vengono utilizzati in veste di valutazione, devono essere supervisionati dall'assessor per il 100% del tempo.

I *coach* dovrebbero essere ruotati tra i gruppi e i partecipanti per garantire che tutti i partecipanti sperimentino una varietà di approcci di *coaching*. Nei corsi che contengono valutazione, qualsiasi *coach/trainer* che alleni un partecipante non dovrebbe essere coinvolto



in alcuna valutazione successiva di quel partecipante. Al fine di garantire l'equità e l'uguaglianza della partecipazione, tutti i partecipanti dovrebbero mediare lo stesso numero di volte nei giochi di ruolo.

I partecipanti apprendono non solo esercitando le abilità da mediatori, ma anche ricevendo feedback da mediatori esperti che agiscono nel ruolo di coach durante il corso.

È possibile utilizzare una varietà di metodi diversi per fornire il *feedback*, tra cui:

- *Coaching* di gruppo durante un gioco di ruolo. Qui il *feedback* non è solo a beneficio del partecipante che agisce come mediatore, ma anche per gli altri partecipanti coinvolti nel gioco di ruolo;

- *Feedback* privato uno ad una persona dopo un gioco di ruolo.

Si consiglia di utilizzare feedback scritti sulla performance di un solo partecipante, in particolare durante il momento di valutazione di un corso. Se un corso è progettato per valutare, certificare o accreditare un partecipante come avente le capacità e le conoscenze necessarie per mediare una controversia in modo competente, deve contenere una valutazione effettiva della competenza da mediatore del partecipante, rispetto al proprio quadro di competenze. In relazione alla valutazione di abilità del mediatore, il giudizio dovrebbe incentrarsi sulla performance durante un gioco di ruolo.

Mentre una qualche forma di valutazione continua durante il corso potrebbe essere considerata come parte del processo di valutazione, dovrebbe esserci almeno una valutazione separata basata esclusivamente sulle prestazioni durante un gioco di ruolo. La valutazione di un partecipante dovrebbe essere data in due momenti diversi da due assessor differenti.

Si raccomanda che ogni gioco di ruolo valutativo abbia una durata di almeno un'ora, escluso il tempo necessario per redigere un accordo transattivo.

Trainers, Coaches and Assessor (TCA).

Coloro che forniscono degli input durante un programma di formazione possono essere suddivisi in tre ruoli chiave:

- un *trainer* (formatore) che fornisce le *skills* e le conoscenze stabilite nel programma;
- un *coach* che osserva le prestazioni di un partecipante nel ruolo di mediatore, di solito durante un gioco di ruolo, e fornisce *coaching* e *feedback* al partecipante, durante e dopo il gioco di ruolo, al fine di far crescere la competenza come mediatore;
- un *assessor* (valutatore) che osserva anche le prestazioni del partecipante e fornisce una valutazione formale delle competenze. Il valutatore può anche fornire un *feedback* al termine della valutazione.

Chiunque cerchi di svolgere il ruolo di *Trainer, Coach o Assessor* (TCA) dovrebbe aver partecipato con successo a un corso di formazione sulla mediazione e se è richiesta la registrazione da mediatore in uno stato, formatori, coach e valutatori dovrebbero essere mediatori registrati. Avrebbero anche dovuto frequentare una formazione adeguata da formatore per assumere il proprio ruolo.

Idealmente, i TCA dovrebbero aver condotto almeno due mediazioni effettive della durata di almeno quattro ore in ciascuno dei tre anni precedenti prima di essere nominati. Una volta nominati, dovrebbero condurre due mediazioni effettive della durata di almeno quattro ore all'anno ed essere in grado di dimostrare di aver mantenuto uno sviluppo professionale continuo (CPD) di sei ore all'anno.

I TCA dovrebbero condurre almeno un corso di formazione per le competenze di base dei mediatori o un corso di aggiornamento ogni due anni. *Coach* e *assessor* dovrebbero istruire e/o valutare almeno quattro sessioni di giochi di ruolo nel corso di due anni. I fornitori di formazione potrebbero prendere in considerazione la certificazione dei propri programmi



con il programma di formazione per mediatori certificati (CMTP) dell'*International Mediation Institute*. La corretta registrazione come IMI-CMTP significa che i programmi di formazione soddisfano gli standard internazionali indipendenti per la formazione dei mediatori.

Corso di formazione di base per mediatori:

1. Sviluppo della conoscenza;

Un corso di formazione di base per mediatori dovrebbe coprire almeno questi settori principali dello sviluppo delle conoscenze:

1.1. Teoria dei conflitti;

1.2. Risoluzione tradizionale delle controversie e mediazione;

1.3. Nozioni di base sulla mediazione:

1.3.1. Principi di base della mediazione:

a. Volontarietà;

b. Riservatezza;

c. Indipendenza, imparzialità e neutralità del mediatore;

d. Autodeterminazione delle parti e controllo del processo;

e. Uguaglianza delle parti;

f. Creatività e sostenibilità;

g. Flessibilità;

h. Efficacia dei costi;

1.3.2. Scopi della mediazione;

1.3.3. Indicazioni e controindicazioni della mediazione nella valutazione dell'idoneità dei casi;

1.4. Gli attributi principali di un mediatore:

a. Atteggiamento e ruolo del mediatore;

b. Credibilità;

c. Competenze e tecniche di base;

d. Etica professionale;

e. Requisiti e pratica professionale;

1.5. Ruoli delle parti, dei loro consulenti e degli altri partecipanti alla mediazione;

1.6. Stili di mediazione;

1.7. Fasi della mediazione⁶:

a. Preparazione;

b. Apertura;

c. Esplorazione;

d. Trattativa;

e. Accordo;

1.8. Quadro giuridico della mediazione e legislazione relativa alla mediazione, compreso il quadro giuridico per la mediazione obbligatoria e il primo incontro di mediazione obbligatoria, se disponibile.

1.9. Interazione tra mediatori, giudici, avvocati, utenti della mediazione e altri soggetti interessati alla mediazione.

1.10. Principali caratteristiche e differenze della mediazione in materia civile, familiare, penale e amministrativa.

2. Formazione delle abilità pratiche.

In termini di sviluppo delle competenze, gli argomenti delle competenze essenziali che dovrebbero essere coperti, dimostrati e praticati in qualsiasi programma di formazione sono:

⁶ Esistono molti modelli diversi per il processo di mediazione e il modello che si segue ha il solo scopo illustrativo.

- a. Forme di capacità di ascolto e strategie di comunicazione;
- b. Capacità e tecniche di gestione del processo di mediazione, incluso ma non limitato all'uso di riunioni congiunte e private;
- c. Strategie di negoziazione e competenze per gestire il contenuto della controversia;
- d. Modi per rispondere ai diversi comportamenti delle parti;
- e. Capacità di problem solving e capacità decisionale;
- f. Capacità di analisi e gestione dei conflitti, compresa una ragionevole selezione della strategia e dei metodi di risoluzione delle controversie;
- g. Competenze di co-mediazione.

I formatori possono includere altri argomenti basati sulle competenze, tra cui la gestione delle emozioni, la gestione delle persone difficili, la risposta all'impasse, la programmazione neurolinguistica, ecc.. I corsi di formazione sulle competenze dei mediatori dovrebbero essere partecipativi, interattivi e focalizzati sullo studente. Per garantire ciò, è necessario utilizzare una varietà di metodologie di insegnamento, tra cui lezioni, video, esercizi interattivi, lavoro individuale, discussione di gruppo, conversazione in coppia e giochi di ruolo. In base alle linee guida, per la parte pratica di qualsiasi corso, progettata per insegnare la procedura e le "abilità di essere" un mediatore efficace, una parte sostanziale dovrebbe essere dedicata al gioco di ruolo, al coaching e al feedback, nonché a discussioni ed esercitazioni.

3. Particolarità della formazione specializzata in mediazione.

Argomenti aggiuntivi ed esercizi di sviluppo delle competenze dovrebbero essere coperti nei programmi di formazione specialistica di mediazione.

Per la formazione dei mediatori in materia familiare:

- a. Principi fondamentali della mediazione familiare;
- b. Conoscenza sufficiente del diritto di famiglia;
- c. Modelli di mediazione familiare;
- d. Competenze del mediatore familiare;
- e. Limiti del principio di riservatezza;
- f. Mediazione incentrata sul bambino e interesse superiore del bambino;
- g. Partecipazione dei bambini;
- h. Riunioni di valutazione (fase di pre-mediazione);
- i. Abuso domestico;
- j. Squilibri di potenza;
- K. Tecniche di mediazione transfrontaliera;
- l. Quadro giuridico internazionale.

Per la formazione dei mediatori in materia civile:

a. Conoscenza sufficiente delle disposizioni di diritto pubblico e di protezione sociale nei settori in questione che praticano in particolare:

- i. controversie in materia in leasing e affitti;
- ii. nel campo del diritto del lavoro;
- iii. nel diritto dei consumatori;
- b. Squilibri di potere;
- c. Modelli di mediazione civile;
- d. Tecniche di mediazione transfrontaliera;
- e. Quadro giuridico internazionale.

Per la formazione di mediazione in materia penale:

- a. Conoscenza sufficiente del sistema giudiziario penale;
- b. Vari metodi di giustizia riparativa;



- c. Il rapporto tra giustizia penale e mediazione;
 - d. Competenze e tecniche di comunicazione e di lavoro con le vittime, i trasgressori e altri impegnati nel processo di mediazione, comprese le conoscenze di base sulle reazioni delle vittime e i trasgressori;
 - e. Competenze specialistiche per la mediazione in caso di reati gravi e reati che coinvolgono minori;
- Per la formazione di mediazione in materia amministrativa:
- a. Principi fondamentali di mediazione in materia amministrativa;
 - b. Conoscenza sufficiente del diritto costituzionale e amministrativo;
 - c. Equilibrio tra i principi di riservatezza della mediazione e la trasparenza dell'attività amministrativa;
 - d. I confini dell'interesse pubblico;
 - e. Il ruolo del mediatore - particolarità dei principi di indipendenza e imparzialità;
 - f. Riunioni di valutazione (fase di pre-mediazione);
 - g. Codice etico dei mediatori in campo amministrativo.

2. Un confronto con il panorama italiano della formazione.

Chiunque conosca il programma attuale approntato dal Ministero della Giustizia italiano con il decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180 (articolo 16 f e g)⁷ non può non rendersi conto che è necessaria una integrazione; e non solo: necessità un'apertura della mediazione italiana verso settori per noi sconosciuti come ad esempio quello amministrativo. Inoltre, dal programma del Cepej per gli avvocati mediatori emergono figure che non sono familiari a tutti gli enti di formazione come i coach, i trainer e gli assessor.

Nemmeno la riforma Cartabia a dire il vero vi fa alcun cenno; il nostro legislatore sembra porre l'attenzione più che altro sul responsabile scientifico di chiara fama (cfr. il nuovo articolo 16 bis del decreto 4 marzo 2010 n. 28⁸ ma anche da ultimo la Circolare 6 aprile 2023)

⁷) “f) la previsione e la istituzione di un percorso formativo, di durata complessiva non inferiore a 50 ore, articolato in corsi teorici e pratici, con un massimo di trenta partecipanti per corso, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti, e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, articolata distintamente per la parte teorica e pratica; i corsi teorici e pratici devono avere per oggetto le seguenti materie: normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore;

g) la previsione e l'istituzione di un distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione; i corsi di aggiornamento devono avere per oggetto le materie di cui alla lettera f);”

⁸ Art. 16-bis

(Enti di formazione).

1. Sono abilitati a iscriversi nell'elenco degli enti di formazione in materia di mediazione gli enti pubblici o privati che danno garanzie di serietà ed efficienza, come definiti dall'articolo 16, commi 1-bis e 1-ter.

2. Ai fini di cui al comma 1, l'ente di formazione è altresì tenuto a nominare un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie, il quale assicura la qualità della formazione erogata dall'ente, la completezza, l'adeguatezza e l'aggiornamento del percorso formativo offerto e la competenza ed



che nella relazione al decreto 10 ottobre 2022, n. 149 (che ha emendato il decreto 4 marzo 2010 n. 28) riveste molti compiti ed adombra quasi una predilezione del legislatore per un'unica organizzazione di mediazione che sia organismo ed ente di formazione⁹.

Il principio poi, tutto italico, secondo cui il mediatore riceve solo le nozioni che gli servono per il settore scelto (mediazione civile e commerciale, penale, familiare ecc) deve essere necessariamente superato nel senso che il nuovo operatore di base della giustizia complementare dovrà avere una infarinatura a 360° di quello che è il mondo della gestione delle relazioni.

Ciò ovviamente richiede una nuova organizzazione per gli Enti di formazione ed una specializzazione ulteriore dei formatori.

3. Il giudice mediatore.

Un'altra categoria da noi sconosciuta è quella del giudice mediatore.

La riforma Cartabia timidamente precisa soltanto che il giudice deve curare la sua formazione in mediazione, ma solo al fine di migliorare le sue performance in materia di delegazione dello strumento alternativo (e al fine di inserire tra i parametri che ne connotano la carriera anche l'utilizzo della giustizia complementare¹⁰).

Negli altri paesi le cose vanno assai diversamente.

esperienza dei formatori, maturate anche all'estero. Il responsabile comunica periodicamente il programma formativo e i nominativi dei formatori scelti al Ministero della giustizia, secondo le previsioni del decreto di cui all'articolo 16, comma 2.

3. Il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, stabilisce altresì i requisiti di qualificazione dei mediatori e dei formatori necessari per l'iscrizione, e il mantenimento dell'iscrizione, nei rispettivi elenchi.

⁹“il responsabile scientifico degli enti di formazione, nell'adempimento dei compiti di cui all'articolo 16-bis, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 218, possa svolgere appositi compiti quali: approvare i programmi erogati dall'ente unitamente ai nomi dei formatori incaricati e ai calendari di svolgimento dei corsi di formazione, certificare l'equivalenza della formazione di aggiornamento eventualmente svolta dai formatori presso enti e istituzioni con sede all'estero, certificare per singole attività formative l'idoneità di formatori anche stranieri non accreditati dal Ministero della giustizia, rivedere i parametri per la determinazione dell'onorario e delle spese spettanti all'avvocato ai sensi dell'articolo 15-octies, comma 1, nonché per la revisione delle spese di avvio della procedura di mediazione e delle indennità spettanti agli organismi di mediazione.”

¹⁰ Art. 5-quinquies del decreto 4 marzo 2010 n. 28 (in vigore dal 30 giugno 2023)

(Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione)

1. Il magistrato cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata.

2. Ai fini della valutazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, la frequentazione di seminari e corsi di cui al comma 1, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato.

3. Le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto di specifica rilevazione statistica.

4. Il capo dell'ufficio giudiziario può promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, progetti di collaborazione con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della reciproca autonomia, per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione.



Il considerando 12 della Direttiva 52/08 estende l'applicazione "ai casi in cui un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione. La direttiva dovrebbe inoltre applicarsi, per quanto un giudice possa agire come Mediatore ai sensi della legislazione nazionale, alla mediazione condotta da un giudice che non sia responsabile di un procedimento giudiziario relativo alla questione o alle questioni oggetto della controversia".

In relazione a tale considerando rileva l'art 3 della Direttiva 52/08.

L'art 3 lett. a) capoverso precisa che rientra nel concetto di mediazione "la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima";.

Il caso del giudice mediatore a qualsivoglia titolo riguarda in particolare diverse nazioni: Belgio, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Scozia, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria.

In Belgio dal 2018 possono mediare i giudici onorari, supplenti, sociali e consolari¹¹. Non possono però esercitare la qualità di giudice nei casi ove hanno mediato.

In Croazia¹² il giudice media nei procedimenti giudiziari: la mediazione del giudice è la più utilizzata perché i Croati non si fidano dei mediatori esterni.

Le parti possono anche chiedere che il giudice mediatore possa operare come arbitro nel caso in cui siano pervenute ad un accordo e vogliano che esso sia recepito da un lodo (ciò ai sensi della legge sulla mediazione).

Dal 2008 si sta affermando anche l'idea di una mediazione del giudice fuori dal tribunale: in pratica la mediazione extraprocessuale può essere condotta da un giudice e da un laico; anche se ciò reca determinate garanzie non aiuta però lo sviluppo extraprocessuale della mediazione¹³.

In Croazia non ci può essere però coincidenza tra conciliatore ed organo giudicante, mentre nella legge finlandese non ci sono indicazioni in proposito. In entrambe le nazioni, peraltro, il giudice può decidere se avviare una mediazione¹⁴: si tratta dunque di una mediazione obbligatoria per le parti.

L'art. 168.a del Codice di rito croato peraltro contempla l'ipotesi in cui si voglia far causa alla Repubblica di Croazia: nel qual caso si deve chiedere alla Procura un tentativo di bonario componimento. Questa norma è importante per la storia della mediazione europea perché è stata impugnata da chi non l'ha rispettata e ha ricevuto conseguentemente una dichiarazione di irricevibilità della domanda dai Tribunali croati; la Corte dei Diritti dell'Uomo nel caso in questione ha però ritenuto che la mediazione a pena di irricevibilità della domanda fosse conforme all'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo¹⁵: il che ha aperto uno scenario

¹¹ Art. 204 Loi du 18 juin 2018 publié le 02 juillet 2018 Loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges

¹² V. art. 186.e Zakon o parničnom postupku

¹³ Cfr. M. B. BLAZEVIĆ, Mirenje prema Zakonu o parničnom postupku (la mediazione ai sensi del Codice di procedura civile).

¹⁴ § 10 Lag om medling i tvistemål i allmänna domstolar e art. 186.d Zakon o parničnom postupku

¹⁵ Il 26 marzo 2015 la Corte dei Diritti dell'Uomo ha emesso all'unanimità una fondamentale sentenza che è passata in giudicato il 26 giugno 2015. Si tratta del caso MOMČILOVIĆ v. CROATIA (Application no. 11239/11; c'era già stato un precedente conforme: European Court of Human Rights in A č imovi ć v. Croatia of 9 October 2003 and Kuti ć v. Croatia of 1 March 2002.



importante ad es. in Francia con riferimento alla conciliazione davanti alle Corti inferiori che è stata prevista a pena di inammissibilità.

Il tribunale danese (*Forligsmægling*) concilia in tutte le controversie, a meno che non ritenga che la mediazione sia vana¹⁶. Su richiesta delle parti il giudice può fungere anche da mediatore¹⁷.

In Estonia con il consenso delle parti il giudice può conciliare anche le controversie amministrative¹⁸.

In Finlandia¹⁹ il giudice media le controversie giudiziarie.

In Francia le parti possono chiedere al giudice di risolvere la questione come amichevole compositore (salvo appello) sia all'inizio del processo, sia durante lo stesso²⁰.

In Germania il giudice naturale di una controversia può investire della questione un altro giudice (*Güterichter*) che si occupa della sola composizione (l'unico strumento non utilizzabile è l'arbitrato)²¹.

L'art. 278 c. 5 del Codice di procedura civile tedesco stabilisce in particolare che "Il tribunale può deferire le parti a una composizione amichevole di fronte a un giudice nominato a tale scopo e non autorizzato a prendere decisioni giudiziarie...²²". Questa regola vale per diversi altri tipi di processo.

In Inghilterra e Galles un pool di giudici mediatori si occupa del tentativo obbligatorio di mediazione presso il tribunale del lavoro (Employment Tribunal) ed offre mediazioni dal 2010 in alcuni casi²³.

In Lituania il giudice può mediare se è mediatore oppure può nominare un altro giudice che lo sia²⁴.

In Polonia può mediare un giudice in pensione.

In Repubblica Ceca ai sensi de § 67 del Codice di rito si prevede che se il tribunale regionale o qualsiasi tribunale distrettuale sono competenti possono anche condurre la conciliazione e la mediazione²⁵.

In Scozia un pool di giudici mediatori si occupa del tentativo obbligatorio di mediazione presso il tribunale del lavoro (Employment Tribunal) offre mediazioni dal 2010 in alcuni casi.²⁶

In Slovenia se il giudice è inserito nell'elenco dei mediatori può mediare²⁷, ma non deve essere il titolare del procedimento giudiziale²⁸.

In Spagna alla prima udienza il Giudice tiene comunque un incontro informativo.

¹⁶Cap. 26 § 268 Retsplejeloven Lov om retsens pleje

¹⁷Cap. 27 § 273 Retsplejeloven Lov om retsens pleje

¹⁸§§ 137-141 Halduskohtumenetluse seadustik⁷

¹⁹§ 5 Lag om medling i tvistemål i allmänna domstolar

²⁰Art. 12 e 58 Code de procédure civile.

²¹ Questa misura è prevista dal Codice di procedura civile, dal Codice del lavoro, dalla Legge sulle procedure in materia di giurisdizione familiare e volontaria, dal Codice di procedura amministrativa, dal Codice previdenziale e dalle leggi sui marchi e brevetti.

²² Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (MediationsGEG k.a.Abk.)

²³ *Scottish Mediation, Bringing Mediation into the Mainstream in Civil Justice in Scotland, June 2019*

²⁴ Art. 231-1 Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas

²⁵ Zákon č. 99/1963 Sb.

²⁶ *Scottish Mediation, Bringing Mediation into the Mainstream in Civil Justice in Scotland, June 2019*

²⁷ Ma durante l'orario di servizio non viene pagato né gli vengono rimborsate le spese.

²⁸ Art. 7 c. 6 Zakon o alternationem reševanju sodnih sporov (ZARSS)



In Svezia il tribunale può nominare un giudice mediatore o un avvocato o un altro tipo di esperto.

In Ungheria la mediazione giudiziaria può essere eseguita dal giudice e dal cancelliere che abbiano ultimato la formazione professionale in mediazione²⁹. Il nuovo Codice di procedura civile dal 2017 esclude però che possa mediare il giudice a cui sia stata già affidata la controversia in sede contenziosa³⁰.

4. La formazione del giudice mediatore.

Preso atto di questa realtà del giudice mediatore nel dicembre del 2019 la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) ha presentato un kit di strumenti per lo sviluppo della mediazione in modo da garantire l'attuazione degli orientamenti CEPEJ sulla mediazione.

In sostanza qui si parlerà di un programma per i giudici affinché acquisiscano consapevolezza sulla mediazione e venga garantita l'efficienza del rinvio giudiziario alla mediazione.

Il documento è stato sviluppato con il contributo del Gruppo dei magistrati europei per la mediazione (GEMME) ed è stato adottato nella trentatreesima riunione plenaria del CEPEJ a Strasburgo il 5 e 6 dicembre 2019 in vista della sua adozione³¹.

Ne propongo qui una traduzione in italiano dall'inglese.

“È stato riconosciuto che i giudici svolgono un ruolo cruciale nella promozione di una cultura della risoluzione amichevole delle controversie. Dovrebbero essere in grado di fornire informazioni, organizzare sessioni informative sulla mediazione e, ove applicabile, invitare le parti a utilizzare la mediazione e/o rinviare i casi alla mediazione. È quindi essenziale che abbiano una piena conoscenza e comprensione del processo e dei benefici della mediazione.

L'obiettivo del presente strumento è sensibilizzare i giudici sulla mediazione in materia civile e familiare, in materia penale (adulti e minori) e in materia amministrativa. Questo strumento per analogia può essere utilizzato da altri professionisti legali che fanno riferimento alla mediazione come i pubblici ministeri e da altre autorità e istituzioni giudiziarie che forniscono loro formazione. È concepito per far accedere alla mediazione le parti in causa migliorando la capacità dei giudici di effettuare un effettivo rinvio giudiziario alla mediazione e non per creare dei giudici mediatori nell'esercizio della loro funzione giudiziaria. Si ispira ai programmi di formazione e sensibilizzazione condotti in Belgio, Francia e Svizzera francofona, gentilmente trasmessi e commentati dai seguenti istruttori: Giudici Avi SCHNEEBALG, formatore per i giudici belgi presso l'*Institut de training judiciaire di Bruxelles*, Fabrice VERT, formatore per giudici francesi presso l'Ecole Nationale de la Magistrature di Bordeaux, e Jean A. MIRIMANOFF, giudice onorario, mediatore, formatore per la Fondazione per la formazione continua dei giudici svizzeri.

Esiste una vasta gamma di diversi insegnamenti di mediazione e pratiche di mediazione all'interno degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia, questo strumento è

²⁹ Art. 38A 2002. évi LV. Törvény a közvetítői tevékenységről

³⁰ Punto 25 2017. évi CXXX. Törvény a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. Törvényhatálybalépésével összefüggő egyes törvények módosításáról

³¹ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)

Mediation Development Toolkit Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation.

MEDIATION AWARENESS PROGRAMME FOR JUDGES ensuring the efficiency of the Judicial Referral to mediation 6 December 2019



facilmente adattabile alle diverse situazioni nazionali. Questo strumento è stato sviluppato in riferimento al punto 3. Consapevolezza delle linee guida CEPEJ sulla mediazione.

1. Contesto dello strumento:

- Raccomandazione Rec (2002) 10 sulla mediazione in materia civile, cap. VII: "Gli Stati dovrebbero fornire informazioni sulla mediazione in materia civile ai professionisti coinvolti nel funzionamento della giustizia".

- Linee guida per una migliore attuazione della raccomandazione esistente in materia di mediazione familiare e mediazione in materia civile, CEPEJ (2007) 14, n. 50: "I giudici svolgono un ruolo cruciale nel promuovere una cultura di risoluzione amichevole delle controversie. È quindi essenziale che abbiano una piena conoscenza e comprensione del processo e dei benefici della mediazione. Ciò può essere ottenuto attraverso sessioni informative, nonché programmi di formazione iniziale e in servizio che includano elementi specifici di mediazione utili nel lavoro quotidiano dei tribunali in determinate giurisdizioni".

- Roadmap CEPEJ (2018) 8 basato sul rapporto CEPEJ-GT-MED su "L'impatto delle linee guida CEPEJ sulla mediazione civile, familiare, penale e amministrativa", adottato il 27 giugno 2018, Rec. 3, p. 4: "Senza una consapevolezza/formazione obbligatoria della mediazione dei giudici durante la loro istruzione o nel primo anno della loro pratica giudiziaria, il numero di casi riferiti alla mediazione in materia civile, familiare, penale (adulti e minorenni) e amministrativi rimarrà invariato a un numero effettivo insignificante", e la sua tabella 2.1:" Sviluppare e distribuire strumenti di formazione per aumentare la formazione obbligatoria e la consapevolezza della mediazione tra avvocati e giudici".

2. Obiettivi generali dei programmi di sensibilizzazione sulla mediazione.

Qualsiasi programma di sensibilizzazione iniziale dovrebbe mirare a consentire ai giudici di:

- Essere a conoscenza dei vari metodi ADR e saper discernere la modalità appropriata per una determinata situazione;

- Comprendere il conflitto e il modo per renderlo positivo;

2.1. Obiettivi generali dei programmi di sensibilizzazione sulla mediazione.

Qualsiasi programma di sensibilizzazione iniziale dovrebbe mirare a consentire ai giudici di:

- Essere a conoscenza dei vari metodi ADR e saper discernere la modalità appropriata per una determinata situazione;

- Comprendere il conflitto e il modo per renderlo positivo;

- Aprire l'accesso alla mediazione attraverso un efficiente rinvio giudiziario, che implica sapere come:

a) identificare e selezionare i casi adatti alla mediazione;

b) Comprendere le caratteristiche, i principi, gli obiettivi, gli approcci e i metodi di mediazione e il funzionamento del suo processo, al fine di fornire adeguate informazioni sulla mediazione alle parti in causa e ai loro avvocati;

c) suggerire, proporre alle le parti o dirigerle verso una partecipazione a una sessione informativa sulla mediazione svolta da un centro di mediazione o da mediatori qualificati;

d) facilitare la transizione delle parti in causa dal procedimento giudiziario al processo di mediazione.

Il contenuto e la metodologia dell'addestramento deve tenere conto del contesto, del livello iniziale di conoscenza e dell'esperienza pratica dei tirocinanti. Dovrebbero essere predisposti controlli di qualità e misure di monitoraggio indipendenti per garantire contenuti e offerta di formazione sufficienti.



Si raccomanda vivamente che la fornitura delle parti pratiche della formazione sia guidata da giudici-mediatori in attività e mediatori non giudiziari attivi, con esperienza come formatori.

Un programma di sensibilizzazione continua dovrebbe aggiornare la conoscenza e la pratica dei giudici in materia di rinvio giudiziario alla mediazione, ripetendo il programma del secondo e terzo semestre. (Cfr. Appendice 2).

3. Obiettivi specifici relativi alla legislazione nazionale e internazionale.

- Garantire la conoscenza della legislazione nazionale dei giudici nei rispettivi settori in materia civile e familiare, penale (adulti e minori) e amministrativa.

- Preparare i giudici a partecipare a un progetto pilota di mediazione nella propria giurisdizione.

- Migliorare la capacità conciliante dei giudici con l'uso di strumenti di mediazione (comunicazione attiva e principi - basati sugli interessi - negoziazione), ove consentito o prescritto dalla legge.

4. Durata della formazione iniziale e continua.

La durata di quattro mezze giornate (due giorni in totale) è raccomandata quando possibile per i programmi di formazione iniziale. Si consigliano una o due sessioni di mezza giornata a frequenza regolare per i programmi di formazione continua.

5. Risorse necessarie per formatori e assistenti.

Le risorse necessarie dipenderanno dal numero di partecipanti. Per un gruppo di 24 giudici, la partecipazione di un istruttore qualificato (mediatore accreditato, concordato, certificato) e una squadra di tre assistenti garantisce una buona efficacia nella sensibilizzazione. Idealmente, il rapporto formatore-tirocinanti dovrebbe essere al massimo da 1 formatore a 10 tirocinanti/15 tirocinanti.

6. Locali.

Quando il programma di sensibilizzazione si svolge nel primo anno della pratica giudiziaria, si raccomanda che si svolga all'interno degli edifici giudiziari o vicino ad essi.

7. Manuali consigliati.

Gli strumenti adottati dalla CEPEJ (CEPEJ (2018) 7), in particolare:

- La guida al rinvio giudiziario alla mediazione³²;
- La checklist di gestione e la checklist di monitoraggio del programma pilota;
- Manuali nazionali e una breve bibliografia per i giudici.

8. Raccomandazioni alle autorità giudiziarie degli Stati membri.

Per garantire l'efficienza dei programmi di sensibilizzazione/formazione (ovvero la loro durata, frequenza e qualità) sarebbe opportuno adottare le seguenti misure:

1. Nominare, in ciascuna Corte d'appello, un giudice responsabile della mediazione, per l'indagine sulla consapevolezza dei giudici e sui progetti pilota;
2. Nominare, in ciascuna giurisdizione, un giudice incaricato dell'organizzazione di questi programmi;
3. Garantire che questo giudice riceva una formazione completa da mediatore, al fine di poter diventare il principale riferimento per la sensibilizzazione sulla mediazione del suo tribunale e di essere in grado di organizzare un progetto pilota di mediazione nella sua giurisdizione.

³² EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ)

Mediation Development Toolkit

Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation

Establishing a Court Mediation Pilot: management checklist

27 June 2018



Appendice 1

Curriculum di base per rinvio giudiziario:

1. Sviluppo della conoscenza

I programmi di formazione dovrebbero coprire almeno questi settori principali dello sviluppo delle conoscenze:

1.1 Mediazione - definizione e concetto;

1.2 Risoluzione tradizionale delle controversie e mediazione;

1.3 Principi fondamentali di mediazione;

1.4. Fasi della mediazione:

a. Preparazione;

b. Apertura;

c. Esplorazione;

d. trattativa;

e. Accordo;

1.5. Indicazioni e controindicazioni della mediazione nella valutazione dell'idoneità dei casi;

1.6. Qualità richieste dai giudici che incoraggiano le parti a mediare;

1.7. Ruoli delle parti, dei loro consulenti e degli altri partecipanti alla mediazione;

1.8. Tempistica dell'incoraggiamento alla mediazione;

1.9 Quadro giuridico della mediazione e legislazione relativa alla mediazione, inclusa la revisione del quadro giuridico per la mediazione obbligatoria e opt-out mediation³³, se disponibile;

1.10 Interazione tra mediatori, giudici, avvocati, utenti della mediazione e altri soggetti interessati alla mediazione;

1.11. Elementi di un'intervista di rinvio:

a. Diagnosi di conflitto

b. Piano di intervento

c. Esplorazione della volontà di negoziare e suo potenziamento

d. Livello di escalation

e. Informazioni sulla mediazione

1.12. Principali caratteristiche e differenze della mediazione in materia civile, familiare, penale e amministrativa

2. Formazione di abilità pratiche.

In termini di sviluppo delle competenze, gli argomenti delle competenze essenziali che dovrebbero essere coperti, dimostrati e praticati in qualsiasi programma di formazione sono:

a. Forme di capacità di ascolto e strategie di comunicazione soprattutto quando partecipano gruppi vulnerabili (bambini, vittime e altre categorie che richiedono un'attenzione specifica);

b. Porre le domande giuste;

c. Modi per rispondere ai diversi comportamenti delle parti;

d. Motivare e preparare le parti e gli avvocati;

e. Capacità di analisi dei casi, compresa una ragionevole selezione della strategia e dei metodi di risoluzione delle controversie.

I corsi di formazione per rinvio giudiziario dovrebbero essere partecipativi, interattivi e focalizzati sullo studente. Per garantire ciò, è necessario utilizzare una varietà di metodologie di insegnamento, tra cui lezioni, video, esercizi interattivi, lavoro individuale, discussione di gruppo, conversazione in coppia e giochi di ruolo. Come linea guida, per la parte pratica di

³³ L'incontro informativo obbligatorio di mediazione



qualsiasi corso, progettata per insegnare il processo e le abilità per essere un giudice di rinvio efficace, una parte sostanziale dovrebbe essere dedicata al gioco di ruolo, al coaching e al feedback, nonché a discussioni ed esercitazioni.

Appendice 2

Esempio concreto di formazione iniziale e continua.

1) Esempio concreto di un programma di formazione iniziale - organizzazione e contenuto.

Il tempo è diviso in lezioni seguite da tavole rotonde, workshop e giochi di ruolo in modo interattivo, con una mezza giornata dedicata alle specificità nazionali. La durata ha solo un valore indicativo e può essere modificata in base alle esigenze specifiche. Vedi anche il cap.10. Raccomandazioni alle autorità giudiziarie.

Prima mezza giornata:

A) Introduzione all'ADR e al luogo della mediazione rispetto alla soluzione tradizionale delle controversie (lezione 45 min. e tavola rotonda 15 min.);

B) Conflitto e controversia legale (lezione 45 min. e tavola rotonda 15 min.);

C) Mediazione: principi, vantaggi e limitazioni (lezione 45 min.)/Tavola rotonda e dibattiti sulla riservatezza (15 minuti);

D) Mediazione e conciliazione (lezione di 30 minuti) ed esercitazioni su casi pratici (30 minuti). Per gli Stati membri che non conoscono la conciliazione: approcci e moduli di mediazione (prevenzione e riparazione);

Valutazione della mezza giornata.

Seconda mezza giornata.

A) Comunicazione attiva (lezione 30 min. ed esercitazioni pratiche 30 min.);

B) Negoziazione di principio (basata sugli interessi) e sua applicazione nel diritto collaborativo e nel processo di mediazione (lezione 15 min. ed esercitazioni 45 min.);

C) Il processo di mediazione e le sue fasi, i ruoli della terza parte, delle parti e dei consulenti/avvocati (lezione 30 min.);

Caso di studio: gioco di ruolo (90 min.);

D) Qualità dei giudici che rimandano i casi alla mediazione (tavola rotonda 30 min.);

Valutazione della mezza giornata.

Terza mezza giornata.

Il colloquio di rinvio giudiziario e le sue fasi:

A) Individuazione e selezione di casi (lezione 15 min.) e casi pratici (45 min.);

B) Informazioni sulla mediazione (lezione 15 min.) e giochi di ruolo, come in udienza (45 min.): simulazione degli scambi tra il giudice, le parti e i loro avvocati, esplorando la volontà di negoziare e migliorandola, argomentazioni pro e contra, obiezioni e contro obiezioni;

C) Le modalità per fare riferimento alla mediazione e al sostegno alle parti durante il passaggio dalla procedura giudiziaria al processo di mediazione: lezione (15 min.) e tavola rotonda (45 min.);

Valutazione della mezza giornata.

Quarta mezza giornata.

Specificità nazionali compreso il quadro giuridico della mediazione.

Cinque gruppi separati, se applicabile, per la mediazione in:

A) Famiglia;

B) Civile;

C) Criminale (adulti);

E) Criminale (minori) e

F) Questioni amministrative;



- rinvio giudiziario alla mediazione;
- L'uso degli strumenti di mediazione da parte del giudice della conciliazione;
- Rafforzare gli accordi di mediazione: ratifica e atti esecutivi autentici. Aspetti nazionali e internazionali.

Valutazione della mezza giornata e della formazione.

2) Esempio concreto di formazione continua.

Prima mezza giornata.

A) Comunicazione attiva (lezione 30 min.) ed esercitazioni pratiche (30 min.);

B) Negoziazione di principio (basata sugli interessi) e sua applicazione nel diritto collaborativo e nel processo di mediazione (lezione 15 min. ed esercitazioni 45 min.);

C) Procedura per il processo di mediazione e le sue fasi, i ruoli della terza parte, delle parti e dei consulenti / avvocati (lezione 30 min.);

Caso di studio: gioco di ruolo (90 min.);

Valutazione della mezza giornata.

Seconda mezza giornata.

Il colloquio di rinvio giudiziario e le sue fasi:

A) Individuazione e selezione di casi (lezione 15 min.) e casi pratici (30 min.);

B) Informazioni sulla mediazione (lezione 15 min.) e giochi di ruolo, come in udienza (30 min.): simulazione degli scambi tra il giudice e le sue parti in causa e i loro consulenti/avvocati, esplorando la volontà di negoziare e migliorarla, argomenti pro et contra, obiezioni e contro obiezioni;

C) Il modo di fare riferimento alla mediazione e l'assistenza alle parti durante il passaggio dalla procedura giudiziaria al processo di mediazione: lezione (15 min.) e tavola rotonda (30 min.);

Valutazione della mezza giornata e della formazione”.

Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT

La rivista è aperta, in particolare, ad accademici, a studiosi ed esperti delle discipline giuridiche; la collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT è gratuita e volontaria. Può consistere nell'invio di testi e/o di documentazione giuridica (sentenze, ordinanze etc.). Gli scritti e quant'altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti.

Le proposte di collaborazione, per l'espletamento della procedura di valutazione, possono essere sottoposte alla redazione di AD a questo indirizzo E-mail: **rivista @ ambientediritto.it**.

I riferimenti agli autori dei lavori pubblicati (articoli, commenti, interventi...) saranno citati all'interno del testo ed in una pagina appositamente creata. È inoltre possibile, previo accordo, creare e gestire nuove sezioni del Portale.

L'esubero di nuove informazioni continuamente prodotte ed acquisite determina un istintivo atteggiamento collettivo di difesa, come segnalano la frantumazione dei linguaggi scientifici in un gran numero di settori e sottosectori spesso scarsamente comunicanti e, nel più vasto riferimento sociale, una cultura sempre più frammentata in tanti interessi particolari e quasi mai tesa alla ricerca con prospettive globali.

La cultura fortemente frammentata e accelerata è sfociata sul piano intellettuale e su quello sociale nel senso dell'effimero, è diventata cultura dell'effimero e ha aumentato l'incapacità di creare sintesi come risposte ai problemi giuridici, sociali e del diritto. Occorre articolare collegamenti e interdipendenze capaci di mettere in relazione e valorizzare a pieno tutta la ricchezza, la fecondità e la capacità autoprogettuale di ogni singola disciplina e sottodisciplina. Occorre una ricerca interdisciplinare che sia ricerca di globalità come ricerca di relazione fra diversi frammenti e quindi come ricerca di orizzonti di significati.

Una comunicazione "certificata del diritto" è il tentativo complesso di localizzare nella storia l'istante dell'originalità primitiva, di indicare lo stadio larvale di ciò che verrà. Le nostre difficoltà, ovviamente, non alla sola effimera modernità sono imputabili: arduo è imparare a farsi esperti, a vivere.

AMBIENTEDIRITTO.it - EDITORE ©®

<https://www.ambientediritto.it/>

La Rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - (Classe A) - Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. www.ambientediritto.it. - Catalogo (CINECA) - Codice rivista: E197807 - (Codice DoGi:) 9080 - Archivio Collettivo Nazionale dei Periodici ((ACNP)) Codice rivista PT03461393 - Catalogo internazionale (ROAD), patrocinato dall'UNESCO.

