ISSN 1974-9562 **ANNO - XXIII**

AMBIENTE DIRITTO

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

All'interno i contributi dei seguenti Autori:

EDITORIALE: **Paolo Maddalena; -** *SAGGI:* **Luana Leo – Cristiana Angelini – Costanza Nicolosi – Nicolò Carmineo – Lara Marchetta – Salvatore Esposito – Gaetano Armao – Vesva Bocchini – Manlio D'Agostino Panebianco – Roberto Louvin – Carla Piffer – Daniele Porena – Niccolò Basigli – Mario Tocci – Federico Francesco Guzzi - Francesco Cirillo – Emilio Castorina - Antonio Saporito – Giovanni Gianotti – Antonella Florio Damiano Fuschi – Giacomo Vivoli – Marco Calabrò – Anton Giulio Pietrosanti – Giuseppe Maria Palmieri -** *FOCUS:* **Giovanni D'Alessandro – Giuseppina Martina Campolo – Carlo Alberto Calcagno – Demetrio Calveri – Giacomo Ariete.**

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE©®

Anno ***2023*** - Fasc. ***n. 2***

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

ISSN 1974-9562

9 771974 956204

AMBIENTE DIRITTO

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) Univiversità degli Studi di Catania – **Marcello Cecchetti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari – **Cristiano Celone** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo – **Alfonso Celotto** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08), Università degli Studi "Roma Tre" – ***Ginevra* Cerrina Feroni** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Bologna – **Mario Pilade Chiti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze – **Antonio Colavecchio** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia – **Calogero Commandatore** Magistrato presso TAR Sicilia Palermo – **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 Mazzarolli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Udine – **Agostino Meale** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari – **Marisa Meli** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania – **Roberto Miccù** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi La Sapienza – Roma

– **Cesare Mirabelli** Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico (IUS/11) Università degli Studi Roma Tor Vergata, Presidente Emerito della Corte costituzionale – **Antonio Mitrotti** Abilitato alle funzioni di prof. univ. di 2° Fascia nel Sett. Conc. 12/C1 – Segretario Comunale – **Remo Morzenti Pellegrini** Professore ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bergamo, già Rettore della medesima Università, Vicepresidente della Scuola Nazionale dell'Amministrazione – **Gracia Luchena Mozo** Professore Ordinario Universidada de Castilla-la Mancha – **Stefano Nespor** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano – **Dante Flàvio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administracão, Universidade Estadual de Paraìba – **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia – **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia – **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa – **Andrea Pertici** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) 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 – **Giacomo Vivoli** (Professore a contratto in Diritto dell'Ambiente, Università degli Studi di Firenze).

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" – **Luigi Carbone** (Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico – Università degli Studi di Trieste – *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) – ***Leo Stilo*** (Cultore della materia in Diritto Amministrativo, già Direttore della Rivista Il Nuovo Diritto) – **Gianluca Trenta** (Dottore di ricerca in Diritto Comparato nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi).

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) – **Francesco Camplani** (Università degli Studi di Macerata) – **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 Martìnez** (Universidad Externado de Colombia) – ***Gianni Cortigiani*** (Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze) – **Manlio D'Agostino Panebianco** (CeSIntES dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata) – **Simona D'Antonio** (Università degli Studi di Teramo) – ***Sandro De Gotzen*** (Università degli Studi di Trieste) – **Lorenzo De Gregoriis** (Università degli Studi di Teramo) – **Andrea De Lia** (Avv. penalista e Docente a contratto di Diritto penale) – ***Giovanni* D'Alessandro** (Università "Niccolò Cusano" di Roma) – **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) – **Agatino Giuseppe Lanzafame** (Referendario TAR LAZIO) – **Nicoletta Laurenti Collino** (Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine) – **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)- **Giulia Milo** (Università degli Studi di Trieste) – **Giuseppe Misserini** (Università degli

Studi di Bari) – **Viviana Molaschi** (Università degli Studi di Bergamo) – **Davide Monego** (Università degli Studi di Trieste) – **Asensio Navarro Ortega** (Universidad de Granada) – **Alberto Oddenino** (Università degli Studi di Torino) – **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (Centro Universitario Estácio da Amazônia) – **Vittorio Pampanin** (Università degli Studi di Pavia) – **Vera Parisio** (Università degli Studi di Brescia – Esperta in materia ambientale) – **Maria Antonella Pasculli** *(Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")* **Paolo Patrito** (Università degli Studi di Torino) – **Mauro Pennasilico** (Università degli Studi di Bari Aldo Moro) – **Vincenzo Pepe** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – **Francesco Perchinunno** (Università degli Studi di Bari) – **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) – **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 Tuscia) – **Antonio Saporito** (Università degli Studi Niccolò Cusano) – **Ciro Sbailò** (Università degli Studi internazionali di Roma) – **Maria Stefania Scardigno** (Università degli Studi di Bari) – **Franco Sciarretta** (Unitelma Sapienza Roma) – **Andrea Sticchi Damiani** (Cultore di diritto amministrativo Avv. Foro di Lecce) – **Anna Tacente** (Università degli Studi di Bari) – **Alma Lucia Tarantino** (Università degli Studi di Bari) – **Marco Terrei** (Centrale di committenza del Comune di Lanciano) – **Luca Maria Tonelli** (Università degli Studi di Perugia) – **Grazia Maria Vagliasindi** (Università degli Studi di Catania) – **Tommaso Ventre** (LUISS Guido Carli) – **Marcello Vernola** (Universita di' Cassino e del Lazio Meridionale) – **Donato Vese** (Università degli Studi di Torino).

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

Indice generale

RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA inserita nell'Area 12 - Classe A - ANVUR 1

ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA 3

EDITORIALE 14

COSA SONO I BENI COMUNI E COME SI DIFENDONO. .....

Paolo Maddalena 15

SAGGI 33

"ANIMAE DUAE, ANIMUS UNUS". NOTE SUL DIRITTO ALLA SESSUALITA' DELLE PERSONE DISABILI .....

Luana Leo 34

ASPETTO RELAZIONALE NELLA GIURISPRUDENZA CLIMATICA. .....

Cristiana Angelini 56

ANTICORRUZIONE E ANTIRICICLAGGIO: SPUNTI CRITICI .....

Costanza Nicolosi 77

ATTIVITÀ TURISTICHE E AREE MARINE PROTETTE: COMPATIBILITÀ E PRINCIPI DI GESTIONE EFFICACE .....

Nicolò Carnimeo - Lara Marchetta 101

BREVI NOTE SULL'ONERE DI DILIGENZA INFORMATICA DEL CITTADINO .....

Salvatore Esposito 130

I POTERI SOSTITUTIVI IN MATERIA AMBIENTALE: LA SOSTITUZIONE NEL COMPIMENTO DI ATTIVITÀ COMPLESSE .....

Vesva Bocchini 152

IL "DATO": BENE IMMATERIALE CON UN PROPRIO VALORE INTRINSECO .....

Manlio d'Agostino Panebianco 174

IL COSTO AMBIENTALE DELLA RISORSA IDRICA INTERROGATIVI DI METODO .....

Roberto Louvin 194

IL DEBITO SOVRANO DEGLI STATI E DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NEL PRISMA DELLA SOSTENIBILITÀ .....

Carla Piffer - Daniele Porena - Nicolò Basigli 210

IL GOVERNO DEL TERRITORIO TRA ARCHEOLOGIA PUBBLICA E PREVENTIVA .....

Gaetano Armao 232

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DI VERIFICA DELL'INTERESSE CULTURALE TRA LIMITI E CRITICITÀ.....

Mario Tocci 275

IL REGIME DELLE ESCLUSIONI NON AUTOMATICHE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.....

Federico Francesco Guzzi 299

L'INTERESSE DELLE FUTURE GENERAZIONI: RAGIONAMENTI FALLACI E INTERPRETAZIONI SOSTENIBILI.....

Francesco Cirillo..... 319

LA SCIENZA E LA TECNICA DI FRONTE ALLA DISCREZIONALITÀ POLITICA E AMMINISTRATIVA: PRINCIPIO DI "NON CONTRADDIZIONE" E DIRITTO ALLA SALUTE.....

Emilio Castorina..... 339

VERSO UNA "NUOVA" AMMINISTRAZIONE DIGITALE.....

Antonio Saporito..... 358

UNA LUOGOTENENZA ANOMALA .....

Giovanni Giannotti 419

TUTELA E GESTIONE DEL RICCIO DI MARE .....

Nicolo' Carnimeo - Antonella Florio 446

RIGHTS OF NATURE IN THE CONSTITUTIONS OF ECUADOR AND BOLIVIA .....

Damiano Fuschi 483

L'INTERPELLO IN MATERIA AMBIENTALE: UN UTILE STRUMENTO DI DIALOGO TRA LE COMPLICATE SEMPLIFICAZIONI.....

Giacomo Vivoli 506

I PRINCIPI DI MASSIMA PARTECIPAZIONE E DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.....

Marco Calabrò - Anton Giulio Pietrosanti 530

LA NATURA SIMBOLICA DEL TITOLO IX *BIS* C.P. L'ANIMALE COME TERMINE DI RIFERIMENTO DI LEGITTIME OGGETTIVITÀ GIURIDICHE: PER UNA PIÙ EFFICACE TUTELA IMPRONTATA A SUSSIDIARIETÀ .....

Giuseppe Maria Palmieri 570

FOCUS..... 600

LA LEGGE COSTITUZIONALE N. 1 DEL 2022 NEI LAVORI PREPARATORI DELLA XVIII LEGISLATURA .....

Giovanni D'Alessandro..... 601

L'HARVARD NEGOTIATION PROJECT, IL MEDIATORE E GLI AVVOCATI.....
Giuseppina Martina Campolo 606
LA MEDIAZIONE IN DANIMARCA .....
Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri..... 617
LA MEDIAZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN LITUANIA.....
Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri..... 627
LA NOVELLA DELLA LEGGE BULGARA IN TEMA DI MEDIAZIONE.....
Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri..... 634
LE NUOVE FORME DELLO "*IUS VARIANDI*" NELLA PIANIFICAZIONE URBANISTICA E TERRITORIALE .....
Giacomo Ariete 646
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT..... 660

EDITORIALE

EDITORIALE

COSA SONO I BENI COMUNI E COME SI DIFENDONO.

Paolo Maddalena

Vice Presidente Emerito della Corte costituzionale

SOMMARIO: **1.** I "beni comuni" secondo il premio Nobel Elinor Ostrom. La contraddizione, in proposito, tra lo schema di disegno di legge e la concernente relazione, presentati dalla Commissione Rodotà. L'importanza del "demanio", cancellato dal predetto schema di proposta di legge. L'oblio della "proprietà pubblica" di cui all'art. 42 Cost. Coincidenza delle osservazioni della Ostrom con i "principi fondamentali" della nostra Costituzione. Il concetto di "comunità". La fondamentale divisione tra beni in commercio e fuori commercio. Il principio ineliminabile del coordinamento a fini sociali dell'attività economica pubblica e privata (art. 41 Cost.). La incostituzionalità delle "privatizzazioni", delle "liberalizzazioni" e delle "concessioni" a privati dei beni in proprietà comune e demaniale del Popolo. Identità tra beni comuni e beni demaniali. **- 2.** Il nuovo "demanio costituzionale". Identificazione ermeneutica e non tassativa dei beni comuni e demaniali. **- 3.** Il sistema economico predatorio neoliberista e la distruzione della nostra potenza industriale e economica operata da tutti i governi degli ultimi trenta anni con le "liberalizzazioni", le "privatizzazioni" e le "concessioni" a privati dei beni comuni e demaniali. **- 4.** Il "diritto di difesa" del Popolo contro i governi che lo hanno spogliato della sua "proprietà pubblica, comune e demaniale", ponendo la ricchezza nazionale nelle mani delle multinazionali e degli speculatori. Il ricorso incidentale alla Corte costituzionale.

1. I "beni comuni" secondo il premio Nobel Elinor Ostrom. La contraddizione, in proposito, tra lo schema di disegno di legge e la concernente relazione, presentati dalla Commissione Rodotà. L'importanza del "demanio", cancellato dal predetto schema di proposta di legge. L'oblio della "proprietà pubblica" di cui all'art. 42 Cost. Coincidenza delle osservazioni della Ostrom con i "principi fondamentali" della nostra Costituzione. Il concetto di "comunità". La fondamentale divisione tra beni in commercio e fuori commercio. Il principio ineliminabile del

coordinamento a fini sociali dell'attività economica pubblica e privata (art. 41 Cost.). La incostituzionalità delle "privatizzazioni", delle "liberalizzazioni" e delle "concessioni" a privati dei beni in proprietà comune e demaniale del Popolo. Identità tra beni comuni e beni demaniali.

Il significato dell'espressione "beni comuni", soprattutto a causa di quanto si legge nello schema del disegno di legge, preparato dalla Commissione Rodotà, è rimasto oscuro e inafferrabile per la maggioranza degli studiosi. Ciò non ostante, proprio ad opera di questi studiosi, si è affermata e diffusa un'ampia letteratura[1], secondo la quale i "beni comuni" sono beni necessari per soddisfare bisogni collegati a diritti fondamentali, che devono essere in uso diretto della collettività e per i quali l'aspetto della "gestione" è molto più importante di quello della appartenenza. Comunque il concetto di beni comuni che si è radicato nell'immaginario collettivo ha riguardato soprattutto la necessità che tali beni siano gestiti da Enti pubblici e siano comunque sottratti alle speculazioni del mercato. Ed è proprio su questa idea che si è verificata la vittoria del referendum sulla gestione dell'acqua pubblica del 2011.

Il tema è dunque molto importante e necessita di un valido approfondimento, che sia scevro da preconcetti e, soprattutto, sia conforme ai "principi e ai diritti fondamentali" sanciti in Costituzione. Al riguardo giova innanzitutto ricordare che l'espressione "beni comuni" è stata usata per la prima volta in modo pregnante e consapevole dal premio Nobel Elinor Ostrom, nel suo libro di carattere socioeconomico, dal titolo "La *governance* dei beni comuni", edito nel 1988[2], mentre in Italia questa espressione compare per la prima volta, come atto ufficiale, nel citato disegno di legge scritto nel 2007, elaborato dalla citata Commissione Rodotà, e presentato al Senato il 24 febbraio 2010.

Per quanto riguarda la Ostrom, è da evidenziare che questa illustre scrittrice, dopo molti studi e esperienze sul campo, arrivò alla conclusione che, né il "mercato", né lo "Stato" possono assicurare la salvaguardia e la conservazione dei beni comuni, ma solo le "comunità locali", composte da persone che si conoscono, si frequentano e partecipano attivamente per lo stesso fine. Per la Ostrom "i beni comuni sono beni collettivi gestiti da comunità". Ella non parla di "proprietà" (però la sottintende

[1]Lezione tenuta il 28 febbraio 2023, presso la "scuolainterdisciplinarecosmopolita@groups.google.com." In proposito, vedi S. SETTIS, Azione Popolare, Ed. Einaudi, Torino, 2012, p. 61 ss.

[2] E. OSTROM, *Governing the commons: The Evolution of institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990. Traduzione italiana. Governare i beni collettivi, Marsilio, Venezia, 2006.

quando parla di beni "comuni" o "collettivi"), e ciò che la interessa è soprattutto la "gestione", poiché per lei ciò che conta è "l'uso" da parte di tutti. Ella, inoltre, distingue tra "beni comuni naturali" e "beni comuni creati dall'uomo", sottolineando che i primi sono inviolabili, in quanto "sistemi di sostegno della vita". Ed è interessante notare che i concetti chiave usati dalla Ostrom sono "comunità", "beni comuni o collettivi", "gestione da parte della comunità", "partecipazione di tutti" e "tutela dei sistemi di vita". È un parlare, per così dire al "plurale", fondato su "dati reali", e sul senso della "solidarietà" sociale.

Quanto all'attività svolta dalla Commissione Rodotà, stupisce fortemente che quanto si legge nello schema del disegno di legge da questa prodotto, come presto si vedrà, non corrisponde affatto a quanto invece si legge nella corrispondente relazione al Senato. In questa ultima si afferma che "diversamente dai beni privati, i beni comuni – definibili in senso lato come quelli idonei a esprimere utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona umana, e informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità – non sono stati oggetto di una pregnante regolamentazione, non ostante possano vantare una copertura costituzionale altrettanto, se non maggiormente rilevante. Si pensi ad esempio all'espressa menzione in Costituzione della proprietà pubblica, e più in generale, alla funzionalizzazione sociale degli stessi beni privati per esigenze di interesse generale (si veda articolo 42 Costituzione, rispettivamente, commi primo, secondo e terzo)". Viceversa, nello schema della legge si afferma palesemente il contrario e si è attentissimi a evitare che vi possa essere una sia pur minima contaminazione tra la citata "proprietà pubblica" di cui all'art. 42 Cost., che Massimo Severo Giannini subito definì come "proprietà collettiva demaniale"[3], e i "beni comuni" dei quali si parla. Infatti detto schema di legge addirittura abolisce il DEMANIO, e cioè quella forma di dominio che sottrae al mercato i beni di maggiore interesse pubblico per riservarli all'uso pubblico di tutti i cittadini, e che certamente ben si attaglierebbe al nuovo concetto di "bene comune". Del resto, come si ricorderà, il "DEMANIUM" fu creato da Federico II, quando apparve chiaro che zone di territorio di elevato interesse pubblico, come le strade, i porti, le spiagge, le rade, i grandi Palazzi, ecc., erano stati occupati dai privati che ne avevano fatto oggetto di "*dominium utile*", sottraendoli al "*dominium eminens*" dell'Imperatore. Per mantenere detti beni nell'ambito della loro

[3] M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Ed. Bulzoni, 1971, rist. 1981, p. 47.

naturale funzione, Federico II emanò a Melfi, nel 1231, il cosiddetto *Liber constitutionum*, con il quale riportò sotto l'egida imperiale, e cioè nel proprio "*dominim eminens*", tutti quei beni di preminente interesse generale caduti in mano privata, restituendoli così all'uso gratuito generale.

Per di più, come si accennava, l'intero schema del disegno di legge, non solo abolisce il demanio, ma non nomina, né indica, sia pur indirettamente, la "proprietà pubblica" (considerando come esistente nell'ordinamento giuridico soltanto la "proprietà privata"), e considera "pubblico" il bene, non per una sua propria natura, ma semplicemente per la sua appartenenza, ovviamente a titolo di "proprietà privata", a un Ente di natura "pubblica". In altri termini la "pubblicità" del bene vien fatta dipendere, in modo riflesso, dalla "pubblicità" dell'Ente cui il bene appartiene. In sostanza questo disegno di legge torna indietro sotto gli schemi propri dello Statuto albertino, che considerava lo Stato come una "persona giuridica pubblica", cioè come un "soggetto singolo", cui ben si attagliava il concetto della "proprietà privata". Ed è sfuggito, ai compilatori della Commissione Rodotà (ma non a quest'ultimo, come si rileva dagli Atti della Commissione stessa) che l'avvento della nostra Costituzione repubblicana ha comportato la trasformazione dello "Stato persona" nello "Stato comunità" (la "Repubblica"), cioè in un "soggetto plurimo", il Popolo, la cui appartenenza di beni, servizi o attività non può avere la natura della "proprietà privata" del singolo, ma della "proprietà pubblica e collettiva" di tutti. Un gravissimo errore interpretativo che è stato causa di numerosi altri errori, come presto si vedrà.

Si tratta peraltro di un errore voluto, poiché la stessa Relazione al disegno di legge, redatta dalla Commissione Rodotà, afferma chiaramente di ispirarsi alla necessità di non ingessare i beni pubblici in una immutabile situazione giuridica di inalienabilità, e di consentire anche la loro alienazione, tenendo presente il valore complessivo dei beni, e non il valore del singolo bene in sé considerato. Ricorda infatti detta Relazione che l'idea "di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici era stata proposta già nel 2003 da un gruppo di studiosi presso il Ministero dell'economia e delle finanze … per la costruzione di un Conto patrimoniale delle Amministrazioni Pubbliche basato sui criteri della contabilità internazionale". Infatti "nello svolgimento di tale compito, e alla luce dei processi di valorizzazione e privatizzazione di alcuni gruppi di cespiti pubblici (immobili e crediti), era emersa la necessità di poter contare su un contesto giuridico dei beni che fosse più al passo con i tempi ed in grado di definire criteri generali e direttive sulla

gestione e sulla eventuale dismissione di beni in eccesso delle funzioni pubbliche, e soprattutto sulla possibilità che tali dismissioni (ed eventuali operazioni di vendita e riaffitto dei beni) fossero realizzate nell'interesse generale della collettività facendo salvo un orizzonte di medio e lungo periodo". Insomma l'obiettivo dello schema di disegno di legge, propagandato come un complesso di norme finalizzato alla tutela di un gruppo di beni pubblici denominati "beni comuni", era invece quello di facilitare la "contabilizzazione" della "privatizzazione" o della "vendita" di beni appartenenti alla "proprietà pubblica e demaniale", con la pratica abolizione del carattere della "demanialità", cioè della inalienabilità, inusucapibili e inespropriabili di detti beni. Una abolizione che si concreta nel tenere in nessun conto l'affermazione costituzionale, di cui all'art 42 Cost., che, come detto, separa la proprietà pubblica dalla proprietà privata. Questo fine, peraltro, risulta evidente dal contenuto dello schema di legge, il quale, come si è avvertito, evita ogni riferimento alla "proprietà pubblica" e crea uno strano regime dei "beni pubblici", definiti "beni comuni", la cui "inalienabilità", quando è sancita, non deriva dalla suddetta disposizione costituzionale (essendosi peraltro abolita la categoria dei "beni demaniali"), ma dalla stessa legge ordinaria di delega, preparata dalla Commissione. Prova inconfutabile di quanto detto è nella stessa "classificazione" che detto schema di legge descrive. Si prevede, infatti, dapprima una grande suddistinzione in tre categorie: "beni comuni" (che sono definiti alienabili se in proprietà privata, e inalienabili se in proprietà di pubbliche amministrazioni), "beni pubblici" e "beni privati"; e poi si provvede a suddistinguere ulteriormente i "beni pubblici" in "beni a necessaria appartenenza pubblica", "beni sociali" e "beni pubblici fruttiferi". Un vero caos che nasconde una sola verità: creare una *lex in fraudem Constitutionis*, al fine di rendere "privatizzabili" e "alienabili" beni del "Demanio pubblico", che, come è a tutti noto sono "inalienabili, inusucabili e inespropriabili".

Dunque di questo schema di legge è meglio non parlarne, apparendo utile, dopo quanto detto, tornare alla impostazione della Ostrom, la quale, come già detto, fonda il suo ragionamento, ai fini della definizione e della tutela dei beni comuni, sui concetti di "comunità", "beni comuni e collettivi", "gestione" diretta da parte della comunità, "partecipazione attiva" della popolazione. Allora, anziché vagare tra le nubi delle fantasticherie, è bene stare con i piedi per terra, prendere le mosse da questi solidi concetti della Ostrom, e cercare la soluzione del nostro problema, facendo innanzitutto riferimento alla Costituzione, che certamente non può essere baypassata, essendo al

primo posto nella gerarchia delle fonti, e costituendo, come ricorda la disposizione XVIII transitoria e finale della Costituzione stessa, "la legge fondamentale dello Stato", che "deve essere osservata fedelmente da tutti i cittadini e dagli Organi dello Stato".

Il punto centrale da cui partire, quindi, come suggeriva la Ostrom, è il concetto di "comunità", cioè di una struttura sociale che si dipana in tre elementi: un "aggregato umano" (il Popolo), una "porzione di Terra" sulla quale il Popolo si insedia (il Territorio), e un "ordine giuridico" che regola la vita dei consociati (la Sovranità). Si tratta proprio dei tre elementi dello "Stato comunità", cioè della "Repubblica", sancito dalla nostra Costituzione, il cui ordinamento si struttura proprio negli accennati elementi, tra i quali assume determinante importanza il rapporto tra Popolo e Territorio, cioè tra il mondo delle persone e il mondo delle cose, un rapporto che sembra creato apposta per accogliere la nozione di "beni comuni", intesi come beni in appartenenza e in uso del Popolo. Una utilizzazione, in sostanza, che è tanto più efficiente, quanto maggiore è l'impiego di tutte le energie disponibili e quanto più precisa è l'equa distribuzione della ricchezza prodotta, la qualcosa assicura, ovviamente, non solo l'attuazione del "principio fondamentale" dell'"eguaglianza economica e sociale", come prescrive l'art. 3, comma 2, della Costituzione, ma anche, sul piano puramente economico, il conseguimento del "massimo di utilità totale" per l'intera comunità. Insomma è questa la struttura essenziale della nostra "Repubblica" (lo Stato comunità), la quale, a termine dell'art. 139 della Costituzione "non può essere oggetto di revisione costituzionale".

Questi specifici e fondamentali obiettivi sono peraltro perseguiti magistralmente dalla nostra Costituzione, la quale fonda il suo "ordine giuridico e economico" sulla cosiddetta "*divisio*" tra le "*res publicae*" e le "*res privatae*", della quale parla Gaio, giurista romano del secondo secolo dopo Cristo, quando afferma, (Gai Inst., 2.11): "*Quae publicae sunt nullius videntur in bonis esse: ipsius enimn universitatis esse creduntur: Privatae sunt quae singulorum hominum sunt*". Con la importante conseguenza che le "*res privatae*" sono "in commercio" ("*in patrimonio*") e le "*res publicae*" sono "fuori commercio" ("*extra patrimonium*"). Infatti, precisa lo stesso Gaio, (Gai Inst. 2,1): "*Superiore commentario de iure personarum exposimus; modo de rebus. Quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur*". Una "*divisio*" che appare sostanzialmente trascritta nel citato articolo 42, primo comma, primo alinea, della nostra Costituzione, il quale, molto elegantemente e sinteticamente, così si esprime: "La proprietà è pubblica o privata". È fondamentale, in altri termini, una netta

divisione tra le due forme di appartenenza, quella pubblica e quella privata, una divisione posta peraltro bene in evidenza da quell'"o" disgiuntivo, che non consente equivoci. Ed è inoltre da precisare che, mentre la "proprietà pubblica" non ha limiti, ed è storicamente "originaria"[4], la proprietà privata è sottoposta a numerosi limiti, a cominciare da quello "interno" della "funzione sociale", mentre altri limiti, definiti questa volta "esterni" (paesaggistici, urbanistici, di sicurezza sismica, ecc.), si estendono anche sulle proprietà private, costituendo su queste quella che Carl Schmitt chiamava la "superproprietà" del Popolo[5]. E non sfugga che questa "divisione" è sancita dalla nostra Costituzione nel quadro di una superiore unità. Infatti l'art. 41, comma 3, Cost. dispone che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". Ne consegue che il "sistema economico" previsto in Costituzione è quello produttivo di stampo "Keynesiano", secondo il quale la ricchezza va distribuita alla base della piramide sociale e il Popolo nel suo complesso, cioè lo Stato comunità, deve intervenire nell'economia, in modo che siano messe in moto, come poco sopra si diceva, tutte le energie disponibili, mentre assolutamente contro la stessa struttura costituzionale è il "sistema economico predatorio neoliberista", che vuole l'accentramento della ricchezza nelle mani di pochi, una forte "concorrenza" tra questi e l'esclusione dello Stato dall'economia. Un sistema che porta alla distruzione della ricchezza di chi è più debole e all'accaparramento della stessa, con gli inevitabili sprechi che comporta, nelle mani di pochi.

E non si può tacere, purtroppo, che una grande apertura a questa distruttiva teoria economica è stata offerta dalla "incostituzionale" (in quanto contraria ai "principi e ai diritti fondamentali", da ritenere intoccabili) e "illogica" revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione, avvenuta con l'approvazione della legge costituzionale n. 3 del 2001, fortemente sostenuta dai cosiddetti "regionalisti". Una modifica che ha previsto forme speciali di autonomia per alcune Regioni (art. 116 novellato) e soprattutto ha eliminato il fondamentale principio, sancito nella formulazione originaria del primo comma dell'art. 117 Cost., secondo il quale le Regioni potevano legiferare "nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme non fossero in contrasto con l'interesse nazionale o con quello di altre Regioni". Si è aperta così la via al concetto deleterio della "concorrenza" (parola

[4] Lo ha dimostrato B. G. NIEBHUR, "*Romische Geschichte*", Berlin, 1811, 1, p. 245 ss.
[5] C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Ed., Adelphi, 2011, p. 24

che appare per la prima volta nel modificato comma 2, lett. e) dell'art. 117 Cost.) tra le stesse Regioni, dimenticando che le "Istituzioni" devono coordinarsi per il benessere di tutti, avendo come principio direttivo "l'eguaglianza economico sociale" da attuare in tutte le ripartizioni territoriali del Paese. E, per di più, si è addirittura stabilito che alcune Regioni possano "differenziarsi" dalle altre, ottenendo, con legge ordinaria e mediante "intesa" con lo Stato, "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" (art. 116, comma 3, Cost.), con ciò cancellandosi in pieno la stessa struttura della Repubblica. Si tratta, comunque, di norme che contrastano i "principi e i diritti fondamentali", sanciti nella Parte prima della Costituzione e che, pertanto, sono sotto la spada di Damocle di un possibile e auspicabile ricorso alla Corte costituzionale per il loro totale annullamento.

Tornando alla parte sana della Costituzione, c'è da chiedersi, a questo punto, qual è la diversità di disciplina tra la proprietà pubblica e la proprietà privata. Già si è detto che la proprietà pubblica è da intendersi come "proprietà pubblica demaniale", ed è ora da sottolineare che la "proprietà pubblica", per essere "proprietà di tutti" (nessuno escluso) non può essere ceduta a singoli, ed è necessariamente una proprietà "fuori commercio", che reca naturalmente in sé il carattere della "demanialità" (inalienabilità, inusucapibilità, inespropriabilità). Lo fa capire molto bene il primo comma del citato art. 42 Cost., il quale, dopo aver sancito che "la proprietà è pubblica o privata", distingue dai beni in proprietà pubblica "i beni economici" (cioè i beni commerciabili oggetto di proprietà privata), i quali possono indifferentemente "appartenere allo Stato, a enti o a privati".

Ciò detto, è ora da porre nel dovuto rilievo il fatto che i "beni comuni", come del resto dice l'aggettivo "comuni" sono da considerare nello stesso tempo "proprietà pubblica" (cioè in appartenenza di tutti) e "proprietà demaniale" (cioè inerente a beni fuori commercio). Insomma i "beni comuni" si identificano con i "beni demaniali" e la loro emersione, dovuta agli eventi sopra accennati, costituisce per così dire un ampliamento del concetto della "demanialità", un ampliamento che è divenuto necessario e indispensabile con la globalizzazione dei mercati e con il rischio che certi beni, ora giustamente individuati come "beni comuni", possano cadere nelle mani di privati ed essere oggetto di speculazione commerciale. Si pensi al caso eclatante dell'acqua. Se questo bene di somma necessità divenisse oggetto di gestione privata, come del resto è già accaduto in Colombia e in Equador, e come si tenta di fare in Italia con ignobili leggi sulla privatizzazione dell'acqua e di altri beni e servizi pubblici, i

singoli sarebbero costretti a pagare somme esorbitanti per dissetarsi e si avrebbe un vero e proprio attentato alla vita delle persone.

La invenzione da parte di Federico II del "demanio" si rivela, dunque, ancora una volta "geniale", proprio perché consente di sottrarre alle speculazioni dei mercati beni di prima necessità come l'acqua. Stolto è, di conseguenza, abolire il carattere costituzionale della demanialità dei "beni comuni", come si deduce dallo schema del disegno di legge della Commissione Rodotà cui sopra si è fatto cenno.

A questo punto c'è soltanto da aggiungere che la "proprietà pubblica demaniale" di un bene impedisce, non solo la cosiddetta "privatizzazione", con la conseguente "vendita" a privati, ma anche la "concessione" della sua "gestione" a privati, poiché ciò significherebbe "svuotare" di contenuto la proprietà pubblica, la quale, proprio per essere di tutti, non solo non può essere posta in commercio, ma, deve anche essere "gestita" con criteri pubblici nell'interesse pubblico, evitando che altri persegua, con la gestione, interessi propri e soprattutto intaschi guadagni che devono essere riversati alla Comunità[6]. Pensare che la "proprietà pubblica", citata dall'art. 42 Cost. tra i diritti fondamentali, possa essere concepita anche come "nuda proprietà" (come avviene nella "proprietà privata", allorché si scinde l'appartenenza dall'usufrutto) significherebbe affermare la possibile esistenza di una proprietà di tutti svuotata di contenuto: il che è evidentemente un assurdo.

Ciò non ostante la furia demolitrice delle "privatizzazioni", le quali hanno il fine di porre sul mercato i beni pubblici demaniali in aperto contrasto con il più volte citato art. 42 Cost., è riuscita a far approvare una legge, la legge 8 agosto 2022, n. 118 (governo Draghi), la quale, all'art. 8, lett. g) dispone che le concessioni dei servizi degli enti pubblici locali a privati sono la regola e che, l'ente locale che decide una gestione in economia, denominata "autoproduzione", deve "motivare" questa scelta con un atto "che dia ragione del fatto 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". Parole assurde, conseguenza del "mantra" della "concorrenza", la quale ha i limiti di qualsiasi idea concepita dall'uomo e non può

[6] Ho affrontato questo tema a proposito della messa a gara europea dei servizi pubblici balneare e di taxi, in questa Rivista: P. MADDALENA, *L'illegittima messa a gara europea dei servizi pubblici balneare e di taxi*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022.

essere universalizzata come una formula magica che risolva qualsiasi difficoltà economica. Del resto la parola "concorrenza", come già accennato, non era presente nella formulazione originaria della Costituzione ed è stata aggiunta nell'art. 117, comma 2, lett. e) dalla illogica modifica del Titolo quinto della Parte seconda della Costituzione, effettuata con la legge n. 3 del 2001, la quale, occorre sottolinearlo e ribadirlo, è in pieno contrasto con i "principi fondamentali" della Costituzione stessa, la quale, all'art. 45 riconosce la funzione sociale della "cooperazione" a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata e all'art. 46 parla di "collaborazione" dei lavoratori per la gestione delle aziende. Insomma l'opposto della predatoria e socialmente dannosa "concorrenza" illimitata.

Mi sembra, a questo punto, che l'inserimento dei "beni comuni" tra i beni in "proprietà collettiva demaniale" soddisfi in pieno le "condizioni" che la Ostrom pone per la migliore gestione di tali beni. È ovvio che la dimensione del villaggio è oggi difficile da trovarsi, ma, se ci si accontenta di piccole comunità urbane o rurali, il discorso sulla cura dei beni comuni può dirsi che trovi pieno accoglimento nel nostro ordinamento costituzionale.

E, al riguardo, non si può fare a meno di sottolineare, al fine di confermare la solidità e la completezza del sistema costituzionale in tema di appartenenza dei beni, che l'art. 2 della Costituzione prende in considerazione il singolo cittadino sotto due aspetti, come "singolo", e come "parte della comunità" nella quale si svolge la sua personalità. Insomma, con una precisione inattaccabile, la Costituzione, non solo distingue la "proprietà pubblica", da quella "privata", ma configura, in proposito, anche la diversa posizione che assume il cittadino, secondo che agisca, come "parte del Popolo", nell'esercizio del diritto di "proprietà pubblica", ovvero, come "singolo", nell'esercizio del diritto di "proprietà privata". Infatti l'art. 2 della Costituzione sancisce che: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale". E non è tutto, poiché il successivo articolo 3, comma 2, Cost. pone un'altra delle condizioni implicitamente richieste dalla Ostrom, quello del diritto fondamentale di "partecipazione". Infatti l'art. 3 Cost. sancisce, come compito della Repubblica, anche quello di eliminare tutti gli ostacoli che si frappongono alla "effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Si tratta invero di un

importante diritto che consente a ogni cittadino la effettiva possibilità di collaborare con le pubbliche amministrazioni, per la miglior cura dei beni comuni.

L'ultima idea importante che la Ostrom ci suggerisce riguarda i "beni comuni naturali", considerati come "sistemi di sostegno della vita". Ebbene anche questi ultimi possono considerarsi accolti dal nostro ordinamento costituzionale. Infatti, dopo la modifica dell'8 febbraio 2022, nell'art. 9 Cost., che già conteneva la tutela del paesaggio, è stata inserita anche la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema della biodiversità e degli animali, mentre nell'art. 41, dedicato ai limiti all'iniziativa economica privata, è stato aggiunto l'ambiente.

2. Il nuovo "demanio costituzionale". Identificazione ermeneutica e non tassativa dei beni comuni e demaniali.

Non resta, a questo punto, se non chiarire come si identificano questi beni che abbiamo definiti, nello stesso tempo, beni demaniali e beni comuni. Al riguardo, occorre innanzitutto precisare che, se c'è un fatto evidente, è che la parte del codice civile, dedicato ai beni pubblici è assolutamente insoddisfacente, se non addirittura errato, come quando si inseriscono le foreste nel patrimonio indisponibile, chiamandole "demanio forestale dello Stato". In realtà, nella riscrittura della disciplina del Demanio, occorre tener presenti i "principi fondamentali" e i "diritti fondamentali" della nostra Costituzione, i quali hanno completamente cambiato il tessuto costituzionale sul quale si fondava il vecchio demanio civilistico, ed è diventato certamente indispensabile parlare di un nuovo demanio, da definire "demanio costituzionale", che prenda le mosse da quei principi e dai quei diritti fondamentali per arrivare alla individuazione di quei beni che devono ritenersi inclusi nella "proprietà pubblica demaniale". In questa prospettiva, appare assolutamente impossibile procedere a una elencazione tassativa dei beni demaniali e comuni, ed occorre ricorrere a una "interpretazione"[7] che abbia come "criterio" di riferimento la tutela della "struttura" stessa della Repubblica, quale emerge dai "valori costituzionali", e cioè dai citati "principi e diritti fondamentali" che si riferiscono allo "sviluppo della persona umana" (art. 3, comma 2, Cost.) e al "progresso materiale e spirituale della società" (art. 4, comma 2, Cost.). E tutto questo nel quadro più generale della "tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità" (come precisato dalle

[7] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Ed. Giuffré, Milano, 1971, p. 316 ss.

citate aggiunte agli artt. 9 e 41 della Costituzione approvate dal Parlamento l'8 febbraio 2022). Si tratta, in ultima analisi, di quei beni che sono essenziali alla costituzione, identificazione e mantenimento dello Stato comunità, o Repubblica che dir si voglia. In questo quadro, come già sottolineato, viene in prima evidenza il "territorio"[8], il quale ha la funzione di porre a sostegno della vita della Comunità gli strumenti e i mezzi indispensabili per la vita di ogni giorno, in una visione che non si fermi al momento istantaneo, ma che si proietti anche per il futuro. Ed è per questo che i primi beni da individuare come componenti del nuovo "demanio costituzionale" riguardano innanzitutto alcune parti del territorio, indispensabili a detti fini.

Si tratta dei beni già elencati dall'art. 822 del codice civile, secondo il quale "fanno parte del demanio pubblico, il lido del mare, la spiaggia, i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia". Tale elencazione peraltro, riecheggia origini antiche e ricorda un frammento del giureconsulto Marciano, del terzo secolo dopo Cristo, nel quale si legge che sono "*iure naturali*" di appartenenza universale: "*aer, aqua profluens, mare et propter id litora maris*".

Sempre seguendo il criterio di riferirsi ai beni "costitutivi, identificativi e manutentivi" dello Stato comunità, è da ritenere che, subito dopo il territorio, debba considerarsi parte del demanio costituzionale il bene immateriale "lavoro" (e quindi la tutela del lavoratore dai "licenziamenti" e dal cosiddetto "precariato"), il lavoro che, come è noto, è "fondamento" della Repubblica" (art. 1 Cost.) e "diritto fondamentale di tutti i cittadini" (art. 4, primo comma, Cost.). Ed è da sottolineare che proprio l'art. 4 Cost., al comma 2, parla, non solo di un "diritto", ma anche di un "dovere", stabilendo che "ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione, che concorra al progresso materiale o spirituale della società". Ed è da sottolineare in proposito che la nostra Costituzione individua i beni essenziali alla vita della Comunità secondo una visione dinamica e onnicomprensiva, che vuole la utilizzazione di tutte le energie disponibili: quelle "naturali" e quelle, soprattutto, "lavorative", per conseguire il progresso materiale e spirituale dell'intera Comunità (art. 4 Cost.) cui ho appena fatto cenno. E si ricordi, al riguardo, che non tutti hanno da porre in campo un rilevante patrimonio o somme cospicue di danaro, ma tutti sono obbligati (hanno il "dovere") di porre in azione le proprie energie lavorative, per cui soltanto "gli inabili al lavoro" sono esentati da

[8] Ricordo il mio testo, "*Il territorio bene comune degli Italiani*", Ed. Donzelli, Roma, 2014.

questo dovere e hanno diritto all'assistenza sociale (art. 38 Cost.). Ed è da sottolineare ancora che, al fine di assicurare a tutti il "diritto al lavoro", l'art. 4, comma 1, della Costituzione sancisce che la "Repubblica", non solo "riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro", ma "promuove altresì le condizioni che rendano effettivo questo diritto".

Altri "principi fondamentali" che ci portano a "individuare beni del demanio costituzionale" sono quelli di cui all'art. 9 della Costituzione, il quale, dopo la riforma costituzionale, approvata dal Parlamento l'8 febbraio 2022, "aggiunge" tra questi principi, oltre la già prevista tutela del "paesaggio" e del "patrimonio artistico e storico della Nazione"[9], anche "la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi", nonché "forme di tutela degli animali", da stabilire con legge. Qui, più che dei "criteri", troviamo addirittura la "elencazione" di beni particolarmente importanti, che rientrano nel quadro complessivo della struttura dello Stato comunità e sono per questo da ritenere "beni del demanio costituzionale", in altri termini "beni comuni e demaniali".

Ed è da sottolineare che il riferimento all'ambiente, agli ecosistemi, alla biodiversità e alla tutela della salute degli animali evidenzia un cambiamento assai rilevante della prospettiva della Costituzione, la quale era nata con un carattere fortemente "antropocentrico" e che ora, con la menzione dei beni appena enumerati, si allarga in una prospettiva "biocentrica", che pone al centro dell'attenzione la vita universale, nella quale rientrano la vita e la salute umana. E questo allargamento è confermato, oltre che dalla citata modifica dell'art. 9 Cost., anche nella modifica (anche questa approvata nella seduta parlamentare dell'8 febbraio 2022) dell'art. 41 Cost., che aggiunge "la salute e l'ambiente" ai "limiti posti all'iniziativa economica privata". Si tratta di una aggiunta di grande rilievo, poiché essa difende ancor più i "valori costituzionali", rendendo maggiormente controllabili gli illeciti sconfinamenti dell'attività economica privata. Dette modifiche costituzionali hanno peraltro anche una forte portata dissuasiva, poiché legittimano i cittadini e le collettività che hanno subito danni dall'attività economica privata a chiedere il risarcimento del danno a chi tali danni ha prodotto.

Ulteriore "criterio di individuazione" deve poi trarsi dall'art. 43 Cost., la cui attenta lettura disvela che devono essere in mano pubblica, e cioè devono essere considerati

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

beni del "demanio costituzionale", "i sevizi pubblici essenziali, le fonti di energia e le situazioni di monopolio". Si tratta, come è evidente, di una precisazione fortemente innovativa rispetto al "demanio civilistico" e di enorme importanza pratica, poiché porta a ritenere che questi beni devono essere considerati beni in "proprietà pubblica demaniale", e non è tollerabile la concessione a terzi della loro gestione.

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

3. Il sistema economico predatorio neoliberista e la distruzione della nostra potenza industriale e economica operata da tutti i governi degli ultimi trenta anni con le "liberalizzazioni", le "privatizzazioni" e le "concessioni" a privati dei beni comuni e demaniali.

Dopo la descrizione dei "principi e dei diritti fondamentali" che riguardano l'economia, sorprende e amareggia l'azione svolta dai nostri governi degli ultimi trenta anni, i quali, dando cieca attuazione al principio inadeguato della "concorrenza" senza limiti, introdotto maldestramente nell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., hanno sovvertito in pieno la struttura della nostra economia e hanno sostituito al sistema economico produttivo di stampo keynesiano, conforme a detti principi, il sistema economico predatorio neoliberista, a tali principi completamente contrario.

Così siamo stati spogliati dei nostri beni comuni e demaniali, seguendo la insulsa tesi di Milton Friedman e Anna Schwartz, i quali, nel loro libro apparso agli inizi del 1960, dal titolo "La storia del dollaro dal 1867 al 1960", hanno proposto il passaggio dall'economia dello "scambio" all'economia della "concorrenza", sulla base della seguente cosiddetta "ricetta": a) liberalizzazione; b) privatizzazione; c) riduzione delle spese sociali.

Con la "liberalizzazione" una grande quantità di beni, servizi e attività sono stati sottratti alla "proprietà pubblica e comune" dello Stato comunità e sono stati posti a disposizione di chiunque volesse utilizzarli (si pensi alle "rotte aeree", che una volta erano in proprietà pubblica dello Stato, e ora sono a libera disposizione dei vettori aerei, oppure al commercio di beni di prima necessità, che una volta era soggetto a

speciali autorizzazioni e che ora può essere effettuato da chiunque prescindendo da ogni fine di pubblica utilità e così via dicendo).

Con le "privatizzazioni" sono stati trasformati in SPA Aziende pubbliche o Enti pubblici economici, proprietari di una immensa ricchezza pubblica bancaria e industriale, che è stata sottratta alla proprietà pubblica della Collettività ed è finita nelle mani di speculatori specialmente stranieri.

Con la riduzione delle spese sociali, sono stati tolti alle classi meno abbienti servizi pubblici essenziali, come quelli della sanità e dell'istruzione, i quali, ovviamente, sono passati a privati. Il più convinto sostenitore di questa illogica economia della "concorrenza" è stato Mario Draghi, il quale, il 2 giugno del 1992, a bordo del panfilo Britannia della Regina Elisabetta, pronunciò le seguenti parole: "la decisione sulla privatizzazione è una importante decisione politica … i mercati vedono le privatizzazioni in Italia come la cartina di tornasole della dipendenza del nostro governo dai mercati stessi … e i mercati sono pronti a ricompensare l'Italia, come hanno fatto in altre occasioni". Era la dichiarazione più nefasta che si potesse concepire e che, senza alcun pudore, riusciva a dichiarare apertamente la "dipendenza" del nostro governo dai mercati, cioè dagli speculatori e dai potentati economici e finanziari internazionali. Si sarebbe dovuta sollevare una generale levata di scudi, sennonché, dopo un mese e nove giorni, il governo italiano, presieduto da Giuliano Amato, con decreto legge n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992, sancì "la trasformazione immediata degli Enti di gestione INA, ENI, ENEL e IRI", con oltre mille aziende pubbliche e oltre seicentomila dipendenti, in SPA. Fu l'inizio della fine. Immediatamente cominciò una furibonda e colossale vendita di tutto il nostro meraviglioso complesso industriale. Si pensi che l'IRI, che gestiva, tra l'altro, Alitalia, Autostrade, Finmeccanica, Fincantieri e Aeroporti di Roma, fu smembrata e svenduta pezzo per pezzo soprattutto da Romano Prodi. Nel 1999 il Presidente del Consiglio dei Ministri Massimo D'Alema privatizzò i servizi pubblici locali (tra i quali, per dirne una, quello svolto dall'Ente pubblico Acquedotto pugliese, divenuto una SPA, con decreto legislativo n. 141 dell'11 maggio 1999), in pratica trasformando in SPA tutte le Aziende municipalizzate che erogavano in regime di monopolio acqua, gas, elettricità, trasporti urbani, rifiuti, ecc.

Dannosissima fu la liberalizzazione (e cioè la dismissione dei relativi servizi da parte dello Stato) dell'energia elettrica, realizzata con decreto legislativo del 16 marzo 1999, n. 79, contenente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

Detto decreto, noto come "decreto Bersani" (governo D'Alema), ha stabilito che sono completamente libere le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica.

Alla liberalizzazione dell'energia elettrica si è aggiunta quella del gas, realizzata con decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, noto come "decreto Letta", secondo il quale sono completamente libere le attività di importazione, trasporto, dispacciamento, distribuzione e vendita del gas. Oggetto di una tragica liberalizzazione fu l'ENEL, la quale fu smembrata e le cui componenti furono svendute a società prevalentemente straniere.

C'è stata poi la "privatizzazione delle Ferrovie dello Stato, di Poste italiane, della Cassa depositi e prestiti, del Nuovo Pignone (tanto caro a La Pira), della Telecom, venduta da Prodi per soli 13 milioni di euro, e così via dicendo, con un elenco interminabile che è arrivato a esaurire quasi del tutto la nostra "proprietà pubblica e comune" dell'industria italiana. Ed è da ricordare che, con la liberalizzazione del commercio c'è stata l'invasione in Italia della grande distribuzione alimentare dei supermercati, soprattutto quelli francesi, che hanno tolto il pane ai nostri piccoli negozianti. Peraltro in questa furia distruttrice sono cadute anche le nostre più antiche e nobili aziende private, come, soltanto per fare un esempio, la Ginori e la Magneti Marelli, utilissima per la costruzione dei semiconduttori microchips necessari per le auto elettriche. E non basta. Sono state vendute isole, tratti di mare, pozzi petroliferi, promontori con fari marittimi e così via dicendo. Non esagero, se dico che c'è stata una vera ecatombe e che oggi l'Italia non produce più nulla. La produzione è affidata a qualche industria straniera che molto spesso "delocalizza", lasciando sul lastrico migliaia di lavoratori italiani, sempre con lavoro precario o sottopagati.

Insomma il "sistema economico predatorio neoliberista" ha assegnato agli stranieri il "profitto" e a noi qualche lavoro, precario e comunque sempre miseramente retribuito. Da rilevare che, di questa situazione molto si sono giovati i nostri partners europei, che, essendo più forti sul piano economico, hanno avuto vita molto facile in sede di "concorrenza", una "concorrenza" per la quale, indomitamente, ancora si batte Mario Draghi, la cui legge in materia è entrata nel piano del PNRR e nella legge di bilancio per il 2023.

4. Il "diritto di difesa" del Popolo contro i governi che lo hanno spogliato della sua "proprietà pubblica, comune e demaniale", ponendo la ricchezza nazionale nelle

mani delle multinazionali e degli speculatori. Il ricorso incidentale alla Corte costituzionale.

A questo punto viene in ballo il problema di come possiamo difendere i nostri beni comuni e demaniali. Una via immediata è indubbiamente quella che ha in mano il governo e cioè la "nazionalizzazione" o "socializzazione", che dir si voglia di tali beni. Resta aperta, comunque, la necessità di una riscrittura della disciplina dei "beni pubblici" descritta dal nostro codice civile, una disciplina che appare in netto contrasto, specie per quanto concerne la definizione della "proprietà privata", con i "principi e i diritti fondamentali" sanciti in Costituzione. E in proposito è da sottolineare che è pronto un puntualissimo e completissimo disegno di legge, firmato dalla Senatrice Paola Nugnes e altri, presentata al Senato il 12 maggio 2022, n. 2610, nella appena trascorsa XVIII legislatura, che dovrebbe essere subito ripresentata.

Intanto non è da sottovalutare la possibilità di ricorrere già da adesso al cosiddetto "diritto di resistenza", che Dossetti voleva fosse esplicitamente sancito in Costituzione, ma fu una proposta che l'Assemblea costituente, per motivi puramente formalistici, non si sentì di accettare. Tale diritto è tuttavia chiaramente rinvenibile nel diritto di sciopero, sancito dall'art. 40 Cost., e nel diritto di ricorrere, in via incidentale, alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 137 Cost.

È comunque da sottolineare che il "diritto di resistenza" consiste, in ultima analisi, nel diritto di far valere "i principi" e i "diritti fondamentali" sanciti in Costituzione nei confronti di tutti, e anche nei confronti dei pubblici poteri. E non c'è dubbio che "il diritto" di "proprietà pubblica e comune" su beni comuni e collettivi, di cui all'art. 42 Cost., è un "diritto fondamentale" (si pensi all'ambiente) che necessariamente deve essere fatto valere anche in sede giudiziaria, tenendo peraltro presente che si tratta di un diritto che ha il suo fondamento in un altro diritto fondamentale, il "diritto di partecipare all'organizzazione politica economica e sociale del Paese" (art. 3 Cost.).

Diritti che hanno come loro soggetto attivo il "cittadino", citato dall'art. 2 Cost., non solo come "singolo", ma anche e soprattutto come "parte della Comunità".

Insomma, chi agisce come "proprietario pubblico collettivo", agisce come "parte" della Comunità, esplicando altresì il suo diritto-dovere di "partecipazione" alla tutela della cosa pubblica. È evidente che, in questo ordine di idee, deve darsi una diversa lettura all'art. 24 Cost. Nella difesa dei "propri diritti", infatti, non si possono escludere quelli di "proprietà pubblica e comune", che spettano al soggetto in quanto "parte"

della Comunità. Se non si ammettesse questo tipo di azione, da definire "popolare", dovremmo arrivare all'assurdo che, per difendere l'ambiente, o altro bene comune o collettivo (a parte le caritatevoli legittimazioni concesse solo a certe associazioni senza una chiara logica giuridica), non basterebbe neppure la *class action*, dovendo tutti, nessuno escluso, intervenire personalmente in giudizio.

È ora che queste distonie della prassi siano superate e che i cittadini, singoli o associati (come si rileva peraltro dal quarto comma dell'art. 118 Cost.), possano agire in giudizio, per chiedere al giudice la restituzione alla proprietà pubblica del Popolo e alla gestione degli Enti pubblici competenti, dei beni pubblici e comuni, che, per un verso siano stati oggetto di "liberalizzazioni" e "privatizzazioni", e per altro verso di "concessioni" della "gestione" a favore di privati, chiedendo, nel contempo, la rimessione degli atti alla Corte costituzionale per l'annullamento di quelle leggi che hanno reso possibili dette illiceità.

Insomma è diventata improcrastinabile una complessa opera di reinterpretazione del diritto, come ha da tempo affermato il Perlingieri[10], alla luce dei principi e dei diritti fondamentali sanciti in Costituzione.

Il tempo è scaduto. E se non si provvede alla riconquista del descritto "demanio costituzionale", si priverà per sempre il nostro Stato comunità di uno dei suoi elementi costitutivi, provocando il crollo della nostra Repubblica democratica e della nostra indipendenza dallo straniero.

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

SAGGI

"ANIMAE DUAE, ANIMUS UNUS". NOTE SUL DIRITTO ALLA SESSUALITA' DELLE PERSONE DISABILI

Luana Leo *

ABSTRACT [ITA]: In Italia - così come in altre realtà occidentali - la negazione della dimensione sessualità del soggetto disabile è sostenuta e rafforzata dalla presenza consolidata di barriere culturali che tendono a qualificare la disabilità come un mero problema fisiologico. Il predetto atteggiamento repressivo trova conferma nel mancato riconoscimento della figura professionale dell'assistente sessuale, oggetto del disegno di legge presentato nel 2014. Partendo da radicali criticità, il presente lavoro mira a riaprire il dibattito sulla sfera sessuale della persona con disabilità, marcando come il processo di cambiamento culturale debba coinvolgere tanto la persona vulnerabile quanto la collettività, tramite l'attivazione delle stesse Istituzioni.

ABSTRACT (ENG): *In Italy - as in other western realities - the denial of the sexual dimension of the disabled subject is supported and strengthened by the consolidated presence of cultural barriers which tend to qualify disability as a mere physiological problem. The aforementioned repressive attitude is confirmed by the lack of recognition of the professional figure of the sexual assistant, object of the bill presented in 2014. Starting from radical critical issues, the present work aims to reopen the debate on the sexual sphere of the person with disability, marking as the process of cultural change must involve both the vulnerable person and the community, through the activation of the institutions themselves.*

SOMMARIO: - 1. Introduzione; **- 2.** Disabilità e sessualità: brevi linee giuridico-costituzionali; **- 3.** *Sexual assistant vs surrogate partner*; **- 4.** Il disegno di legge n. 1442 sull'assistenza sessuale; **- 4.1.** L'intervento del Comitato *Lovegiver*; **- 4.2.** Il labile confine tra assistenza sessuale e prostituzione; **- 5.** L'approccio alla sessualità della persona disabile; **- 6.** Il diritto (negato) alla genitorialità; **- 7.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Da tempo, il tema dei diritti sessuali e riproduttivi delle persone con disabilità è affrontato con particolare delicatezza in dottrina, trovando modesto interesse e riscontro nelle sedi istituzionali. Le celebri e vive pagine del Simposio[1] di Platone - a parere di chi scrive - aiutano a comprendere la percezione della figura disabile in Italia, non così lontana da quella della persona omossessuale. Nell'intervento di Socrate -

[1] * *Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università Lum Giuseppe Degennaro*
PLATONE, *Il simposio* (a cura di G. COLLI), Milano, 1979.

protagonista assodato in Platone - affiora come ad Eros sia capitato un destino particolare: egli è sempre un "intermedio", ragion per cui *"non è mai né bello né brutto, né buono né cattivo, né immortale né mortale, né ricco né povero"*[2].

Il fine perseguito - in tale sede - è anche quello di soffermarsi sull'assistenza sessuale, uno dei possibili strumenti concepiti per la tutela e la promozione dello sviluppo della persona disabile. In via generale, si tratta di un servizio che taluni soggetti (c.d. *"lovegiver"*) di tutti i generi e orientamenti sessuali offrono, a seguito di un *iter* di formazione specifica, a persone con disabilità di vario tipo, venendo implicati in attività sessuali con le medesime[3]. La necessità di riservare peculiare attenzione a tale strumento scaturisce dall'accelerazione compiuta sul piano della comunicazione sessuale dei disabili da parte di diversi Paesi nordeuropei, ove l'assistenza sessuale costituisce una realtà consolidata e valorizzata; al contrario, in altri Stati europei, come Spagna, Francia, Svezia e Italia, l'assistenza sessuale ha sollevato un animato dibattito pubblico e una forte sensibilizzazione sociale in vista della sua potenziale introduzione. Oltre ad accentuarne la condizione di "diversità", il mancato riconoscimento giuridico dell'assistenza sessuale in Italia solleva il problema della negazione del diritto alla genitorialità nei confronti della persona disabile. A tale proposito, si ricorda che l'esigenza sessuale intesa come bisogno puramente fisico - anche per i soggetti disabili - è solo un aspetto del più ampio bisogno di amore e affettività, proprio dell'individuo: quest'ultimo non ammette "muri" di alcun tipo, poichè è frutto dei sentimenti umani, che non conoscono limiti né distinzioni e dunque meritano di essere espressi e tutelati[4]. La compressione della sfera sessuale e affettiva della persona affetta da disabilità, accompagnata dall'omessa attuazione di programmi educativi, induce la stessa ad esprimerla in modo deviante.

È compito di un ordinamento laico, liberale e solidale superare l'impostazione culturale secondo cui la disabilità costituisce un impedimento allo sviluppo di un progetto di vita e di amore.

2. Disabilità e sessualità: brevi linee giuridico-costituzionali.

Prima di entrare nel merito dell'oggetto del presente lavoro, appare doveroso tracciare una succinta ricostruzione della tutela della sessualità delle persone con

[2] Così, G. TRACUZZI, *Introduzione. Amor vincit omnia*, in F. CARNELUTTI, *La guerra e la pace* (a cura di G. TRACUZZI), Torino, 2014, p. 8.

[3] G.R. GAMMINO, E. FACCIO, S. CIPOLLETTA, *Sexual Assistance in Italy: An Explorative Study on the Opinions of People with Disabilities and Would-Be Assistants*, in *Sexuality and Disability*, Vol. 34, n. 2, 2016, pp. 157-70.

[4] T. AMODEO, *Il diritto all'educazione*, in M.G. RUO, *Il diritto di educare ai diritti e i principi di responsabilità e solidarietà intergenerazionale tra Europa e Mediterraneo* (a cura di M.G. RUO, A.L. PENNETTA), Milano, 2020, pp. 138-139.

disabilità specialmente in chiave giuridico-costituzionale. Sebbene il nostro Paese abbia ratificato la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità nel 2009[5], la dimensione sessuale del disabile si trova ancora oggi in una condizione di isolamento giuridico, che non trova alcuna giustificazione anche facendo leva sulla fragilità dell'ambito di intervento. In tale senso, è semplicistico ricondurre tale silenzio normativo ad una volontà di rispetto della sessualità come spazio privato dei singoli, cogliendo invece nello stesso una concezione della sessualità della persona con disabilità di natura stereotipica e discriminatoria[6]. È, dunque, alla presenza di antichi pregiudizi che si deve la costruzione della disabilità come "innaturale", con la conseguente "naturalizzazione" della preclusione all'accesso allo spazio pubblico di tale soggetto, della condizione di emarginazione sociale, dell'impossibilità di esprimerne la sessualità[7]. Si giunge alla visione del disabile come *"eterno bambino, senza prospettiva di crescita, senza bisogni di adultità, confinato di un'immaturità che dalla sfera intellettiva si estende a tutta la sua personalità, e che lo definisce quale soggetto non in grado di autodeterminazione neppure nel campo dei suoi bisogni affettivi e sessuali"*[8]. In passato, la rimozione sociale della sessualità trovava conferma nell'art. 519 c.p., il quale sanzionava come violenza sessuale la semplice unione carnale con chi, al momento del fatto, fosse considerato *"malato di mente o comunque non in grado di opporsi per le proprie condizioni di inferiorità fisica e psichica"*; ne scaturiva un divieto assoluto di intrattenere qualsiasi relazione sessuale con una persona affetta da disabilità. Preso atto del carattere repressivo di tale norma, il legislatore italiano ha tentato di coniugare l'esigenza della tutela sociale con il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione sessuale del disabile: la legge n. 66/1996[9] ha abrogato l'art. 519 c.p. introducendo l'art. 609 *bis*, in virtù del quale viene punito esclusivamente *"chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto"*. Come

[5] La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008, intende promuovere e tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali delle persone con disabilità, assicurandone il pieno ed equo godimento. Con Legge n. 18 del 3 marzo 2009, l'Italia ha ratificato e reso esecutivi la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ed il relativo Protocollo opzionale, a conclusione di un lungo e travagliato iter legislativo avviato a seguito della firma dei due strumenti giuridici internazionali il 30 marzo 2007, poi interrotto dalla crisi di governo del 2008.

[6] M.C. REALE, *Disabilità e diritti fondamentali in ottica costituzionale: accessibilità e assistenza sessuale come nuove possibili frontiere*, in *Gruppo di Pisa*, 2018, pp. 4-5.

[7] G. BERNARDINI, *Eguaglianza, differenza, disabilità: percorsi d'inclusione*, in F. RESCIGNO (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, Torino, 2016, p. 371.

[8] Così, C. SANDOMENICO, *Adolescenze di confine. Riflessioni intorno ad un triangolo impossibile: adolescenza/disabilità/sessualità*, in F. LOLLI, S. PEPEGNA, F. SACCONI (a cura di), *Disabilità intellettiva e sessualità*, Milano, 2010, p. 23.

[9] Legge 15 febbraio 1996, n. 66 *("Norme contro la violenza sessuale")*.

confermato in sede di legittimità, la predetta modifica assume rilievo, in quanto introduce il principio secondo cui è lecito avere dei rapporti sessuali con una persona avente disabilità intellettiva, a meno che ciò avvenga approfittando della condizione di svantaggio che espone il disabile ad una maggiore influenzabilità. Tuttavia, l'art. 609 *bis* c.p. non manca di presentare sostanziali criticità, dal momento che risulta complesso definire con precisione il punto ove si colloca il confine tra libera scelta e costrizione psicologica.

All'inerzia del legislatore sopperisce la giurisprudenza costituzionale con una serie di pronunce volte a sottolineare l'importanza di tutelare la sessualità in tutte le sue tonalità. Sebbene la Consulta eviti un riferimento diretto ed esplicito a tali soggetti, alla stessa si imputa il merito di consacrare la libertà fondamentale come un diritto fondamentale di ciascun individuo, essendo *"uno degli essenziali modi di espressione della persona umana"*[10]. Con le sentenze nn. 161/1985 e 221/2015[11], la sessualità è letta dal Giudice delle Leggi in termini di riconoscimento dell'identità sessuale/identità di genere. I tempi appaiono maturi per accogliere *"un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che […] viene conferito rilievo non più esclusivamente ad organi genitali esterni […] ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale"*; si delinea un concetto di *"identità sessuale come dato complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio […] privilegiando il o i fattori dominanti"* (n. 161/1985). In concreto, l'identità sessuale è definita un fattore di sviluppo della personalità del cittadino e come tale, non può essere compresso o condizionato, a pena della sua vanificazione o negazione (n. 221/2015). In aggiunta, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione dell'esplicazione della vita affettiva e sessuale delle persone detenute all'interno delle carceri (sent. n. 301/2012)[12], eleva la sessualità come canone applicativo dell'eguaglianza e delle pari dignità di ogni individuo, la cui esplicazione deve essere assicurata anche a chi si trova in una condizione di limitata libertà personale; la negazione della sessualità - secondo

[10] Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, con nota di L. MANELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Foro it.*, 1989, p. 2113 ss.

[11] Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161 (si veda, tra i diversi, M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Foro it.*, 1987, 235 ss.; S. PATTI, *Identità sessuale e tutela della persona umana: si conclude un lungo dibattito*, in S. PATTI, M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986, 123 ss.); Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221 (si veda, tra i plurimi, C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *Biodiritto*, n. 1, 2016; C.P. GUARINI, *«Maschio e femmina li creò» … o, forse, no. La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in *Federalismi*, n. 8, 2018; I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online*, 12 aprile 2016).

[12] Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301. Per un commento, si veda T. GRIECO, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività ed alla sessualità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 gennaio 2013.

i giudici costituzionali - avvilisce il pieno sviluppo della personalità del detenuto, traducendosi in un trattamento contrario al senso di umanità.

Dalla breve disamina delle sentenze analizzate emerge la crescente attenzione della materia costituzionale nei riguardi dell'ambito della sessualità. Se il diritto alla sessualità costituisce uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, ciò significa che questo deve essere ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate a livello costituzionale ed inquadrato tra i diritti inviolabili dell'individuo, di cui all'art. 2 Cost. A tale proposito, si segnala il parallelo e ricco intervento della dottrina costituzionalistica, che annovera il diritto alla sessualità tra i discussi "nuovi diritti": l'art. 2 Cost., quale norma c.d. "a fattispecie aperta", sarebbe di per sé idoneo *"a garantire tutela costituzionale a nuovi diritti che vengono considerati come inviolabili dal corpo sociale e siano perciò riconosciuti dal legislatore o dalla giurisprudenza e anche da dichiarazioni internazionali"*[13]. A partire dal 1987, il Giudice delle Leggi - attraverso il richiamo alla disposizione sopraindicata - avrebbe concesso protezione costituzionale a nuovi diritti della personalità, tra i quali il diritto alla sessualità. In senso contrario, vi è chi sostiene che la Consulta avrebbe dato vita ad un nuovo diritto costituzionalmente protetto ricorrendo al concetto di dignità umana; la sentenza n. 561/87 è stata definita *"rimarchevole, in ragione della rara chiarezza con cui è espressamente riconosciuta l'autonomia fondativa del valore super costituzionale della dignità umana"*[14].

3. *Sexual assistant vs* surrogate partner.

Le difficoltà incontrate dalla persona disabile nel vivere a pieno la sfera intima a causa dei limiti imposti dall'*handicap* possono essere attenuate dall'assistenza sessuale, già prevista da tempo in taluni Paesi nordeuropee (Germania, Austria, Paesi Bassi, Danimarca, Svizzera)[15]. Nel 2004, la FABS *(Fachstelle Behinderung und Sexualität, FaBS)* avvia la formazione di assistenti sessuali, come cammino finale di un processo educativo complesso incentrato sul rispetto dell'altro, sull'etica e sull'ascolto. Partendo dal presupposto che la disabilità non impedisca al soggetto di esprimere la propria

[13] Così, A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. alla Cost.*, Bologna-Roma, 1975, p. 84 ss. Una lettura contraria della disposizione costituzionale è concessa da A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 20, per il quale sarebbe da preferisce un orientamento teso a valorizzare le potenzialità interpretative delle singole previsioni costituzionali riguardanti i diritti. Sui c.d. "nuovi diritti", la dottrina è fiorente. Tra i plurimi, in particolare, si veda F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; A. D'ALOIA, I*ntroduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in ID (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003.

[14] Così, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 238.

[15] Per un approfondimento, si veda G. GAROFALO GEYMONAT, *L'assistenza sessuale in Europa: una ricerca comparata*, in *HP-Accaparlante*, n. 2, 2013, pp. 44-49.

sessualità, il predetto progetto risponde al bisogno della persona disabile di avere intimità migliorando la possibilità di relazionarsi, con conseguente diminuzione della frustrazione e dell'aggressività riconducibile alla gratificazione di una parte dei bisogni primari[16]. Sotto tale profilo, si deve tenere conto che l'impossibilità da parte dei disabili di esprimere la propria sessualità si riversa negativamente sulla loro condizione di benessere psico-fisico ed emotivo. In altre realtà (Germania, Paesi Bassi), è stato istituito un "servizio di assistenza sessuale" gestito da Associazioni (SAR, SENIS), volto a sviluppare un'esperienza affettiva e non di pura prestazione sessuale.

In un'ottica di tutela del diritto alla sessualità prende vita l'EPSEAS *(European Platform Sexual Assistance)*[17], una piattaforma europea di organizzazioni *no-profit* che operano attivamente nel campo dell'assistenza sessuale per le persone affette da disabilità, perseguente l'obiettivo di mettere in dialogo tutte le esperienze dei Paesi, unire le competenze esistenti e creare nuove realtà. Tuttavia, la situazione vigente appare frammentata, in quanto sussistono tante concezioni di assistenza sessuale quante sono le organizzazioni radicate in Europa[18].

Alla figura dell'assistente sessuale europeo si contrappone quella del *partner surrogate* statunitense: quest'ultima si muove all'interno di una relazione triadica che comporta la mediazione e la supervisione di un professionista (psicologo o psicoterapeuta). In relazione ai principi guida dell'IPSA (*International Professional Surrogates Association)*, tale figura è responsabile del corretto funzionamento della relazione triadica che lo coinvolge insieme al cliente e al professionista, con i quali traccia le regole fondamentali dell'interazione che avverrà lo stesso ed il cliente; il *surrogate partener* è tenuto al rispetto della *privacy* del cliente e deve mantenere l'assoluta riservatezza circa i dati e le informazioni personali acquisite nel corso degli incontri. La relazione tra questi ed il cliente non deve mai spingersi oltre il piano prestabilito (pari ad un massimo di dodici sedute). In tale senso, l'obiettivo perseguito dall'attività di tale figura è terapeutico: si tratta di aiutare il cliente ad affrontare le relazioni sociali e fisiche con maggiore sicurezza, superando l'ansia ed il timore che possono ostacolare l'intimità sul piano emotivo[19], consentendogli così di raggiungere

[16] T. AMODEO, *Diritto all'educazione*, cit., p. 137.

[17] *Sexual assistance "is the act of "supporting adults with disabilities in the whole spectrum of their sexuality. It could be to help them to learn or improve their skills when it comes to interpersonal relationships, intimacy and intimate and/or sexual relationships". Sexual assistants "are men and women who have the competence necessary to offer quality support for an intimate or sexual relationship. These people are sensitive to different disabilities and offer an intimate or sexual experience with the disabled person in a professional manner and for a specified amount of time"* (http://www.epseas.eu/en/).

[18] Come posto in luce da C.M. REALE, *Disability, sexuality and the law: discussing sexual assistance in a comparative perspective*, in *DPCE-Online*, n. 2, 2021, p. 1776.

[19] B. CASALINI, *Disabilità, immaginazione e cittadinanza sessuale*, in *Etica & Politica*, n. 2, 2013, p. 306.

quella "salute sessuale" ritenuta dall'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) come fondamentale per il conseguimento del benessere della persona umana[20].

4. Il disegno di legge n. 1442 sull'assistenza sessuale.

Come preannunciato, taluni Paesi appartenenti all'Unione Europea guardano con sfavore all'adozione di strumenti per la tutela e la promozione dello sviluppo della sessualità della persona disabile, non riconoscendo la figura professionale del *sexual assistant*. Nel contesto nazionale, il dibattito sull'assistenza sessuale trae origine da una richiesta avanzata nel 2007 in Francia nel corso di una conferenza internazionale (*"Dependance physique: intimité et sexualité"*), svoltasi a Strasburgo presso il Parlamento europeo, sostenuta da *Handicap International*, CHA (*Collectif Handicap et Autonomie)*, AFM *(Association Française contre les Myopathies)* e l'APF *(Association des Paralysés de France)*[21]. La proposta legislativa italiana è preceduta dal parere manifestato l'11 marzo 2013, in relazione al riconoscimento legale della figura dell'assistente sessuale, dal *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE); il predetto parere era stato chiesto nel 2011 dall'allora ministra alla coesione e alla solidarietà sociale Roselyne Bachelot. Il CCNE fonda la sua ferma contrarietà sul *"principe de non-utilisation marchande du corps humain"*, sostenendo che la relazione tra assistente sessuale e persona disabile implica aspetti negativi per entrambe le parti: mentre la seconda corre il pericolo di un *trasfert affettivo*, la prima potrebbe essere coinvolta emotivamente con una serie di risvolti per la sua stessa serenità personale. Esso, poi, ritiene che l'aiuto sessuale debba rientrare nell'ambito della sfera privata e delle decisioni individuali, e non tra le funzioni e le responsabilità dello Stato.

Il parere sfavorevole del CCNE sposta la predetta *querelle* in Italia, a cui segue la presentazione del disegno di legge n. 1442 *("Disposizioni in materia di sessualità assistita per persone con disabilità")*[22], perseguente l'intento di promuovere il pieno sviluppo

[20] L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) definisce la salute sessuale come "uno stato di benessere fisico, emotivo, mentale e sociale legato alla sessualità; non riducibile all'assenza di malattia, disfunzione o infermità La salute sessuale richiede un approccio positivo e rispettoso alla sessualità e alle relazioni sessuali, così come la possibilità di avere esperienze sessuali piacevoli e sicure, libere da coercizioni, discriminazioni e violenza. Per far sì che la salute sessuale venga raggiunta e mantenuta, i diritti sessuali di ognuno devono essere rispettati, protetti e soddisfatti".

[21] P. BRASSEUR, *La sexualité des personnes en situation de handicap comme problème public et politique (1950-2015)*, in M. LE DEN, V. BARUSSE DE LUCA (dir), *Les politiques de la sexualité: avancées et résistances au niveau national et local dans la diffusion des savoirs relatifs à la sexualité à la contraception et à la prévention des IST*, Paris, 2016, pp. 123.

[22] Disegno di legge n. 1442 del 9 aprile 2014 *("Disposizioni in materia di sessualità assistita per persone con disabilità")* d'iniziativa dei senatori LO GIUDICE, CIRINNÀ, D'ADDA, GUERRA, ICHINO, MANCONI, MARAN, MASTRANGELI, MATTESINI, PEZZOPANE, PUPPATO, RICCHIUTI, SONEGO, SPILABOTTE, VALENTINI, BENCINI e ROMANI.

della persona umana anche sotto il preciso profilo dell'espressione della sessualità. Partendo dal presupposto che ciascuno dovrebbe avere la possibilità, a prescindere dalla propria condizione di disabilità, di attuare scelte informate e responsabili in relaziona alla propria salute sessuale e di disporre di opportunità e di strumenti idonee a compiere tali scelte, si giunge alla conclusione che la sfera della sessualità delle persone affette da disabilità deve essere sostenuta attraverso un puntuale intervento di assistenza all'emotività, all'affettività, alla corporeità e alla sessualità. Tale progetto intende fornire un accesso facilitato alla sessualità per i disabili tramite il riconoscimento di una nuova figura professionale, quella del *sexual assistant*. Quest'ultima, a seguito di un percorso di formazione di tipo psicologico, sessuologico e medico, dovrà essere in grado di aiutare i soggetti con disabilità fisico-motoria e/o psichico/cognitiva a vivere un'esperienza sessuale e a impiegare al meglio le proprie energie interne quasi sempre scaricate in modo disfunzionale in sentimenti di ira ed aggressività. In concreto, l'intento è quello di formare operatori competenti che aiutino le persone disabili a vivere la propria sessualità, svolgendo allo stesso tempo un'azione di educazione alla sessualità e all'affettività. In tale senso, il disegno di legge recepisce la principale esigenza delle persone affette da disabilità: la maggior parte desidera instaurare relazioni sentimentale non solo a sfondo sessuale, andando alla ricerca di un'occasione per manifestare affetto, provare nuove emozioni, alleviare le insicurezze, dimostrare la propria capacità di attrazione agli altri[23].

A livello strutturale, il progetto di legge n. 1442 è composto da un solo articolo suddiviso in cinque commi; tale aspetto rivela - a parere di chi scrive - non solo la difficoltà di affrontare un tema sensibile in una società portatrice di pregiudizi e ancorata a risalenti stereotipi, ma anche la consapevolezza dei promotori della rilevante incidenza dello stesso sul piano giuridico, politico e sociale. Il punto di maggiore interesse è rappresentato dal comma 5, il quale esclude che l'attività di assistenza sessuale possa essere oggetto di un contratto di lavoro subordinato o di un contratto di appalto; questa, invece, costituisce oggetto di una prestazione autonoma, potendo essere eseguita anche in forma cooperativa. Sotto tale profilo, la proposta legislativa intende lanciare un messaggio diverso da quello offerto in precedenza dal CCNE in occasione del parere richiesto sull'assistenza sessuale in favore dei soggetti disabili; il Comitato sosteneva l'impossibilità di distinguere l'assistenza sessuale dalla prostituzione essendo entrambe prestazioni sessuali in cambio di denaro. La posizione del CCNE era stata condivisa da una buona parte del mondo femminista francese, spinta dalla convinzione che l'assistente sessuale potesse convertirsi *"in un'altra figura femminile votata al dono di sé e sfruttata in vista della soddisfazione del piacere maschile"*[24]. In

[23] A. VENCHIARUTTI, *La sfera affettiva e sessuale della persona fragile: il ruolo per l'amministratore di sostegno*, in *Riv. di Dir. civ.*, n. 2, 2022, p. 397.

[24] Così, B. CASALINI, *Disabilità, immaginazione e cittadinanza sessuale*, cit., p. 308.

particolare, talune associazioni *(Femmes pour le dire, femmes pour agir, Ligue du droit international des femmes)* intravedevano nell'assistente sessuale una sorta di "macchina da guerra", recando beneficio così all'industria del sesso che approfitta del corpo femminile e genera violenza sulle donne. Tra le tante voci spicca anche quella di Claudine Legardinier, componente attiva del *Mouvement du nid*, la quale sottolinea il serio rischio di pervenire ad una forma di legalizzazione del prossenetismo.

Tralasciando le criticità strutturali, la mancata calendarizzazione e discussione parlamentare del predetto disegno di legge lascia trasparire il rifiuto della società contemporanea di accettare la diversità come fonte di arricchimento per tutti gli individui che compongono la collettività.

Il disegno di legge in discussione, pur ispirato da proficue intenzioni, presenta un difetto di rilievo, che consiste nella mancata distinzione tra assistenza sessuale e prostituzione; tale precisazione avrebbe senz'altro attirato maggiore consenso.
La suddetta omissione - a giudizio di chi scrive - sembra trovare giustificazione nel timore di riprendere la trattazione del fenomeno della prostituzione, giacchè talune norme della legge n. 75/1978 ancora oggi continuano a sollevare animate discussioni in plurimi contesti. In tale ottica, si assiste al ritorno di quel retaggio culturale che aveva oltrepassato i confini dell'Italia repubblicana e intensificato i pregiudizi tra la collettività.

4.1. L'intervento del Comitato Lovegiver.

Il principale promotore della proposta legislativa è il Comitato *Lovegiver*, che redige un documento-manifesto favorendo di fatto l'avvio nel settembre 2017 del primo corso per assistenti sessuali in Italia. Partendo dalla costruttiva esperienza degli Stati nordeuropei, il Comitato si prefigge *"lo scopo di sensibilizzare l'opinione pubblica, raccogliere consenso e adesioni per promuovere il riconoscimento delle pratiche di assistenza sessuale e della figura professionale dell'assistente sessuale ("lovegiver"), al fine di consentire anche alle persone con disabilità e/o ridotta mobilità e motilità e a tutte le persone in situazione di emarginazione affettiva e sessuale di pervenire ad un benessere psicofisico-emotivo, all'acquisizione di fiducia in sé stessi ed a vivere un rapporto diverso e positivo con la propria fisicità"*[25]. Il predetto Comitato - rispetto a quanto riportato nel disegno di legge - giunge ad una definizione precisa e completa della figura del *lovegiver* (*"un operatore professionale (uomo o donna) con orientamento bisessuale, eterosessuale o omosessuale che deve avere delle caratteristiche psicofisiche e sessuali sane"*)[26], rilevando molteplici aree di

[25] Tali informazioni sono indicate sullo statuto del Comitato *Lovegiver* reperibile sul relativo *sito web* (https://www.lovegiver.it/statuto-comitato).
[26] F. QUATTRINI, M. ULIVIERI, *Cosa è (e cosa non è) l'assistenza sessuale*, in M. ULIVIERI (a cura di), *LoveAbility. L'assistenza sessuale per le persone con disabilita*, Trento, 2015, p. 64

intervento (ad esempio, la regolamentazione della procedura di selezione per l'accesso al corso di formazione e la modalità di esecuzione del corso stesso e del relativo tirocinio; gli obiettivi e gli stadi di lavoro dell'operatore, la delineazione dell'etica e della deontologia professionale di tale figura). Come osservato anche in dottrina, il punto fondamentale della proposta di formazione e del modello predisposto dal Comitato risiede nella distinzione tra assistenza sessuale e lavoro sessuale *tout court*: tale differenziazione è attestata tanto dal dovere dell'operatore di educare alla sessualità e al riconoscimento del piacere entro un numero circoscritto di sedute, quanto dalla necessità di imporgli un limite sessuale rappresentato *"dall'entrare in un "corpo-a corpo" di tipo coitale e penetrativo, ma anche di condividere l'esperienza sessuale tipica del rapporto orale"*[27]. Nell'aprile 2014, il Comitato ha istituito l'Osservatorio Nazionale sull'Assistenza Sessuale, un organo interno che, grazie all'azione dinamica di attivisti, promuove un dialogo costante e funzionale in tema di sessualità e disabilità, perseguendo tre scopi principali, ossia la ricerca, l'aggregazione-controllo e la rete[28]. La ricerca è il pilastro portante dell'Osservatorio; oltre a tracciare la netta differenza con la prostituzione, essa può trasformare il concetto di educazione sessuale in quello più esauriente e complesso di supporto e assistenza al benessere bio-psico-sociale della persona disabile. L'aggregazione-controllo, quale "anima" di tale organo, rappresenta il dialogo tra le associazioni, le cooperative e gli istituti che operano a stretto contatto con la disabilità: l'opportunità di fondere le esperienze attuate sul campo e le iniziative promosse nel tempo consente di ottenere informazioni e statistiche fondamentali alla costruzione di una Banca dati sulla sessualità nella disabilità, garanzia di un controllo delle medesime attività e dei progetti che non prendono vita direttamente all'interno del Comitato promotore per l'assistenza sessuale. Infine, la rete - terzo ed ultimo pilastro - intende divulgare il pensiero comune in materia di sessualità e disabilità avvalendosi di molteplici strumenti (conferenze, convegni, tavole rotonde, redazione di testi, video, ecc.); l'obiettivo è quello di promuovere non solo l'comunicazione tra coloro che vivono, operano e condividono l'esperienza della disabilità, ma anche di avallare delle linee-guida sul benessere affettivo-emotivo, corporeo e sessuale nelle persone disabili.

Recentemente, il Consiglio comunale di Firenze ha approvato una risoluzione sull'assistenza sessuale a favore delle persone con disabilità, riprendendo così il lavoro iniziato dal Comitato *Lovegiver* nel 2013 e la formazione degli Operatori all'Emotività, all'Affettività e alla Sessualità (O.E.A.S.). Essa prende le mosse dal presupposto che la

[27] F. QUATTRINI, *Assistenza sessuale: Il progetto "Lovegiver" per la formazione degli operatori,* in M. ULIVIERI (a cura di), *LoveAbility. L'assistenza sessuale per le persone con disabilita,*, cit., p. 80.
[28] F. QUATTRINI, *Assistenza sessuale: Il progetto "Lovegiver"*, cit., p. 70 ss.

realizzazione di un percorso di educazione all'affettività e alla conoscenza del proprio corpo porterebbe a mitigare il pregiudizio dell'opinione pubblica sul tema[29].

4.2. Il labile confine tra assistenza sessuale e prostituzione.

Se in talune realtà (Australia e Nuova Galles del Sud) *sex workers* e movimenti dei disabili sono giunti a concepire e realizzare progetti comuni di formazione e specializzazione[30], in altre (*in primis* Francia e Italia) il confine tra prostituzione e sostegno alla vita sessuale diventa sempre più sottile, anche per via dell'esistenza del reato di favoreggiamento e sfruttamento dell'attività prostitutiva[31]. In tutti i Paesi avversi al riconoscimento della figura dell'assistente sessuale, le persone disabili sono spesso costrette a rivolgersi - direttamente o tramite un familiare - al mercato del sesso per venire incontro alle proprie esigenze sessuali. È proprio in tali contesti che la repellente esigenza di una legislazione volta a regolamentare la figura dell'assistente sessuale si collega non solo alla concreta difesa del diritto alla sessualità del disabile e al suo benessere, ma anche alla necessità di contenere il ricorso alla stessa prostituzione[32].

Giunti a tale punto, appare vitale chiedersi se l'assistenza sessuale costituisca - a tutti gli effetti - una forma di prostituzione o meno. La dottrina maggioritaria tende a qualificare l'assistenza sessuale per le persone disabili come una forma "anomala" di prostituzione: pur non trovando margine nel classico paradigma entro le cui coordinate si è soliti fare rientrare la figura del cliente e quella del *sex worker*, essa

[29] Nel 2015, la Toscana è stata la prima realtà regionale ad avviare un dibattito sull'istituzione della figura dell'assistente sessuale.

[30] B. CASALINI, *Disabilità, immaginazione e cittadinanza sessuale*, cit., p. 309.

[31] Con sentenza 7 giugno 2019, n. 141, la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità - sollevata con ordinanza del 7 febbraio 2018 dalla Corte d'Appello di Bari, per asserito contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25, comma 2, 27 e 41 Cost. - dell'art. 3, comma 1, n. 4, prima parte e n. 8 della L. 20 febbraio 1958, n. 75 *("Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui")*, nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata. Per un commento, tra i tanti, si veda M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 settembre 2019; R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *ibidem*, 26 novembre 2019: C.P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata "protetta" dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2019; F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020; L. VIOLINI, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 2021.

[32] A. DE PIANO, *Il diritto alla genitorialità delle persone disabili. Per una introduzione al tema*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, Vol. 10, n. 15-16, 2018, p. 12.

prevede sempre il pagamento di un prezzo in cambio di un'attività sessuale; per quanto ispirata da una logica assistenziale e concretizzata secondo requisiti specifici di professionalità, l'assistenza sessuale è orientata comunque al soddisfacimento di un soggetto che paga per una prestazione sessuale, soggetto non distinguibile dal cliente di una donna che si concede[33]. In effetti, se si guarda alle mansioni concretamente espletate, le figure in esame appaiono difficilmente distinguibili. Al contrario, se si fa leva sul linguaggio impiegato, il divario tra un assistente sessuale e una prostituta risulta chiaro: una cosa è assistere (risolvere un problema), altra cosa è soddisfare (un desiderio di libidine). È senz'altro vero che i clienti non disabili delle prostitute spesso non sono in cerca di piacere fisico, ma ricercano piuttosto una falsa intimità, che potrebbe tradursi nella mancanza di interesse a consumare un rapporto sessuale completo[34]. Tuttavia, si deve tenere presente che il cliente della prostituta e quello dell'assistente sessuale non hanno la stessa incidenza sul contenuto dell'accordo: la professionalità di quest'ultima comporta un preventivo scrutinio della situazione personale del cliente, al fine di meglio misurare il proprio intervento, così che il margine di scelta del medesimo subisce un "freno" dopo la decisione di rivolgersi all'assistente: nell'ipotesi della prostituta, invece, pur essendo libera di rifiutare determinati clienti e di declinare certe richieste, è chi paga che decide la pratica sessuale[35]. In tale senso, l'elemento economico sembra ristabilire il presunto ruolo di predominanza dell'uomo sulla donna, la quale diviene un mero oggetto sessuale[36]. Il punto cruciale, però, risiede nella differente natura del rapporto che si instaura tra l'assistente sessuale ed il cliente: la prima, infatti, non dovrebbe mai essere spinta da un interesse diverso da quello professionale verso il secondo; il nucleo della relazione nell'assistenza sessuale non è l'affetto, bensì l'educazione all'affettività, e dunque una tecnica[37].

Il riconoscimento della figura dell'assistente sessuale è inevitabilmente legato - a parere di chi scrive - non solo al modello di regolamentazione del fenomeno della prostituzione adottato in ogni Paese[38], ma anche allo stesso significato del concetto di "prostituzione". In Italia, la legge n. 75/1958 (c.d. legge Merlin) non prevede una

[33] F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018, p. 21.
[34] B. CASALINI, *Disabilità, immaginazione e cittadinanza sessuale*, cit., p. 307.
[35] F. DONELLI, *Profili penali della "disobbedienza sessuale": la pena come rimedio alla solitudine. Riflessioni sull'assistenza sessuale a margine dei rapporti fra diritto*, in *L'indice penale*, n. 2, maggio-agosto 2018, p. 398.
[36] G. PRATI, L. PIETRANTONI, *La prostituzione: i contorni del fenomeno e aspetti psicologici dei clienti*, *Riv. Sessuol.*, Vol. 34, n. 3, Luglio/Settembre 2010, p. 227.
[37] F. DONELLI, *Profili penali della "disobbedienza sessuale"*, cit., p. 389.
[38] Per un approfondimento sul tema, si veda C. RIGOTTI, *Prostituzione e diritti fondamentali: un'analisi comparata delle costituzioni e delle legislazioni nazionali. Collana "Studi di Genere. Quaderni di Donne & Ricerca"*, Vol. 3, Torino, 2019.

puntuale ed esaustiva definizione, lasciando così libero l'interprete di ricostruirla[39]. In via generale, la prostituzione è intesa come *"l'esercizio abituale dei rapporti sessuali con pluralità di partners (senza scelta dei medesimi) ed a scopo di lucro"* [40]. Il rischio scaturente da un'opera di creazione e costante aggiornamento della nozione è quello di leggere la prostituzione come un fenomeno omogeneo, quando invece il quadro è policromo ed articolato su più livelli[41]. Tale circostanza trova avvallo nell'impropria equiparazione tra la figura della prostituta e quella della mantenuta, smentita - solo in tempi recenti - da parte della giurisprudenza di legittimità. Nel 2015, la Suprema Corte di Cassazione statuisce che la nozione di "prostituta" differisce da quella di "mantenuta" *"per il fatto che, mentre la prima si attiva in virtù di un accordo di scambio per effetto del quale alla dazione di soldi segue la prestazione sessuale, la seconda agisce all'interno di un rapporto di libero amore che, sebbene interessato e caratterizzato da cospicue regalie, si svolge al di fuori di vincoli di sinallagmaticità"*[42]. La mancata assimilazione tra le due figure è, altresì, rafforzata da un ulteriore elemento: a differenza della prostituta che si concede ad un'ampia cerchia di clienti (a prescindere da un'ipotetica selezione nella fase successiva), la mantenuta si relaziona con una categoria circoscritta di soggetti. A tale riguardo, si potrebbe sostenere che anche l'assistente sessuale operi in base ad una censura; tuttavia, appare difficile negare che le predette figure presentino bacini di attività di diversa estensione se si continua a ritenere che il fine perseguito dall'operatore professionale sia quello di incoraggiare il mercato del sesso. Il problema di fondo - a giudizio di chi scrive - è rappresentato dall'erroneo approccio alla questione dell'identità tra assistenza sessuale e prostituzione: la realtà giuridica non sempre tende a coincidere con la realtà dei fatti.

5. L'approccio alla sessualità della persona disabile.

I corpi delle persone affette da disabilità - nell'immaginario collettivo - sono identificati come connotati da una carica sessuale eccessiva e senza controllo, tali da esprimere una sessualità deviante. È alla presenza di radicati pregiudizi che si riconduce la costruzione della sessualità dei disabili come deviante rispetto alla a

[39] È importante segnalare che la nozione tecnico-giuridica di "prostituzione" recepita dalla legge vigente si differenzia da quella valevole per il Codice Rocco. In quest'ultimo, infatti, la suddetta nozione prescinde dal carattere venale della prestazione sessuale, attribuendo carattere prevalente "alla dazione indiscriminata del proprio corpo a un numero indeterminato di persone", ispirata dal fine di "servire l'altrui libidine". Sul punto, si veda A. CADOPPI, D. BALESTRIERI, *Prostituzione e diritto penale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTA', P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Tomo I, Milano, 2011, p. 5 ss.

[40] Così, A. FRANCHINI, S. INTRONA, *Delinquenza minorile*, Padova, 1972, p. 493.

[41] F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, cit., p. 2 ss.

[42] Cass. pen., sez. III, 22 settembre 2015, n. 4964.

quella dei "normodotati". In tale contesto, la prospettiva della persona disabile nei confronti della comunità si traduce in un sentimento di rabbia e frustrazione, contribuendo così ad accentuare la percezione di una società che manifesta un atteggiamento ostile verso la sfera sessuale di tali soggetti[43]. È proprio il predetto approccio che spinge le persone disabili a "sperimentare" la propria sessualità in maniera inadeguata: la negazione di piani educativi che insegnino agli stessi a rapportarsi alla propria sessualità non solo impedisce di scoprirla, ma determina comportamenti sessuale alterati. L'educazione alla sessualità si rivela utile anche per attuare un fondamentale mutamento culturale atto a sensibilizzare, formare ed insegnare ad accogliere risvolti imprevedibili, oltre che educare alla tolleranza della diversità.

La criticità risiede - a parere di chi scrive - nella mancata interpretazione della sessualità in base al modello sociale, riducendola invece ad un problema medico. Da tempo, si sottolinea la necessità di superare la definizione meramente medica di disabilità, vincolata ad un atteggiamento paternalista nei riguardi del soggetto fragile ed incentrata sul binomio fisiologia-patologia, a favore di una dimensione sociale della disabilità, più completa ed inclusiva[44]. Il modello sociale, che prende forma nel Regno Unito tra gli anni '60 e '70 del XX secolo grazie a taluni attivisti disabili, amplia il dibattito sulla disabilità e sulle strategie di intervento politico e sociale qualificando la disabilità come un "prodotto sociale". Nel resoconto di un incontro tra gli attivisti dell'*Union of the Psysically Impaired Against Segregation* (UPIAS) e quelli della *Disability Alliance* (IDA) si riscontra la causa della disabilità nella stessa società[45]; essa è definita come una forma di "oppressione sociale", al pari di quella subita da altre categorie vulnerabili[46]. Tale tipo di approccio riserva particolare attenzione alle barriere economiche, sociali ed ambientali incontrate dalle persone disabili, partendo dal presupposto che *"il problema non risiede nella "persona", ma deriva dalle barriere fisiche e psicologiche che l'ambiente sociale presenta impedendo così la piena partecipazione alla vita*

[43] L. CROCE, *Sessualità, Disabilità e Disabilità Intellettiva tra Persona e Contesto*, in *Centro Studi Psico Medico Pedagogico della Mediazione. Formazione Applicazione Ricerca Sperimentazione- Psicopedagogica e Clinica*, 2013, pp. 1 e 10.

[44] A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità. Relazione al convegno annuale del Gruppo di Pisa, Campobasso 19-20 giugno 2015*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2, 2015, pp. 8 ss.

[45] In tale senso, si veda C. THOMAS, *Developing the social relational in the social model of disability: a theoretical agenda*, in C. BARNES, G. MERCER (eds.), *Implementing the Social Model of Disability: theory and research*, Leeds, 2004, p. 32 ss.; A.D. MARRA, *Diritto e Disability Studies*, Reggio Calabria, 2009, p. 25 ss.

[46] A livello teorico, si traccia la distinzione cruciale tra *impairment* e *disability*: l'*impairment* (da tradursi come invalidità o menomazione) è la condizione contingente in cui si trova la persona; la disabilità, invece, è il vincolo di tipo oppressivo imposto da un'organizzazione abilista del sociale (sul punto, si veda C. BARNES, *A legacy of oppression: A history of disability in western culture*, in L. BARTON , M. OLIVER (eds.), *Disability Studies: Past, Present and Future*, Leeds, 1997, pp. 3-24).

sociale"[47]. Anche la sfera sessuale della persona con disabilità è riletta in ordine al modello sociale e, piuttosto che essere ricondotta ad un problema medico o psico-sessuologico, viene rimessa al quadro socio-culturale entro cui si sviluppa l'identità sessuale della persona medesima. Nel nostro ordinamento il duplice approccio (medico e sociale) al mondo delle fragilità pare ormai integrato pienamente nell'assetto normativo[48]; tuttavia, sotto il profilo della sessualità, il modello medico di disabilità sembra avere la priorità su quello sociale. Il sociologo inglese Tom Shakespeare - attraverso una serie di esperienze emotive e sessuali di disabili fisici e psichici - è uno dei primi autori ad indagare le dinamiche socio-culturali sottese ai comportamenti sessuali delle persone con disabilità. Convinto che quello medico sia ancora radicato in diverse società occidentali, egli sostiene che tale modello tenda a trascurare la sessualità di tali soggetti considerandola come un "non problema", concentrandosi invece sul *deficit* psichico o fisico dell'individuo. Entrando nello specifico, Shakespeare - nella sua nota opera *"The Sexual Politics of Disability: Untold desire"* - individua ben sei aree "disabilitanti" che impediscono lo sviluppo emotivo e sessuale degli individui affetti da disabilità: ritardo o mancanza di socializzazione delle proprie esperienze emotive e sessuali; segregazione in "speciali" spazi educativi; assenza di educazione sessuale pubblica; barriere fisiche che rendono inaccessibili spazi e informazioni; difficoltà di espressione della propria sessualità nelle istituzioni residenziali; assistenza personale e bisogni sessuali[49]. Con particolare riferimento a quest'ultima, il sociologo inglese ammette che la più generale disinformazione sulla sessualità, tesa a favorire il pregiudizio e fomentare il timore degli operatori professionali e assistenti volontari di persone con disabilità, permane una delle maggiori cause dell'oppressione e frustrazione di una vita affettiva e sessuale di individui che richiedono una continua ed adeguata assistenza. In tali aree sociali, l'identità sessuale delle persone disabili prende forma mediante un percorso non semplice di affermazione di sé e della propria *"disability identity"* e di confronto con l'immagine riflessa interiorizzata della propria corporeità e del proprio ruolo sociale; il percorso affermativo della propria disabilità non si esaurisce soltanto con l'auto-accettazione del proprio destino, ma si configura come un processo di affermazione della propria identità sociale di persona disabile,

[47] C. LEPRI, *La persona al centro. Autoderminazione, autonomia, adultità per le persone disabili*, Milano, 2016, p. 17.

[48] Oltre a promuovere riforme di rilievo in ordine ai diritti civili e alla legislazione anti-discriminatoria in diversi Paesi, il modello sociale è stato adottato come fondamento teorico anche dall'Unione Europea. Sul punto, si veda T. DEGENER, G. QUINN, *Human Rights and disability. The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, New York, 2002, p. 6 ss.

[49] T. SHAKESPEARE, *The Sexual Politics of Disability: Untold Desire*, London, 1996, pp. 16-40.

identità che deve fare fronte ai criteri normativi del riconoscimento sociale, politico ed economico di un altro individuo[50].

Il problema cruciale della preminenza del modello medico su quello sociale, nonché il mancato superamento dell'approccio culturale secondo cui la disabilità costituisce un impedimento sia dal punto di vista fisico che cognitivo-sensoriale, rischia seriamente di limitare l'autonomia di soggetti che, proprio in virtù della loro fragilità, si qualificano come meritevoli di maggiori tutele, anche nell'ambito della sessualità[51]. Alla luce di ciò, appare ragionevole chiedersi quali strategie di intervento possano promuovere un sano sviluppo della vita affettiva e sessuale delle persone affette da disabilità. In conformità al modello sociale, l'interesse si sposta da strategie psicoterapeutiche rivolte al soggetto disabile e alla famiglia di appartenenza, per approdare ad aree sociali ben più ampie, al fine di rimuovere quelle barriere ambientali che impediscono il percorso affettivo e sessuale di ogni persona; contestualmente ad un'azione sulle macro strutture ambientali, occorre operare in quegli ambienti in cui si intessono i legami quotidiani e si manifestano i bisogni affettivi e sessuali delle persone con disabilità[52].

6. Il diritto (negato) alla genitorialità.

Per lungo tempo, il legislatore italiano ha concepito la genitorialità in rapporto alla disabilità facendo leva sulla presenza nel nucleo familiare di un figlio disabile e sulla necessità di garantire ai genitori un'assistenza idonea[53].

In particolare, è la disciplina del congedo parentale che subisce una netta trasformazione, sia sotto il lato economico, sia in ordine ai soggetti destinatari del beneficio. In concreto, il legislatore sembra prendere atto che la famiglia, *"sede privilegiata del più partecipe soddisfacimento delle esigenze connesse ai disagi del relativo componente"*[54], deve essere sostenuta sin dai primi anni di vita della disabilità del figlio, attraverso una rete di comunicazione e di servizi efficaci e competenti. In linea con ciò, nel 2016 sono introdotte - per la prima volta - specifiche tutele in favore dei soggetti

[50] T. SHAKESPEARE, *The Sexual Politics of Disability: Untold Desire*, London, cit., 50.

[51] L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Napoli, 2016, p. 346.

[52] S. FEDERICI, *SESSUALITÀ ALTERABILI. Indagine sulle influenze socioambientali nello sviluppo della sessualità di persone con disabilità in Italia*, Roma, 2002, pp. 25-26.

[53] In particolare, si veda L. VIOLINI, *Il diritto all'assistenza delle persone disabili*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Napoli, 2013, pp. 241 ss.

[54] Corte cost. 14 gennaio 2016, n. 2 (per un commento, si veda R. BELLI, *Uno scivolone della Corte nega l'autodeterminazione e suona il de profundis per i disabili*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2018).

con gravi disabilità privi di sostegno familiare. La l. n. 112/2016[55] - c.d. "dopo di noi"[56] - persegue il fine di garantire la massima autonomia e indipendenza delle persone affette da disabilità, così da poter continuare a vivere - anche ove i genitori non possano più provvedere alla loro cura - in contesti simili all'ambito familiare o avviando processi di deistituzionalizzazione.

In tale prospettiva, l'accoglimento di un'iniziativa *ad hoc* a tutela delle persone con gravi disabilità, anche dopo la morte dei genitori, rappresenta un dato rivelatore dell'intervenuta maturazione di un sostanziale livello di sensibilizzazione in merito all'opportunità di garantire sia il diritto ad una vita indipendente del disabile sia l'opportunità di sostenere i genitori intimoriti di quello che potrebbe accedere alla prole in futuro; la legge in commento si inscrive in una linea evolutiva di tutela della dignità dell'uomo, di garanzia dei diritti delle persone e, specialmente, di promozione dei più elevati livelli di eguaglianza[57]. I recenti interventi legislativi meritano senz'altro di essere valutati positivamente. È opportuno considerare che i primi studi scientifici sulle famiglie con figli disabili risalenti agli anni '50 si soffermavano essenzialmente sugli effetti collaterali che la disabilità produceva sull'intero nucleo familiare: la nascita di un figlio con disabilità rappresentava un evento sofferente che andava a ripercuotersi sul sistema familiare investendo la quotidianità di tutti i membri, chiamati a riorganizzare le proprie energie per fronteggiare una situazione nuova e imprevista[58]. Al contrario, è ancora sterile il dibattito sul diritto alla genitorialità delle persone disabili. In tale senso, si ricorda che la Convenzione ONU sui diritti delle

[55] L. 22 giugno 2016, n. 112 *("Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare")*. Su tale legge, si veda E. ROSSI, E. VIVALDI, *La legge n. 112 del 2016 sul «dopo di noi». Le questioni aperte, le sfide dell'attuazione*, in *Non profit paper*, n. 2-3, 2016; M. D'AMICO, G. D'ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità grave. Osservazioni al D.D.L. A.S. 2232 approvato dalla Camera dei Deputati sul cosiddetto "Dopo di noi"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2016; G. D'ARCONZO, *La L. n. 112 del 2016: i diritti delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*, in *Corr. giur*., 2017, 515 ss.; ID., *La legge sul «dopo di noi» e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2016, pp. 789-790 E. VIVALDI, A BLASINI (a cura di), *Il futuro delle persone con disabilità oltre la famiglia. A tre anni dalla legge 22 giugno 2016, n. 112*, Pisa 2019.

[56] Nell'ottica di G. D'ARCONZO, *La legge sul «dopo di noi» e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, cit., pp. 789-790, la formula "Legge sul dopo di noi" testimonia "come si faccia una certa fatica a considerare le persone con disabilità - a maggior ragione se si tratti di persone con gravi disabilità intellettiva o relazionale - titolari di diritti. In questa prospettiva, non è quindi casuale che il "noi" di cui si parla non indichi le persone con disabilità, ma i loro familiari. Potrà questa sembrare una pignola e, per certi aspetti, pretestuosa osservazione linguistica. Essa in realtà è indicativa di un qual certo modo di riferirsi alle persone con disabilità, generalmente ritenute prive di una propria volontà da tutelare e garantire e comunque ignorate rispetto ai loro desideri di vita."

[57] M. SORBILLI, *La c.d. legge sul "dopo di noi": una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, n. 13, 2020, pp. 7-8.

[58] E. NAPOLITANO, *Famiglia, relazioni e percorsi di empowerment*, in M. GALATI (a cura di), *Una possibile autonomia: itinerari di donne con disabilità tra empowerment e advocacy*, Roma, 2003, p. 31.

persone con disabilità contempla una norma (art. 23) dedicata al "rispetto del domicilio e della famiglia", in virtù della quale gli Stati parti (tra cui l'Italia) sono tenuti ad adottare *"misure efficaci ed adeguate ad eliminare le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità in tutto ciò che attiene al matrimonio, alla famiglia, alla paternità e alle relazioni personali"*, garantendo che *"sia riconosciuto il diritto di ogni persona con disabilità […] di sposarsi e fondare una famiglia sulla base del pieno e libero consenso dei contraenti"*, nonchè *"il diritto delle persone con disabilità di decidere liberamente e responsabilmente riguardo al numero dei figli e all'intervallo tra le nascite e di avere accesso in modo appropriato secondo l'età, alle informazioni in materia di procreazione e pianificazione familiare, e siano forniti i mezzi necessari ad esercitare tali diritti"*, consentendo ad essi (inclusi i minori) di conservare *"la loro fertilità su base di uguaglianza con gli altri"*. Tuttavia, la sottoscrizione della Convenzione ONU da parte dell'Italia non ha sottratto le persone disabili - soprattutto le donne[59] - da numerose e incisive discriminazioni, vedendo negato il loro diritto fondamentale alla genitorialità.

La l. n. 227/2021[60], reca una delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di disabilità. Essa rappresenta l'attuazione di una delle riforme previste dalla *Missione 5 "Inclusione e Coesione" Componente 2 "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore" del PNRR*. Tale riforma (c.d. "Legge quadro sulla disabilità") prescrive una legge di delegazione concernente tutte le persone con disabilità, avente il suo nucleo nel progetto di vita personalizzato e partecipato diretto a consentire ai soggetti disabili di essere protagonisti della propria vita e di realizzare

[59] In particolare, si veda S. CARNOVALI, *I diritti innominati: sessualità e diritti riproduttivi di bambine e donne con disabilità*, in *Sociologia del diritto*, n. 2, 2021, pp. 132-148.

[60] L. 22 dicembre 2021, n. 227 *("Delega al Governo in materia di disabilità")*. Il Parlamento ha approvato in tempi ristretti la legge delega del 22 dicembre 2021, n.227 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 30 dicembre 2021, n. 309, con la quale il Governo è stato delegato ad adottare, entro venti mesi dalla data di entrata in vigore della legge medesima, uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità. In realtà, l'Osservatorio Nazionale sulla condizione delle Persone con Disabilità aveva già richiesto l'approvazione di una legge delega al Governo per l'adozione di un Codice della disabilità, contenente anche la riforma del sistema dell'accertamento (in tale senso, si veda D. SABIA, A. CECCHETTI, *La definizione della condizione di disabilità e la riforma del sistema di accertamento dell'invalidità civile, cecità, sordità, handicap e disabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2021, pp. 410-426). Per un commento alla legge delega, tra i diversi, si veda F. MASCI, *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del "disability divide"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2021; C. SAGONE, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale*, in *Federalismi*, n. 1, 2023, pp. 268-273; F. CEMBRANI, M. CINGOLANI, P. FEDELI, *L'inclusione della persona disabile con strumenti tecnologici: occasione di un primo commento alla legge-delega al governo in materia di disabilità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 2, 2022, pp. 267-284. Particolarmente ricca è la sezione monografica *Verso il "Codice per la persona con disabilità". Analisi, indirizzi e proposte sul disegno di legge recante "Delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità" approvato dal Consiglio dei ministri il 28 febbraio 2019* (a cura di E. VIVALDI, A. BLASINI), in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 1, 2021.

una concreta inclusione nella società. L'art. 2 della legge richiamata riporta i principi direttivi ai quali deve conformarsi il Governo nell'esercizio della delega finalizzata al raggiungimento degli obiettivi prefissati, ossia *"garantire alla persona con disabilità il riconoscimento della propria condizione […] tale da consentire il pieno esercizio dei suoi diritti civili e sociali ivi inclusi i diritti alla vita indipendente e alla piena inclusione sociale e lavorativa, nonché l'effettivo e pieno accesso al sistema dei servizi, delle prestazioni, dei trasferimenti finanziari previsti e di ogni altra relativa agevolazione, per promuovere l'autonomia della persona con disabilità e il suo vivere su base di pari opportunità con gli altri, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e di non discriminazione"*. Per quanto concerne la valutazione multidimensionale della disabilità, della realizzazione del progetto personalizzato e di vita indipendente, il diritto all'affettività trova esplicito riconoscimento. In tale senso, vi è chi ritiene che tale passaggio si prospetta come attuativo di quanto disposto dall'art. 23 della Convenzione ONU, costituendo l'occasione per realizzare un importante cambio di paradigma culturale[61]. Tuttavia, il mancato riferimento agli artt. 29 e 30 Cost. vanifica siffatta posizione: da questi, infatti, devono trarsi taluni principi inerenti anche le persone disabili, come il diritto di formare una famiglia e il principio di eguaglianza dei coniugi, il dovere dei genitori di istruire, mantenere ed educare i figli avente come "corrispettivo" il diritto di questi di essere istruiti, mantenuti ed educati[62]. Sulla scia della legge sul "dopo di noi", il nostro legislatore continua a operare sul presupposto dell'importanza della famiglia nel sostegno completo dei soggetti disabili, e di come muoversi nel momento in cui quel sostegno viene meno.

Alla luce di ciò, si sostiene che il limite alla genitorialità delle persone disabili non sia di tipo biologico, bensì sociale, essendo quest'ultime ancora considerate inadeguate alla cura del figlio, tenuto in futuro a doversi occupare dei genitori e non viceversa[63]. La piena osservanza dell'art. 23 della Convenzione ONU è legata alla presenza di una legislazione capace di tutelare il diritto alla genitorialità delle persone con disabilità, un diritto "calpestato" da stereotipi e pregiudizi. Occorre prendere le mosse proprio da tale vuoto culturale che frena il processo inclusivo dei soggetti disabili, cercando di colmarlo mediante il potenziamento di attività formative e di sensibilizzazione, oltre che estendendo gli interventi ed i servizi già in atto[64]. Come ben osservato, la possibilità

[61] P. ADDIS, *Il diritto alla vita indipendente e l'inclusione sociale*, in *Verso il "Codice per la persona con disabilità"*, cit., p. 497.

[62] E. ROSSI, *Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *Verso il "Codice per la persona con disabilità"*, cit., p. 381.

[63] Come ammesso anche da D. VITA, F. MIRAGLIA, *Ci sono anch'io. La disabilità è una dimensione della diversità umana*, Roma, 2023, p. 140.

[64] A. DE PIANO, *Il diritto alla genitorialità delle persone disabili. Per una introduzione al tema*, in E. MARESCOTTI, A. THIENE (a cura di), *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del*

di trasformare la vulnerabilità in un processo di cambiamento e di apprendimento *"è un passaggio che tutti possono sviluppare grazie all'interazione di fattori protettivi di carattere individuale, familiare e ambientale"*[65].

7. Conclusioni.

Lo scenario delineato consente di compiere brevi considerazioni circa l'oggetto del presente lavoro, nonché offrire una valida soluzione alla questione cruciale della persistente negazione della sfera sessuale delle persone affette da disabilità. Il tema della sessualità - nel quadro storico attuale - richiede specifica attenzione e prudenza, in ragione di retaggi culturali che "intrappolano" i Paesi occidentali, laddove la sessualità tende ad assumere una declinazione negativa. Al contrario, quest'ultima è una componente fondamentale per la qualità della vita di ciascun individuo; essa, dunque, non deve essere privata "a priori" a nessuno, compreso il mondo delle fragilità. Difatti, la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006, ratificata dall'Italia, riconosce ad ogni persona con disabilità *"il diritto al piacere e alla libertà di esprimere e godere della propria sessualità"* (art. 19); ciò implica il dovere delle Istituzioni di realizzare concreti ed efficaci interventi per assicurare e sostenere la possibilità di una vita affettiva e sessuale del disabile. Per agevolare la costruzione di una cittadinanza inclusiva, si deve partire da una politica capace di pensare il corpo umano sotto un'ottica differente[66], investendo *in toto* sui sentimenti e sugli affetti, al fine di superare definitivamente l'egemonia culturale dell'abilismo. In dottrina, vi è chi tiene a marcare come il silenzio abbia un importante effetto di disciplinamento: *"se di qualcosa non si parla, se non ci sono modi per nominarla, è come se non esistesse"*; tale circostanza incide negativamente non solo sulla lettura della realtà da parte dell'opinione pubblica, ma anche sulla mentalità della stessa minoranza oppressa, che interiorizza un'immagine nociva della propria persona, finendo per accettare il rifiuto di quella componente vitale di sé che vorrebbe emergere ed esprimersi[67].

L'educazione sessuale delle persone vulnerabili è parte integrante di qualsiasi percorso educativo, anche in mancanza di situazioni problematiche; una corretta informazione e un'adeguata educazione consente a tali soggetti di dare un senso alla propria vita affettiva e sessuale; al bisogno sessuale si devono accompagnare la

minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative. Annali online della Didattica e della Formazione Docente, Vol. X, n. 15-16, 2018, p. 516.

[65] Così, R. CALDIN, A. CINOTTI, *Padri e figli/e disabili: vulnerabilità e resilienze*, in *Studium Educationis*, n. 3, 2013, p. 100.

[66] Come ammesso da M. HEIDEGGER, *Corpo e spazio*, Genova, 2000, p. 33, "l'uomo vive, vivendo-come-corpo e così è ammesso nell'aperto dello spazio e grazie a questo essere-ammesso, soggiorna già in anticipo in una relazione con il prossimo e con le cose".

[67] B. CASALINI, *Disabilità, immaginazione e cittadinanza sessuale*, cit., p. 317.

consapevolezza, l'intenzionalità, un approccio positivo alla relazione ed infine la capacità di modulare le emozioni[68]. In concreto, le persone con disabilità hanno il diritto di sapere; oltre ad essere concepito nella forma più ampia, tale "sapere" deve essere accuratamente specificato. L'educazione sessuale dei soggetti disabili incontra anche un limite: il contesto ideale e culturale ha un impatto gravoso sulle persone implicate nei programmi di formazione e nei loro accompagnatori; tale limite, unitamente alla naturale riluttanza delle stesse persone a discutere dei loro aspetti più intimi, rende il percorso più arduo[69]. La promozione dell'educazione sessuale deve avvenire in termini di informazione e formazione; solo se sostenuta da una rete esterna di solidarietà sociale, la persona con disabilità potrà accettarsi e sentirsi accettata. L'auspicio è quello di stimolare le Istituzioni ad elaborare un *corpus* specifico volto a tutelare la dimensione sessuale delle persone vulnerabili, che diventi motore di un profondo cambiamento politico e culturale nel modo di concepire il rapporto disabilità-sessualità. Vi è chi ben ricorda che principi come *"eguaglianza, solidarietà e partecipazione assumono una valenza non più unidirezionale e statocentrica, ma pluridimensionale e speculare al complesso delle esigenze della persona umana"*[70]. Lo studio sul rapporto disabilità-sessualità rilancia - inevitabilmente – un ulteriore problema, ossia l'insufficiente tutela dei soggetti diversamente abili nel nostro Paese. In linea generale, quella della tutela dei soggetti diversamente abili costituisce in Italia una delle tematiche maggiormente discusse in dottrina e nelle sedi istituzionali, data l'omessa consapevolezza della disabilità come parte integrante e naturale della società. Sebbene la Costituzione del 1948 non preveda una norma *ad hoc* a tutela dei diritti delle persone disabili, quest'ultime godono comunque di adeguata protezione non solo per via di una serie di disposizioni costituzionali riservate ai soggetti più vulnerabili[71], ma anche grazie al contributo fondamentale della giurisprudenza costituzionale[72]. I punti

[68] C. GAGLIARDI, S. VICARI, *Emozioni, comportamento e psicopatologia*, in B. DALLAPICCOLA, S. VICARI (a cura di), *La sindrome di Williams. Genetica, clinica e riabilitazione*, Milano, 2012, p. 270.

[69] A. STELLA, S. FEDERICI, F. MELONI, *Barriere sociali e diritti delle persone disabili in materia sessuale*, in *Diritto e Religioni*, n. 6, p. 428.

[70] Così, V. TONDI DELLA MURA, *Presentazione*, in V. TONDI DELLA MURA, E. DEL GOTTARDO (a cura di), *Ippoterapia e formazione emozionale*, Roma, 2010, p. 9.

[71] In particolare, tra i diversi, si veda G. ROEHRSSEN, *Gli handicappati nella Costituzione*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, 1978, pp. 10 ss.; S. P. PANUNZIO, *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, III, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 525 ss.; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020; F. FURLAN, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Varese, 2011, p. 243 ss; F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2020.

[72] Una puntuale ricostruzione è compiuta da C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Diritti fondamentali*, n. 2, 2020, p. 128 ss. In aggiunta, si veda M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica*

critici che potrebbero essere sollevati sono diversi e complessi; l'oggetto del presente lavoro impone di marcare esclusivamente il divario tra la cornice giuridica italiana e quella di altri ordinamenti europei in materia[73]. In particolare, tale circostanza trova conferma - a parere di chi scrive - specialmente nel mancato riconoscimento giuridico della figura del *"caregiver familiare"*, concepita come la persona che assiste e si prende cura di taluni soggetti, tra cui il disabile[74]. Difatti, non deve ritenersi un semplice caso se proprio di recente l'Italia sia stata condannata dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità in ordine all'omessa tutela giuridica di tale figura, nonchè la violazione degli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006. Di fronte ad una definizione laboriosa e impegnativa (quella di "disabilità") che racchiude una *"galassia di situazioni profondamente differenti tra loro"*[75], incombe al *"diritto rivendicare e impegnarsi a ricoprire il ruolo di costruttore"*[76].

del diritto, n. 1, 1999, p. 25 ss. G. ARCONZO, *La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. D'AMICO e G. ARCONZO (a cura di), *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano, 2013, pp. 17 ss.

[73] Per un approfondimento in ottica comparata, si veda P. BIANCHI, *La tutela delle persone con disabilità nella prospettiva comparata*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2013, pp. 364-382.

[74] Nel dicembre 2017, la figura del *"caregiver familiare"* è stata individuata con l'art.1, co. 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018). Di recente, alla Commissione Lavoro e Previdenza sociale del Senato è stato dunque affidato il compito, in sede referente, di analizzare tre disegni di legge in tema di *caregiver familiari* (ddl n. 2048; ddl n. 2128; ddl n. 2266).

[75] Così, P. HERITIER, *Clinica legale della disabilità, terzietà e giustizia*, in *Questione Giustizia*, n. 3, 2018, p. 8 ss.

[76] Così, C. LEVORATO, *Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità*, in *Consulta Online*, n. 3, 2019, p. 675.

ASPETTO RELAZIONALE NELLA GIURISPRUDENZA CLIMATICA.

Cristiana Angelini *

ABSTRACT (ITA): Il cambiamento climatico ha reso palese come le sorti degli esseri umani, presenti e futuri, vicini e lontani, siano interconnesse e interdipendenti. Questo fenomeno ha altresì reso manifesto come la salubrità del sistema naturale sia precondizione per l'esercizio dei diritti umani, primo fra tutti il diritto alla vita, così come indicato nella Risoluzione 48/13 del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite. D'altra parte, i rapporti dell'IPCC, in particolare quello del 2022 inerente a "*Impacts, Adaptation and Vulnerability*", hanno mostrato come la distribuzione delle conseguenze del cambiamento climatico fra i soggetti sia differenziata e iniqua. Vulnerabilità preesistenti sono infatti esacerbate dalle conseguenze nefaste del cambiamento climatico e al contempo nuove forme di vulnerabilità si concretizzano con il progredire del fenomeno. Quest'ottica relazionale e di confronto è emersa nel diritto, sia in dottrina sia nella giurisprudenza climatica nazionale e internazionale. Espressione di ciò è l'utilizzo di strumenti giuridici diversi, come il principio di non discriminazione (caso Duarte Agostinho et al. c. Portogallo et al.), di equità inter- e intragenerazionale, di solidarietà e di vulnerabilità (caso Daniel Billy et al. c. Australia). Attraverso l'analisi dei recenti sviluppi del diritto internazionale e della giurisprudenza climatica, il contributo si interroga quindi sull'evoluzione del paradigma classico dei diritti umani. Tale disamina, utilizzando i concetti di alterità e interconnessione, intende sottolineare le potenzialità di un approccio ai diritti umani che garantisca il contemporaneo benessere dell'uomo e della natura, intesi non come poli distinti e opposti, ma come elementi di un sistema integrato di convivenza e scambio.

***ABSTRACT (EN)**: Climate change has made it clear that the fate of human beings, present and future, near and far, is interconnected and interdependent. This phenomenon has also made clear how the health of the natural system is a precondition for the exercise of human rights, first of all the right to life, as indicated in United Nations Human Rights Council Resolution 48/13. On the other hand, the IPCC reports, in particular that of 2022 related to "Impacts, Adaptation and Vulnerability", showed how the distribution of the consequences of climate change among the subjects is differentiated and unfair. Pre-existing vulnerabilities are exacerbated by the harmful consequences of climate change and, at the same time, new forms of vulnerability materialise as the phenomenon progresses. This relational perspective has emerged in law, both in doctrine and in the context of national and international climate case law. This is reflected in the use of different legal instruments, such as the principle of non-discrimination (*Duarte Agostinho et al. *c.* Portugal et al. *case), inter- and intragenerational equity, solidarity and vulnerability (*Daniel Billy et al. *c.* Australia *case). Through the analysis of recent developments in international law and climate case law, the contribution therefore questions some aspects of the classical paradigm of human rights. This study, using the concepts of otherness and interconnectedness, aims to underline the potential of an approach to human rights, which guarantees the contemporary well-being of man and nature, understood not as distinct and opposite poles, but as elements of an integrated system of coexistence and exchange.*

SOMMARIO: 1. La relazione simbiotica fra diritti umani e condizioni naturali: evoluzione delle prospettive nelle fonti di diritto internazionale ambientale **2.** Il diritto umano ad un ambiente salubre quale punto d'incontro incontro fra prospettiva ecocentrica ed antropocentrica: il riconoscimento nel diritto internazionale e il legame con il diritto alla vita **3.** La condizione di vulnerabilità quale parametro relazionale dei diritti umani, in rapporto alla tutela dell'ambiente: ambivalenza e complessità del concetto **4.** L'utilizzo della vulnerabilità nella giurisprudenza climatica dei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani **4.1.** Il caso *Daniel Billy et al.* c. *Australia* di fronte al Comitato ONU dei diritti umani **4.2.** La giurisprudenza promossa dai più giovani fra le generazioni presenti **4.2.1.** Il caso *Sacchi et al.* c. *Argentina et al.* di fronte al Comitato ONU dei Diritti del fanciullo **4.2.2.** Il caso *Duarte Agostinho et al.* c. *Portogallo et al.* pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo **5.** Conclusioni.

1. La relazione simbiotica fra diritti umani e condizioni naturali: evoluzione delle prospettive nelle fonti di diritto internazionale ambientale.

Il 21 ottobre 2022, durante la prima conferenza stampa dall'assunzione del mandato quale *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite per la promozione e protezione dei diritti umani nel contesto del cambiamento climatico, il Prof. Ian Fry ha definito il cambiamento climatico come «[…] *the largest most pervasive threat to the natural environment and societies we have ever experienced*» [1].

È ben noto ormai come l'eziologia di questo fenomeno e il suo aggravarsi siano imputabili in larga parte alle attività umane, come ribadito nell'ultimo *Synthesis Report* dell'IPCC, par. A.1.[2]. Risulta dunque lecito interrogarsi circa la percezione del legame fra uomo e natura, in questo caso nell'ambito del diritto internazionale, con particolare riguardo alla rilevanza della salubrità dell'ambiente per l'essere umano e per il godimento dei propri diritti. Queste riflessioni intendono sottolineare le evoluzioni incorse negli ultimi cinquant'anni, per mostrare come benessere umano e naturale possano allinearsi, a dispetto della tradizionale dicotomia fra visione ecocentrica e antropocentrica[3].

---

[1] **Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Perugia.* Conferenza stampa, 21 ottobre 2022. Consultabile al sito https://media.un.org/en/webtv (ultimo accesso 30.03.2023).

[2] IPCC, *Sixth Assessment Report, AR6 Synthesis Report: Climate Change 2023*, 2023.

[3] Si veda al riguardo K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Aldershot, 2008; R. O. BROOKS, R. JONES et al., *Law and Ecology: The Rise of the Ecosystem Regime*, Burlington, 2002; A. GILLESPIE, *International Environmental Law, Policy and Ethics*, Oxford, 1997.

Il legame tra diritti umani e ambiente è stato perfettamente riassunto dalle parole dello *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sui diritti umani e ambiente David R. Boyd, il quale ha affermato: «[…] *human beings are part of nature, and our human rights are intertwined with the environment in which we live. Environmental harm interferes with the enjoyment of human rights, and the exercise of human rights helps to protect the environment and to promote sustainable development*»[4].

Quanto affermato da Boyd condensa riflessioni dottrinali e stratificazioni normative a livello di diritto internazionale e interno, che si sono susseguite nel tempo a partire dagli anni Settanta. Pur non essendo né possibile né utile in questa sede procedere ad una disamina completa, occorre tuttavia segnalare alcuni passaggi fondamentali.

Come è noto, la Dichiarazione di Stoccolma ha svolto il ruolo di apripista per lo sviluppo del diritto internazionale ambientale, focalizzandosi per prima sull'importanza di un certo livello di salubrità ambientale per il mantenimento di condizioni di vita dignitose, prodromiche per un efficace esercizio dei diritti umani, a simultaneo vantaggio delle presenti e delle future generazioni (Principio 1)[5].

Venti anni dopo, al termine della Conferenza ONU su ambiente e sviluppo[6], all'interno della quale è stata adottata anche la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici[7], la Dichiarazione di Rio[8] e il Report alla base di questa[9] hanno fatto emergere sfaccettature ulteriori, frutto di nuove sensibilità.

Da un lato, è stata sottolineata la frattura fra modello di sviluppo economico in uso e sostenibilità ambientale nel lungo periodo, evidenziando quindi un contrasto fra attività umane e tutela ambientale[10]. Da ciò è conseguita l'elaborazione e definizione

[4] The Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, UN Doc. A/HRC/37/59, 24 gennaio 2018, p. 7 (1).

[5] Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, Stoccolma, 16 giugno 1972.

[6] Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo (Earth Summit), UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I), Rio De Janeiro, 3-14 giugno 1992.

[7] Convenzione quadro della Nazioni Unite sul cambiamento climatico (UNFCCC), 4 giugno 1992, in vigore dal 21 marzo 1994.

[8] Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1, Rio de Janeiro, 14 giugno 1992, in particolare al Principio 3.

[9] Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (WCED), *Our Common Future*, UN Doc. A/42/427, 4 agosto 1987.

[10] *Ibid*., Chairman's Foreword.

del concetto di equità e responsabilità intergenerazionale[11], nella quale gli interessi delle future generazioni sono allineati con quelli del sistema naturale, a garanzia della stabilità delle precondizioni per l'esercizio dei diritti umani nel tempo.

Dall'altro, nella Dichiarazione è stata sollevata la problematica attinente alla condizione di disparità nel livello di sviluppo fra i diversi Stati in rapporto alla differente contribuzione al degrado ambientale (Principio 7). Questo stato di disuguaglianza, nonostante l'universalità dell'appello alla tutela degli ecosistemi naturali, ha portato a identificare un contrasto non solo fra ambiente e diritto allo sviluppo, ma anche fra Paesi più e meno industrializzati, nonché fra tutela dell'equità intergenerazionale e intragenerazionale (fra i più poveri delle generazioni presenti e le generazioni future).

Quanto detto ha permesso di inserire una questione di giustizia redistributiva, di per sé inerente in via esclusiva alla specie umana, all'interno della discussione sul rapporto fra essere umano e ambiente. Un ulteriore risultato di questi sviluppi è stato la definizione del principio multidimensionale di sviluppo sostenibile[12], che ha rappresentato una soluzione di compromesso capace di incrociare diritti economico-sociali e di tutela ambientale in chiave diacronica. Oltre a ciò, il concetto di sviluppo sostenibile si è fatto portatore di una visione onnicomprensiva e interrelata, di cui è espressione l'Agenda 2020-30 dell'Organizzazione delle Nazioni Unite[13]. Questo atto di *soft law* ha infatti avuto il merito di aver sviluppato tutti i punti precedentemente elencati inquadrandoli in un panorama onnicomprensivo. La Risoluzione suddetta ha fissato 17 *Goals*, caratterizzati da un imprescindibile carattere di interconnessione e interdipendenza (par. 5 della Risoluzione), in cui obiettivi di contrasto al cambiamento climatico (*Goal* n. 13) e più generalmente di preservazione dell'ambiente si incrociano con quello socioeconomico di azzeramento della povertà (*Goal* n. 1) o con altri apparentemente distanti, come quello relativo alla parità di genere (*Goa*l n. 5).

In linea con ciò, il rapporto IPCC (*Summary for Policymakers*) "*Impact, Adaptation and Vulnerabilities*", pubblicato nel 2022, ha dedicato due sezioni (C e D) all'interrelazione fra scelte politiche future non direttamente attinenti agli obiettivi di mitigazione e

[11] *Ibid*.
[12] *Ibid*., par. 27 e ss.
[13] Assemblea Generale ONU, Risoluzione 70/1, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc. A/RES/70/1, 25 settembre 2015.

conseguenze ecosistemiche[14]. Il rapporto ha inteso sottolineare i benefici congiunti fra meccanismi di salvaguardia del sistema climatico (attraverso risposte mitigative e di adattamento) e obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2020-30[15]. Inoltre, la sezione D ha scelto il termine *sviluppo climaticamente resiliente* per evidenziare come il raggiungimento degli obiettivi di giustizia, di equità e di inclusione sia cruciale per ridurre le emissioni, scongiurare eventi climatici estremi, garantire le possibilità di adattamento resiliente, nonché per evitare fenomeni di mal adattamento.

2. Il diritto umano ad un ambiente salubre quale punto d'incontro fra prospettiva ecocentrica ed antropocentrica: il riconoscimento nel diritto internazionale e il legame con il diritto alla vita.

L'ultima tappa del percorso ermeneutico-evolutivo poc'anzi rapidamente descritto sembra essere l'affermazione di un diritto umano ad un ambiente sano, inteso come riconoscimento del diritto a godere di un ambiente dotato di un certo livello di salubrità. Questo sviluppo rappresenta un passaggio ulteriore nella concezione del rapporto fra uomo e natura e potrebbe porsi quale punto di incontro fra visione ecocentrica e antropocentrica. Sebbene infatti la prospettiva non cambi e l'uomo rimanga "la lente" attraverso cui guardare all'esistente, si riconosce, differentemente dal passato, la necessità per il benessere della specie umana del benessere dell'intero sistema naturale, portatore di un valore di per sé stesso[16].

Nonostante vi sia ancora discussione circa la natura[17] e i contorni[18] di tale diritto, il suo inserimento nell'ordinamento giuridico è stato ritenuto elemento capace di

[14] IPCC, 2022: *Summary for Policymakers*, PÖRTNER H.-O., ROBERTS D.C., POLOCZANSKA E.S., *et al.* (a cura di), *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* PÖRTNER H.-O., ROBERTS D.C., TIGNOR M., *et al*. (a cura di) E.S. Poloczanska et al (eds.), Cambridge, UK e New York, NY, USA, 2022.

[15] *Ibid*., figure SPM.4 e SPM.5.

[16] Cfr. SHELTON D., *Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?*, in *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* , 35/2006, pp. 129-171, p. 131.

[17] Cfr. PALMISANO G., *The Right to a Healthy or Decent Environment as a Social Right: Acquis and Future Prospects of the European Social Charter System,* in *Roma Tre Law Rev*, 2/2020, pp. 7-24, p. 19; GLAZEBROOK S., *Human Rights and the Environment*, in *The Search for Environmental Justice*, Martin P. et al. (a cura di), Cheltenham, 2015, pp. 85-104, p. 95; MUNARI F.e SCHIANO DI PEPE L., *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, p. 126.

[18] SHELTON D., *Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment*, in *STAN. J. INT'L L*, 28/2001, pp. 103-138, p. 133.

promuovere migliori condizioni ambientali[19] e influenzare positivamente l'esercizio di tutti i diritti umani[20], anche in dimensioni non immediatamente riconducibili all'ambiente[21].

Ad oggi più di 150 Stati hanno incorporato questo diritto nei propri ordinamenti[22] ed è stato recentemente inquadrato quale diritto umano universale dall'ONU. Differentemente, con riguardo ai sistemi regionali di tutela dei diritti umani, non tutti hanno incorporato il diritto ad un ambiente sano, sicuro e sostenibile. Infatti, mentre sia il sistema africano che quello interamericano dei diritti umani hanno specifiche disposizioni in tal senso[23], così come la Carta araba sui diritti umani[24], la Convenzione europea dei diritti dell'uomo[25] (di qui in avanti Convenzione EDU) tutela l'ambiente

[19] MAY J., *The Case for Environmental Human Rights: Recognition, Implementations, and Outcomes*, in *Cardozo Law Review*, 42/2021, pp. 983-1037, p. 1017.

[20] BOYD R.D., *The Environmental Rights Revolution: a Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Toronto, Canada, 2011, p. 233.

[21] MAY J. e DALY E., *Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide*, in *Or. Rev. Int. Law*, 11/2009, pp. 365-440, p. 390.

[22] BOYD D.R., *Right to a Healthy Environment: Good Practices: Report of the Special Rapporteur on the Issue of the Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, UN Doc. A/HRC/43/53, 30 dicembre 2019, paragrafi 3-13.

[23] Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, Banjul, 27 giugno 1981, in vigore dal 21 ottobre 1986, art. 24: "Tutti i popoli avranno diritto ad un ambiente generale soddisfacente e favorevole al loro sviluppo"; Protocollo addizionale sui diritti economici, sociali e culturali, San Salvador, 14 novembre 1988, in vigore dal 16 novembre 1999, art. 11 par. 1: "Ogni individuo deve avere il diritto di vivere in un ambiente sano e di avere accesso ai servizi pubblici di base"; par. 2: "Gli Stati parti promuovono la protezione, conservazione e miglioramento dell'ambiente". Con riguardo al sistema interamericano è doveroso fare riferimento anche alla opinione consultiva della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo (IACtHR), *Opinione consultiva OC-23/17 del 15 novembre 2017, richiesta dalla Repubblica della Colombia*, la quale ha affermato che tale diritto è tutelato anche dalla Convenzione americana dei diritti dell'uomo, in particolare ai sensi dell' art. 26 (denominato "sviluppo progressivo"), in combinato disposto con gli articoli 30, 31, 33 e 34 della Convenzione. La Corte interamericana nell'opinione ha anche affermato che il diritto consta di una dimensione individuale ed una collettiva, comprendendo fra i suoi beneficiari anche le generazioni attuali e future. Ha sottolineato inoltre che il diritto a un ambiente sano tutela gli elementi dell'ambiente, come le foreste, i fiumi e i mari, in quanto portatori di un valore proprio, anche in assenza di certezza o prove del rischio per i singoli individui. In particolare, paragrafi 59, 62 e 64.

[24] Carta araba dei diritti dell'uomo, Tunisi, 23 maggio 2004, in vigore dal 15 marzo 2008, Art. 38: "Tutti hanno il diritto ad un adeguato livello di vita per sé stessi e la propria famiglia, che garantisca il benessere e una vita dignitosa, che includa cibo abbigliamento, alloggio, servizi adeguati e il diritto ad un ambiente sicuro. Gli Stati parti adottano le misure appropriate nell'ambito delle loro risorse disponibili per garantire la realizzazione di tale diritto".

[25] Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950, in vigore dal 3 settembre 1953.

solo in maniera indiretta, attraverso gli altri diritti già presenti in Convenzione (in particolare diritto alla vita e al rispetto della vita privata e familiare[26]), in mancanza allo stato attuale di un ulteriore Protocollo addizionale.

Dunque, in virtù sia del ruolo promotore svolto dall'ONU che della recente Risoluzione dell'Assemblea Generale, si analizzeranno gli ultimi sviluppi in sede onusiana, per affrontare solo in un secondo momento le possibili evoluzioni del sistema europeo di protezione dei diritti umani.

L'8 ottobre 2021, il Consiglio per i diritti umani dell'ONU ha riconosciuto il diritto umano ad un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile, con la Risoluzione 48/13[27]: Il 28 luglio 2022 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha operato il medesimo riconoscimento, con la Risoluzione 76/300[28].

Tuttavia, confrontando i due testi si nota come quanto dichiarato dall'Assemblea Generale non risulti perfettamente allineato con quanto espresso dal Consiglio per i diritti umani. Il testo della Risoluzione della prima - oltre a rappresentare, come detto, il frutto di un compromesso fra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo[29] - mostra in due passaggi una reticenza degli Stati a riconoscere al diritto ad un ambiente salubre il ruolo primario di precondizione per l'esercizio di tutti gli altri diritti, primo fra tutti del diritto alla vita. In particolare, se nella Risoluzione del Consiglio per i diritti umani viene riconosciuto come il degrado ambientale, il cambiamento climatico e lo sviluppo insostenibile costituiscano una delle minacce più pressanti e gravi per la capacità delle generazioni presenti e future di godere dei diritti umani, *compreso il diritto alla vita*[30], quest'ultimo riferimento non è rinvenibile nella Risoluzione 76/300.

In secondo luogo, nella parte più operativa di quest'ultima risoluzione, il riconoscimento del diritto ad un ambiente pulito, sano e sostenibile quale diritto

---

[26] Per un'analisi esaustiva cfr. Consiglio d'Europa, *Manual on Human Rights and the Environment*, III edizione, Strasburgo, 2022; PISILLO MAZZESCHI R., *Diritto internazionale dei diritti umani-Teoria e prassi*, I ed.; Giappichelli: Torino, 2020, p. 192-214 e 314-319.

[27] Consiglio ONU per i diritti umani, Risoluzione 48/13, *The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*, UN Doc. A/HRC/RES/48/13, 18 ottobre 2021.

[28] Assemblea Generale ONU, Risoluzione 76/300, *The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*, UN Doc. A/RES/76/300, 28 luglio 2022.

[29] PAUCIULO D., *Il diritto umano a un ambiente salubre nella risoluzione 76/300 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, in *Riv. dir. internaz.*, 4/2022, pp. 1118-1125, p. 1123.

[30] Consiglio ONU per i diritti umani, Risoluzione 48/13, *cit.*, p. 2, X considerandum: "Recognizing further that environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy human rights, including the right to life".

umano non è accompagnato da una specificazione del ruolo di esso rispetto agli altri diritti umani[31]. Differentemente, il Consiglio per i diritti umani, nel suo testo riconosce «*the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right that is important for the enjoyment of human rights*»[32].

Tale assenza risulta significativa, in particolare alla luce della recente prassi degli organi di monitoraggio ONU dei diritti umani, riguardante proprio il diritto alla vita in relazione agli effetti del cambiamento climatico, come ad esempio nel caso *Ioane Teitiota* c. *Nuova Zelanda*[33]. Nella comunicazione presentata di fronte al Comitato ONU dei diritti umani, Ioane Teitiota lamentava la violazione del diritto alla vita, proprio e dei suoi familiari, in conseguenza all'ordine di rimpatrio emesso dallo Stato neozelandese dopo l'emigrazione forzata dall'isola di *Tarawa* per sfuggire agli effetti già ben tangibili del cambiamento climatico (salinizzazione delle fonti di acqua dolce, erosione delle coste e delle aree abitabili, inquinamento delle falde acquifere e sovrappopolazione). L'istante chiedeva quindi al Comitato ONU di tutelare il rispetto del proprio diritto alla vita *ex*. art. 6 del Patto sui diritti civili e politici (di qui in avanti il Patto)[34], intendendolo come diritto a condurre una *vita digna*. Siffatta interpretazione era stata precedentemente enucleata nel Commento generale n. 36 emesso dallo stesso Comitato ONU[35], costituente strumento interpretativo del Patto. In tale Commento il Comitato ONU aveva chiarito che, essendo il diritto alla vita *condicio sine qua non* per l'esercizio di tutti gli altri diritti, necessita di un'interpretazione estensiva, pena il rischio di un danno irreparabile[36]. Aveva affermato quindi che gli Stati sono tenuti ad

[31] Assemblea Generale ONU, Risoluzione 76/300, *cit*. L'unica affermazione in merito, presente anche nel testo del Consiglio ONU per I diritti umani è al punto 2: "Notes that the right to a clean, healthy and sustainable environment is related to other rights and existing international law".
[32] Consiglio ONU per i diritti umani, Risoluzione 48/13, *cit*., p. 3, punto 1.
[33] Comitato ONU per i diritti umani, *Ioane Teitiota* c. *Nuova Zelanda*, Considerazioni del 7 gennaio 2020. È necessario sottolineare che recentemente il Comitato si è espresso anche su un'altra comunicazione nel caso *Daniel Billy et al*. c. *Australia* (considerazioni del 23 settembre 2022). Sebbene nel caso vengano svolte considerazioni simili al caso *Teitiota* con riguardo al diritto alla vita, si è preferito analizzarlo nel proseguo di questo contributo, visto che presenta delle peculiarità relative all'argomento di cui più avanti, cioè all'utilizzo della condizione di vulnerabilità quale parametro di valutazione degli organi di monitoraggio.
[34] Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), New York, 16 dicembre 1966, in vigore dal 23 marzo 1976.
[35] Comitato ONU dei diritti umani, *Commento generale 36 sull'articolo 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sul diritto alla vita*, UN Doc. CCPR/C/GC/36, 2018.
[36] *Ibid*., par. 3.

adottare misure non solo per prevenire situazioni che possano rappresentare una minaccia diretta alla sopravvivenza, ma anche per garantire il godimento del diritto a vivere con dignità[37]. Aveva inoltre inserito il degrado dell'ambiente, il cambiamento climatico e lo sviluppo non sostenibile tra le condizioni che possono incidere sul godimento di una vita dignitosa[38].

Sebbene nel caso di specie il Comitato ONU non abbia riconosciuto sussistente la violazione nel merito (per il mancato raggiungimento del livello di gravità della violazione), ha riconosciuto però come il cambiamento climatico e lo sviluppo insostenibile rappresentino «*[…] alcune delle minacce più pressanti e gravi alla capacità delle generazioni presenti e future per godere del diritto alla vita*» (par. 9.4), stabilendo quindi in via di principio, in linea con il Commento generale, la possibilità di una declaratoria di responsabilità dello Stato, con riguardo agli effetti a breve e a lungo termine del cambiamento climatico, in quanto lesivi del diritto alla vita dignitosa.

È in questo senso che la non menzione del diritto alla vita da parte dell'Assemblea Generale nella Risoluzione 76/300, rispetto a quanto precedentemente assunto dal Consiglio per i diritti umani risulta particolarmente significativa, così come la non ulteriore specificazione del rapporto fra il diritto ad un ambiente salubre e gli altri diritti. In caso contrario, quanto dichiarato dall'Assemblea Generale avrebbe infatti potuto essere inteso quale conferma di questo orientamento, che imputa alla salubrità dell'ambiente (intesa anche nella sua componente climatica) un ruolo preminente, indicandola quale precondizione per il godimento effettivo del diritto alla vita, il quale è a sua volta presupposto per l'esercizio fruttuoso di tutti gli altri diritti.

Anche nel contesto della Convenzione EDU, la quale come già detto non prevede fra i suoi diritti quello ad un ambiente salubre, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha approvato il 29 settembre 2021 una risoluzione destinata al Comitato dei ministri per l'elaborazione di un nuovo protocollo addizionale[39] che riconosca il diritto a un ambiente pulito, sano, sicuro e sostenibile sia fra i diritti della Convenzione EDU che fra quelli della Carta sociale europea[40].

---

[37] *Ibid*., paragrafi 3 e 26.
[38] *Ibid*., par. 62.
[39] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione n. 2396 (2021), *Anchoring the Right to a Healthy Environment: Need for Enhanced Action by the Council of Europe*, 29 settembre 2021.
[40] Carta sociale europea (riformata), Strasburgo, 3 maggio 1996, in vigore dal 1° luglio 1999.

L'Assemblea parlamentare ha ritenuto che la già citata protezione indiretta fornita fino ad ora dalla giurisprudenza della Corte abbia favorito un approccio antropocentrico e utilitaristico all'ambiente[41], impedendo agli elementi naturali di essere protetti per se stessi, e ha sottolineato come invece il riconoscimento di un diritto autonomo all'ambiente incoraggerebbe a riconoscere, nel tempo, il valore intrinseco della natura e degli ecosistemi, alla luce dell'interrelazione tra le società umane e la natura stessa[42]. Insieme alla risoluzione, l'Assemblea parlamentare ha elaborato essa stessa una proposta di protocollo, che riunisce al suo interno i principi del diritto dell'ambiente (precauzione, prevenzione, non regressione, equità e solidarietà)[43] e presenta elementi innovativi. Nel preambolo vengono infatti identificate le nuove generazioni fra i destinatari di questo nuovo diritto, e viene espresso un approccio ai diritti umani che incorpora il concetto di responsabilità e quello di diritto collettivo (Sezione 1, art. 1).

È necessario sottolineare che precedentemente l'Assemblea Parlamentare aveva già per due volte emesso questo tipo di raccomandazioni[44], ricevendo in entrambi i casi repliche negative da parte del Comitato dei Ministri[45]. Pare tuttavia che quest'ultima sollecitazione dell'Assemblea si inserisca in un momento storico differente. Da un lato la Corte EDU si trova a giudicare, come mai prima d'ora, una pluralità di casi che hanno come centro di indagine il cambiamento climatico, la violazione dei diritti umani relative ad un generale degrado degli ecosistemi, e le responsabilità statali connesse[46]. Dall'altro, la volontà politica espressa da ultimo nel quarto vertice dei Capi

[41] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione n. 2396 (2021), *cit*., par. 6. Cfr. MAY J., *Making Sense of Environmental Human Rights and Global Environmental Constitutionalism*, in *Routledge Handbook of International Environmental Law*, TECHERA E. et al. (a cura di), Abingdon-on-Thames, 2021, p. 73-89, p. 74.

[42] *Ibid*.

[43] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. 2211 (2021), *Anchoring the Right to a Healthy Environment: Need for Enhanced Action by the Council of Europe*, 29 settembre 2021.

[44] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione 1431 (1999), *Future Action to be Taken by the Council of Europe in the Field of Environment Protection*, 4 novembre 1999; Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione 1883 (2009), *Challenges Posed by Climate Change*, 29 settembre 2009.

[45] Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Risposta alla raccomandazione 8892 (2000), 20 novembre 2000; Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Risposta alla raccomandazione 12298 (2010), 19 giugno 2010.

[46] Per un elenco aggiornato di tutti i casi cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo: *Factsheet - Climate change*, consultabile al link https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Climate_change_ENG.pdf.

di Stato e di Governo del Consiglio d'Europa tenutosi a Reykjavík il 16-17 maggio 2023 sembra aver preso atto perlomeno del progressivo riconoscimento di questo diritto all'interno degli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa e della necessità di rafforzare l'impegno politico in merito, anche alla luce della Risoluzione 76/300 dell'Assemblea Generale ONU[47].

3. La condizione di vulnerabilità quale parametro relazionale dei diritti umani, in rapporto alla tutela dell'ambiente: ambivalenza e complessità del concetto.

Nell'intreccio fra sistema naturale e sistema umano si collocano i meccanismi di interconnessione fra gli stessi esseri umani, anche con riferimento al cambiamento climatico e alla sua evoluzione. Infatti, come espresso nel già citato rapporto IPCC "*Impact, Adaptation and Vulnerabilities*" (Sezione B), gli effetti del cambiamento climatico non si riversano sui soggetti in maniera equa né sotto il profilo spazio-temporale, né sotto quello qualitativo, ma esasperano le disuguaglianze già esistenti e ne creano di nuove. In questo senso alcuni soggetti, che spesso vivono condizioni di vulnerabilità preesistenti, sia loro proprie (ad es. i minori)[48] sia pertinenti la realtà circostante a causa di circostanze contingenti o endemiche sociali, economiche o ambientali (ad es. persone residenti in aree particolarmente inquinate, in condizione di povertà o afflitte da determinate patologie), si trovano ad essere i primi testimoni della retrocessione di diritti derivante dall'avanzamento del cambiamento climatico. Tuttavia, in diritto la condizione di vulnerabilità può divenire altresì elemento "favorevole" all'accoglimento delle domande di giustizia avanzate, qualora

[47] Reykjavík Declaration of the Council of Europe: United Around Our Values, Appendix V, in particolare III considerandum: "We note that the right to a healthy environment is enshrined in various ways in several constitutions of the Council of Europe member States and the increased recognition of the right to a clean, healthy and sustainable environment in, inter alia, international instruments, regional human rights instruments, national constitutions, legislation and policies." e par. 1: "We commit to: Strengthen our work at the Council of Europe on the human rights aspects of the environment based on the political recognition of the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right, in line with United Nations General Assembly Resolution 76/300, The human right to a clean, healthy and sustainable environment, and by pursuing implementation of the Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2022)20 on human rights and the protection of the environment".

[48] In merito cfr. HAYDON D., *Children's Rights. The Effective Implementation of Rights-based Standards*, in *Vulnerable Children and the Law*, I ed.; Sheehan R., Rhoades H. *et al*. (a cura di), Londra e Philadelphia, 2012; pp. 23-40, p. 30.

correttamente sollevata di fronte a corti internazionali o organi quasi giudiziali di tutela dei diritti umani. Da un lato l'appartenenza ad una categoria considerata vulnerabile può essere riconosciuta quale condizione per godere di diritti sanciti da accordi internazionali preordinati a tutelare specifici gruppi, quali le donne, i minori, o gli anziani. Questo avviene nel caso in cui un gruppo sia considerato titolare di caratteristiche che intrinsecamente e in maniera automatica necessitano di una tutela rafforzata (si veda in tal senso il preambolo della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo)[49].

Alternativamente, la vulnerabilità può costituire elemento di valutazione nei sistemi di tutela destinati alla generalità degli individui, tendenzialmente capace di agevolare l'accoglimento della richiesta. Può infatti favorire sia l'ammissibilità della domanda che l'alleggerimento del livello di gravità della violazione richiesto nel merito, valutazioni molto complesse nelle cause ambientali e soprattutto in quelle climatiche[50]. Tuttavia, nella prima accezione citata, l'appartenenza alla categoria vulnerabile può invero incorrere nel rischio di diventare uno "stigma"[51] che definisce complessivamente l'identità di un individuo, invece che una delle molteplici condizioni di vulnerabilità in cui lo stesso può trovarsi, per un periodo più o meno lungo della propria vita. Da ciò derivano due potenziali conseguenze negative in ordine all'effettiva protezione dei diritti umani: da un lato, quello della mancata valutazione per l'individuo appartenente al gruppo delle possibili coesistenti condizioni di vulnerabilità ulteriori e intersettoriali; dall'altro quello dell'esclusione dalla tutela specifica offerta dallo strumento internazionale per chi non è riconosciuto possedere tutte le precondizioni per l'appartenenza alla categoria assunta quale vulnerabile[52].

---

[49] Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1989, in vigore dal 2 settembre 1990.

[50] LAVOREL S., *L'Émergence d'une Responsabilité Climatique des Etats?*, in *Quel(s) Droit(s) Pour le Changement Climatique?*, Schaub M. T. e Cournil C. (a cura di), Sorbonne, Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Volume 47, Sorbona, 2018, pp. 157-183, p. 172.

[51] BERNARDINI M.G., *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 6/2017, 6, pp. 365-384, p. 372. Consultabile al sito https://www.rivisteweb.it/issn/2280-482X (ultimo accesso 30.03.2023).

[52] Sul punto cfr. PARIOTTI E., *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, I ed., Giolo O. e Pastore B. (a cura di), Roma, 2018; pp. 147-160.

Differentemente, la seconda accezione citata con riferimento all'attività interpretativa degli organismi internazionali di tutela dei diritti umani valuta l'esistenza della condizione di vulnerabilità tramite l'analisi della globalità degli elementi, anche intercorrenti, esistenti nel caso concreto per l'individuo. Tale approccio offre il vantaggio di trasmettere l'idea di vulnerabilità quale condizione (anche contingente) potenzialmente attribuibile a ciascun individuo, poiché ontologicamente connessa alla fragilità umana[53]. È opportuno sottolineare come in ogni caso la categoria giuridica della vulnerabilità incorpori un imprescindibile aspetto relazionale[54], a tal punto che una sua valutazione è possibile solo fintanto che rimane una condizione separata rispetto a quello che è considerato l'orizzonte comune preso come termine di confronto. Nel momento in cui questa differenza viene a sfumare, specificatamente perché i presupposti scatenanti la condizione di vulnerabilità si espandono in maniera indefinita, allora nessuna protezione ulteriore sarà garantita, e non rimarrà che constatare una generale retrocessione dei diritti di tutti.

4. L'utilizzo della vulnerabilità nella giurisprudenza climatica dei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani.

Quanto detto assume grande importanza con riguardo al contenzioso climatico strategico[55], in cui proprio i soggetti vulnerabili, che hanno percepito per primi e con maggiore intensità l'urgenza del taglio delle emissioni dei gas climalteranti, si sono resi portatori di istanze di preminente interesse pubblico a tutela del clima e dell'ambiente. L'accoglimento di queste domande di giustizia, oltre che agli attori, ha il potenziale di portare benefici alla generalità degli individui. Infatti, se è pur vero che le conseguenze del degrado ambientale e del riscaldamento globale sono disseminate in maniera ineguale, è anche vero che sono destinate a colpire tutti, in assenza di un intervento massiccio e immediato, andando a espandere e moltiplicare le vulnerabilità e minando le precondizioni stesse per ritenere possibile e ragionevole la garanzia di

[53] Dichiarazione di Barcellona sulle proposte politiche alla Commissione europea sui principi etici fondamentali in bioetica e biodiritto, (adottato a novembre 1998 dai partners del progetto BIOMED II), 1998.

[54] LORUBBIO V., *Vulnerability as Universal Ecosystem Condition: a European Comparative Perspective*, in *Federalismi.it*, 22/2021, pp. 154-169, pp. 167-168. Consultabile al sito https://federalismi.it/ (ultimo accesso 30.03.2023).

[55] Per una definizione del concetto cfr. RAMSDEN M e GLEDHILL K., *Defining Strategic Litigation*, in *C. J. Q*, .4/2019, pp. 407-439.

un certo livello di godimento di diritti. I casi a riguardo sono molteplici. Fra questi sono rilevanti certamente il recente caso *Daniel Billy et al.* c. *Australia*[56], presentato di fronte al già citato Comitato ONU, nonché il caso *Sacchi et al.* c. *Argentina et al.*[57] , sottoposto al Comitato ONU per i diritti del fanciullo e il caso *Duarte Agostinho et al.* c. *Portogallo et al.*[58], pendente di fronte alla Corte EDU.

Questi tre casi presentano ciascuno specificità diverse, ma sono accomunati dal fatto di essere stati promossi da soggetti che hanno fatto leva sulla propria condizione di vulnerabilità per l'accoglimento delle loro istanze. La scelta di selezionare questi casi e non altri, nonostante la vasta giurisprudenza in ambito climatico è stata dettata non solo dall'impossibilità materiale di una disamina completa, ma dal fatto che si ritengono da soli paradigmatici di una tendenza del diritto internazionale dei diritti umani. A prescindere dall'epilogo (un accoglimento, una pronuncia di inammissibilità e un caso ancora pendente), questi casi costituiscono infatti avamposti di tutela in favore di tutti, promossi da chi è più colpito nel godimento dei propri diritti a causa delle conseguenze del cambiamento climatico e dell'incapacità degli organi pubblici di mettere in atto misure di mitigazione e di adattamento. Ancora una volta, il rilievo dato alle considerazioni dei Comitati ONU, è dettato dal ruolo propulsore svolto da questi e dal fatto che i ricorsi presentati di fronte alla Corte di Strasburgo sono ancora pendenti.

4.1. Il caso *Daniel Billy et al.* c. *Australia* di fronte al Comitato ONU dei diritti umani.

Nel caso *Billy* le popolazioni indigene residenti nelle isole dello Stretto di Torres lamentavano la violazione da parte dell'Australia degli articoli 6 (diritto alla vita), 17 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 24 (diritto del fanciullo a misure di protezione) e 27 (diritti culturali) del Patto, a causa dell'incapacità dello Stato di attuare misure di mitigazione delle emissioni, nonché misure di adattamento capaci di garantire in futuro la vita sulle isole interessate. Gli istanti affermavano infatti che l'innalzamento del livello del mare e la morte dei coralli conseguente al cambiamento

[56] Comitato ONU per i diritti umani, *Daniel Billy et al.* c. *Australia*, Considerazioni del 22 settembre 2022.
[57] Comitato ONU sui diritti del fanciullo, *Sacchi et al.* c. *Argentina et al.*, Considerazioni del 10 agosto 2021.
[58] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Duarte Agostinho et al.* c. *Portogallo et al.*, ricorso n. 39371/20 del 13 novembre 2020.

climatico avevano reso difficile l'accesso alle fonti di alimentazione, oltre che la prosecuzione e la trasmissione degli stili di vita tradizionali, fino a minacciare la stessa vita sull'isola, con la prospettiva di migrazione forzata nel termine di 10-15 anni.

Il Comitato, differentemente da quanto espresso nel caso *Teitiota*, ha accolto nel merito le doglianze dagli autori della comunicazione con riguardo agli articoli 17 e 27 del Patto, riconoscendo per la prima volta uno Stato quale responsabile per le conseguenze del cambiamento climatico. Tuttavia, come nel caso *Teitiota*, quanto allegato dagli istanti non è stato ritenuto sufficiente per suffragare una violazione dell'art. 6. Nonostante il richiamo al Commento generale n. 36, è stata infatti fornita un'interpretazione non estensiva del diritto alla vita, qualificando la possibile emigrazione forzata come ipotesi futura e troppo incerta, e comunque legata alla violazione del diritto alla conservazione del proprio patrimonio culturale piuttosto che al diritto a vivere dignitosamente, che potrebbe ritenersi comunque protetto attraverso una potenziale ricollocazione sicura[59]. Nonostante ciò, questo caso è stato ritenuto significativo poiché lo stesso ragionamento potrebbe essere seguito in futuro da parte di altri corti e organi quasi giudiziali di tutela dei diritti umani (attraverso il così detto *judicial borrowing*)[60], al fine di dichiarare gli Stati convenuti responsabili per inadempimento degli obblighi internazionali in ordine al contrasto al cambiamento climatico[61].

L'elemento della vulnerabilità è stato cruciale nelle valutazioni operate del Comitato, sia nei profili di ammissibilità che nel merito. L'organo giudicante ha infatti ritenuto soddisfatto il requisito dello *status* di vittima considerando le informazioni fornite dagli istanti sulla base della loro "estrema vulnerabilità"[62], e su questo stesso fondamento ha riconosciuto violati gli articoli 17 e 27 del Patto. Il Comitato ha rinvenuto più elementi di vulnerabilità intercorrenti fra loro: da un lato la vulnerabilità del territorio agli effetti del cambiamento climatico e l'estrema limitatezza delle

[59] KAHL V., *Rising Before Sinking: The UN Human Rights Committee's Landmark Decision in Daniel Billy et al. v. Australia*, in *VerfBlog*, 03 ottobre 2022. Consultabile al sito https://verfassungsblog.de/ (ultimo accesso 30.03.2023).

[60] CIUFFOLETTI S., *Il discorso giurisprudenziale sui diritti connessi alla protezione dell'ambiente*, in *Jura Gentium*, 16/2019, 183-231, pp. 186-188.

[61] DALY E., *The UNHRC's Torres Strait Islands Decision: A Major Advance, and a Roadmap for the Future*, in *GNHRE Blog*, 03 ottobre 2022. Consultabile al sito https://gnhre.org/ (ultimo accesso 30.03.2023).

[62] VOIGT C., *UNHRC is Turning up the Heat: Human Rights Violations Due to Inadequate Adaptation Action to Climate Change*, in *EJIL:Talk!*, 26 settembre 2022. Consultabile al sito https://www.ejiltalk.org/ (ultimo accesso 30.03.2023).

possibilità di ricollocamento interno; dall'altro l'estrema dipendenza della popolazione indigena dal territorio e dalla sua stabilità, sia per la propria sopravvivenza[63], sia per la prosecuzione della propria vita culturale e per la trasmissione delle conoscenze tradizionali[64]. Proprio in virtù di tali elementi è stato ritenuto che il ritardo nella messa all'opera delle misure di adattamento previste dall'Australia fosse elemento sufficiente a ritenere lo Stato inadempiente nei suoi obblighi positivi di protezione.

4.2. **La giurisprudenza promossa dai più giovani fra le generazioni presenti.**

Altro utilizzo del parametro giuridico di vulnerabilità è rinvenibile nei già citati casi *Sacchi* e *Duarte*. È necessario premettere che i due casi, seppur accomunati da alcune similarità, presentano fondamentali differenze: in primo luogo il caso *Sacchi* è stato presentato presso un organo di monitoraggio ONU (il Comitato dei diritti del fanciullo), mentre il caso *Duarte* di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo. In secondo luogo, il caso *Sacchi* è già stato deciso con una pronuncia di inammissibilità per mancato esperimento dei mezzi di ricorso interno, mentre il caso *Duarte*, devoluto alla Grande Camera *ex* art. 43 della Convenzione EDU, risulta ancora pendente.

Nonostante ciò, entrambi seguono un *fil rouge* comune: la violazione da parte di una pluralità di Stati degli obblighi di tutela dei diritti umani internazionalmente protetti, declinati in chiave diacronica e intergenerazionale. Sono dunque rilevanti per apprezzare come l'ottica relazionale si possa estendere nel tempo attraverso l'utilizzo dei principi di equità e di non discriminazione. Al contempo, aiutano a comprendere come le istanze dei giovani delle generazioni presenti, fondendosi nell'orizzonte temporale e di interessi con le generazioni future, possano costruire "un ponte" per il riconoscimento dei diritti di questi ultimi e per la stabilità del sistema climatico[65].

[63] Con riguardo all'elemento della speciale dipendenza di talune popolazioni o gruppi da uno specifico territorio e la violazione dell'art. 17, si vedano le valutazioni del Comitato riguardanti i *campesinos* nel caso Comitato ONU dei diritti umani, *Portillo Cáceres et al* c. *Paraguay*, Considerazioni del 25 luglio 2019, paragrafi 7-10.

[64] Comitato ONU per i diritti umani, *Daniel Billy et al.* c. *Australia*, *cit.*, paragrafi 8.10 e 8.14.

[65] BAKKER C., *Baptism of fire? The First Climate Case before the UN Committee on the Rights of the Child*, in *Questions of International Law*, 31 gennaio 2021. Consultabile al sito https://www.qil-qdi.org/ (ultimo accesso 30.03.2023).

4.2.1. Il caso *Sacchi et al.* c. *Argentina et al.* di fronte al Comitato ONU dei Diritti del fanciullo.

Nel caso *Sacchi*, sedici giovani hanno lamentato la violazione dei propri diritti alla vita (art. 6), alla salute (art. 24), alla prioritarizzazione del superiore interesse del minore (art. 3), nonché dei diritti culturali (art. 30) alla luce della citata Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, a causa dell'inazione di cinque Stati al contrasto al cambiamento climatico.

Il Comitato dei diritti del fanciullo, nel caso *de quo*, in maniera prevedibile[66], ha ritenuto la comunicazione inammissibile per il mancato esperimento di tutti i possibili mezzi di ricorso interno. Tuttavia, ha al contempo chiarito che le allegazioni dei minori sarebbero state idonee a soddisfare gli ulteriori requisiti procedurali, quello di sottoposizione alla giurisdizione degli Stati di cui era invocata la responsabilità e il possesso dello *status* di vittima[67].

L'utilizzo della condizione di fanciulli, quali soggetti vulnerabili, nel caso di specie è stata particolarmente rilevante e multisfaccettata[68]. In primo luogo, l'appartenenza alla categoria di minori ha costituito elemento per l'accesso alla tutela offerta dalla Convenzione. In secondo luogo, l'allegazione della violazione dell'art. 3 ha imposto (seppur non nel merito) una valutazione al Comitato di ampio raggio, poiché potenzialmente attinente alle valutazioni politiche dei decisori pubblici in qualsiasi materia e con un ampio orizzonte temporale[69]. Oltre a ciò, gli istanti hanno invocato la loro natura di esseri viventi ancora in fase di sviluppo, al fine di riconoscere una violazione più grave dei propri diritti sia nel tempo presente che in quello futuro, in linea anche con le previsioni di aggravamento delle conseguenze del cambiamento climatico e nella prospettiva dell'attuazione di più drastiche misure di adattamento che potrebbero in futuro essere ritenute necessarie. D'altra parte, i giovani hanno

[66] LA MANNA M., *Cronaca di una decisione di inammissibilità annunciata: la petizione contro il cambiamento climatico Sacchi et al. non supera il vaglio del Comitato sui diritti del fanciullo*, in *SIDIBlog*, 15 novembre 2021. Consultabile al sito http://www.sidiblog.org/ (ultimo accesso 30.03.2023).

[67] Comitato ONU sui diritti del fanciullo, *Sacchi et al.* c. *Argentina et al.*, *cit*., (Argentina), Paragrafi 10.5-10-12 e 10.14.

[68] BRIONY E., *Human Rights and Climate Change Symposium - Panel six: Climate Change and The Rights of a Child*. University of Essex, 11 giugno 2021. Consultabile al sito https://www.essex.ac.uk/ (ultimo accesso 30.03.2023).

[69] IPPOLITO F., *The Best Interests of the Child: Another String to the Environmental and Climate Protection Bow?*, in *Questions of International Law*, 28 febbraio 2022, in particolare par. 3. Consultabile al sito https://www.qil-qdi.org/ (ultimo accesso 30.03.2023).

reclamato davanti al Comitato onusiano un ruolo di partecipazione attiva nei processi decisionali attraverso il richiamo all'art. 12 della Convenzione (non inserito tuttavia nel catalogo dei diritti violati), in virtù della loro condizione di soggetti maggiormente vulnerabili e quindi maggiormente interessati[70]. Attraverso ciò, la condizione di minore è divenuta elemento per pretendere un ruolo attivo nella difesa dei propri interessi collettivi, e non solo una rappresentazione da parte di altri delle proprie specificità quali "oggetti" di una tutela rafforzata.

Va sottolineato che, al momento in cui si scrive, lo stesso Comitato sta redigendo il proprio Commento generale n. 26 incentrato sui diritti dei fanciulli e ambiente, con speciale focus sul cambiamento climatico, dopo aver svolto da dicembre 2021 a febbraio 2023 consultazioni con la società civile interessata, in particolare con più di 16.000 minori[71]. Fra le richieste chiave comunicate al Comitato figurano, oltre alla garanzia di un ambiente pulito e sano, la garanzia dell'ascolto dei minori e delle loro istanze, la creazione di spazi per la condivisione delle proprie idee e proposte per potenziali soluzioni, nonché il rafforzamento di sistemi educativi incentrati sull'educazione ambientale. Sarà quindi interessante vedere nel prossimo futuro, alla luce del processo di consultazione e della prassi successiva, come il Comitato vorrà declinare il concetto di vulnerabilità in connessione al degrado ambientale, indotto dall'inquinamento e dall'aggravarsi del cambiamento climatico.

4.2.2. Il caso *Duarte Agostinho et al.* c. *Portogallo et al.* pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Venendo al caso *Duarte* attualmente pendente, è doveroso ribadire che si tratta di uno dei molteplici casi presentati di fronte alla Corte EDU relativi alle conseguenze deleterie del cambiamento climatico per il godimento dei diritti umani[72]. Fra questi, in particolare i casi (ancora pendenti) *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al*. c. *Svizzera*[73] e *Carême* c. *Francia*[74] hanno posto anch'essi l'accento sull'elemento della vulnerabilità. Tuttavia, il caso *Duarte* suscita maggiore interesse ai presenti fini, in considerazione

[70] Comitato ONU sui diritti del fanciullo, *Sacchi et al.* c. *Argentina et al.*, Comunicazione del 23 settembre 2019, p. 8.
[71] Consultabile al sito https://childrightsenvironment.org/.
[72] Corte europea dei diritti dell'uomo: *Factsheet - Climate change*, *cit*
[73] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al*. c. *Svizzera*, ricorso n. 53600/20 del 26 novembre 2020.
[74] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Carême* c. *Francia*, ricorso n. 7189/21 del 06 luglio 2022.

della particolare connotazione intergenerazionale data dai ricorrenti sia ai diritti ritenuti violati, sia all'elemento di speciale vulnerabilità rispetto agli effetti del cambiamento climatico, conseguenti alle mancate misure di mitigazione poste in essere dagli Stati. Il caso è stato promosso da sei giovani, che hanno lamentato la violazione da parte dei 33 Stati convenuti degli obblighi positivi in capo ad essi derivanti dagli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione EDU, letti in combinato disposto con l'art. 14 (divieto di discriminazione), in conseguenza al mancato rispetto degli impegni di riduzione delle emissioni per il contenimento del riscaldamento globale sotto i due gradi centigradi. In particolare, i ricorrenti hanno fatto riferimento agli incendi occorsi in Portogallo nel 2017 e alle loro conseguenze dannose, oltre che in generale all'aggravamento del cambiamento climatico e alle ripercussioni sulla loro salute psicofisica, anche in prospettiva futura. Nonostante possano essere svolte considerazioni simili a quelle del caso *Sacchi*, le peculiarità rilevanti del caso di specie attengono all'utilizzo diretto del principio di non discriminazione in chiave intergenerazionale, nonché alla richiesta fatta agli Stati *motu proprio* dalla Corte europea, di argomentare anche sull'art. 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti) della Convenzione EDU.

Sotto il primo profilo, i ricorrenti hanno sostenuto come la negligenza statale stia provocando un iniquo spostamento dei pesi relativi all'adozione delle misure di mitigazione e adattamento verso le generazioni future, alla luce delle conoscenze scientifiche e delle tecniche attuali e data la minor contribuzione dei giovani all'aggravamento del cambiamento climatico[75].

Con riferimento invece al secondo profilo, la richiesta della Corte di argomentare non solo sulle presunte violazioni allegate, ma anche sull'art. 3 (nonché sull'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 - diritto di proprietà)[76] ha fatto sostenere ad alcuni studiosi che l'elemento della vulnerabilità potrebbe giocare un ruolo importante nel giudizio sul merito attinente al livello di gravità necessario per ritenere integrata una violazione

[75] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Duarte Agostinho et al.* c. *Portogallo et al.*, *cit.*, p. 9.

[76] Protocollo Addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, Parigi, 20 marzo 1952, in vigore dal 18 maggio 1954.

del divieto di trattamenti inumani e degradanti[77], con particolare riferimento allo stato di ansia climatica vissuto dai ricorrenti[78].

La Corte europea quindi, se riterrà il ricorso ricevibile, anche in considerazione della vulnerabilità dei ricorrenti, e valutando contemporaneamente la situazione contingente e specifica del Portogallo, potrebbe nell'esame del merito abbassare la soglia di gravità richiesta rispetto a quanto accadrebbe con riferimento ad una persona adulta, favorendo un esito del giudizio favorevole ai ricorrenti.

5. Conclusioni.

Questo contributo si è mosso nell'ampia cornice entro la quale il diritto affronta il delicato rapporto fra essere umano e ambiente, per sottolinearne gli aspetti di reciprocità e interconnessione. Partendo dall'analisi dei principali strumenti internazionali, si è mostrato come la concezione di tale rapporto sia diventata negli ultimi 50 anni sempre più composita ed abbia palesato l'esistenza di un legame inscindibile e duplice fra salubrità del sistema naturale e diritti umani, dove l'uno beneficia del miglior stato dell'altro. Si è sottolineata inoltre la contemporanea emersione della questione relativa al modello di sviluppo e consumo attualmente in uso, individuato quale ostacolo alla garanzia dell'universalità dei diritti umani in chiave intra - e intergenerazionale, oltre che alla tutela dell'ambiente. All'interno dell'Agenda 2020-30 il concetto di sviluppo sostenibile, espressione di una nuova visione integrante sviluppo economico-sociale e sostenibilità ambientale nel lungo periodo, è stato individuato, anche sulla base di quanto affermato nei rapporti dell'IPCC, quale conferma del rapporto simbiotico fra la globalità dei diritti umani e l'ambiente.

Tale *excursus* è risultato prodromico a introdurre il fenomeno del riconoscimento a livello internazionale dell'esistenza di un diritto umano ad un ambiente salubre, ritenuto e trattato quale ultimo passaggio logico di questo processo ermeneutico. Sono state messe in evidenza le potenzialità di questo nuovo approdo quale sintesi fra le

[77] HERI C., *The ECtHR's Pending Climate Change Case: What's Ill-Treatment Got To Do With It?*, in *EJIL:Talk!*, 22 dicembre 2020. Consultabile al sito https://www.ejiltalk.org/ (ultimo accesso 30.03.2023).

[78] Per una disamina al riguardo, anche con riferimenti alla pregressa giurisprudenza della Corte relative all'art. 3 della CEDU, cfr. MAVRONICOLA N., *The Future is a Foreign Country: State (In)action on Climate Change and the Right Against Torture and Ill-Treatment*, in *Europe of Rights and Liberties/Europe des droits & Libertés*, 2/2022, n. 6, pp. 211-237.

prospettive antropocentriche e quelle ecocentriche, spesso contrapposte in dottrina. Si è argomentato infatti come, sebbene inserito nel catalogo dei diritti umani, il diritto ad un ambiente salubre potrebbe far mutare la coscienza dell'uomo rispetto al proprio ruolo nel sistema naturale, inserendolo all'interno e in connessione con esso, e non al di sopra e distaccato da esso. Attraverso l'analisi delle recenti Risoluzioni ONU e della prassi dei Comitati ONU, si è puntualizzato come, tuttavia, permangano a livello internazionale reticenze e dubbi sul ruolo da riconoscere a tale diritto con riferimento agli altri già convenzionalmente protetti, in particolare in relazione al diritto alla vita.

Nella seconda parte del contributo si è ragionato sul concetto di vulnerabilità nel diritto internazionale dei diritti umani, identificato come un parametro giuridico caratterizzato da un intrinseco carattere relazionale e collettivo, legato indissolubilmente alla condizione di fragilità umana. Si è mostrato, attraverso l'analisi delle considerazioni dei Comitati ONU, nonché di un caso pendente di fronte alla Corte EDU, come la vulnerabilità possa fungere da strumento capace di portare contemporanei benefici non solo ai soggetti coinvolti, ma anche alla generalità degli individui (compresi quelli non ancora nati) e all'ambiente. L'appello alla condizione di vulnerabilità sta infatti progressivamente fungendo da fondamento per la costruzione di avamposti di tutela dei diritti umani, in questo caso in ambito climatico, prima che l'aggravamento del cambiamento climatico e delle sue manifestazioni comporti una generale retrocessione dei diritti avverso cui alcun mezzo di tutela sia più esperibile.

Complessivamente, l'analisi svolta evidenzia come il diritto internazionale relativo ai diritti umani stia mutando la propria prospettiva, privilegiando una lettura relazionale dei suoi strumenti, in particolare per quanto riguarda i rapporti degli esseri umani fra di loro e con l'ecosistema di cui fanno parte.

ANTICORRUZIONE E ANTIRICICLAGGIO: SPUNTI CRITICI

Costanza Nicolosi

ABSTRACT (ITA): Alla luce della possibilità, prospettata dal nuovo Piano Nazionale Anticorruzione, che gli uffici della pubblica amministrazione istituiscano una gestione "congiunta" dei rischi riciclaggio e corruzione, il presente contributo intende offrire un'analisi della complementarietà dei suddetti rischi e relativi sistemi di gestione, al fine di valutare se una totale integrazione tra questi ultimi sia -per quanto possibile- anche opportuna.

***ABSTRACT (ENG)**: The new Italian National Anticorruption Plan opens to the possibility that public administrations manage "in a consolidated way" the risks of corruption and money laundering. The present essay offers a legal analysis of the assonances of the two risks, as well as of the relative risk-management systems in order to assess whether a wholly-integrated management of the two is not only feasible, but also legally desirable.*

SOMMARIO: - **1.** Antiriciclaggio e nuovo Piano Nazionale Anticorruzione - **2.** Riciclaggio e corruzione: la "complementarietà" dei relativi rischi - **3.** Trasparenza e tracciabilità (ulteriori assonanze tra antiriciclaggio e anticorruzione) - **4.** La gestione integrata dell'antiriciclaggio e dell'anticorruzione - **5.** Ridefinizione del riciclaggio come uno dei rischi del fenomeno corruttivo? - **6.** Antiriciclaggio e codici di comportamento.

1. Antiriciclaggio e nuovo Piano Nazionale Anticorruzione.

Il 5 dicembre 2022, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ("ANAC")[1] ha pubblicato la versione aggiornata del Piano Nazionale Anticorruzione ("PNA")[2] relativo al prossimo triennio[3]. Tra le novità esso include, per la prima volta, tra i presidi anticorruzione per la pubblica amministrazione (PA), anche il rafforzamento delle misure antiriciclaggio. In particolare, il nuovo PNA identifica, quale ambito di gestione "congiunta" dei due rischi, l'identificazione del titolare effettivo (per la cui definizione, lo stesso PNA rinvia alle disposizioni del d.lgs. 231/2007, ovvero il decreto antiriciclaggio) delle società che concorrono ad appalti pubblici. Secondo il PNA, gli obblighi sul titolare effettivo previsti in relazione alle spese PNRR vanno applicati a tutti i contratti pubblici una volta istituita la sezione sulla titolarità effettiva nel Registro delle Imprese (la cui istituzione è prevista dalla c.d. V Direttiva antiriciclaggio[4])[5].

Considerata la pericolosità del fenomeno riciclaggio[6], appare più che auspicabile che la PA istituisca opportuni presidi dalle possibili strumentalizzazioni a tal fine; ovvero evitare che il coinvolgimento (seppure inconsapevole e passivo) dei pubblici uffici in episodi di riciclaggio leda la loro funzione di presidi di legalità, tutela,

[1] ANAC, Piano di riordino (ai sensi dell'art. 19, co. 3 del DL 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114). L'ANAC nasce dalla fusione delle due precedenti Autorità, la CIVIT (Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza, la *performance* e l'integrità delle amministrazioni pubbliche) e l'AVCP (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici), quest'ultima soppressa dal DL n. 90/2014, che ne ha imposto un riordino dell'organizzazione e un rafforzamento delle competenze, dato che la medesima concentra in sé le funzioni di prevenzione della corruzione e tutela della trasparenza, nonché quelle di vigilanza sui contratti pubblici, prima spettanti alle due Autorità. In generale, R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, 1 luglio 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. DI CRISTINA, *L'autorità nazionale Anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 29, n. 90, pp. 497-515, 2016; R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, 29 dicembre 2016 in *www.giustizia-amministrativa.it*; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, giugno 2016.

[2] Legge n. 190/2012, art. 1, co. 6.

[3] Il Piano Nazionale Anticorruzione 2022 è stato approvato dal Consiglio dell'ANAC il 16 novembre 2022 ed è, al momento in cui si scrive, in attesa del parere del comitato interministeriale e Conferenza Unificata Stato regioni Autonomie locali.

[4] Direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, GUCE 19 giugno 2018, L 156/43.

[5] Le regole in materia di comunicazione, accesso e consultazione dei dati e delle informazioni relativi alla titolarità effettiva sono dettate dal D.M. 11 marzo 2022, n. 55.

[6] Cfr. se si vuole, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, CEDAM, Wolters Kluwer, Milano, 2023.

sviluppo e promozione del territorio[7]. A tal proposito, appare opportuno il riferimento al mutato ruolo della PA (e della sua relazione con i cittadini) nel passaggio storico-evolutivo da un'azione tradizionalmente funzionale alla conservazione del potere del sovrano sul popolo, a un ruolo più moderno, che (re)interpretando i principi costituzionali *ex*. artt. 54, 97, 98 e 118 Cost., in chiave conforme all'evoluzione verso l'attuale forma di Stato, esorta i pubblici uffici a svolgere le proprie funzioni a servizio dei cittadini[8], nonché dello stesso territorio[9], sempre più inteso come bene comune[10] da governare (*rectius*: preservare e sviluppare).

Quest'ottica di *governance* sempre più orientata alla sostenibilità[11] e allo sviluppo dell'imprenditoria[12], nonché al contrasto del fenomeno descritto con il termine di *maladministration*[13] ha trovato culmine nell'emanazione della legge n. 190/2012 (c.d.

---

[7] F. D'AGOSTINO-G. DE GIORGI, *Pratiche di cittadinanza attiva e tutela del territorio. Partecipazione ed emersione degli interessi delle comunità locali e dei territori*, in L. GIANI-M. D'ORSOGNA-A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, pp. 171-190.

[8] V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in A. BARONE (a cura di), *Cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni*, Cacucci, Bari, 2018; I.M. MARINO, *Diritto, Amministrazione, Globalizzazione*, in A. Barone (a cura di), *Cittadini, imprese e pubbliche funzioni*, cit.; I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in A. BARONE (a cura di), *Ignazio Maria Marino. Scritti Giuridici*, Tomo II, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015.

[9] Secondo la Commissione UE la promozione dello sviluppo sostenibile passa anche attraverso il necessario miglioramento della gestione e dell'uso del territorio. Non a caso, è stata evidenziata la crescente centralità del "territorio" nelle politiche europee, tanto sul fronte dello sviluppo sostenibile, quanto sul versante della coesione territoriale. Si esorta, quindi, a una *governance* del territorio che contribuisca ad assicurarne la sicurezza sostenibile, nonché favorire l'attrazione di capitali ed investimenti.

[10] F. BENVENUTI, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, *Scritti Giuridici*, Vita e pensiero, Milano 2006, che configura il territorio come "bene comune", oggetto di un generale interesse che sta fuori dai concetti arcaici di proprietà o possesso, ma costituisce una nuova forma di rapporto che, per quanto possa sembrare paradossale, si avvicina piuttosto a una nuova relazione tipica che unisce il cittadino a beni immateriali, come ad esempio la salute. In particolare, la gestione del territorio «*…deve concepirsi … come soddisfazione delle tendenze di conservazione e di sviluppo della comunità*», p. 3948. Si veda anche, V. CERULLI IRELLI-L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 1/2014, pp. 3-36; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Fra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Padova, 1994.

[11] Si veda, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro: tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010.

[12] A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Cacucci, Bari, 2013. Si veda anche, G. ARENA-M.P. CHITI (a cura di), *Public administration, competitiveness and sustainable development*, Firenze University Press, Firenze, 2003; L. TORCHIA-F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Passigli, Firenze, 2005.

[13] Aa.Vv., *Annuario AIPDA 2016, Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del convegno annuale*, Roma 7-8 ottobre 2016, Napoli, 2016.

legge anticorruzione)[14] che recepisce la prospettiva del c.d. *integrity risk management* inteso come strumento per il settore pubblico di mappatura dei rischi relativi al fenomeno corruttivo[15]. Tuttavia, analogamente al fenomeno corruttivo[16], anche il rischio riciclaggio è insidioso per il buon funzionamento della PA, in quanto anch'esso porta a una commistione (nel peggiore dei casi, una totale sovrapposizione) tra il crimine e le istituzioni politiche, amministrative ed economiche del Paese.

Al fine, quindi, di dare compiuta attuazione dell'attuale orientamento della PA verso i cittadini e il territorio, il nuovo PNA sembra voler dare conto del fatto che si è, fino ad ora, dato troppo poco peso alla mitigazione del rischio riciclaggio all'interno della PA[17], che, analogamente a quello corruttivo, ne inficia il buon andamento,

[14] *Ex multis*, B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, pp. 123 ss; S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb. e app.*, 2013, 3, pp. 293-306; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012; F. DI CRISTINA, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (legge n. 190 del 06/11/2012)*, in *studium iuris*, 2013, 662-671; M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano. Relazione introduttiva*, in *Nuove autonomie*, 2014, pp. 395-413; G.M. FLIK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 2754-2764; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, pp. 1127-1167; P. PIRAS, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Dir. econ.*, 2015, 1, pp. 35-48; N. GULLO, *La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana*, in *Riv. dir. e proc.*, 2017, 3, pp. 939- 996; A. BARONE, *La prevenzione della corruzione nella "governance" del territorio*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, pp. 571-595; F. CERIONI-V. SARCONE (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2019; E. BORGONOVI, *Corruzione: fenomeno sociale, non della pubblica amministrazione*, in *Azienda pubblica*, 2002, pp. 583-589; G. CAPUTI, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex d.lg. n. 231/01. L'applicazione delle norme sulla prevenzione della corruzione alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni*, in F. CERIONI, V. SARCONE (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit.; E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, pp. 371 ss., 2017.

[15] Si veda, R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Cacucci, Bari, 2020.

[16] Si vedano le osservazioni di G.M. FLICK, *Antiriciclaggio, corruzione e ruolo degli intermediari: un'agenda comune*, in D. MASCIANDARO (a cura di), *Antiriciclaggio: la legalità come valore di mercato*, Bancaria editrice, Roma, 2000, p. 66 («*Criminalità organizzata e corruzione sono strettamente legate tra loro, rappresentano dei veri e propri rischi per la democrazia, esperienze a noi molto vicine, a cominciare dall'esperienza albanese e delle relative società piramidali, dovrebbero averci reso consapevoli che il passaggio dalla corruzione alla criminalità organizzata e all'immigrazione clandestina in un mondo che si avvia sempre più alla globalità è un dato dal quale non possiamo più fuggire*»).

[17] Nonostante la lodevole inclusione della normativa italiana, della PA nel sistema di contrasto al riciclaggio occorre, tuttavia, rilevare che l'effettivo apporto dei pubblici uffici (quando effettivamente

danneggiando gravemente il tessuto sociale ed economico dei territori. È, infatti, innegabile che, in aggiunta al fenomeno corruttivo, anche il coinvolgimento (seppur inconsapevole) della PA in episodi di riciclaggio lede il ruolo dei pubblici uffici quale presidio di legalità e la rende -suo malgrado- complice della criminalità, a detrimento dei cittadini e del territorio che è tenuta a preservare, sviluppare e valorizzare.

2. Riciclaggio e corruzione: la "complementarietà" dei relativi rischi.

Certamente, il fenomeno-riciclaggio è *più ampio* di quello corruttivo, in quanto non interessa solo la PA[18], ma anche gli operatori privati (tanto è vero che sono proprio

profuso) al contrasto del fenomeno risulta alquanto esiguo. Si consenta rinviare a C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, op. cit.

[18] La corruzione può definirsi come il condizionamento improprio di interessi particolari, nella cura dell'interesse generale. Tale definizione si ricava dal PNA predisposto dall'ANAC nel 2013 e dal primo aggiornamento al Piano (determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015, in particolare p. 61) secondo cui il concetto amministrativo di corruzione (*rectius*, il concetto giuridico di rischio-corruzione) «*coincide con la "maladministration", intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse*». Il Piano, come noto, è periodicamente aggiornato. Nel corso degli anni si è assistito a un perfezionamento nella redazione del medesimo e nell'individuazione dei fattori di rischio corruzione per ciascun settore di riferimento, nella predisposizione di strumenti di valutazione e gestione del medesimo. Si veda, in particolare, il PNA del 2016 (delibera n. 831 del 3 agosto 2016) e poi quelli a seguire, sino alla più recente deliberazione n. 1064 del 13 novembre 2019 e, il più recente, relativo al periodo 2022-2024, approvato il 20 settembre 2022. Analogamente, la Banca Mondiale definisce la corruzione come l'abuso di potere ai fini di un profitto privato («*the abuse of public office for private gains*»), World Bank, *Helping Countries Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*, 1997. Generalmente, quindi, la corruzione riguarda l'abuso della propria posizione nella PA, o dei legami con essa, per assicurarsi vantaggi impropri per sé o per una parte terza essa può interessare scambi tra le più alte cariche delle amministrazioni nazionali e locali, alti dirigenti dei partiti politici e interessi del settore privato (c.d. grande corruzione); oppure verificarsi nell'interazione tra i livelli più bassi della PA e i singoli cittadini. Sulla definizione del fenomeno nell'ambito delle scienze economiche e sociali, S.H. ALATAS, *Corruption: Its nature, causes and function*, Avebury, Londra, 1990; R. THEOBALD, *Corruption development and underdevelopment*, Durham, NC, Duke University Press, 1990; M. JOHNSTON, *The search for definitions: The vitality of politics and the issue of corruption*, in *International social science journal*, 149, pp. 321-36, 1996; M. PHILP, *Defining political corruption*, in *Political studies*, XLV, pp. 436-462, 1997; Z. SZÁNTÓ, *Principals, agents, and clients. Review of the modern concept of corruption*, in *The European journal of social sciences*, 4, pp. 629-632, 1999; S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; A. J. HEIDENHEIMER-M. JOHNSTON (a cura di), *Political corruption. Concepts and contexts*, Taylor & Francis Ltd., Londra, 2002; A.J. BROWN, *What are we*

questi i destinatari formali della normativa antiriciclaggio). Tuttavia, altrettanto certamente, quando il riciclaggio coinvolge la PA, esso non è meno significativo del fenomeno corruttivo in quanto, in entrambi i casi, la strumentalizzazione dei pubblici uffici a fini illeciti ha un analogo detrimento in termini di efficacia dell'operato dei pubblici uffici in relazione al perseguimento degli obiettivi di promozione e sviluppo del territorio, nonché -egualmente rilevante- in relazione alla tutela del principio di buon andamento (*ex* art. 97, co. 2, Cost.), unitamente alle regole di legalità e imparzialità dell'azione amministrativa[19].

La corruzione e il riciclaggio (quando quest'ultimo è perpetrato attraverso la strumentalizzazione dei pubblici uffici) vanno, quindi, considerati, entrambi, manifestazione del fenomeno della *maladministration*, ovvero il cattivo funzionamento

trying to measure? Reviewing the basic of corruption definition, in C. SAMPFORD-A. SHACKLOCK-C. CONNORS-F. GALTUNG, (a cura di), *Measuring corruption*, Oxford, Routledge, 2006.

[19] Il sistema di prevenzione della corruzione è, da lungo tempo, oggetto di attenta dottrina, a cui si rimanda per un'analisi dettagliata. S. CASSESE, *«Maladministration» e rimedi*, in *Foro it*., V, 1992, pp. 2-15; M. D'ALBERTI-R. FINOCCHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994; G. MELIS, *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, CUEN, Napoli, 1999; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007; F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*; Firenze-Antella, Firenza, 2010; F. MANGANARO, *Le corruption en Italie*, in *www.ius-publicum.it*, 2014; M. D'ALBERTI, *Corruzione*, in *Enc. Ital., IX Appendice*, Treccani, Roma, 2015; M.G. RACCA, *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. Disc. Pubbl., Aggiornamento*, Utet, Torino, 2017, pp. 208 ss.; S. RODOTÀ, *Il moralista militante*, Laterza, Bari, 2017; A. SPADARO, *Su alcuni rischi, forse mortali della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 1/2017; M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1, 2019, pp. 61-75; F. CERIONI-V. SARCONE (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit.; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, CEDAM, Padova, 2003; A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., pp. 425-444, 2002; R. CAVALLO PERIN-B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. dir. pubbl*., pp. 309 -338, 2014; F. DI CRISTINA, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (legge n. 190 del 06/11/2012)*, in *Studium iuris*, pp. 662-671, 2013; R. FERRARA, *L'interesse pubblico alla buona amministrazione: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm*., pp. 31-81, 2010; F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Il dir. dell'econom*., vol 28, n. 88, pp. 483-506, 2015; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., pp. 819-857, 2005; G. PIPERATA, *Il sistema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni: un'introduzione*, in F. CERIONI-V. SARCONE (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, op. cit.; B. RAGANELLI, *La tutela della Stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Gior. dir. amm*., pp. 339-348, 2017; V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2004; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pp. 49-86, Giuffrè, Milano, 2007.

della PA che indebolisce il sistema economico lecito[20] e -qualora persistente e radicata- mette in pericolo le stesse istituzioni democratiche[21]. Oltre all'analogo danno economico e sociale, i due fenomeni criminali manifestano, inoltre, un elevato grado di *continuità* anche nello stesso "sfruttamento" della PA[22]; ovvero la circostanza che i pubblici uffici possono essere usati, a fini illeciti, sia come *passaggio intermedio* (ovvero, nel percorso dei proventi illeciti verso l'economia legale); sia come loro *destinazione finale*, proprio attraverso la corruzione. Tale continuità tra i fenomeni (riciclaggio e corruzione) determina un circolo vizioso per il quale il riciclaggio agisce in continuità con la corruzione, consentendo di godere i frutti di quest'ultima. Inoltre, la significatività della PA quale snodo (finale o intermedio, ma comunque fondamentale) della lotta al riciclaggio è destinata a diventare ancora più cruciale nel contesto post-pandemico di assegnazione delle risorse del PNRR[23].

La continuità tra i due fenomeni (e la significatività dei detrimenti da essi causati) sottende la complementarietà degli stessi e -quindi- i benefici che possono scaturire da una gestione integrata, dei sistemi di contrasto, che -qualora efficienti- creerebbero un

[20] È stato dimostrato che sussiste un rapporto inversamente proporzionale fra corruzione e sviluppo economico per cui al crescere dell'una regredisce l'altro. Per un'analisi di dettaglio dell'impatto della corruzione sul PIL dell'UE, si rimanda alla Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo del 6 giugno 2011, COM (2011), 308 definitivo. Si veda, inoltre, C.E. GALLO, *Le conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione*, Relazione al Convegno: Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme, Roma 7/8 ottobre 2016- AIPDA; V. VISCO COMANDINI, *Profili economici della corruzione*, in F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, cit.

[21] Si tratta, infatti, di un fenomeno patologico in virtù del quale il potere pubblico non viene più percepito come un potere impersonale e neutrale, bensì come uno strumento di parte, S. CASSESE, *«Maladministration» e rimedi*, cit.

[22] Così R. Cantone, già Presidente dell'ANAC, in occasione del suo intervento presso la residenza dell'ambasciatore britannico in Italia, 9 marzo 2017, «*Disponendo di grandi risorse liquide, le consorterie criminali hanno necessità del reimpiego dei capitali nelle attività lecite per renderli utilizzabili. Di fatto, si tratta di un doping dell'economia che uccide la concorrenza delle aziende sane e mina l'efficienza, dal momento che vengono abbandonati i criteri di merito. Ed è in questo passaggio che spesso si annidano i fenomeni di corruzione, perché l'ingresso nel sistema legale del denaro sporco richiede la necessità di entrare in rapporto con la Pubblica amministrazione e talvolta la politica*». Il testo dell'intervento è leggibile a https://www.anticorruzione.it/-/intervento-del-presidente-raffaele-cantone-presso-la-residenza-dell-ambasciatore-britannico-in-italia?inheritRedirect=true&redirect=%2Fanac-spiega%3Ftag%3D2012%26category%3D119121%26start%3D50.

[23] Sul punto, recentemente, la Comunicazione della UIF dell'11 aprile 2022, specificatamente rivolta ai pubblici uffici, *Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi al covid-19 e al PNRR* ha esortato i pubblici uffici ad assicurare la completa tracciabilità delle operazioni nell'attuazione degli interventi del PNRR (*ex* art. 9, co. 4, del DL n. 77/2021).

opposto -e altrettanto significativo- circolo virtuoso a beneficio dell'integrità e della legalità dell'economia e dell'azione pubblica, per cui la prevenzione della corruzione contribuisce a ridurre il rischio di riciclaggio, mentre quella antiriciclaggio, ostacolando il reimpiego dei proventi della corruzione, ne accresce il rischio, rendendola, quindi, meno vantaggiosa. Infine, l'operato della pubblica amministrazione, nelle relative funzioni di contrasto al fenomeno sia della corruzione che del riciclaggio, si ispira al generale principio di *buon andamento*, con enfasi sui concetti di *performance* individuale e organizzativa[24]; nonché al principio dell'*integrità*, inteso, in entrambi i sistemi di contrasto, quale garanzia di tutela degli stessi pubblici uffici dal possibile coinvolgimento in attività illecite. Inoltre, entrambi i sistemi di prevenzione valorizzano la cultura della *legalità* e dell'etica pubblica, in funzione di una maggiore responsabilizzazione dei dipendenti e dei dirigenti pubblici.

3. Trasparenza e tracciabilità (ulteriori assonanze tra antiriciclaggio e anticorruzione).

[24] Si veda il d.lgs. n. 150/2009 (c.d. riforma Brunetta), recentemente modificato con d.lgs. n. 74/2017. Sul punto: Cons. Stato, parere del 21 aprile 2017, n. 917, consultabile al sito www.giustizia-amministrativa.it. alla riforma Brunetta ha fatto seguito il d.P.R. del 16 aprile 2013, n. 62 (c.d. Codice di Comportamento dei dipendenti pubblici), nonché il d.lgs. n. 39/2013 in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico – al fine di stimolare processi virtuosi nello svolgimento della pubblica funzione o del pubblico servizio. B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione, Corruzione contro Costituzione*, 1-2, in *Percorsi Costituzionali*, 2012; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., pp. 123-133; G.M. FLIK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, relazione al convegno organizzato dalla Corte dei Conti sul tema: *Politiche di contrasto alla corruzione: il ruolo della Corte dei Conti tra prevenzione e repressione*, Roma, 3 luglio 2014, consultabile al sito www.cortedeiconti.it; G.M. FLIK, *Governance e prevenzione della corruzione (art. 7 e 8 della Legge n. 124/2015)*, Intervento per il seminario organizzato da Italiadecide e Aequa "Prevenzione della corruzione nella riforma della PA e nella nuova disciplina dei contratti pubblici", Roma 9 novembre 2015, consultabile al sito www.italiadecide.it; F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative?*, Convegno AIPDA "Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme", Roma, 7/8 ottobre 2016; A. POLICE, *Unresponsive administration e rimedi: una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, Convegno AIPDA "Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme", Roma 7/8 ottobre 2016; A. POLICE, *New instrument of control over public corruption: the italian reform to restore trasparency and accountability*, in *Il diritto dell'economia*, vol 28, n. 87 (2-2015), pp. 189-220.

Certamente, il principio guida che caratterizza il sistema di prevenzione della corruzione è quello della *trasparenza*[25] che, in virtù della legge n. 190/2012, ha assunto una rinnovata veste giuridica[26], nel contesto di un vero e proprio ripensamento (culturale, prima ancora che giuridico)[27] del funzionamento dell'apparato amministrativo dal punto di vista sia organizzativo che funzionale. Nel contesto della lotta alla corruzione, infatti, il principio della trasparenza mira a disvelare i processi decisionali della pubblica amministrazione e renderli noti al pubblico al fine di incentivare l'*accountability* dei pubblici dipendenti, nonché il controllo diffuso degli

[25] I principi di pubblicità e trasparenza nei confronti dei cittadini, espressamente richiamati all'art. 1 della legge n. 241/1990, sono diventati criteri generali dell'azione amministrativa che il diritto di accesso contribuisce a realizzare, favorendo la creazione di una *casa di vetro*, basata sul principio di trasparenza come snodo essenziale dell'evoluzione del rapporto cittadino-PA in senso tendenzialmente pari ordinato, A. BARONE-R. DAGOSTINO, *La trasparenza e il diritto di accesso*, in A. BARONE (a cura di), *Cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni*, cit. In proposito, si veda quanto disposto dall'art. 1 del d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 in materia di riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. In generale sul principio di trasparenza e le sue tante articolazioni, D. BEVILACQUA, *I «palazzi di vetro» dei regolatori globali*, in A. NATALINI-G. VESPERINI (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015.

[26] D.lgs. n. 33/2013, così come modificato dal d.lgs. n. 97/2016. Sul punto si veda, R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 1987, pp. 529 ss.; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, pp. 416 ss.; F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza*, in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *I principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, I ed., 2011, pp. 83 ss.; nonché nella II ed., 2017, pp. 117 ss.; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, pp. 213-246; M. SAVINO, *Il FOIA Italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo, Commento al d.lgs. del 25 maggio 2016 n. 97*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016.

[27] La necessità di un radicale cambiamento del modo di essere della PA è il frutto della necessità di fornire *big answer to big questions*, come sempre accade quando vi è l'ambizione di grandi riforme. F. SATTA, *La corruzione, male sociale, e la sua prevenzione*, Atti del Convegno "Prevenzione della corruzione nella riforma della pubblica amministrazione e nella nuova disciplina dei contratti pubblici", Roma, 9 novembre 2015, consultabile al sito www.italiadecide.it; M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2- 2015, pp. 641- 690. Il bisogno di una riforma strutturale, persino morale, dell'amministrazione pubblica è dipeso dall'essere, la corruzione, un fenomeno pulviscolare che necessita, per essere affrontato, di un corale dispiegamento di risorse – non semplicemente intese in termini economici, o meglio di efficienza economica – non potendo il rischio-corruzione essere governato da "questo Organismo" o da "quella Istituzione", singolarmente considerata, ma richiedendo un approccio coordinato, si potrebbe dire reticolare o a rete, che chiami in causa Istituzioni, Amministrazione, Giurisdizione e Comunità. R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., p. 220.

utenti sulla qualità dell'azione amministrativa[28]. Certamente, anche il sistema antiriciclaggio non può che beneficiare della realizzazione di un contesto di trasparenza che impedisce e/o ostacola la commissione di reati, e -contestualmente- rende anche l'emersione di tali illeciti facilmente "scopribile". Tuttavia, per il sistema antiriciclaggio, ancora più "caratterizzante" della trasparenza, è il principio della *tracciabilità*, distinguibile dal precedente non solo perché (diversamente dalla trasparenza) non si riferisce all'emersione di eventuali e potenziali conflitti di interesse, ma anche in quanto la tracciabilità mira non solo a rendere conosciuti (o conoscibili) le movimentazioni di denaro, ma anche a ricostruire (e analizzare) la sequenza temporale di tali movimentazioni.

A questo proposito, va rilevato che i presidi antiriciclaggio nella PA mostrano una peculiare affinità (se non tanto negli strumenti, certamente nelle finalità) con alcune disposizioni speciali in tema di anticorruzione che si applicano nel contesto dei contratti pubblici[29], ovvero le disposizioni relative alla tracciabilità mediante l'uso di conti dedicati. Non a caso, le disposizioni in parola affondano le proprie origini nell'evoluzione dell'*iter* normativo al contrasto del fenomeno mafioso, proprio il contesto normativo all'interno del quale si rivengono le prime interpretazioni del

[28] D.lgs. n. 33/2013, così come di recente modificato con d.lgs. n. 97/2016 con particolare riguardo agli artt. 5 e 5-*bis* sull'accesso civico, semplice e generalizzato. Sul punto, si rimanda, a A. BARONE-R. DAGOSTINO, *La trasparenza e il diritto di accesso*, cit., p 171 e ss.; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, pp. 213-246; M. SAVINO, *Il FOIA Italiano*, cit., pp. 593-604; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa, commento al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8/9, pp. 795-805; D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed Europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, pp. 1019-1065; G. RACCA, *La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche*, Accademia per l'autonomia, Strumenti per l'alta formazione – ricerche, consultabile al sito www.accademiautonomia.it; P. CANAPARO, *L'anticorruzione e la trasparenza: questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *www.Federalismi.it*, 2016. Si veda anche il parere reso dal Consiglio di Stato, in data 24 febbraio 2016, n. 515.

[29] R. DE NICTOLIS, *La tracciabilità dei flussi finanziari nei contratti pubblici e il nuovo codice*, in *Urb. e app.*, pp. 153-179, 2017. Si veda anche, R. DE NICTOLIS-M.A. SANDULLI, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019; R. DAGOSTINO-M. DI PACE, *Art. 45 Operatori economici*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici commentato, pp. 467-478, Giuffrè, Milano,* 2017; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, pp. 177 ss., 2012; F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, pp. 1023-1032, 2014; F. MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2014.

sistema antiriciclaggio adottate dalla legislazione italiana[30]. Le disposizioni in materia di tracciabilità dei flussi finanziari (sul modello della metodologia già esperita nel caso di alcune grandi opere pubbliche[31]) sono sancite dall'art. 3 della legge 136/2010. La *ratio* delle norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari nei contratti pubblici è di prevedere opportuni meccanismi che possano avere rilevanza nella ricostruzione (il più a monte possibile) dei flussi finanziari provenienti dagli appalti pubblici, così da poter intercettare i fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica[32].

Gli obblighi di tracciabilità, *ex* art. 3, impongono, essenzialmente, tre adempimenti: (1) utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche (anche in via non esclusiva); (2) effettuazione dei movimenti finanziari, relativi alle medesime commesse pubbliche, esclusivamente con lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti idonei a consentire la piena tracciabilità; e (3) indicazione del codice identificativo di gara (CIG) e ove obbligatorio del codice unico di progetto (CUP).

[30] Si veda, legge 13 agosto 2010, n. 136 recante il Piano straordinario contro le mafie, nonché la Delega al governo in materia di normativa antimafia, successivamente modificato dalla legge 17 dicembre 2010, n. 217 di conversione del DL 12 novembre 2010 n. 187 contenete Misure urgenti in tema di sicurezza.

[31] Ad esempio, in relazione Expo Milano e all'azione di ricostruzione a seguito del terremoto in Italia centrale. Si veda, M. ALLENA-M. CAPANTINI (a cura di), *Grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di expo 2015*, in *Il diritto dell'economia*, vol 28, n, 87, 2015.

[32] Come specificato nelle relative FAQ dell'ANAC, «*La ratio della norma è quella di prevenire infiltrazioni malavitose e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare e anticoncorrenziale. Pertanto, la legge non si occupa dell'efficienza della spesa pubblica, ma piuttosto di stabilire un meccanismo che consenta agli investigatori di seguire il flusso finanziario proveniente da un contratto di appalto al fine di identificare il soggetto che percepisce il denaro pubblico, con il fine di evitare mediante un meccanismo di trasparenza (cfr. accesso civico etc), che finisca nelle mani delle mafie*». Inoltre, sempre le FAQ dell'ANAC specificano che «*Il Legislatore ha introdotto le disposizioni in tema di tracciabilità dei flussi finanziari per contrastare la criminalità organizzata e le infiltrazioni nelle commesse pubbliche, mediante l'anticipazione -il più a monte possibile- della soglia di prevenzione; la creazione di meccanismi che consentano di intercettare i fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica; e la tutela della trasparenza delle operazioni finanziarie relative all'utilizzo del corrispettivo dei contratti pubblici in modo da consentire un controllo a posteriori sui flussi finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche*».

L'ambito soggettivo dell'art. 3 comprende: (i) appaltatori[33], (ii) subcontraenti delle filiere, prestatori di servizi, fornitori e (iii) concessionari di finanziamenti pubblici[34], anche europei, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, alle forniture e ai servizi pubblici. Non sono, invece, soggetti agi obblighi di tracciabilità i percettori di agevolazioni o finanziamenti pubblici (nazionali ed europei) a sostegno dell'attività di impresa, laddove non siano riconducibili a prestazioni di forniture, servizi o lavori pubblici strettamente intesi[35]. L'ambito oggettivo dell'art. 3 comprende i flussi finanziari derivanti da: (i) contratti di appalto di lavori (indipendentemente dall'esperimento di una gara e a prescindere dal valore), (ii) servizi e forniture, (iii) concessioni di lavoro e servizi (anche senza pagamenti diretti dell'ente pubblico), (iv) contratti di partenariato pubblico/privato, (v) contratti di subappalto, subfornitura e subcontratti, (vi) affidamenti diretti, e (vii) contratti affidati a contraente generale. L'Unità di informazione finanziaria ("UIF")[36] fornisce uno schema operativo, in merito

[33] Nell'art. 1655 del c.c. il contratto di appalto è definito come «il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro". Nel d. lgs. n. 50/2016, all'art. 3 co. 1, lett. ii), accogliendo la nozione di derivazione comunitaria, gli appalti pubblici sono definiti come i "contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi». Le norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applicano in tutti i casi in cui sia stipulato un contratto di appalto pubblico tra operatore economico e committente pubblico, indipendentemente dall'esperimento o meno di una gara per l'affidamento dell'opera o del servizio e a prescindere dal valore, che può essere anche modico.

[34] La disposizione si applica ai concessionari di lavori pubblici e di servizi, dal momento che la normativa comunitaria con il d. lgs. n. 50/2016 definiscono la concessione come un contratto a titolo oneroso, con il quale la stazione appaltante affida l'esecuzione di lavori o la gestione di servizi, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire l'opera o i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario, del rischio operativo. Ciò vale anche per le concessioni che non prevedono pagamenti diretti effettuati dall'ente pubblico concedente in favore del soggetto privato concessionario. È poi opportuno rammentare che, per le concessioni di lavori pubblici, la tracciabilità si applica anche agli affidamenti effettuati dal concessionario tramite gara. La tracciabilità si applica quindi anche agli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, indipendentemente dalla procedura di affidamento adottata.

[35] A finalità diversa, rispondono taluni adempimenti prescritti comunque al riguardo, connessi esclusivamente alla gestione del programma agevolato e/o finanziato.

[36] La UIF opera quale unico centro nazionale di *aggregazione* e di *trasmissione* dei dati e delle analisi relative alle operazioni sospette di riciclaggio. Oltre alle funzioni di aggregazione e di trasmissione, alla UIF è affidato anche -e principalmente- la funzione di analisi economica, sia per quanto riguarda lo studio di eventuali anomalie riferibili a ipotesi di riciclaggio (relative a specifici settori economici o realtà territoriali), sia per quanto riguarda la funzione di analisi economico-finanziaria delle segnalazioni e di tutte le informazioni rilavanti a fini antiriciclaggio. Ai sensi del d.lgs. 231/2007, art. 40, co. 1, lettt. *a*) e *b*),

all'utilizzo dei conti dedicati, che descrive possibili anomalie sotto il profilo soggettivo[37] e oggettivo[38]. Nella valutazione assumono centralità le informazioni riguardanti: assetti proprietari, l'origine e la destinazione dei fondi e le effettive finalità economico-finanziarie sottostanti alle transazioni monitorate.

In riferimento ai contratti pubblici, vale la pena rilevare che l'art. 37 DL 78/2010 (abrogato dall'art. 8 comma 10 del 231/2007) prevedeva che «gli operatori economici aventi sede nei paesi c.d. *black list* potessero partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture, previa autorizzazione del dicastero dell'economia e finanze». Si trattava di una disposizione con funzioni sia antiriciclaggio che di contrasto all'evasione fiscale che, tuttavia, per scelta del legislatore, non andava a confluire organicamente nella normativa

la UIF, approfondisce il profilo finanziario delle segnalazioni, correlandole con: (i) i risultati delle analisi e degli studi compiuti; (ii) le ipotesi di operazioni sospette non segnalate di cui viene a conoscenza; (iii) i dati e informazioni contenuti in archivi propri; (iv) le informazioni comunicate dagli organi delle indagini, dalle Autorità di vigilanza di settore, dagli organismi di autoregolamentazione e dalle corrispettive Unità estere; (v) gli ulteriori elementi desumibili dagli archivi in possesso delle Autorità di vigilanza di settore (sulla base di protocolli di intesa); nonché (vi) gli elementi raccolti durante l'attività ispettiva.

[37] Le possibili anomalie individuate, sotto il profilo soggettivo, sono: (i) imprese in precedenza non operative, ovvero costituite di recente, specie se controllate o amministrate da soggetti che appaiono come meri prestanome; (ii) imprese partecipate da soci ovvero con amministratori sottoposti a procedimenti penali o a misure di prevenzione, ovvero notoriamente contigui (ad esempio familiari) a questi; (iii) imprese partecipate da soci ovvero con amministratori aventi residenza/sede in paesi a regime fiscalmente privilegiato o non equivalente nel contrasto al riciclaggio; (iv) presentazione di documentazione al momento dell'apertura del conto che appare falsa o contraffatta ovvero contenente elementi significativamente difformi da quelli tratti da fonti affidabili e indipendenti; (v) rifiuto o riluttanza del cliente a fornire informazioni, soprattutto con riferimento all'individuazione del titolare effettivo; e (vi) ripetute e/o improvvise modifiche nell'assetto proprietario o manageriale, ivi compreso il "direttore tecnico", nonché nell'ambito degli organi di sorveglianza/controllo dell'impresa.

[38] Le possibili anomalie individuate, sotto il profilo oggettivo, sono: (i) frequenti versamenti o prelievi di contante, anche di importo contenuto, potrebbero ricondursi a tecniche di frazionamento; (ii) Frequenti prelevamenti mediante assegni bancari o circolari sotto soglia; (iii) immediato trasferimento dei fondi presso altro intermediario ovvero a favore di persone fisiche o giuridiche con sede in paesi a regime fiscalmente privilegiato; (iv) operazioni di pagamento a soggetti terzi che non appaiono riconducibili alle finalità per le quali il conto è stato aperto; (v) ripetute ed inusuali operazioni effettuate con controparti riconducibili alla medesima compagine societaria; (vi) ricezione di risorse finanziarie e successivo rimborso in tempi eccessivamente rapidi attraverso operazioni che coinvolgono soggetti ubicati in paesi a regime fiscalmente privilegiato o che presentino un dubbio profilo reputazionale; e (vii) utilizzo di finanziamenti pubblici con modalità non compatibili con la natura e lo scopo del finanziamento erogato, in particolare attraverso prelievi di contante o trasferimenti ad altri soggetti che risultano estranei all'attività, soprattutto se all'estero.

antiriciclaggio, caratterizzandosi, pertanto, come fonte normativa autonoma che avrebbe esaurito la sua efficacia ed utilità a seguito dell'uscita di alcuni Paesi a regime fiscale privilegiato dalla c.d. *black list*. Tuttavia, appare che la funzione antiriciclaggio fosse -in realtà- prevalente rispetto a quella di contrasto dell'evasione fiscale (ciò peraltro in considerazione degli elementi informativi e documentali richiesti all'operatore straniero ai fini del rilascio dell'autorizzazione) e che, quindi, l'abrogazione abbia, di fatto, privato il sistema antiriciclaggio di uno dei suoi presidi.

Di recente, il DL 8 aprile 2020 n. 23 (decreto liquidità), convertito con modificazioni nella legge n. 27/2020, nell'introdurre misure urgenti per favorire il sostegno delle imprese, ha stabilito che, nella fase di concessione dei finanziamenti garantiti connessi con l'emergenza covid, restano fermi gli obblighi di segnalazione in materia antiriciclaggio (art. 1-*bis*, co. 5). Al fine di agevolare la tracciabilità dei flussi finanziari ottenuti in conseguenza dell'accesso al credito, è stato altresì introdotto, con riferimento ai finanziamenti garantiti dalla SACE (gruppo Cassa Depositi e Prestiti, "CDP"), l'utilizzo esclusivo dei conti correnti dedicati[39]. Sono state altresì rafforzate le misure per l'accesso al credito delle piccole medie imprese ("PMI"), facilitando il ricorso al relativo Fondo di garanzia, con un ampio utilizzo dell'autocertificazione.

4. La possibilità della gestione integrata dell'antiriciclaggio e dell'anticorruzione.

Per quanto non vada sminuita la portata della novità introdotta dal PNA, va segnalato che una gestione congiunta del rischio riciclaggio e di quello di corruzione, all'interno della PA, era ipotizzabile già prima che essa venisse suggerita esplicitamente nel nuovo Piano, in quanto entrambi i rischi (coerentemente con la loro natura di prevenzione amministrativo-precauzionale dei relativi apparati di contrasto e prevenzione) prevedono l'adozione di sistemi di *risk management*. Sul punto, il nuovo PNA non manca di sottolineare l'analogia, nei due sistemi di prevenzione, delle

[39] L'art 77 del DL n. 104/2020 (c.d. decreto agosto) ha eliminato l'obbligo per il soggetto beneficiario di indicare nella causale di pagamento la dicitura «Sostegno ai sensi del decreto legge n. 23 del 2020». Come indicato nel testo delle Condizioni Generali della Garanzia Italia, pubblicate il 10 novembre 2020 sul sito SACE, nell'eliminare l'adempimento è stato meramente previsto in sostituzione che l'impresa debba indicare, in fase di richiesta di erogazione, il codice identificativo CUI della garanzia e la locuzione «Sostegno ai sensi del decreto legge n. 23 del 2020» e che pertanto l'obbligo in capo all'impresa si intende soddisfatto al momento della presentazione della richiesta di erogazione alla banca e non ogni qualvolta movimenti il conto corrente dedicato sui cui vengono erogati i fondi.

relative fasi di valutazione e mappatura del rischio, ovvero il *risk based approach* in tema di antiriciclaggio, e l'*integrity risk management* relativo al rischio corruzione. In entrambi i casi, l'identificazione del rischio (così come delle misure più idonee alla sua gestione e mitigazione/eliminazione) deve tenere conto, secondo un modello "a cascata", delle valutazioni nazionali del rispettivo rischio.

Così -nel caso dell'anticorruzione- ciascuna amministrazione è tenuta ad attuare i Piani Triennali di prevenzione della corruzione (PTPC)[40] nel rispetto delle linee guida del PNA predisposto dall'ANAC, e -nel caso dell'antiriciclaggio- le PA adottano apposite procedure interne sulla base delle linee guida predisposte dal Comitato di Sicurezza Finanziaria (CSF[41])[42]. In entrambi i casi è prevista, inoltre, la possibilità (*rectius*, la necessità) di "modulare" le tali linee guida nazionali sulla base delle caratteristiche (*rectius*, dei rischi) peculiari ai singoli pubblici uffici (*i.e.*, dimensioni organizzative, area geografica, operatività, etc.), opportunamente "mappate".

Il modello a cascata con relativa mappatura è il risultato della ricerca di un necessario compromesso tra due tendenze contrastanti, eppure entrambe necessarie nell'azione di contrasto, ovvero l'opposta necessità -da una parte- di uniformazione (che tuttavia, può facilmente tramutarsi in un'impostazione troppo rigidamente centralista[43]) e -dall'altra- di differenziazione a livello locale che tenga dovuto conto

[40] Legge n. 190/2012, art. 1, co. 5-9. I PTCP devono rispettare le linee guida del PNA, che è qualificato come atto d'indirizzo (art. 1, co. 2-*bis*). Il Piano triennale della prevenzione della corruzione è adottato dall'organo d'indirizzo politico su proposta del dirigente responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza (art. 1, co. 8).

[41] Originariamente istituito con DL 12 ottobre 2001, n. 369, convertito con modificazioni, nella legge 14 dicembre 2001, n. 431. Trattasi, in sostanza, di un organismo competente nella strategia di contrasto del riciclaggio dei proventi illeciti (nonché del finanziamento del terrorismo, della proliferazione delle armi di distruzione di massa e dell'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale ai sensi del d. lgs. 109/2007). Il CSF è anche l'autorità italiana preposta all'attuazione delle misure di congelamento dei fondi e delle risorse economiche disposte dalle NU, e dall'Unione europea. Specificatamente per quanto riguarda il contrasto del riciclaggio, ai sensi del d.lgs. 231/2007, il CSF: elabora le strategie di prevenzione del riciclaggio e coordina le misure di contenimento del relativo rischio da parte delle autorità (art. 5, co. 5); elabora l'analisi nazionale dei rischi di riciclaggio (art. 5, co. 6, lett. *a*)); formula pareri e proposte e fornisce consulenza al Ministro dell'economia e delle finanze in materia di prevenzione del riciclaggio (art. 5, co. 6, lett. *d*)); e presenta al Ministro dell'economia e delle finanze, per il successivo inoltro al Parlamento, la relazione contenente la valutazione (sulla base delle informazioni fornite dalle altre Autorità) dell'attività di prevenzione del riciclaggio, dei relativi risultati e delle proposte dirette a renderla più efficace (art. 5, co. 7).

[42] D.lgs. n. 231/2007, art. 10 co. 3.

[43] M. CLARICH-B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.

del peculiare contesto nel quale ciascun ufficio della PA opera (sebbene nel quadro di un'azione di contrasto coerente tra i vari livelli locali, così come a livello nazionale)[44]. Tale approccio uniforme, ma differenziato, inoltre, è incentivato dalla stessa ANAC.

I piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza prevedono che le PA valutino e individuino: (i) la c.d. *analisi del contesto* in relazione al rischio corruzione, che include sia il contesto *interno* alla PA che quello *esterno* geografico/locale, (ii) la *valutazione del rischio*, ovvero la sua identificazione, analisi e ponderazione e (iii) il *trattamento del rischio*, ovvero la programmazione delle misure prese per scongiurare il realizzarsi di fenomeni corruttivi all'interno della specifica PA[45]. Sebbene il CSF non abbia ancora emanato le rispettive linee guida per la funzione antiriciclaggio dei pubblici uffici, è ragionevole supporre che, quando effettivamente adottate, i suoi principi saranno tendenzialmente analoghi a quelli del piano triennale anticorruzione.

Infatti, un'accurata mappatura dei rischi secondo le peculiarità dei singoli uffici pubblici, al fine di individuare (e, quindi, opportunamente presidiare) le attività maggiormente esposte al rischio[46], si rivelerebbe egualmente essenziale anche a fini antiriciclaggio, posto che (date le analogie tra i due fenomeni) molti dei fattori critici per il rischio corruzione si rivelerebbero tali anche per il rischio riciclaggio. Si auspica, quindi, che il nuovo PNA sproni, anche in assenza delle linee guida del CSF, i pubblici uffici ad adottare un'attività di ricognizione dei rischi non più focalizzata solo sulla funzione anticorruzione, ma che, piuttosto, adotti, in virtù della tutela della legalità nella funzione pubblica, una logica di valutazione e gestione congiunta degli stessi, che tenga conto tanto del rischio corruzione, quanto di quello di infiltrazione, utilizzo o abuso delle procedure pubbliche a scopi di riciclaggio.

[44] A. BARONE, *La prevenzione della corruzione nella "governance" del territorio*, cit.
[45] Ibidem.
[46] La gestione dei rischi – compreso il rischio corruzione – richiede, infatti, una periodica analisi oggettiva, nonché la rivalutazione delle strategie d'identificazione e classificazione, valutazione, gestione, monitoraggio e comunicazione dei rischi medesimi nonché il costante aggiornamento delle misure approntate. R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., p. 229. Si veda anche, G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, in *Il diritto dell'economia*, n. 96, 2018, pp. 349-370; G. Gallone-A.G. Orofino, *Tra misure preventive e strumenti di contrasto: la via italiana all'anticorruzione*, in *www.Federalismi.it*, 2020.

Inoltre, vale la pena ricordare l'opzione (possibile ancora prima del nuovo PNA) di accentrare, in un solo individuo, le cariche di gestore antiriciclaggio[47] e responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ("RPCT") *ex* art. 1, co. 7, della legge anticorruzione. L'eventuale coincidenza tra le due figure e, di conseguenza, l'integrazione (per lo meno implicita) dei presidi antiriciclaggio con quelli anticorruzione, infatti, non può che mirare alla tutela di una visione di insieme nella prevenzione di due fenomeni strettamente interconnessi[48], nonché l'applicazione di analoghe strategie di gestione del rischio.

Rilevante anche la circostanza che sia la normativa antiriciclaggio che quella anticorruzione identificano gli stessi ambiti oggettivi relativamente all'azione di contrasto della PA in relazione a entrambi i fenomeni; ovvero: (a) procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti di autorizzazione e concessione; (b)

[47] Il D.M. del 2015 (ora abrogato) imponeva alle PA la nomina di un *gestore* o *responsabile antiriciclaggio* (art. 6) che poteva coincidere con il responsabile della prevenzione della corruzione previsto dall'art. 1, co. 7, della legge 190/2012 (co. 5) e, in caso contrario, gli operatori avrebbero previsto adeguati meccanismi di coordinamento tra i medesimi (co. 5). Sebbene non menzionata nel d.lgs. 231/2007, l'obbligatorietà della nomina del gestore antiriciclaggio da parte delle PA è, tuttavia, sancita nelle relative istruzioni della UIF alla PA (Istruzioni, art. 11 co. 1 e co. 2) e, inoltre, è stata recentemente ribadita dalla Comunicazione della UIF per i pubblici uffici che gestiscono fondi e piani previsti dal PNRR. Comunicazione UIF, *Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi al COVID-19 e al PNRR*, 11 aprile 2022.

[48] A dimostrazione della stretta interconnessione dei due fenomeni, si consideri Protocollo d'intesa tra la UIF e l'ANAC del 3 luglio 2014, rinnovato il 13 settembre 2019. Il Protocollo consente il reciproco scambio di informazioni, la collaborazione per l'individuazione di iniziative utili ai fini del contrasto del riciclaggio dei proventi della corruzione, nonché l'efficace adempimento degli obblighi di segnalazione di operazioni sospette da parte dei pubblici uffici (ad esempio definendo specifici ambiti di collaborazione, tra cui: l'individuazione di tipologie di attività sospette; la definizione di schemi rappresentativi e indicatori di comportamenti anomali; l'effettuazione di analisi e studi congiunti etc.). L'accordo -che tiene contro della crescente attenzione che gli organismi internazionali rivolgono all'utilizzo dei presidi antiriciclaggio ai fini del contrasto della corruzione- impegna le due Autorità, nell'esercizio delle rispettive funzioni istituzionali e di controllo, e nel rispetto dei reciproci vincoli di riservatezza, a scambiare informazioni utili a individuare fattori di rischio connessi con fenomeni corruttivi ovvero suscettibili di pregiudicare il corretto funzionamento dei presidi anticorruzione nella PA o l'efficace adempimento degli obblighi di comunicazione di operazioni sospette da parte degli uffici pubblici (art. 1 del Protocollo - Scambio di informazioni). Ai sensi dell'art 2, il Protocollo definisce gli ambiti specifici di collaborazione tra le due Autorità, volti tra l'altro: all'individuazione di tipologie di attività o di condotte indicative di operazioni sospette; alla definizione di modelli o schemi rappresentativi di comportamenti anomali; all'elaborazione di parametri, fattori di rischio e indicatori per la prevenzione della corruzione, all'effettuazione di analisi e studi congiunti su specifici settori o fenomeni; e alla sensibilizzazione delle pubbliche amministrazioni, anche attraverso iniziative formative, circa il corretto adempimento degli obblighi antiriciclaggio.

procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi ai sensi del codice dei contratti pubblici e (c) procedimenti di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzioni di vantaggi economici di qualunque genere a persone fisiche ed enti pubblici e privati[49]; spesso specificando, altresì, gli stessi indicatori di anomalia in riferimento sia al rischio riciclaggio che a quello corruzione[50].

Data, quindi, l'assonanza tra i sistemi di contrasto e la recente novità introdotta dall'ultimo PNA, è ragionevole ritenere che molti (se non tutti) i pubblici uffici adotteranno, a breve, piani di gestione congiunta dei due rischi. Tuttavia, al di là dell'adozione *formale* di piani antiriciclaggio, la questione della collaborazione *effettiva* della PA alla lotta al riciclaggio resta ancora incerta. Da questo punto di vista, in effetti, il nuovo PNA si presenta come un'interessante occasione di verifica della sua efficacia sostanziale. Le disposizioni del nuovo PNA, infatti, se realmente efficaci, dovranno spronare il pubblici uffici a un ruolo più attivo nella lotta al riciclaggio. Tuttavia risulterebbe significativo anche il caso contrario (ovvero, una continua manchevole collaborazione della PA in ottica antiriciclaggio), in quanto la sostanziale inefficacia dei piani triennali *in ottica antiriciclaggio* renderebbe lecito dubitare della loro effettiva efficacia anche *in ottica anticorruzione*.

Sul punto, è infatti, utile constatare che, nonostante la grande attenzione riservata negli ultimi anni alla lotta alla corruzione, l'implementazione dei relativi piani da parte delle PA non sempre si è rivelata efficace come ci si sarebbe aspettato dalla rilevanza (anche mediatica) dedicata alla necessità di una performante azione di contrasto. In particolare, la stessa ANAC ha condannato la prassi per cui i piani anticorruzione sono adottati in modo eccessivamente burocratico, secondo una riproduzione formalistica di quanto indicato nel PNA, senza un'adeguata mappatura dei rischi effettivi derivanti dalle peculiarità (operative, geografiche, etc.) dei singoli uffici, perdendo, quindi, di realistica e concreta efficacia[51].

---

[49] Cfr., d.lgs. 231/2007, art. 10, co. 1, e legge 190/2012, art. 16. In aggiunta a queste, la normativa anticorruzione indica anche concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'art. 24, d.lgs. n. 150/09.

[50] Si tratta di indicatori specifici del settore appalti, ovvero: proroghe o aumenti dei costi non giustificati, l'esistenza di uno stesso soggetto si aggiudica numerose gare, brevi tempistiche dei bandi, requisiti di partecipazione restrittivi, frazionamento ingiustificato, frequenti modifiche delle condizioni contrattuali in corso d'opera.

[51] Al contrario, l'obiettivo che tali piani avrebbero dovuto perseguire (art. 1, co. 9, l. n. 190/2012) era quello della predisposizione di misure aderenti al contesto di riferimento, mediante l'individuazione

A questo proposito, risulta significativa (*rectius*, scoraggiante) la proposta della stessa ANAC di estendere l'applicabilità delle sanzioni, non solo ai casi di mancata adozione dei piani anticorruzione, ma anche a quelli in cui gli uffici della PA approvino provvedimenti privi di misure specifiche alle esigenze dell'amministrazione interessata[52]. Attenta dottrina ha individuato, tra le possibili ragioni dell'inefficienza sostanziale dei presidi anticorruzione, proprio la tendenza *top-down* dei piani "a cascata" che, sebbene rispondano all'esigenza di garantire una coerenza complessiva del sistema a livello nazionale, e nonostante lascino importanti spazi di autonomia per l'individuazione di soluzioni efficienti ed efficaci da parte dei singoli uffici pubblici, di fatto ripropone modelli che riecheggiano (altrettanto inefficaci) sistemi di pianificazione urbanistica[53].

Infine, al di là della *possibilità* (ormai accertata) di gestire i due rischi in maniera integrata, sembra rilevante indagare se tale gestione sia sempre comunque *opportuna*, ovvero indagare se la portata delle assonanze e delle dissonanze tra i due fenomeni (riciclaggio e corruzione), renda legittima la possibile inclusione dell'uno all'interno dell'altro o -al contrario- renda necessario tracciare una linea di demarcazione al fine di non perdere di vista le peculiarità la cui comprensione è indispensabile per l'efficacia del sistema di contrasto.

5. Ridefinizione del riciclaggio come uno dei rischi del fenomeno corruttivo?

In molte amministrazioni pubbliche, rimane ancora limitata e incerta la percezione dell'esatta linea di demarcazione tra i presidi antiriciclaggio e quelli anticorruzione,

---

delle attività e delle aree maggiormente esposte a rischio, anche potenzialmente distinte da quelle segnalate in via generale nel PNA, predisponendo misure di contrasto e di monitoraggio specifiche, valorizzando le logiche di differenziazione in relazione alle esigenze della singola amministrazione. Sul punto si rimanda al rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche relativo al 2015-2017, sul sito istituzionale dell'ANAC, dove si insite sulla scarsa qualità dei PTPC connessa alla scarsa differenziazione degli indirizzi in base alle diverse specificità e caratteristiche delle amministrazioni.

[52] A. BARONE, *La prevenzione della corruzione nella "governance" del territorio*, cit., p. 133. Come analizza l'Autore, nella stessa direzione possono essere lette le prescrizioni ANAC in ordine alla centralità dell'"analisi di contesto", sia esterno che interno, nella predisposizione dei piani di prevenzione della corruzione, allo scopo di tarare misure e processi di *integrity risk management* sulle peculiarità socio-territoriali ed organizzative delle singole amministrazioni.

[53] A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit.; R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., p. 230.

nell'ottica sia di distinguere le azioni e gli adempimenti che scaturiscono dai due sistemi di prevenzione, sia di favorire la più ampia integrazione degli stessi presidi e degli assetti organizzativi e procedurali preordinati all'attivazione di entrambi secondo una logica di gestione integrata dei rischi cui le amministrazioni sono esposte. In questo contesto, la novità introdotta dal nuovo PNA relativa alla possibilità (*rectius*, necessità) di un approccio integrato, da parte della PA, alla gestione di entrambi i rischi potrebbe risultare dannosa qualora venga intesa come una sovrapposizione integrale dei sistemi di contrasto.

Viene, quindi, da chiedersi se sia effettivamente opportuna una visione talmente "integrata" dei presidi relativi ai due fenomeni, tale che gli uni (*i.e.*, quelli antiriciclaggio) vengano, di fatto, totalmente ricompresi negli altri. Per quanto, infatti, strettamente interconnessi, la corruzione e il riciclaggio mantengono, comunque, peculiarità intrinseche, tali da non poter, in modo acritico, ridurre il coinvolgimento della PA in episodi di riciclaggio a mera *species* di rischio corruttivo. La PA può essere, infatti, coinvolta in episodi di riciclaggio *a prescindere* da eventi corruttivi (come è vero il contrario); declinarne, quindi, il relativo rischio come unicamente accessorio e componente del fenomeno corruttivo andrebbe a detrimento dell'efficace azione di prevenzione e contrasto.

Non a caso, uno dei fattori di rallentamento della collaborazione della PA potrebbe derivare proprio dalla percepita sovrapposizione dei presidi antiriciclaggio e di quelli anticorruzione. L'equivoco scaturirebbe perché in entrambi i casi l'attenzione è rivolta alla rilevazione di fattori sintomatici di possibili attività illecite che possano inficiare l'attività amministrativa. Si tratta di una conclusione superficiale perché -per quanto analoghi e connessi- i fenomeni del riciclaggio e della corruzione sono, comunque diversi, e pertanto, le valutazioni ai fini del contrasto al riciclaggio vanno orientate alla profilatura di questo specifico rischio, e a prescindere dall'eventualità che ricorrano episodi corruttivi. Analogamente, la possibile emersione di conflitti di interesse (su cui è incentrata l'attività di contrasto alla corruzione), pur meritando la massima attenzione, non è essenziale in ottica di prevenzione del riciclaggio[54].

[54] UIF, Rapporto annuale 2018, p. 16. Tra gli altri possibili motivi si può ipotizzare che la normativa antiriciclaggio venga percepita come un mero adempimento formale; che gli obblighi segnaletici vengano considerati di esclusiva competenza del mondo bancario e finanziario; che si ritenga indispensabile impiegare sofisticati strumenti di ricerca e selezione dei dati (di cui le PA possono non disporre) per far emergere operazioni sospette; che persistano dubbi interpretativi afferenti

In altri termini, la mappatura, da parte dei pubblici uffici, del rischio corruzione va orientata verso l'*interno*, al fine di prevenire condotte corruttive di propri funzionari e mantenere pertanto integra l'attività pubblica; mentre i presidi antiriciclaggio richiedono uno sguardo verso l'*esterno*, orientato alla valutazione del rischio associato o associabile all'operatività del soggetto che entra in relazione con l'ufficio pubblico, e riferito a tutte le attività potenzialmente rilevanti, anche a prescindere dall'eventuale ricorrenza di episodi di corruzione. Sebbene sia quindi possibile -e alla luce del nuovo PNA, sempre più probabile- congiungere il più possibile le funzioni antiriciclaggio e anticorruzione (anche accentrando, in un'unica figura, il ruolo di RPCT e gestore antiriciclaggio), non sembra opportuno (né efficace) considerare i presidi antiriciclaggio come sovrapponibili a quelli anticorruzione, o ritenere l'adempimento dei doveri antiriciclaggio come un portato dell'azione anticorruzione nella quale, da alcuni anni, la PA è più consapevolmente coinvolta.

Conseguentemente, l'inclusione del riciclaggio tra i rischi valutati nei piani triennali può sicuramente giovare alla diffusione di una maggiore sensibilità nei pubblici uffici verso la pericolosità del fenomeno. Tuttavia la prevenzione del riciclaggio nella PA non dovrebbe "meramente" essere ridotta a uno dei tanti rischi da prendere in considerazione *in ottica anticorruzione*. Invece, certamente, appare opportuna la possibilità di considerare la lotta a entrambi i fenomeni -riciclaggio e corruzione- come profili della prevenzione della *maladministration*.

6. Antiriciclaggio e codici di comportamento.

In chiusura, è utile rilevare che, oltre all'inclusione del rischio riciclaggio nei PTPC delle PA, la novità introdotta dall'ultimo PNA apre la possibilità che il rischio riciclaggio faccia il suo ingresso nel codice di comportamento nazionale, e poi "a cascata" nei codici di comportamento delle singole amministrazioni che i pubblici uffici sono tenuti ad adottare[55] integrando (*rectius*, personalizzando) il modello

all'individuazione delle figure destinatarie degli obblighi segnaletici e/o dubbi che agire a fini antiriciclaggio possa causare interferenze e/o intoppi a discapito delle attività amministrative ordinarie.

[55] I codici di comportamento non vanno confusi, come spesso riscontrato dall'ANAC, con i codici etici o deontologici, i quali hanno una dimensione "valoriale" e non disciplinare e sono adottati dalle amministrazioni al fine di fissare doveri, spesso ulteriori e diversi rispetto a quelli definiti nei codici di comportamento, rimessi alla autonoma iniziativa di gruppi, categorie o associazioni di pubblici funzionari. Con tali codici vengono individuate anche sanzioni etico-morali che vengono irrogate al di fuori di un procedimento di tipo disciplinare, in quanto fondate essenzialmente sulla riprovazione che

predisposto dall'ANAC. La funzione antiriciclaggio potrebbe, certamente, rientrare tra gli ambiti generali previsti dal codice nazionale entro cui le amministrazioni definiscono i doveri verso la propria amministrazione, in particolare all'interno della «collaborazione attiva dei dipendenti per prevenire fenomeni di corruzione e di malamministrazione»[56].

La rilevanza di tale possibilità risiede nella differenza degli effetti giuridici connessi con i due diversi strumenti -PTPCT e Codici di comportamento. Le misure declinate nel PTPCT, infatti, sono di tipo oggettivo, ovvero incidono sull'organizzazione dell'amministrazione; mentre i doveri delineati nel codice di comportamento operano, invece, sul piano soggettivo, ovvero sono rivolti a chi lavora nell'amministrazione ed incidono sul rapporto di lavoro del funzionario[57], con la possibile irrogazione, tra l'altro, delle sanzioni disciplinari in caso di violazione[58].

---

i componenti del gruppo esprimono in caso di violazione delle regole autonomamente fissate. I codici di comportamento, invece, come già precisato, fissano doveri di comportamento che hanno una rilevanza giuridica che prescinde dalla personale adesione, di tipo morale, del funzionario ovvero dalla sua personale convinzione sulla bontà del dovere. Essi vanno rispettati in quanto posti dall'ordinamento giuridico e, a prescindere dalla denominazione attribuita da ogni singola amministrazione al proprio codice, ad essi si applica il regime degli effetti e delle responsabilità conseguenti alla violazione delle regole comportamentali previsto dall'art. 54, co. 3, del d.lgs., n. 165/2001. Analogamente al PTPC, l'ANAC ha un potere di vigilanza e sanzionatorio per omessa adozione dei codici di comportamento, attribuito con il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, art. 19, co. 5, lett. *b*); *Regolamento del 7 ottobre 2014 per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità per la mancata adozione dei PTPC e dei codici di comportamento*.

[56] Gli ambiti generali sono: la prevenzione dei conflitti di interesse -reali e potenziali; i rapporti con il pubblico; la correttezza e buon andamento del servizio; e il comportamento nei rapporti privati. La collaborazione attiva per la prevenzione della corruzione e di fatti, situazioni e condizioni ad essa prodromici è l'oggetto di prescrizioni generiche riguardanti l'osservanza delle misure contenute nel PTPCT, la collaborazione con il RPCT, l'obbligo di denunciare e di segnalare gli illeciti (art. 8), l'osservanza dei doveri in materia di trasparenza, di pubblicazione, di tracciabilità (art. 9). Le amministrazioni declinano, quindi, nei propri codici, in relazione alle aree di rischio specifiche e alle relative misure introdotte, i doveri di comportamento che i dipendenti sono tenuti ad osservare.

[57] Nell'ambito dell'eventuale responsabilità penale, per un'approfondita analisi del rato di abuso di ufficio, S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Giappichelli, Torino, 2020.

[58] Come previsto dalla vigente formulazione dell'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, introdotta dalla legge 190/2012. Analogamente, il codice nazionale inserisce tra i doveri che i dipendenti sono tenuti a rispettare quello dell'osservanza delle prescrizioni del PTPCT (art. 8) e stabilisce che l'ufficio procedimenti disciplinari delle amministrazioni, tenuto a vigilare sull'applicazione dei codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni, deve conformare tale attività di vigilanza alle eventuali previsioni contenute nei PTPCT adottati dalle amministrazioni (art. 15, co. 1 e 3).

Invero, la rilevanza di tale novità potrebbe risultare più formale, che sostanziale, atteso che già la normativa antiriciclaggio (art. 10, co. 6 del d.lgs. 231/2017) predispone che la mancata comunicazione alla UIF assuma rilievo ai fini della responsabilità dirigenziale (*ex* all'art. 21, co. 1-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001), ovvero in altri termini con eventuale decurtazione -fino all'80%- della retribuzione per l'accertata colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato, degli *standard* quantitativi e qualitativi fissati in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza della PA[59].

L'analoga inclusione della funzione antiriciclaggio nei codici di comportamento potrebbe segnalare l'intento, da parte dei pubblici uffici, di coinvolgere attivamente in tale funzione tutti gli strumenti di cui l'amministrazione dispone, nonché evidenziare che la funzione antiriciclaggio fa parte della cultura e dei valori che permeano l'attività della specifica amministrazione[60], benché certamente possibile che l'impegno in ottica antiriciclaggio rimanga più formale che sostanziale. Va comunque, sottolineato che all'ANAC sono conferiti poteri di vigilanza (legge n. 190/2012, art. 1, co. 2, lett. *f*)) sull'effettiva applicazione ed efficacia delle misure di prevenzione della corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni, anche con riferimento ai codici di comportamento che, quindi, se (*rectius*, quando) arriveranno ad includere anche il rischio riciclaggio potrebbero segnare l'avvio di una specifica azione di vigilanza dell'ANAC anche in tema antiriciclaggio[61].

---

[59] Inoltre, sebbene non diretto specificatamente alla PA, si può ipotizzare che -come nel caso dei destinatari formali- l'inadempimento, da parte della PA, di fornire dati e informazioni su richiesta della UIF (obbligo, *ex* art. 40, co. 2) comporti l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro (*ex* art. 60).

[60] Mentre, infatti, il PTPCT è adottato dalle amministrazioni ogni anno, ed è valido per il successivo triennio, i codici di amministrazioni sono tendenzialmente stabili nel tempo, a prova dell'importanza che il sistema di valori e comportamenti ivi previsti si consolidi nel tempo e sia così in grado di orientare il più chiaramente possibile i dipendenti.

[61] Generalmente, sui poteri dell'ANAC si rimanda a R. CANTONE-F. MERLONI (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015. Come noto, il d.lgs. n. 97/2016 conferma la competenza dell'Autorità a vigilare sulla corretta applicazione, da parte delle amministrazioni pubbliche, della disciplina prevista dall'art. 1, commi da 15 a 36 della l. n. 190 del 2012. L'Autorità, nell'esercizio di tali funzioni di controllo, si avvale prevalentemente di poteri ispettivi, mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, nonché di poteri di ordine finalizzati alla rimozione o all'adozione di provvedimenti conformi alla disciplina legale. All'Autorità compete, altresì, il potere di comminare sanzioni in caso di omessa adozione da parte dei soggetti obbligati dei piani triennali. Le funzioni di vigilanza, inoltre, utilizzano tendenzialmente strumenti di *command and control* nei confronti delle singole amministrazioni. Siffatta impostazione

sembra essere stata accolta dal legislatore in sede di formulazione del testo dell'art. 213, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016, limitatamente alle lettere *a*), *b*), *c*), *f*) e *g*), laddove si fa riferimento ad un'attività di vigilanza in senso tradizionale. Sul punto, si rimanda a S.W. SCHILL, *Transnational legal approaches to administrative law: conceptualizing public contracts in globalization*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014.

ATTIVITÀ TURISTICHE E AREE MARINE PROTETTE: COMPATIBILITÀ E PRINCIPI DI GESTIONE EFFICACE.

Nicolò Carnimeo - Lara Marchetta*

ABSTRACT (ITA)*:* Le aree marine protette sono uno strumento multifunzionale che deve coniugare le esigenze di tutela dell'ambiente marino con quelle della fruizione e della realizzazione di attività economiche secondo i principi dello sviluppo sostenibile. Per raggiungere questo obiettivo è necessaria una gestione che si ispiri ai principi della *effectiveness and adaptable management* basata su una valutazione scientifica degli impatti e una conseguente regolamentazione delle attività. Le attività turistiche dovrebbero conformarsi alle istanze della CETS (Carta Europea del Turismo Sostenibile) che può rivelarsi un utile strumento anche per il turismo nautico e quello balneare. Dall'esame normativo emerge con forza la necessità di una riforma della legge quadro sulle aree protette in particolare sugli aspetti della gestione e della regolamentazione delle attività compatibili.

ABSTRACT (ENG): *Marine protected areas are a multifunctional tool that must combine the needs for protection of the marine environment with those for enjoyment and the creation of economic activities according to the principles of sustainable development. To achieve this goal, management is required that is inspired by the principles of effectiveness and adaptable management based on a scientific assessment of impacts and consequent regulation of activities. Tourism activities should comply with the demands of the ECST (European Charter for Sustainable Tourism), which can also be a useful tool for nautical and seaside tourism. The need for a reform of the framework law on protected areas emerges strongly from an examination of the regulations in force, particularly on the aspects of management and regulation of compatible activities.*

SOMMARIO: **1.** Principi di gestione efficace e incidenza delle attività turistiche nelle aree marine protette. **2.** La Carta Europea del Turismo Sostenibile (CETS). **3.** Il bilanciamento tra uso e conservazione: le attività turistiche all'interno delle AMP e la loro regolamentazione. **3.1.** Il turismo nautico. **3.2.** Il turismo balneare. **4.** Natura pubblicistica dell'ente di gestione "misto". Proposte di riforma della Legge Quadro.

1. Principi di gestione efficace e incidenza delle attività turistiche nelle aree marine protette.

Le aree marine protette (da qui in poi AMP) sono uno degli strumenti più efficaci di tutela dell'ambiente marino e costiero. Ne esistono molteplici tipologie, ma in questo saggio si intende riferirsi solo a quelle previste dalla l. n. 979/1982 che le ha promosse e regolamentate nel suo titolo V, realizzando una rete nazionale di «riserve naturali marine»[1] stigmatizzata poi dalla c.d. legge quadro sui parchi, n. 394/91. Dal combinato disposto delle due norme citate è chiaro che l'oggetto e la finalità sia la tutela dell'ambiente come già si evince dall'art. 25 della l. 979/82, il quale prevede che queste aree debbano presentare «*un rilevante interesse per le caratteristiche naturali, geomorfologiche, fisiche, biochimiche riguardo alla flora e alla fauna marine e costiere e per l'importanza scientifica, ecologica, culturale, educativa ed economica che rivestono*». Ma nella stessa definizione, segnando per l'epoca della norma (1982) un principio fortemente innovativo, se ne è voluta ampliare la funzione anche agli aspetti culturali, educativi ed economici, determinando una direttrice chiara anche riguardo agli aspetti gestionali.

Le aree protette, in ossequio al principio della multifunzionalità che le contraddistingue, si sono evolute negli anni ed hanno improntato la gestione dell'ambiente nel segno della compatibilità tra le esigenze di tutela e quelle di fruizione anche (ma non solo) per le attività turistiche[2]. Tutela e fruizione, come meglio verrà chiarito in seguito, rappresentano due aspetti inscindibili e il loro rapporto rende vivo e concreto il concetto di sostenibilità (*rectius* per quanto riguarda il tema di interesse di "turismo sostenibile") quando queste aree vengono gestite efficacemente e secondo un modello adattativo che preveda una costante attività di monitoraggio ed una corretta misurazione degli impatti delle attività antropiche sull'ambiente. Gli strumenti principali a disposizione degli enti di gestione delle AMP, i quali possono avere natura diversa, enti pubblici o consorzi di enti, consorzi pubblico privati o enti privati[3], oltre alla citata normativa di riferimento, sono il decreto di istituzione della riserva

[1] * *I § 1, 3.2 e 4 di questo articolo sono stati redatti dal Prof. Nicolò Carnimeo, Associato di Diritto della Navigazione nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro; i § 2, 3, 3.1, sono stati redatti dall'Avv. Lara Marchetta, Dottorando di Ricerca nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.*

La rete nazionale è formata da trentadue aree marine protette compresi i parchi sommersi di Baia e Gaiola. Per una puntuale disamina critica sull'attuazione del *network* di aree protette nazionale e sulla necessità di una riforma v. R. CATTANEO VIETTI - L. TUNESI, *Le aree marine protette in Italia. Problemi e prospettive*, Roma, 2007, p. 20 ss.; L. PETRELLI, *Quale futuro per le aree marine protette italiane?*, in *AmbienteDiritto.it*, Anno XXI, fasc. II, 2021, p. 4 ss.; G. GARZIA, *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo "sviluppo sostenibile"*, in *Quaderni della Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, 2011, p.14.

[2] E. A. IMPARATO, *Il turismo nelle aree naturali protette: dalla compatibilità alla sostenibilità*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 2008, p. 334. L'autrice delinea la genesi anche giurisprudenziale delle finalità della legge quadro che mettono in evidenza la necessità di un connubio tra l'attività umana e la protezione dell'ambiente, richiamando la costante giurisprudenza costituzionale, v. Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641; e poi a seguito della l. quadro, Corte Cost., 15 luglio 1994, n. 302, in *Giur. Cost*, 1994 p. 2590, con nota di A. COSTANZO, *Paradigmi e sussunzioni nel giudizio di costituzionalità a proposito del "paradigma" della collaborazione tra Stato e Regioni*.

[3] La gestione dell'AMP può essere concessa anche a enti pubblici, istituzioni scientifiche e associazioni riconosciute così come previsto dall'art. 2, comma 37, l. 9 dicembre 1998 n. 426 che è stato poi modificato dall'art. 17 della l. n. 93 del 2001 nella quale è contemplato che questi enti possano agire «anche

marina e il regolamento[4] nel quale sono previste le attività vietate e quelle consentite sulla base della zonizzazione dell'area[5]. Vi è poi il sistema ISEA[6], il quale è, di fatto, uno strumento di programmazione, sebbene non rappresenti un vero e proprio piano di gestione che non è previsto per le AMP[7] a differenza dei parchi nazionali che hanno un regime differente e certamente più compiuto[8].

consorziati tra loro». Cfr. D. MARINO (a cura di), *Le aree marine protette italiane. Stato, politiche, governance*, Milano, 2011.

[4] Cfr. art. 27, l. 979/82 e artt. 18 e 19, l. 394/91. V. *infra* par. 3

[5] Nelle AMP italiane, la zona A è denominata «riserva integrale» poiché ad essa è garantita la protezione più rigorosa e comprende i settori dell'area di valore ambientale più rilevanti. In questa zona, normalmente di dimensioni molto ridotte, sono vietate tutte le attività che possano arrecare disturbo all'ambiente marino, ma di solito sono consentite le attività di ricerca scientifica e di servizio. Le zone B e C, c.d. *buffer zone*, sono, invece, dette rispettivamente «riserva generale» e «riserva parziale». In esse viene assicurata una protezione graduale poiché sono previste delle deroghe alle restrizioni normative, al fine di garantire la conservazione dei valori ambientali ma allo stesso tempo permettendo una fruizione sostenibile dell'area nell'equo contemperamento tra interessi ambientali e sociali.

[6] L'acronimo ISEA sta per Interventi Standardizzati di Gestione Efficace in aree marine protette, è un progetto nato in collaborazione tra il WWF Italia e il Ministero dell'ambiente con interventi di sostegno alla gestione delle aree marine protette italiane (AMP), per rafforzare la loro efficienza gestionale. ISEA standardizza la gestione di una AMP e facilita lo scambio di buone pratiche all'interno di un network di AMP grazie a schemi di gestione intellegibili da tutti gli *stakeholders* coinvolti.

[7] G. GARZIA, *Le aree marine protette Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo "sviluppo sostenibile"*, cit., p.13. L'autore precisa che «i parchi hanno finalità generali di protezione e valorizzazione della natura, le riserve, oltre ad avere di regola dimensioni molto più ridotte, hanno principalmente una finalità di natura conservativa connessa alla presenza di specifici valori floristico - faunistici o di diversità biologica». Sul tema v. anche O. FERMEZZA, *Le riserve marine*, in A. ANTONINI (a cura di), *Trattato breve di diritto marittimo*, vol. I, Milano, 2007, p. 547 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Le riserve naturali di interesse nazionale nella giurisprudenza costituzionale e nella legge sulle aree protette*, in *Riv. giur. amb.*, 1992, p.17. Questo saggio propone un inquadramento giuridico autonomo per le aree marine protette, viene sostenuto che «le aree marine presentano aspetti di marcata peculiarità rispetto a quelle costituite in ambito terrestre. La ragione di tali peculiarità va ricercata, in primo luogo, in un'argomentazione di carattere ecologico - scientifico, nel senso che l'ecosistema marino si presenta - in linea di principio - più vulnerabile di quello terrestre».

[8] Per i parchi nazionali viene previsto il Piano per il Parco (art. 12 l. 394/1991), si tratta dello strumento con cui l'Ente Parco persegue «*la tutela dei valori naturali ed ambientali nonché storici, culturali, antropologici tradizionali*». La norma definisce contenuti e *iter* e prevede (cfr. d.lgs. 152/2006) la procedura di Valutazione Ambientale Strategica (VAS)di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 (Testo Unico Ambiente); il Piano per il Parco ha validità di 10 anni, trascorsi i quali può essere modificato seguendo lo stesso iter di approvazione ed è sovraordinato nei confronti dei Piani Territoriali di Coordinamento e dei Piani Regolatori Generali. Questi devono obbligatoriamente conformarsi a quanto previsto dallo stesso Piano per il Parco. Il Piano Paesaggistico prevale sul Piano per il Parco in via esclusiva solo per i temi relativi alla tutela del paesaggio (art. 145 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, recante *Codice dei beni culturali e del paesaggio* e ssmi). Cfr. P. PIGLIACELLI, *Il nuovo standard internazionale per supportare la gestione dei parchi realizzato con il contributo delle aree protette italiane,* in *Gazzetta ambiente,* 2018, fasc. 2, 2018, 47-60.

Tutti gli strumenti sono improntati almeno negli intenti, meno nella pratica attuazione, ad una gestione adattativa e cioè devono avere la capacità di evolversi nel tempo, possibilmente con tempi rapidi, conformandosi alle mutate condizioni ambientali e socioeconomiche. Posto, infatti, che gli equilibri ecosistemici sono in continuo mutamento, le prescrizioni, le possibilità di estensione territoriale, i divieti e gli stessi regolamenti delle aree protette devono potersi rapidamente adeguare alla situazione contingente per raggiungere più efficacemente gli obiettivi di tutela. Questo adeguamento si realizza attraverso un processo di gestione che si ispiri ai principi della *effectiveness and adaptable management*[9]. Le operazioni gestionali, sempre in ossequio ai principi della gestione adattativa[10], come ribadito a livello internazionale dalla Convenzione sulla diversità biologica (CBD)[11] devono poi essere sempre riscontrate scientificamente, e ciò secondo un principio consolidato nel tempo che si legge già in un documento degli anni Sessanta della commissione Leopold: «*management without knowledge would be a dangerous policy indeed*»[12]. Tale metodologia risulta del tutto coerente con il c.d.«approccio ecosistemico» e può essere considerata come un necessario corollario di quest'ultimo, così come è stato rilevato da una decisione emanata sempre dalla conferenza delle Parti della CBD[13].

[9] Si tratta di sistemi di gestione efficace i quali hanno avuto un significativo sviluppo nel 2000 grazie alla Commissione Mondiale sulle Aree Protette della *World Conservation Union* (IUCN) che con il WWF ha sviluppato il programma *Marine Protected Area Management Effectiveness Initiative* (MPA MEI), un progetto di collaborazione internazionale finalizzato a creare una metodologia per pianificare e condurre valutazioni sull'efficienza della gestione delle AMP. Cfr. M. I. BATISTA - H. N. CABRAL, *An overview of Marine Protected Areas in SW Europe: Factors contributing to their management effectiveness*, in *Ocean and Coastal Management*, n. 132, 2016, p. 15 ss..

[10] Un'espressione spesso utilizzata per riassumere le nozioni e i principi alla base dell'approccio adattativo è quella di *learning by doing*, ossia l'apprendimento attraverso l'esperienza gestionale. In tema di approccio adattativo nel diritto ambientale, con specifico riguardo alla protezione degli ambienti marini, v. ad es. E. BIBER, *Adaptive Management and the Future of Environmental Law*, in *Akron Law Review*, 46, 2013, p. 933 ss.; N. SOININEN, F. M. PLATJOUW, *Resilience and Adaptive Capacity of Aquatic Environmental Law in the EU: An Evaluation and Comparison of the WFD, MSFD, and MSPD*, in D. LANGLET - R. RAYFUSE (a cura di), *The Ecosystem Approach in Ocean Planning and Governance. Perspectives from Europe and Beyond*, L'Aia, 2018, p.17 ss..

[11] La Convenzione sulla Diversità Biologica (CDB) di Rio de Janeiro del 1992 è stata recepita nel nostro ordinamento dalla l. n. 124 del 14 febbraio 1994. L'art. 12 al punto a) recita: «*The Contracting Parti*es, […] *establish and maintain programmes for scientific and technical education and training in measures for the identification, conservation and sustainable use of biological diversity and its components and provide support for such education and training for the specific needs of developing countries*».

[12] A.S. LEOPOLD - S.A CAIN - C. COTTAM - I. N. GABRIELSON - T. L. KIMBALL, *Wildlife management in the national parks*, in *American Forest*, April 1963, p. 32.

[13] Cfr. *dec.* COP CBD V/6, all., *A. Description of the ecosystem approach*, par. 4: «*The ecosystem approach requires adaptive management to deal with the complex and dynamic nature of ecosystems and the absence of complete knowledge or understanding of their functioning. Ecosystem processes are often non-linear, and the outcome of such processes often shows time-lags. The result is discontinuities, leading to surprise and uncertainty. Management must be adaptive in order to be able to respond to such uncertainties and contain elements of*

Caratteristiche ulteriori della gestione adattativa sono la definizione di chiari obiettivi di gestione al fine di descrivere le condizioni desiderate di una specie, di un ecosistema, di un'area protetta o qualsiasi altra variabile di interesse conservazionistico, lo sviluppo coerente di un piano di gestione che identifichi chiaramente i fattori di minaccia in atto e le azioni necessarie per ridurli e raggiungere così i *target* attesi. Tale pianificazione deve essere affiancata e implementata da una costante attività di monitoraggio mirata su obiettivi, minacce e azioni di contemperamento.

Questi principi si ritrovano anche nel sistema ISEA che inizialmente vedeva coinvolte solo le ASPIM (Aree Specialmente Protette di Importanza Mediterranea di cui al protocollo ASP/BD)[14] ma è stato poi esteso a tutte le AMP nazionali in modo da realizzare criteri e standard uniformi e misurare l'efficacia di gestione. ISEA cristallizza un procedimento standardizzato per tutte le aree marine protette italiane[15] basato su sei cardini principali: definizione di chiari obiettivi di gestione al fine di descrivere le condizioni desiderate di una specie, di un ecosistema, di un'area protetta o qualsiasi altra variabile di interesse conservazionistico; lo sviluppo di un piano di gestione che identifichi chiaramente i fattori di minaccia in atto e le azioni necessarie per ridurli e raggiungere così i risultati attesi; la realizzazione di un piano di monitoraggio mirato su obiettivi minacce ed attività; l'applicazione dei piani di gestione e monitoraggio; l'analisi dei dati e diffusione dei risultati, nonché l'uso interattivo dei risultati.

All'ISEA si affianca un altro strumento che è il SoDeCri, un *software* di gestione il quale definisce i criteri di ripartizione dei fondi ministeriali tra le diverse AMP italiane. La ripartizione avviene innanzitutto sulla base delle "caratteristiche geomorfologiche dell'area

"learning-by-doing" or research feedback. Measures may need to be taken even when some cause-and-effect relationships are not yet fully established scientifically».

[14] Cfr. Convenzione di Barcellona per la protezione del Mar Mediterraneo del 1978, ratificata dall'Italia con l. 21 gennaio 1979 n. 30 e modificata nel 1995, assumendo la denominazione di «Convenzione per la protezione dell'ambiente marino e della regione costiera del Mediterraneo». Con il Protocollo relativo alle Aree Specialmente Protette e la Biodiversità in Mediterraneo del 1995 (Protocollo ASP/BD) si è data vita all'istituzione di una rete di «Spa» (*Specially Protected Areas*), o aree specialmente protette delle quali alcune vengono inserite nella speciale lista delle ASPIM Aree Specialmente Protette di Importanza Mediterranea o SPAMI (se consideriamo l'acronimo inglese *Specially Protected Areas of Mediterranean Importance*). L'Allegato II è stato modificato l'ultima volta il 20 dicembre 2017 e gli emendamenti sono entrati in vigore il 14 settembre 2018. L'allegato III è stato modificato da ultimo il 6 dicembre 2013 e le modifiche entrate in vigore il 16 aprile 2015. Sulla gestione cfr. in particolare l'art. 7 intitolato *Planning and management*. Si tratta di uno dei documenti normativi più evoluti in tema di gestione delle AMP il quale stigmatizza tra le diverse azioni sia la necessità di un *management plan* che, sulla base di questo, la promozione di attività compatibili con gli obiettivi di tutela dell'area. Per approfondire il tema v. T. SCOVAZZI, *Lo sviluppo sostenibile nelle aree protette del Mediterraneo e il protocollo di Barcellona del 1995*, in *Lo sviluppo sostenibile nelle aree protette del Mediterraneo,* Atti del XI Convegno Annuale dell'Associazione «Club Giuristi dell'Ambiente», a cura di G. Cordini, A. Venturi, Roma 2011, 25 ss.; ID, *Lo sviluppo sostenibile nelle aree protette del Mediterraneo e il Protocollo di Barcellona del 1995* in *Riv. giur. amb*, 421. ID (a cura di), *Marine specially protected areas the general aspects and the Mediterranean regional system*, L'Aia/Boston/London, 1999.

[15] L. PETRELLI, *Quale futuro per le aree marine protette italiane?*, cit., p. 11 ss.;

protetta", quali la presenza di *habitat* prioritari come il posidonieto o il coralligeno. Altro criterio è "l'impatto antropico", il quale assume un particolare rilievo per le attività di fruizione e turistiche, poiché comprende i permessi per le attività subacquee, della pesca professionale, della pesca ricreativa, le autorizzazioni di attracco per la nautica da diporto, le concessioni demaniali, i pareri per le valutazioni d'incidenza. E' rilevante anche "l'impatto esterno", il quale contempla sia i dati sulla popolazione residente che le presenze turistiche nella provincia. Questo assume particolare rilievo poiché la quasi totalità delle AMP insiste in zone ad alta vocazione turistica. Non ultimo risulta determinante anche l'efficienza gestionale che comprende criteri quali la capacità di attrarre risorse e il numero di progetti approvati[16] che possono riguardare anche le attività di fruizione. Sono ulteriori criteri preferenziali nell'attribuzione dei fondi la qualifica di ASPIM e l'ottenimento di certificazione ambientale quale la UNI EN ISO 14001[17] o la registrazione EMAS[18,] considerati a giusta ragione efficaci indicatori di una buona *performance*.

Queste sintetiche premesse servono a comprendere come, perché e su quali principi deve basarsi il contemperamento tra esigenze di tutela e quelle di fruizione di un'area protetta, le quali possono, anzi devono, comprendere anche la realizzazione di attività di natura imprenditoriale ed economica. Posto che le prime sono sempre prevalenti in quanto coerenti con le finalità istitutive della riserva, le seconde possono realizzarsi solo quando i relativi impatti vengano, appunto, valutati a priori sulla base di criteri scientifici e poi monitorati costantemente, nonché programmati e fissati in un piano di gestione. Esempio di contemperamento riuscito tra le due esigenze è la pesca, professionale e sportiva, che sembrerebbe un'attività di prelievo incompatibile con la tutela delle specie marine. In realtà, la pesca è stata consentita da molte AMP nelle zone di riserva parziale (zone C) con buoni risultati[19]. Allo stesso modo, anche altre attività legate al turismo possono essere compatibili,

[16] Questi criteri si scontrano con la realtà nella gestione delle AMP nazionali le quali sono afflitte da una cronica mancanza di fondi, una disciplina inadeguata e una carenza di personale.

[17] La UNI EN ISO 14001 regolamenta uno standard di certificazione attestato da organismi accreditati al fine di ottenere il relativo riconoscimento di conformità. Tale tipo di certificazione, sia pur non obbligatoria, rappresenta per le aziende una formale garanzia di rispetto e piena aderenza alle regole vigenti in materia di "Sistema di gestione Ambientale"; è interesse, dunque, dell'organizzazione stessa acquisire i requisiti previsti al fine di istituire o di integrare nel proprio sistema organizzativo interno le opportune regole per una gestione produttiva, intervenendo direttamente sulla propria politica ambientale, sulla natura delle proprie attività, prodotti e servizi, oltre che sulla localizzazione e condizioni nelle quali la stessa opera. Vedi L. PETRELLI, *Quale futuro per le aree marine protette italiane?*, cit., p.10; M. CAFAGNO, *Gli strumenti volontari a protezione dell'ambiente,* in *Trattato di diritto dell'ambiente. I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente,* a cura di R. Ferrara, M.A. Sandulli, II vol., Milano, p.137 e p. 345.

[18] *Ibidem,* p. 348. Cfr. A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali,* in *Diritto dell'Ambiente,* a cura di G. Rossi, Torino, 2021, p. 213 ss. L'*Eco-Management and Audit Scheme* (EMAS) rappresenta una certificazione ambientale (non obbligatoria) di conformità di un'impresa o di un sito alle norme previste dal reg. Ce n.1221/2009 (GUUE L.342/1 del 22/12/2009).

[19] L'area marina protetta di Torre Guaceto (BR) è divenuta nel tempo uno degli esempi di buone pratiche riconosciute a livello europeo. Il regolamento di esecuzione ed organizzazione, approvato con d.m.

anzi sostenibili, purché realizzate con le stesse finalità. Senza pretesa di esaustività, possono citarsi le attività escursionistico - didattiche, sia a terra che in mare, intimamente connaturate alle esigenze della AMP[20], le quali, in acqua, hanno ad oggetto il *diving* (immersioni subacquee con ARA) o lo *snorkeling* (escursioni con tubo e maschera), le pratiche sportive (canoa, *kayak*, vela, *windsurf*, *kitesurf* etc), la balneazione, la fruizione dell'area con unità da diporto e/o attività di noleggio delle stesse.

Oltre alle attività di natura economica e turistica che vengono svolte all'interno dell'area protetta, vengono in rilievo, quanto alla compatibilità, anche quelle poste in zone adiacenti e limitrofe, da qui la necessità di realizzare una adeguata pianificazione delle attività che in mare

Ambiente 26 gennaio 2009, che all'art. 18, consente nella zona C esclusivamente la piccola pesca artigianale, previa autorizzazione dell'Ente gestore. L'attività alieutica è riservata ai pescatori residenti nei comuni ricadenti nell'area marina protetta iscritti alle imprese e alle cooperative di pesca aventi sede legale nella provincia di Brindisi alla data di approvazione del regolamento, nel rispetto di alcune modalità determinate da esperti biologi marini. La pesca è possibile esclusivamente mediante unità navali con stazza massima di 2 GT e potenza massima di 35 KW; con utilizzo di rete da posta fissa, di lunghezza massima e diametro minimo della maglia stabiliti annualmente dall'Ente gestore, sulla base delle risultanze del monitoraggio dello sforzo di pesca, con successivo autonomo provvedimento; ad una distanza minima di mezzo miglio nautico della costa e comunque ad una batimetria non inferiore ai 10 metri; mediante un'unica cala di rete per unità; per tutto l'arco dell'anno, ad eccezione dei periodi di fermo stagionale stabiliti dall'Ente gestore e dalle Autorità competenti. Il regolamento prevede che a fronte di particolari esigenze di tutela ambientale, sulla base degli esiti del monitoraggio dell'area marina protetta, l'Ente gestore si riserva il diritto, con successivo autonomo provvedimento, di disciplinare ulteriormente le modalità di prelievo delle risorse ittiche, in particolare stabilendo il numero massimo di pescate settimanali ed il numero massimo di unità autorizzate all'attività di pesca. Il disciplinare di attuazione del regolamento (approvato con deliberazione Consiglio di Amministrazione n. 25 verbale n°141 del 20/06/2018) prevede all'art. 9 che la rete da posta fissa consentita è di tipo "tramaglio", con lunghezza massima di 1000 m, altezza massima 1,5 metri e misura della maglia, ogni lato, da nodo a nodo, pari o superiore a 30 mm; il controllo della maglia viene effettuato considerando che 10 maglie devono misurare minimo 30 cm (+/- 2 cm come tolleranza). Tale misura di maglia va intesa come maglia "minima". Il monitoraggio scientifico è stato condotto dal 2005 al 2010, e ciò ha aiutato a programmare le attività di pesca anno per anno. I dati raccolti hanno permesso di rilevare numerose informazioni utili, ma il risultato più straordinario è stato quello di scoprire che le catture erano 2-4 volte più consistenti dentro l'AMP rispetto a fuori. Scendendo più nel dettaglio, gli andamenti temporali delle rese complessive della pesca hanno mostrato che subito dopo la riapertura della pesca, i rendimenti nell'AMP erano assai più alti che all'esterno e che successivamente si sono stabilizzati (all'incirca nei successivi 2-3 anni) intorno a valori che al minimo erano il doppio di quelli ottenuti esternamente. Inoltre, le catture all'interno erano più ricche in quanto costituite per il maggior peso da specie di interesse commerciale e per la maggiore taglia degli individui catturati. Il personale dell'AMP e i pescatori ogni anno si riuniscono per esaminare i risultati di monitoraggio e discutere di eventuali cambiamenti nelle modalità di pesca per l'anno successivo, in modo da ottimizzare l'equilibrio tra la conservazione e lo sfruttamento degli stock ittici.

[20] Tali attività vengono solitamente erogate da cooperative e piccole imprese che vengono autorizzate per la singola attività dal Comitato di gestione dell'AMP oppure operano sulla base di un accordo quadro di collaborazione.

può aversi grazie alla PSM (Pianificazione dello Spazio Marittimo)[21] e a terra utilizzando altri strumenti di pianificazione o di partecipazione degli *stakeholders* quali ad esempio la Carta Europea del Turismo sostenibile (CETS)[22].

2. La Carta Europea del Turismo Sostenibile (CETS).

Le attività turistiche sono idonee ad avere un forte impatto sugli *habitat* naturali, sicché si rende necessario comprendere in quale modo e misura esse possano e debbano coniugarsi con le esigenze di tutela ambientale proprie delle aree protette. Il concetto di turismo sostenibile[23] si fonda su quello, più generale, di sviluppo sostenibile che trova le sue basi nel Rapporto Brundtland[24] su ambiente e sviluppo, il quale, successivamente, è stato implementato nella

[21] La pianificazione spaziale marittima (PSM) rappresenta un nuovo approccio regolatorio all'utilizzazione delle risorse marine, cerca di coniugare le nuove attività economiche di *blue economy* e *blue growth* con la tutela dell'ambiente nel segno della sostenibilità. L'istituto trova fondamento nella disciplina internazionale, ma ha trovato compiuta attuazione in Europa quale tassello fondamentale della Politica Marittima Integrata (PMI). La direttiva 2014/89/UE (l. 28 agosto 2014, n. 257), è stata poi recepita dagli stati membri con alcune criticità applicative e ritardi nell'attuazione che rischiano di compromettere il progetto complessivo di una gestione sinergica dei mari europei. La prima fondamentale normativa italiana di trasposizione della direttiva europea è stato il d.lgs n. 201 del 2016 *Attuazione della direttiva 2014/89/Ue che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo* in GU Serie Generale n. 260 del 07.11.2016. N. CARNIMEO, F. CORONA, *La pianificazione spaziale marittima nel diritto dell'Unione Europea e la declinazione della normativa unionale nella legislazione italiana*, in *Dir. Mar*. 1, 2023, 36 ss.

[22] La Carta è stata elaborata nel 2000 dalla Federazione Europarc tenendo conto delle Raccomandazioni dell'Agenda 21 e dei principi contenuti nella Carta di Lanzarote. La Federazione Europarc è un'organizzazione non governativa su base europea, la quale riunisce le aree protette site in Europa e prevede sezioni all'interno di ciascuno Stato (in Italia, la sezione è costituita da Federparchi). Maggiori informazioni in www.europarc.org.

[23] In tema di turismo sostenibile, M. DELLA LUCIA, *Approccio manageriale allo sviluppo turistico sostenibile. Un framework interpretativo e di gestione integrato*, Milano, 2018, pp. 23-51. F. MORANDI, *Turismo sostenibile, responsabile ed ecoturismo*, in *Organizzazione e pianificazione delle attività ecoturistiche: principi ed esperienze*, Milano, 2013, p. 17; M. CONFALONIERI, *Il turismo sostenibile e la sua misurabilità*, in *Economia e diritto del terziario*, 2006, fasc. II, p. 466 ss., secondo il quale «quattro sono gli elementi portanti del turismo sostenibile rappresentati: dalla soddisfazione dei visitatori in relazione al prodotto turistico; dell'economicità per le imprese (redditività delle iniziative, possibilità di reinvestimento degli utili, crescita dimensionale); dall'accettazione da parte della comunità ospitante; dalla difesa e tutela ambientale»; P. PIRAS, *Ambiente, patrimonio culturale, turismo e sviluppo sostenibile,* in *Aedon,* 2009, fasc. I, p.1 ss.; G. ROMANELLI - M. COMENALE PINTO, *Trasporto, turismo e sostenibilità ambientale*, in *Dir. Trasp.*, 2000, fasc. III, p. 665 ss..

[24] In ambito internazionale, una prima accurata definizione di sviluppo sostenibile può trovarsi all'interno del rapporto redatto dalla Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo, la *World Commission on Environment and Development* (WCED), istituita nel 1983 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con il compito di redigere un rapporto sulle problematiche globali connesse alla tutela dell'ambiente. Il rapporto, intitolato *Our common future*, noto anche come «rapporto Brundtland» dal nome della presidente della Commissione è stato pubblicato nel 1987.

Carta di Lanzarote sul Turismo Sostenibile del 1995[25]. In questo documento, l'intento di non compromettere i diritti delle generazioni future è sostituito con quello, proattivo, di «*migliorarli e accrescerli*»[26].

La sostenibilità, specie nelle aree protette, non deve essere intesa «*come uno stato immutabile, quanto, piuttosto, come un processo continuo che richiama la necessità di coniugare le tre dimensioni fondamentali e inscindibili dello sviluppo: ambientale, economica e sociale*»[27], in ossequio ai principi di gestione adattativa di cui si è detto.

Quando i temi del turismo e dello sviluppo economico vengono ad intersecarsi con quello della tutela di ecosistemi particolarmente delicati quali quelli rappresentati dalle AMP, le esigenze di protezione e di conservazione dell'ambiente e delle sue risorse devono essere

[25] Si tratta del documento elaborato in seno alla Conferenza Mondiale sul Turismo Sostenibile, riunitasi a Lanzarote il 27-28 aprile 1995. La Carta di Lanzarote, che costituisce il primo documento ufficiale sul turismo sostenibile, contiene principi e obiettivi cui governi, autorità pubbliche, professionisti del settore del turismo, associazioni e turisti dovrebbero conformarsi nello svolgimento di attività turistiche. Essa si fonda sul concetto che lo «*sviluppo del turismo deve essere basato sul criterio della sostenibilità, ciò significa che deve essere ecologicamente sostenibile nel lungo periodo, economicamente conveniente, eticamente e socialmente equo nei riguardi delle comunità locali. Lo sviluppo sostenibile è un processo guidato che prevede una gestione globale delle risorse per assicurarne la redditività, consentendo la salvaguardia del nostro capitale naturale e culturale. Il turismo, come potente strumento di sviluppo, può e dovrebbe partecipare attivamente alla strategia di sviluppo sostenibile. La caratteristica di una corretta gestione del turismo è che sia garantita la sostenibilità delle risorse dalle quali esso dipende*» (cfr. punto a). Sostenibilità in questo settore significa che «*esso integri l'ambiente naturale, culturale e umano; che rispetti il fragile equilibrio che caratterizza molte località turistiche, in particolare le piccole isole e aree ambientali a rischio. Il turismo dovrebbe assicurare un'evoluzione accettabile per quanto riguarda l'influenza delle attività sulle risorse naturali, sulla biodiversità e sulla capacità di assorbimento dell'impatto e dei residui prodotti*» (cfr. punto b). In tale prospettiva, la Carta richiede ai Governi di elaborare una pianificazione sostenibile delle attività turistiche. Senza pretesa di esaustività, vale la pena evidenziare che il tema del turismo sostenibile è trattato, altresì, nell' Agenda 21, nonché nell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. L'Agenda 21, in tema di turismo sostenibile, propone azioni per i Governi e per i privati, quali la gestione integrata delle aree costiere, il divieto di attività turistica in aree ecologicamente o culturalmente sensibili, applicazione del principio «*chi inquina paga*», il monitoraggio della *performance* di settore, adozione di codici di condotta, accordi volontari, nonché audit ambientali e sociali. L'Agenda 2030, invece, considera il turismo un *driver* di sviluppo economico sostenibile delle comunità locali. Essa pone alcuni obiettivi specifici nell'ambito di diversi *goals* che evidenziano, da un lato, la necessità di promuovere, entro il 2030, politiche che favoriscano un turismo sostenibile, idoneo a creare lavoro e a sostenere le comunità locali, supportare la cultura e i prodotti della tradizione, dall'altro la necessità di definire un sistema di monitoraggio idoneo a valutare gli impatti dello sviluppo sostenibile per il turismo sostenibile. Attenzione particolare è dedicata ai piccoli stati insulari in via di sviluppo e ai paesi meno sviluppati, la cui economia dovrà essere implementata attraverso un uso più sostenibile delle risorse marine. Trattasi dei *goals* 8.9, 12.8.b e 14.7.

[26] F. MORANDI, *Turismo sostenibile, responsabile ed ecoturismo*, in *Organizzazione e pianificazione delle attività ecoturistiche: principi ed esperienze*, cit., p. 18 ss. Secondo l'Autore, questa definizione potrebbe meglio essere inquadrata nel concetto di responsabilità piuttosto che in quello di sostenibilità.

[27] G. TELLARINI, *Lo sviluppo sostenibile nelle aree protette*, in *Aspetti normativi e gestionali delle Aree marine Protette*, Bologna, 2012, p. 33 ss.; M. SAVIANO, *Le aree protette come modelli di sviluppo sostenibile nella transizione ecologica*, Torino, 2022, p. 49.

valutate adeguatamente, alla luce delle finalità, prioritariamente di tutela, per le quali tali aree sono state istituite. Senza trascurare che le stesse, proprio in ragione del regime di protezione attivato e grazie alla *governance* realizzata, ben possono rappresentare laboratori di buone pratiche, luoghi in cui è possibile conseguire realmente l'obiettivo di uno sviluppo che coniughi uso e conservazione.

Essenziale è, dunque, la capacità dell'ente di gestione delle aree protette in generale e, per quanto qui di interesse delle AMP in particolare, di porre in essere una regolamentazione delle attività turistiche coerente con i principi di diritto finalizzati alla conservazione degli ecosistemi e, al contempo, con l'obiettivo della loro valorizzazione, atteso che conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale rappresentano, congiuntamente, finalità generali della legge quadro sulle aree protette[28]. Questa norma, infatti, impone, all'interno delle AMP come delle altre aree naturali protette, non già di escludere *in toto* le attività antropiche quanto, piuttosto, di proporre una «*applicazione di metodi di gestione o di restauro ambientale idonei a realizzare un'integrazione tra uomo e ambiente naturale, anche mediante la salvaguardia dei valori antropologici, archeologici, storici e architettonici e delle attività agro-silvo-pastorali e tradizionali*»[29]. In tale contesto, come si è accennato, di grande utilità può essere la Carta Europea del Turismo Sostenibile[30], un sistema di certificazione ideato per le diverse tipologie di aree protette presenti in Europa. Il procedimento si compone di tre fasi, le quali si susseguono secondo un ordine cronologico. La prima consiste in un riconoscimento che viene assegnato da Europarc Federation[31] alle aree protette che si impegnino a definire un Piano di Azione[32] mediante la consultazione degli attori locali facenti parte del Forum permanente del turismo sostenibile[33]. Nella fase II, che può essere avviata solo dopo aver ottenuto la certificazione della fase I da Europarc, sono le aree protette a certificare direttamente le strutture locali, riconoscendo, di fatto, un marchio di qualità agli operatori del settore[34]. E sono le aree protette stesse che

[28] Cfr. art. 1, comma 1, l. 6 dicembre 1991, n. 394.

[29] Cfr. art. 1, comma 3, lett. b), l. 6 dicembre 1991, n. 394.

[30] Sulla Carta Europea del Turismo Sostenibile, v. E. A. IMPARATO, *Il turismo nelle aree naturali protette: dalla compatibilità alla sostenibilità*, cit., pp. 341 ss.; B. CARDINALE, *La Carta Europea per il Turismo Sostenibile nelle aree marine protette: la prima esperienza dell'Area Marina Protetta "Torre del Cerrano"* in *Geotema*, 2015, fasc. XLIX, p. 43 ss.; G. DODARO - L. DALLA LIBERA - MASSIMO DE MARCHI (a cura di), *Turismo e Natura 2000 tra opportunità ed esigenze di tutela. Esperienze di Carta Europea del Turismo Sostenibile nelle Aree Protette (CETS) in 9 Parchi Nazionali*, Padova, 2015, p. 7 ss..

[31] La metodologia da seguire per ottenere tale riconoscimento è predisposta internamente da ciascun Paese. In Italia, la metodologia CETS è promossa da Federparchi, sezione nazionale di Europarc Federation.

[32] Il Piano di Gestione della CETS è uno strumento operativo che viene sottoscritto dagli interessati i quali, volontariamente, si impegnano a rispettare tale documento e a realizzare le azioni previste. Non ha carattere vincolante per gli operatori ma è su base volontaria e non prevede un processo di adozione formale come quello previsto, per esempio, per il Piano del Parco.

[33] Il Forum ha durata di cinque anni. Del Forum devono far parte l'ente gestore dell'area protetta, i comuni, le associazioni locali e i rappresentanti delle imprese turistiche.

[34] La certificazione riconosciuta agli operatori, normalmente, ha durata triennale e può essere rinnovata. Ad oggi, come si legge nel sito di Federparchi, sono stati certificati alberghi, agriturismo, rifugi alpini,

possono revocare l'adesione dell'impresa alla CETS nell'ipotesi di mancato rispetto da parte di questa degli impegni assunti all'atto della sottoscrizione dell'accordo di collaborazione con l'ente di gestione[35]. La fase III, infine, prevede il coinvolgimento dei *tour operator*, i quali, individuati e candidati dagli enti di gestione delle aree protette, devono essere riconosciuti da Federparchi (o, al di fuori dell'Italia, da altri soggetti analoghi). Deve trattarsi di *tour operator* in grado di progettare ed offrire proposte turistiche in aziende certificate nella fase II, che operino all'interno delle aree protette certificate nella fase I[36].

La CETS, come s'è detto, costituisce un sistema volontario di certificazione ma deve essere inteso anche come un processo strategico che prevede l'uso di una metodologia finalizzata ad un'organizzazione partecipata e sostenibile, da un punto di vista ambientale, sociale ed economico, delle attività turistiche all'interno dell'area protetta. Essa rappresenta un metodo di *governance* che richiede la necessaria interazione fra i diversi operatori economici, compresi quelli turistici, che svolgono attività all'interno dell'area protetta[37], i quali sono chiamati ad avere un ruolo attivo e a collaborare fra di loro e con l'area protetta al fine di creare un'offerta turistica compatibile con le esigenze di tutela della biodiversità.

La Carta può essere considerata uno strumento utilizzabile dalle aree protette per definire un piano di gestione efficace in quanto prevede il coinvolgimento dei soggetti a vario titolo interessati e consente di contemperare la fruizione con quelle specifiche esigenze di tutela della biodiversità che hanno giustificato l'istituzione del sistema di protezione. La CETS, infatti, pone degli obiettivi alle aree protette che vogliano aderire alla Carta[38] e prevede che le stesse, nel richiedere l'adesione, si impegnino al rispetto dei principi enucleati da Europarc[39]. Il rispetto di tali principi richiede collaborazione fra *stakeholders*, risoluzione delle problematiche

---

B&B, campeggi, case per ferie, nonché ristoranti, bar ed altri esercizi; ed ancora, guide ambientali, guide turistiche, guide alpine associazioni di servizi turistici, stabilimenti balneari etc..

[35] Nel documento elaborato da Federparchi - Europarc- Italia (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.federparchi.it/pdf/CETSPARTEDue-Metodologia-Italiana_2021.pdf) è previsto, infatti, che «*Se nel corso dei tre anni l'area naturale protetta ricava evidenze oggettive sul fatto che un'impresa non stia rispettando gli impegni presi, può revocare l'adesione dell'impresa stessa alla CETS Parte II e quindi ritirarle il Certificato*».

[36] La certificazione riconosciuta ai *tour operator*, normalmente, ha durata triennale e può essere rinnovata.

[37] Come si legge nelle linee guida tecniche e termini di riferimento, l'area di azione, invero, può estendersi anche al di fuori dei confini dell'area protetta.

[38] Cfr. Appendice I della Carta. Obiettivi della Carta sono l'aumento della conoscenza e del sostegno alle aree protette europee quali elementi fondamentali del patrimonio naturale, meritevoli di essere salvaguardati e tutelati per le generazioni presenti e future, nonché il miglioramento dello sviluppo sostenibile e della gestione di un turismo nelle aree protette che tenga conto delle necessità dell'ambiente, delle comunità, delle imprese locali e dei visitatori.

[39] Nelle linee guida tecniche e termini di riferimento elaborati da Europarc e ripresi in Italia da Federparchi sono sintetizzati i principi della metodologia CETS, vale a dire riconoscere la conservazione come priorità, contribuire allo sviluppo sostenibile del territorio da un punto di vista ambientale, sociale ed economico nel breve e nel lungo periodo, coinvolgere tutti coloro che svolgono attività legate al turismo sostenibile favorendo la creazione di una rete, pianificare in maniera efficace il turismo, in modo che la guida sia affidata ad un piano che definisce obiettivi e azioni condivise, perseguire il miglioramento continuo.

principali che vengano a sorgere, predisposizione ed implementazione di una strategia, nonché un piano di monitoraggio dei risultati. Di particolare interesse in relazione all'oggetto del presente lavoro appaiono, in particolare, i principi 2, 3 e 10 dell'Appendice I[40], in quanto essi integrano i principi della gestione adattativa e rafforzano l'idea che, all'interno delle aree protette, occorra adottare un modello di gestione che, come s'è detto, non escluda le attività antropiche ma preveda di verificare continuamente, attraverso un'attività di monitoraggio ed una misurazione degli impatti di tali attività sull'ambiente, la validità delle misure di gestione adottate al fine del raggiungimento degli obiettivi prefissati e della loro modifica in modo da adattare le attività pianificate sulla base dei risultati conseguiti[41]. Tali principi della Carta, infatti, richiedono che l'ente di gestione delle aree protette elabori ed implementi una strategia di turismo sostenibile ed un piano d'azione, nonché che monitori gli impatti sul patrimonio naturale delle attività turistiche, anche creando un piano di gestione dei visitatori. E' stato evidenziato[42], in definitiva, che la Carta «*vuol costituire una sorta di prontuario e di guida pratica per i parchi, ma anche per le imprese turistiche locali e i tour operator. In altri termini, questo documento, puntando a coinvolgere in una "strategia di qualità" tutti i possibili attori di un'area protetta, si presenta come uno strumento concreto, per utilizzare un'espressione della stessa Carta, teso alla implementazione degli standard di qualità della gestione turistica dei parchi. Si vuole in tal modo risolvere i problemi tecnici connessi all'individuazione dei criteri e dei metodi necessari per l'accertamento della compatibilità delle attività/utilizzazioni delle risorse ricadenti nelle aree protette naturali*».

[40] Il principio II dell'Appendice I «Preparare e implementare una strategia di turismo sostenibile e un piano d'azione per l'area protetta» prevede che la strategia da elaborare debba basarsi, innanzitutto, sulla consultazione e sull'approvazione da parte degli *stakeholders* locali e debba contenere la definizione dell'area (che può ricomprendere anche territori all'esterno dell'area protetta), le valutazioni preliminari sul patrimonio naturale, storico e culturale dell'area, sulle infrastrutture turistiche, sui visitatori attuali e potenziali, nonché porsi obiettivi strategici in tema di conservazione e valorizzazione dell'ambiente e del patrimonio, sviluppo economico e sociale, in tema di conservazione e miglioramento della qualità di vita degli abitanti locali e gestione dei visitatori. Questo principio prevede, inoltre, che sia predisposto, un piano di azione per il raggiungimento di detti obiettivi, nonché proposte per il monitoraggio dei risultati. Il Principio III, invece, impone di «proteggere e valorizzare il patrimonio naturale e culturale dell'area, per ed attraverso il turismo, e proteggerlo da un eccessivo sviluppo turistico mediante: monitoraggio dell'impatto su flora e fauna e controllo del turismo nelle zone sensibili; incoraggiamento di attività, comprese quelle relative al turismo, che contribuiscono alla conservazione del patrimonio storico, della cultura e delle tradizioni; controllo e riduzione delle attività, compresi gli impatti del turismo, che: influiscono negativamente sulla qualità dei paesaggi, dell'aria e dell'acqua; utilizzano energie non rinnovabili e creano rifiuti e rumori non necessari; incoraggiamento dei visitatori e del settore turistico a contribuire alla conservazione». Il principio X «monitorare e influenzare i flussi di visitatori per ridurre gli impatti negativi», infine, prevede di registrare il numero di visitatori nel corso del tempo e nello spazio, nonché di creare ed implementare un piano di gestione dei visitatori.

[41] R. CATTANEO VIETTI - L. TUNESI, *Le aree marine protette in Italia. Problemi e prospettive*, *op. cit.*, p. 105.

[42] E. A. IMPARATO, *Il turismo nelle aree naturali protette: dalla compatibilità alla sostenibilità*, cit., p. 343.

In Italia, sono quattro le AMP che hanno ottenuto la certificazione (fase I)[43] e in ciascuna di esse lo svolgimento delle attività turistiche è regolamentato in maniera differente.

3. Il bilanciamento tra uso e conservazione: le attività turistiche all'interno delle AMP e la loro regolamentazione.

La legge quadro sulle aree protette prevedeva inizialmente che il raggiungimento delle finalità istitutive di ciascuna area protetta marina fosse assicurato dall'Ispettorato centrale per la difesa del mare il quale, nella gestione, poteva avvalersi del Corpo delle Capitanerie di Porto. La gestione, tuttavia, poteva essere concessa anche ad enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni riconosciute e, qualora l'area marina fosse stata istituita in acque confinanti con un'area terrestre, la gestione avrebbe dovuto essere attribuita al soggetto gestore dell'area terrestre[44]. Successivi interventi normativi, hanno previsto che la gestione delle aree protette marine di cui alle leggi n.979/1982 e n.394/1991 debba, di norma, essere affidata ad enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni ambientaliste riconosciute anche consorziati tra loro[45]. Da una gestione diretta da parte dello Stato, si è, dunque, passati ad un sistema per cui la gestione deve necessariamente essere affidata a enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni ambientaliste riconosciute, anche consorziati tra di loro, venendosi, così, a determinare una sorta di «*necessaria "esternalizzazione" delle funzioni connesse alla gestione amministrativa della riserva marina ad uno specifico soggetto preesistente o, comunque, appositamente costituito allo scopo*»[46]. E' stato osservato che ai soggetti privati chiamati a gestire l'area protetta, in virtù dell'inserimento nel decreto istitutivo e della sottoscrizione della convenzione che disciplina i rapporti con il Ministero dell'Ambiente, viene ad essere attribuito l'esercizio di funzioni di carattere meramente pubblicistico, così determinando un «*caso emblematico di conferimento di specifiche funzioni pubbliche ad un soggetto privato, attraverso un modello concettuale non dissimile dal tradizionale sistema di concessioni*»[47], per quanto la scelta del soggetto cui affidare tali funzioni resti pur sempre in capo al Ministero. Si è ritenuto, pertanto, che tali soggetti siano chiamati a svolgere una funzione delegata dello Stato[48].

Nell'attività di gestione delle AMP rientra la regolamentazione delle attività delle quali è consentito lo svolgimento all'interno di un'area protetta.

Per quanto riguarda le attività turistiche, la normativa è contenuta, innanzitutto, nell'art. 27 della l. 979 del 31 dicembre 1982, il quale prevede che all'interno delle AMP le attività umane possano essere vietate o limitate in funzione delle finalità per la cui realizzazione la riserva è stata istituita. Tra queste, in particolare, per quanto qui di interesse, possono essere vietate del tutto o quantomeno limitate la navigazione, l'accesso e la sosta di navi e natanti di qualsiasi

[43] Si tratta delle AMP Penisola del Sinis, Porto Cesareo, Torre Cerrano e Torre Guaceto.
[44] Cfr. art. 19, l. 394/1991.
[45] Cfr. art. 2, comma 37, l. 426/1998, come modificato dalla successiva l. n. 93/2001. Con l'introduzione di tale normativa, di fatto, è stato tacitamente abrogato il comma 1 dell'art. 19 della legge n. 394/1991.
[46] G. GARZIA, *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo "sviluppo sostenibile"*, cit., pp. 41-42.
[47] *Ibidem*, p. 42.
[48] L. PETRELLI, *Quale futuro per le aree marine protette italiane?*, cit., p. 7.

genere e tipo, nonché la balneazione. L'art. 19 della l. 394 del 6 dicembre 1991, invece, vieta espressamente la navigazione a motore in quanto ritenuta attività idonea a compromettere l'ambiente oggetto di protezione e le finalità istitutive dell'area.

A tali norme generali in tema di AMP si aggiungono, poi, quelle, più specifiche per ogni area protetta, contenute nel decreto istitutivo, nel regolamento di esecuzione ed organizzazione, nonché nel disciplinare integrativo al regolamento. Ai sensi dell'art. 18, comma 2, l. n. 394 del 6 dicembre 1991, il decreto istitutivo contiene la delimitazione e la denominazione dell'area protetta, la zonizzazione finalizzata all'individuazione di diversi regimi di tutela, gli obiettivi cui è finalizzata la protezione dell'area e le attività vietate, mentre il successivo art. 19, comma 5, prevede che il regolamento, contenente la disciplina delle attività consentite, i divieti e le deroghe in funzione del grado di protezione necessario, debba essere approvato con decreto (attualmente) del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Il disciplinare integrativo, infine, modificato periodicamente dall'ente di gestione, contiene la normativa di dettaglio e le condizioni di esercizio delle attività consentite.

3.1. Il turismo nautico.

La nautica da diporto rappresenta un'attività tradizionale del mare la quale, in base alla normativa vigente, può essere del tutto vietata e, quanto meno, limitata all'interno delle AM.

Non può trascurarsi, infatti, da un lato, che queste rappresentino luoghi particolarmente ambiti dai diportisti nautici e, dall'altro, che numerosi siano i rischi per l'ambiente marino derivanti dall'attività nautica all'interno di esse, dai fenomeni di aratura dei fondali legati all'ancoraggio in *habitat* sensibili, all'inquinamento da idrocarburi dovuto ai motori normalmente utilizzati, alla gestione dei rifiuti, all'uso di vernici antivegetative contenenti sostanze tossiche, cosicché, come è stato correttamente osservato[49], nelle AMP, il dialogo fra gli *stakeholders* è ancor più complesso che altrove.

Alla luce di quei preoccupanti fenomeni di *overtourism* che interessano le AMP specie nei mesi estivi, appare, dunque, necessario interrogarsi sull'opportunità di consentire il turismo nautico all'interno delle AMP e su quali siano, in ipotesi, i limiti e gli strumenti più efficaci da mettere in campo per trovare il punto di equilibrio tra fruizione e tutela di aree ad elevato pregio ambientale, così da evitare che sulle stesse si sviluppi un carico antropico non sostenibile, anche perché concentrato in un arco temporale limitato.

In questo scenario, il ruolo dell'ente gestore appare essenziale poiché la regolamentazione delle attività turistiche, la quale deve basarsi su dati scientifici, deve essere coerente con le specifiche esigenze di tutela dell'area, in quanto rimane prioritario scongiurare danni all'ecosistema marino. Tale ruolo appare altrettanto essenziale ove si consideri che una corretta regolamentazione di queste attività ben potrebbe condurre, altresì, alla sperimentazione di

[49] Sul punto, L. SALVATORI, *Sviluppo sostenibile e navigazione turistica nelle aree marine protette*, in R. CARAGNANO (a cura di), *La riforma del codice della nautica da diporto*, Lecce, 2018, p. 343 ss., secondo l'autore «*l'enigma è fondare le scelte sul delicato equilibrio tra le sollecitazioni volte a considerare la navigazione da diporto per il rilievo economico e produttivo e le spinte di avanguardia volte a comprimere un eccessivo sfruttamento del mare e della costa come risorse nonché per rendere concreti i diritti di c.d. quarta generazione*».

buone pratiche, auspicabilmente replicabili all'esterno delle AMP. Nel solco del contemperamento delle diverse esigenze sopra evidenziate, si pone la previsione normativa di cui all'art. art. 49-*decies* c. dip.[50] in tema di campi boe e ormeggio attrezzati all'interno delle AMP, il quale dovrebbe rappresentare uno strumento di mitigazione dell'impatto antropico sull'ecosistema marino.

[50] La norma è stata introdotta con la riforma del "Codice della nautica da diporto" contenuto nel d.lgs. 18 luglio 2005 n. 171, realizzata con il d.lgs 3 novembre 2017 n. 229. Si prevede che «*gli enti gestori delle aree marine protette, nel rispetto delle norme vigenti in materia di demanio marittimo, possono istituire campi boa e campi di ormeggio attrezzati, anche con l'impiego di tecnologie informatiche e telematiche, nelle zone di riserva generale (zone B) o di riserva parziale (zone C) per le unità da diporto autorizzate alla navigazione in tali zone, ai sensi del regolamento di organizzazione dell'area marina protetta. I progetti di installazione dei citati campi sono sottoposti, previo nulla osta del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, al parere vincolante dell'ufficio circondariale marittimo competente per territorio. Nell'ambito dei campi boa e dei campi di ormeggio una quota pari al quindici per cento degli ormeggi è riservata alle unità a vela. Allo scopo di tutelare l'ecosistema, nell'ambito dei campi boa e di ormeggio di cui al comma 1 è vietato l'ancoraggio al fondale. I campi boa e i campi di ormeggio sono finalizzati al perseguimento delle seguenti finalità: a) contenimento dei fenomeni di aratura e danneggiamento dei fondali derivanti dall'ancoraggio delle unità da diporto; b) erogazione di un numero limitato e annualmente programmato di permessi di stazionamento nell'area marina; c) garanzia della trasparenza dei criteri di accesso ai campi boa e di ormeggio, attraverso idonee forme di pubblicità degli stessi e di prenotazione non onerosa, anche per via telematica. Gli enti gestori che istituiscono i campi di boa e di ormeggio di cui al comma 1 definiscono tariffe orarie e giornaliere di stazionamento negli stessi, anche in relazione all'attivazione combinata di servizi aggiuntivi esclusivamente nel settore della nautica da diporto, per la cui applicazione acquisiscono il nulla osta del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. I proventi riscossi ai sensi del comma 3 dagli enti gestori sono destinati al recupero delle spese di allestimento e manutenzione dei campi boa e di ormeggio, a interventi volti a incrementare la protezione ambientale dell'area marina protetta. Nell'allestimento dei campi boa e di ormeggio gli enti gestori sono tenuti all'individuazione di sistemi compatibili con le caratteristiche dei fondali, a basso impatto ambientale e paesaggistico, con il minimo ingombro sul fondale, opportunamente dimensionati in relazione alla tipologia e alle dimensioni delle unità per le quali viene effettuato l'ormeggio. Gli enti gestori possono allestire sistemi tecnologicamente avanzati per il monitoraggio remoto degli ormeggi e delle strutture a terra, al fine di verificarne costantemente il corretto posizionamento e funzionamento. Al fine di garantire la sicurezza della navigazione, i campi boa e di ormeggio sono segnalati in mare sulla base delle prescrizioni del competente Comando Zona Fari e la posizione e le caratteristiche degli stessi devono essere comunicate dagli enti gestori all'Ufficio circondariale marittimo competente per il successivo inoltro all'Istituto idrografico della Marina militare*». In passato, si era già tentato di regolamentare l'accesso e la sosta nelle AMP attraverso il Protocollo per la nautica sostenibile dell'1 Febbraio 2007, elaborato in seno al Tavolo tecnico per la nautica sostenibile presso il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, il quale avrebbe dovuto trovare applicazione nei nuovi regolamenti delle AMP e nei decreti di aggiornamento dei decreti istitutivi. Tale Protocollo, che, in verità, ha avuto scarso successo, si poneva l'obiettivo di introdurre la premialità ambientale per la nautica nelle AMP e intendeva rafforzare il ruolo delle «aree marine protette come laboratorio avanzato ove sperimentare pratiche ecosostenibili di gestione della fascia costiera e della fruizione turistica, e si auspica, in futuro, l'estensione delle migliori esperienze di gestione e dei più efficaci standard all'intero sistema costiero nazionale». Cfr. A. CLARONI, *L'impatto del d.lgs. n. 229/2017 (e del d.lgs. n. 160/2020) sui profili infrastrutturali della nautica da diporto*, in *Dir. mar.*, fasc. I, 2021, p.14 ss..

La richiamata norma prevede la possibilità di istituire all'interno delle (sole) zone di riserva generale (zone B) o di riserva parziale (zone C) delle AMP[51] campi boa e campi di ormeggio attrezzati per le unità da diporto autorizzate alla navigazione all'interno dell'area protetta in base al regolamento di organizzazione della stessa[52]. Affinché essi possano essere installati, occorre, quindi, innanzitutto, che detto regolamento preveda la navigazione e l'ormeggio delle unità da diporto in determinate zone[53].

Con lo scopo di tutelare l'ecosistema marino, nei campi boa e ormeggio, è fatto espresso divieto di ancoraggio al fondale[54]. La loro installazione, infatti, è finalizzata precipuamente ad evitare quei fenomeni di aratura e di danneggiamento dei fondali inevitabilmente connessi all'ancoraggio delle unità da diporto.

La norma prevede che gli enti gestori debbano individuare quei sistemi compatibili con le caratteristiche dei fondali cha abbiano un basso impatto ambientale e paesaggistico, un ingombro minimo sui fondali e che siano adeguatamente dimensionati in relazione alle unità da diporto per le quali viene effettuato l'ormeggio.

Ragioni di tutela ambientale, analoghe a quelle sottese alle previsioni normative sin qui considerate, devono ritenersi alla base anche della previsione per la quale gli enti gestori possono allestire sistemi tecnologici per il monitoraggio da remoto degli ormeggi e delle strutture a terra, al fine di verificarne il corretto posizionamento e funzionamento.

Di grande utilità in una prospettiva del controllo e della gestione dei flussi turistici appare, poi, la possibilità per gli enti gestori, attraverso l'installazione dei campi boa e ormeggi, di contingentare il numero dei permessi di stazionamento sulla base di una programmazione annuale che, necessariamente, è da ritenersi, deve basarsi su dati scientifici ed essere legata alle specifiche esigenze di tutela dell'area protetta.

Con la norma in esame, viene, altresì, introdotta una sorta di meccanismo di premialità per i sistemi di navigazione ambientalmente compatibili, quale è la navigazione a vela. Una quota pari al quindici per cento degli ormeggi, infatti, deve essere riservata alle unità a vela[55]. Tale previsione deve indurre a riflettere sulla circostanza che essendo i meccanismi di premialità uno strumento di tutela ambientale, utili anche a promuovere l'educazione ambientale, nonché la cultura del mare e il turismo responsabile, essi andrebbero implementati. Sistemi di

[51] Nella zona A di riserva Integrale, infatti, non sono ammesse attività umane se non quelle di ricerca scientifica.

[52] Il richiamo da parte della norma al regolamento di organizzazione della AMP, subordina l'installazione dei campi boe e ormeggio alla specifica regolamentazione dell'area protetta in tema di navigazione ed ormeggio delle unità da diporto e, quindi, alle peculiari esigenze di tutela dell'area.

[53] Qualora non fosse prevista tale possibilità, deve ritenersi che, prima della loro installazione, il regolamento andrebbe opportunamente adeguato.

[54] L. SALVATORI, *Sviluppo sostenibile e navigazione turistica nelle aree marine protette*, *op. cit.*, p. 355 ss., ha evidenziato come, ormai, gli ormeggi, essendo "intelligenti", non devono essere più considerati esclusivamente nella loro funzione connessa alla navigazione e alla sicurezza della stessa, quanto in funzione di protezione ambientale.

[55] Tale previsione risponde all'esigenza di ridurre i gas serra nell'atmosfera, in ossequio agli impegni assunti dall'Italia con la ratifica del protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici. Così L. SALVATORI, *Sviluppo sostenibile e navigazione turistica nelle aree marine protette*, cit., 355.

premialità, dunque, ben potrebbero essere previsti anche per le unità da diporto che utilizzino combustibili alternativi ovvero motori elettrici, sì da incentivare l'utilizzo di fonti energetiche alternative, in linea con l'apparato normativo di riferimento nel settore del diporto nautico che muove in questa direzione. Il riferimento è alla direttiva 2013/53/UE relativa alle imbarcazioni da diporto e alle moto d'acqua e alla direttiva 2014/94/UE[56] sulla realizzazione di una infrastruttura sui combustibili alternativi[57] destinati al settore dei trasporti, nonché all'art. 19 *bis*, d.lgs. 11 gennaio 2016, n. 5 cui rimanda l'art. 14 c. dip.. La norma in esame, peraltro, nel prevedere che i proventi della fruizione dei campi boe e ormeggio siano specificamente destinati, oltre che al recupero delle spese di allestimento e di manutenzione, ad interventi finalizzati ad aumentare la protezione dell'ecosistema marino, potrebbe trasformare una criticità in una risorsa, sebbene non vada sottaciuto che i costi per l'allestimento e la manutenzione di queste aree potrebbero essere alquanto onerosi per una AMP[58].

Fruitori dei campi boe e ormeggio di cui si discorre potrebbero essere anche i natanti da diporto impiegati in contratti di locazione o di noleggio per finalità ricreative o per usi turistici di carattere locale: gli operatori economici che svolgono attività turistica in questo ambito ben potrebbero essere protagonisti del percorso della CETS che la AMP dovesse intraprendere, contribuendo alla predisposizione del piano di azione da parte dell'ente gestore e certificandosi essi stessi, cosicché la stessa attività turistica verrebbe ad essere svolta secondo canoni di sostenibilità ambientale, economica e sociale.

Con la norma del Codice della nautica da diporto appena esaminata, nell'introdurre la possibilità di realizzare infrastrutture leggere per evitare l'ancoraggio al fondale delle unità da diporto e per regolamentare i flussi turistici, il legislatore ha, senz'altro, voluto prevedere uno strumento concreto per attuare quel necessario bilanciamento tra conservazione delle risorse naturali e sviluppo economico a cui le aree protette, oggi più che mai, sono chiamate[59]. E,

[56] Tale normativa è stata recepita in Italia con il d.lgs del 16 dicembre 2016, n. 257.

[57] Ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 257/2016, sono combustibili alternativi quei combustibili o fonti di energia ottenute da fonti diverse da quelle ottenuti dalle fonti fossili di petrolio e che possono contribuire alla decarbonizzazione nel settore dei trasporti. Vi rientrano: l'elettricità, l'idrogeno, i biocarburanti di cui all' art. 2, comma I, lett. i) del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, i combustibili sintetici e paraffinici, il gas naturale, compreso il biometano in forma gassosa (GNC) e liquefatta (GNL), il gas di petrolio liquefatto (GPL).

[58] Si consideri, infatti, che le AMP, pur svolgendo un'attività di carattere sostanzialmente pubblicistico sulla base di una convenzione sottoscritta tra ente gestore e Ministero dell'ambiente, tuttavia, come qualunque operatore privato, devono chiedere una concessione demaniale per occupare aree costiere e specchi acquei, sottostando alla normativa che si applica a qualunque operatore economico e corrispondendo i relativi canoni concessori.

[59] Come evidenziato da L. SALVATORI, *Sviluppo sostenibile e navigazione turistica nelle aree marine protette*, cit., p. 353 ss., «*l'attenzione alla ricerca dell'equilibrio tra rispetto dell'ambiente e sviluppo economico, non può, e non deve, lasciare fuori la dimensione locale e la protezione del luogo dove in definitiva trovano elaborazione proprio i delicati equilibri della comunità locale […]. Tutti i livelli di governance, per rendere effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico delle aree marine protette, devono integrare la tutela dei valori naturali nella storia dei relativi territori e nelle loro prospettive di sviluppo, salvaguardando, così, anche le identità locali. […] Le attività di promozione turistica e di sviluppo delle collettività stanziali, come nel caso delle strutture ricettive*

tuttavia, non si può non considerare come tale previsione normativa non possa essere considerata la via per ritenere, *tout court*, ambientalmente sostenibile il turismo nautico all'interno delle AMP. La valutazione circa l'opportunità di consentire la navigazione e l'ormeggio nelle AMP va fatta caso per caso, sulla base delle peculiarità dell'area. In questa prospettiva, l'estensione dell'area protetta potrebbe giocare un ruolo importante nella scelta, laddove, in presenza di aree molto vaste, essendo più complicato escludere *in toto* il diporto nautico, appare ambientalmente più opportuno regolamentare e pianificare a monte tale attività, gestendo i flussi e monitorando gli impatti.

L'impiego di campi boe e ormeggio di cui alla norma in esame appare ancor più opportuna all'interno di quelle aree marine protette, diverse dalle AMP in senso stretto istituite ai sensi della normativa italiana richiamata, per le quali il meccanismo di protezione opera in maniera diversa. Il riferimento è, in particolare, alle Zone Speciali di Conservazione (ZSC) di cui alla direttiva europea c.d. *Habitat*[60], le quali non sono riserve rigidamente protette in cui le attività umane sono escluse, bensì zone per le quali ogni Stato membro individua delle misure di conservazione per garantire il mantenimento dello stato favorevole di *habitat* e specie, sulla base della valutazione dell'incidenza delle attività umane su *habitat* e fauna. Tali misure di conservazione possono richiedere anche la predisposizione di appropriati piani di gestione specifici o integrati ad altri piani di sviluppo[61].

Al di là di tutto, quando si discorre di turismo nautico all'interno delle aree protette, appaiono indispensabili, come s'è detto, una corretta regolamentazione da parte dell'ente gestore, basata su dati scientifici, come pure un'adeguata pianificazione di queste attività mediante, per esempio, l'individuazione della localizzazione più opportuna per i campi boe e ormeggio. Sono, altresì, altrettanto essenziali un adeguato monitoraggio degli effetti della pressione antropica, quanto un'efficace attività di vigilanza da parte dei soggetti preposti, primo fra tutti la Capitaneria di Porto cui, per legge[62], spetta tale attività all'interno delle AMP. Ed è proprio nella realtà operativa che nascono i problemi, giacché gli organi preposti sono, spesso incolpevolmente, nell'impossibilità di garantire il controllo continuo e costante di specchi di mare, specie se di grandi dimensioni, in modo da assicurare il rispetto delle norme vigenti. Questa constatazione porta con sé, inevitabilmente, una riflessione più ampia - cui qui si accenna solamente - sulla necessità di destinare maggiori risorse economiche alle AMP.

---

della nautica da diporto, […], dovranno essere svolte nell'ambito di una pianificazione di compatibilità ambientale, tradotta in chiave concreta in una protezione ambientale sostenibile». Sul punto, vedasi, altresì, E. IMPARATO, *Il turismo nelle aree naturali protette: dalla compatibilità alla sostenibilità*, *op. cit.*, p. 331 ss..

[60] Le ZSC, ai sensi dell'art. 1, lett. l), direttiva 92/43/Cee, rappresentano «*un sito di importanza comunitaria designato dagli Stati membri mediante un atto regolamentare, amministrativo e/o contrattuale in cui sono applicate le misure di conservazione necessarie al mantenimento o al ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, degli habitat naturali e/o delle popolazioni delle specie per cui il sito è designato*». Esse sono individuate e designate da ogni Stato membro sulla base di quanto previsto dalla direttiva 92/43/Cee, c.d. direttiva *Habitat*, per garantire il mantenimento a lungo termine degli *habitat* naturali e delle specie di flora e fauna minacciati o rari di importanza comunitaria. La gestione di queste aree, laddove possibile, viene affidata alle AMP. Insieme a SIC e ZPS, compongono la rete Natura 2000.

[61] Cfr. art. 6, comma 1, direttiva 92/43/Cee.

[62] Cfr. art 19, comma 7, l. n. 394/1991.

3.2. Il turismo balneare.

Il turismo balneare è un'altra attività che deve essere soggetta a speciali regole per assicurarne la compatibilità con le finalità di tutela ambientale nelle AMP. Nelle zone A di riserva integrale la balneazione è vietata in tutte le aree marine protette, ma nelle zone B e C questa è possibile con diverse limitazioni. In alcune AMP come Torre Guaceto è lo stesso Consorzio di gestione nella stagione estiva attrezza e gestisce uno stabilimento balneare sul demanio marittimo. Si tratta, ovviamente, di uno stabilimento che ha caratteristiche e modalità operative peculiari, tra cui strutture completamente amovibili e realizzate in materiali naturali, accessibilità al mare per le persone disabili con personale dedicato, un numero di postazioni limitato, persino un'offerta gastronomica a chilometro zero con prodotti del territorio e della stessa area marina protetta. Ciò dimostra che, se realizzata con determinati accorgimenti, anche l'attività balneare può essere definita compatibile, e, nel caso di Torre Guaceto, diviene per l'ente di gestione una forma di introito il quale viene reinvestito in attività di salvaguardia. Bisogna anche qui sottolineare che il numero delle concessioni demaniali così come quello degli ormeggi per il diporto appena esaminati sono uno dei parametri del citato sistema SoDeCri per la ripartizione dei fondi tra le AMP da parte del Ministero. L'attività balneare, quindi, non solo è prevista, ma valutata positivamente. Deve, però, avvenire entro parametri ben definiti nei quali la tutela dell'ambiente diviene un obiettivo preminente; tra le diverse esigenze vi è il rispetto del cordone dunale, che spesso insiste quale *habitat* prioritario nella rete Natura 2000, l'adozione di buone pratiche come il divieto dell'utilizzo di oggetti di plastica monouso, e altri contemperamenti. Si deve osservare che l'attenzione verso le tematiche ambientali nell'esercizio dell'attività balneare è sempre più presente nelle normative regionali sulla gestione del demanio marittimo e rappresenta una delle tendenze evolutive di queste peculiari imprese turistiche[63].

Il tema viene qui in rilievo per due aspetti che potrebbero essere oggetto di una riforma della legge quadro, la competenza concessoria e le regole di compatibilità. Quanto al primo punto si deve sottolineare che la zonizzazione (zone A, B e C) non è priva di effetti, infatti, questa incide sulla titolarità del potere di rilasciare concessioni relative all'utilizzo delle aree demaniali incluse nell'area marina protetta[64]. Invero, l'art. 19, comma 6, l. 394/1991 prevede che i «beni del demanio marittimo e zone di mare ricomprese nelle aree protette possono essere concessi in uso esclusivo per le finalità della gestione dell'area medesima con decreto del Ministro della marina mercantile. I beni del demanio marittimo esistenti all'interno dell'area protetta fanno parte della medesima».

---

[63] Cfr. N. CARNIMEO *Spunti per una riforma nella disciplina dei beni del demanio marittimo e dell'impresa balneare*, in S. ZUNARELLI - N. CARNIMEO (a cura di) *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Bari, 2019, p. 13; *ibidem* L. TAFARO, *Profili di responsabilità e gestione sostenibile dell'impresa balneare*, p. 93 ss.

[64] Sul punto si veda M. NESPECA *Le aree marine protette: regolamentazione del traffico marittimo e profili di tutela ambientale,* in S. ZUNARELLI - E. ORRU' (a cura di), *Problematiche recenti in materia di demanio marittimo e sicurezza della navigazione*, Bologna, 2021, p.153 ss.

La competenza in ambito concessorio è, tuttavia, mutata radicalmente per effetto del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112[65], il quale ha realizzato un ampio trasferimento di funzioni amministrative alle Regioni e agli Enti sub regionali[66]. Tale trasferimento di competenze ha generato non poche incertezze circa l'individuazione del soggetto competente al rilascio delle concessioni per la gestione dei beni del demanio e delle zone di mare ricomprese nelle aree protette. Sul punto, il Consiglio di Stato[67] ha affermato che all'interno delle zone di riserva generale (zone B) la competenza è degli enti territoriali d'intesa con il soggetto gestore dell'area protetta; nelle zone di riserva parziale (zone C) la competenza spetta all'ente territoriale previo parere (obbligatorio ma non vincolante) del soggetto gestore; nelle zone di riserva integrale (zone A) la competenza spetta allo Stato[68].

Proprio in tema di competenza nel rilascio delle concessioni demaniali, pare opportuno volgere, momentaneamente, lo sguardo in un'ottica *de iure condendo,* e segnalare che il disegno di legge n. 4144[69], approvato in Senato il 10 novembre 2016 a seguito di un lungo *iter* avviato nel settembre 2013, ha tentato di innovare proprio l'attribuzione delle competenze in tale ambito con una strategia che appare condivisibile.

A tal riguardo, l'art. 11 del d.d.l.[70], intervenendo sulla disciplina riguardante la gestione delle AMP di cui all'art. 19 della l. 394/1991, prevede che, con lo stesso decreto istitutivo dell'AMP, la gestione delle stesse venga affidata prioritariamente ad un consorzio tra enti

[65] Cfr. d.lgs. del 31 marzo 1998, n. 112, «Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali», in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, in GU n. 92 del 21-04-1998.

[66] La normativa di riferimento per il rilascio delle concessioni demaniali è certamente quella contenuta negli artt. 77 e 78 del d.lgs n. 112/1998. Infatti, l'art.77 prevede che «Tutte le funzioni amministrative in materia di aree naturali protette non indicate all'articolo 77 sono conferite alle regioni e agli enti locali. Con atto di indirizzo e coordinamento sono individuate, sulla base di criteri stabiliti d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, le riserve statali, non collocate nei parchi nazionali, la cui gestione viene affidata a regioni o enti locali" mentre l'art. 7, a sua volta stabilisce che "Tutte le funzioni amministrative in materia di aree naturali protette non indicate all'articolo 77 sono conferite alle regioni e agli enti locali. Con atto di indirizzo e coordinamento sono individuate, sulla base di criteri stabiliti d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, le riserve statali, non collocate nei parchi nazionali, la cui gestione viene affidata a regioni o enti locali».

[67] Cfr. Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2010, n. 8048 a parziale riforma del parere espresso dal medesimo Cons. St., 16 ottobre 2001, n. 2194, in cui si propugnava l'attribuzione del potere concessorio allo Stato per tutti i beni demaniali inclusi nell'area protetta.

[68] Cfr. F. FRACCHIA - A. GIANNELLI, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 2/2011.

[69] Testo del d.d.l. presente nel *web* https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BG.pdf. Il disegno di legge è decaduto e non è stato ripresentato successivamente.

[70] Nello specifico, l'art. 11 prevede che «Con il decreto di cui all'articolo 18, comma 1, la gestione dell'area protetta marina è affidata prioritariamente ad un consorzio di gestione costituito tra enti locali, enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni di protezione ambientale riconosciute, salvo che per comprovati motivi che ne impediscano la costituzione. Il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare definisce, con apposita convenzione, gli obblighi e le modalità per lo svolgimento delle attività di gestione dell'area protetta marina a cui deve attenersi l'ente gestore ».

locali, enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni di protezione ambientale riconosciute. Effettivamente questa forma di gestione è quella che ha funzionato meglio nella realtà italiana, ed è a questa tipologia di enti che, secondo il testo del d.d.l., verrebbe attribuita *ex lege* la competenza in materia di concessioni demaniali marittime.

Tornando, invece, ad un'analisi *de iure condito*, è importante segnalare che, sempre in tema di gestione, posti i divieti dell'art. 19, comma 4, l. 394/1991 determinante è stabilire anche rispetto alla balneazione regole chiare e ben definite nei regolamenti delle AMP. Alla luce di quanto sopra esposto, è possibile affermare che nelle zone in cui è consentito fruire ed utilizzare dell'ambiente marino il legislatore abbia voluto prevedere la possibilità di affidare concessioni demaniali nel rispetto della tutela ambientale, al fine di realizzare una forma concreta di sviluppo sostenibile.

In un tale contesto possono svolgere un ruolo rilevante le concessioni demaniali marittime, le quali consentirebbero, appunto, di perseguire entrambe le finalità di protezione dell'ambiente marino e di promozione socio-economica dell'area marina protetta. Considerate le particolari finalità a cui mirano gli enti gestori delle AMP, si ritiene che le concessioni demaniali marittime che insistono all'interno di una tale zona debbano seguire una disciplina specifica ed ulteriore, anche in deroga alla direttiva 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno (la c.d. direttiva Bolkestein)[71].

Come noto, la direttiva Bolkestein è stata adottata al fine di rendere maggiormente competitivo il mercato europeo dei servizi, di eliminare gli ostacoli che impediscono o rallentano lo sviluppo dei servizi tra Stati membri e di assicurare la libera circolazione degli stessi nel territorio unionale. Tuttavia, è importante sottolineare che, come stabilito dalla l. 394/1991, le aree marine protette mirano a garantire e promuovere la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale del Paese.

Si ritiene necessario, dunque, nel caso specifico che debba essere prevista una disciplina peculiare delle concessioni che insistono nelle aree protette. Si tratta, innanzitutto, di verificare se l'attuale sistema italiano, "contestato" a livello europeo sul piano della libertà d'impresa (art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue), possa essere preservato in relazione all'attuazione di un altro principio cardine della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, la tutela dell'ambiente di cui all'art. 37: «*Un livello elevato di tutela dell'ambiente ed il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile*»; e ciò certamente in linea con l'art.11 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Al contrario, il principio europeo della libertà d'impresa non è assoluto: esso trova, infatti, un preciso limite proprio nella legislazione e nelle prassi nazionali (sempre art.16 della Carta); invece, la tutela dell'ambiente, soprattutto se inserita in un contesto di sviluppo sostenibile, costituisce un valore di riferimento e preminente nella legislazione e nella prassi europea. A livello europeo, i principi di salvaguardia e di tutela dell'ambiente sono

[71] S.ZUNARELLI, *Concessioni demaniali e "diritto d'insistenza" alla luce della direttiva Bolkestein* in S. ZUNARELLI - N. CARNIMEO (a cura di), *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, *op. cit.*, p. 21 ss..

enunciati oltre dall'art. 11 e 191 TFUE[72] anche dall'art. 3 paragrafo 3 del TUE[73]. L'applicazione pratica di tali principi comporterebbe una rilevante limitazione circa l'utilizzo delle aree demaniali assentite in concessione. Per tali ragioni è importante operare una distinzione tra le concessioni che insistono su aree soggette ai vincoli delle AMP e le altre concessioni demaniali marittime in merito alla normativa applicabile.

Risulta evidente che in nome della tutela ambientale esiste una oggettiva differenziazione tra le concessioni soggette ai vincoli delle AMP e le restanti concessioni: ciò legittima, anzi impone, una disciplina speciale delle concessioni che così potrebbero definirsi a "caratterizzazione ambientale". Il sistema giuridico italiano vigente in tema di concessioni è sicuramente il più idoneo ad assicurare il perseguimento delle finalità di conservazione e

[72] L'articolo 11 del TFUE (*ex* art. 6 del TCE) recita «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». Mentre l'art. 191 del TFUE (ex articolo 174 del TCE) dispone «1. La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. 2. La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione. 3. Nel predisporre la sua politica in materia ambientale l'Unione tiene conto: dei dati scientifici e tecnici disponibili, delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione, dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione, dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni. 4. Nell'ambito delle rispettive competenze, l'Unione e gli Stati membri collaborano con i paesi terzi e con le competenti organizzazioni internazionali. Le modalità della cooperazione dell'Unione possono formare oggetto di accordi tra questa ed i terzi interessati. Il comma precedente non pregiudica la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali».

[73] Art. 3 (*ex* art. 2) del TUE par. 3 «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo».

valorizzazione ambientale della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Sintomatico in questo senso è l'esplicito richiamo contenuto anche nell'art. 37 del codice della navigazione: «*al fine della tutela dell'ambiente costiero*» così come, d'altronde, è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili.

In ogni caso detti vincoli incidono in maniera rilevante sulla gestione delle aree demaniali da parte dei concessionari (dall'obbligo di pulizia manuale della spiaggia, alla preservazione delle aree dunali, ai limiti relativi agli stabilimenti, ecc). Queste norme sono finalizzate a realizzare un grado maggiore di tutela dell'ambiente e di valorizzazione del turismo sostenibile. Infatti, la corretta applicazione del principio della tutela ambientale contenuto nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali impone la realizzazione di una crescita complessiva del sistema in chiave ambientalista.

Alla luce di ciò, data l'incompatibilità strutturale degli obiettivi perseguiti dalla direttiva Bolkestein rispetto a quelli delle AMP, e considerato che le concessioni demaniali marittime si pongono come lo strumento ideale per la realizzazione dei fini sopra enunciati, è auspicabile che venga prevista l'introduzione di una normativa speciale per l'affidamento delle suddette concessioni. Sul punto, è possibile prevedere un sistema attraverso il quale, sulla base di convenzioni predisposte dagli enti di gestione delle AMP, vengono affidati i servizi di carattere turistico-naturalistico tramite concessioni demaniali con clausole di preferenza per i progetti volti a soddisfare le esigenze di sostenibilità e compatibilità previste dai loro stessi regolamenti.

In questo senso i concessionari, anche in sede di assegnazione a valere quale criterio di preferenza, dovranno prevedere l'applicazione di specifici protocolli d'intesa che li impegnino a:

- fare propri i principi contenuti nella Carta europea del turismo sostenibile;
- stabilire specifiche intese con l'AMP in ordine ai mezzi meno impattanti per la pulizia delle spiagge ed allo smaltimento differenziato dei rifiuti, ivi compresi quelli provenienti dal mare;
- assicurare specifiche forme di tutela delle aree dunali e delle pinete nonché delle specie animali e vegetali protette;
- prevedere interventi di ristrutturazione del patrimonio esistente utilizzando sistemi di bio-edilizia di recupero energetico;
- prevedere specifici corsi di educazione ambientale per i turisti con personale qualificato dell'AMP;
- promuovere e valorizzare i prodotti tipici dei Parchi (quali prodotti dell'agricoltura biologica e a chilometro zero con particolare riferimento alla pesca artigianale);
- prevedere specifiche intese con l'Amp ed i Comuni per la migliore tutela delle spiagge libere nell'ottica del rispetto dell'ambiente e della natura.

- promuovere ogni altra iniziativa finalizzata alla sostenibilità ambientale delle attività turistiche ricadenti nelle aree demaniali.

Detti protocolli, in eventuale proposta di legge, potrebbero essere stipulati dai soggetti gestori delle aree marine protette sulla base di un formulario tipo predisposto sotto la vigilanza ed il controllo del Ministero dell'ambiente e da Federparchi (l'associazione che raggruppa i soggetti gestori delle Aree protette italiane), per poterla estendere all'intero territorio nazionale.

Risulterebbe, dunque, di chiara evidenza il miglioramento qualitativo della tutela ambientale nelle riserve marine in un contesto di condivisione e reciproco ausilio con i concessionari balneari. Anche sotto il profilo economico e di accoglienza dei turisti il sistema così delineato garantirebbe una efficace sinergia tra enti gestori e concessionari, sinergia in grado di consentire un obiettivo sviluppo sostenibile delle aree di riferimento. In definitiva si disciplinerebbe in modo speciale un limitato ambito della costa italiana, specialità da un lato imposta dalla disciplina vigente di salvaguardia delle AMP e dall'altro finalizzata ad assicurare un miglioramento qualitativo della tutela ambientale nelle aree demaniali in attuazione del principio sancito dall'art.37 della Carta europea dei diritti fondamentali.

Si ritiene, quindi, che attraverso una collaborazione attiva dei concessionari con gli enti gestori delle AMP sul piano della tutela del territorio e protezione della specie, si potrebbero perseguire quelle finalità di tutela, valorizzazione e conservazione del patrimonio naturale, nonché di promozione socio-economica del paese enunciate dalla l. 939/1982 e dalla l. 394/1991, prevedendo, in tal caso, procedure che prediligano la tutela dell'ambiente piuttosto che il mero ampliamento del mercato dei servizi.

4. Natura pubblicistica dell'ente di gestione "misto". Proposte di riforma della Legge Quadro.

Si è innanzi detto che la gestione delle aree marine protette, a mente dell'art. 19, co. 1, l. n. 394/1991, può essere indistintamente affidata ad enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni riconosciute. A differenza dell'Ente parco (art. 9 l. 394/91), espressamente definito quale soggetto avente «personalità di diritto pubblico», per l'ente gestore di una AMP la normativa non ne specifica la sottesa natura giuridica. L'assenza di una disciplina di dettaglio pone qualche interrogativo in ordine alla qualificazione dell'ente gestore soprattutto laddove questo sia "misto", ovvero composto da soggetti pubblici (ed es., comuni, regioni, province, città metropolitane, etc.) e da soggetti privati (ad es., associazioni ambientaliste, istituti di ricerca, etc.), magari in forma consortile come avviene nella AMP di Torre Guaceto in Puglia[74] che è stata protagonista di un recente giudizio il quale merita uno specifico approfondimento.

[74] L'ente di gestione di Torre Guaceto in forma di consorzio misto è stato realizzato dall'Amministrazione comunale di Brindisi, dall'Amministrazione comunale di Carovigno e dall'associazione protezionistica senza fini di lucro World Wildlife Found - WWF Italia.

Prima di entrare nel merito della vicenda pugliese al fine di inquadrare brevemente il tema, senza pretesa di esaustività, è necessario partire dal concetto di pubblica amministrazione che, secondo quanto stabilito dall'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, comprende «*tutte le amministrazioni statali, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300*». Come si può notare, nell'alveo dei soggetti da intendersi quali pubblica amministrazione, rientra anche l'ente pubblico non economico. Quest'ultimo, secondo pacifica giurisprudenza, si distingue dall'ente pubblico economico che, in linea generale, normalmente svolge la propria attività secondo le forme del diritto privato e che è tale se produce, per espressa previsione di legge o sulla scorta di quanto stabilito nello statuto, beni o servizi con criteri di economicità e, cioè, con una "tendenziale" equivalenza tra costi e ricavi (così come accade per una qualsiasi comune impresa privata)[75]. Ne consegue, sotto tale profilo, l'ulteriore tratto distintivo rappresentato dal fatto che l'ente pubblico non economico, non potendo operare sul mercato, è solitamente considerato un soggetto "regolatore" e non, quindi, "produttore" di beni e servizi. Ancora, un altro aspetto distintivo tra le due categorie di enti è dato anche dalla possibilità che questi ultimi siano (o meno) beneficiari di finanziamenti statali o, comunque, erogati dai soggetti che ne costituiscono l'assetto organizzativo: in quest'ultimo caso, infatti, l'ente non avrebbe una gestione economica[76] e, quindi, sarebbe classificabile nel novero degli enti pubblici non economici.

Da quanto sopra brevemente circoscritto, con specifico riferimento al caso riferito (ipotesi di consorzio "misto" gestore di AMP), si può procedere ad una disamina più analitica della problematica. A tal fine, come già accennato, la questione è stata oggetto di un contenzioso avanti il plesso Tar - Consiglio di Stato ove si è dibattuto proprio sulla qualificazione dell'ente

[75] V. Cass. civ., sez. lav, sent. 01.08.2022, n. 23884. Anche la giustizia amministrativa, di recente, ha avuto modo di pronunciarsi sul tema, *ex multis* v. Cons. Stato, sent. 10 aprile 2015, n. 1842. Sugli enti pubblici economici si veda anche la relativa voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, 1965, 969, ss.. Ivi si legge che la natura economica dell'ente si ha tutte le volte in cui lo stesso svolga professionalmente «attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi» con la precisazione che il sotteso fine di lucro non si traduce nel mero perseguimento del «massimo guadagno» ma nel senso di organizzare l'attività in modo da soddisfare il principio di economicità nonché di produrre beni per il mercato sottostando al relativo rischio.

[76] Cass. civ., SS.UU., sent. 20.10.2000, n. 1132.

gestore di AMP di Torre Guaceto[77] e ciò riguardo la procedura per l'espletamento di un concorso finalizzato all'assunzione di personale. Nella fattispecie esaminata vengono elaborate due tesi, contrapposte, sulla sussistenza dei presupposti per l'inquadramento dell'ente gestore nel novero dei soggetti che operano in ambito economico o, al contrario, non economico. Una delle argomentazioni sviluppata in giudizio propendeva per la tesi secondo cui il Consorzio dovesse essere parificato ad una società partecipata (consentendo lo Statuto la possibilità di porre in essere attività commerciale) e, quindi, tale da operare sul mercato. In questo modo l'ente non avrebbe mai potuto essere incasellato nel novero delle pubbliche amministrazioni, quindi, non avrebbe l'obbligo di rispettare la sottesa normativa (pubblico impiego, contratti pubblici, etc.) nell'espletamento della propria attività se non con riferimento all'applicazione dei principi generali. L'avversa tesi, invece, partendo a sua volta dallo Statuto dell'ente, riconduceva quest'ultimo nell'ambito degli enti pubblici non economici proprio perché, da un lato, era stato costituito a presidio di interessi pubblicistici (tutela ambientale dell'area protetta) e, dall'altro, la possibilità di poter espletare attività commerciale era solo residua e non prevalente.

Il Tribunale amministrativo che, in primo grado, si è occupato della vicenda, ha concluso per la natura non economica dell'ente gestore non solo sulla scorta dei principi generali sopra brevemente ricostruiti, ma anche attraverso una compiuta disamina della normativa in materia (Legge Quadro) e degli atti costitutivi dell'ente[78] all'esito della quale, riconoscendo

[77] Il contenzioso, sorto tra il Consorzio di gestione dell'Area marina protetta di Torre Guaceto (Brindisi) e un gruppo di privati cittadini, è nato in seno ad una procedura di assunzione di alcune figure all'interno del Consorzio ed è stato definito, in primo grado dal Tar Puglia, sede distaccata di Lecce, con sentenza n. 432 del 02.04.2020. La pronuncia, successivamente appellata dall'ente gestore e dai soggetti risultati vincitori della procedura di selezione, è stata confermata dal Consiglio di Stato, V, con sentenza n. 5646 del 2 agosto 2021.

[78] Nella sentenza del Tar salentino si legge: «*[…]In particolare, la genesi del Consorzio risulta essere la seguente: a) la Legge n. 394/1991, ossia la "Legge quadro sulle aree protette", ha previsto, all'articolo 8, comma 2, l'istituzione delle "riserve naturali statali" con decreto del Ministro dell'Ambiente, sentita la Regione interessata, e, poi, all'articolo 17, ha disciplinato le stesse stabilendo che il sopra menzionato decreto istitutivo deve determinare anche l'organismo di gestione della relativa riserva naturale statale e, infine, con riferimento ai poteri di tale organismo, l'articolo 29 della medesima Legge Quadro ha stabilito che "1. Il legale rappresentante dell'organismo di gestione dell'area naturale protetta, qualora venga esercitata un'attività in difformità dal piano, dal regolamento o dal nulla osta, dispone l'immediata sospensione dell'attività medesima ed ordina in ogni caso la riduzione in pristino o la ricostituzione di specie vegetali o animali a spese del trasgressore con la responsabilità solidale del committente, del titolare dell'impresa e del direttore dei lavori in caso di costruzione e trasformazione di opere. 2. In caso di inottemperanza all'ordine di riduzione in pristino o di ricostituzione delle specie vegetali o animali entro un congruo termine, il legale rappresentante dell'organismo di gestione provvede all'esecuzione in danno degli obbligati secondo la procedura di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 27 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, in quanto compatibili, e recuperando le relative spese mediante ingiunzione emessa ai sensi del testo unico delle disposizioni di legge relative alla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato, approvato con regio decreto*

proprio la prevalenza dei profili pubblicistici, ha escluso che un soggetto gestore di area marina protetta possa essere considerato un soggetto produttore di beni e servizi ma, piuttosto, un soggetto regolatore poiché in possesso di «*rilevanti poteri pubblicistici per il perseguimento dei propri compiti di tutela ambientale*» che si esplicano in una attività di controllo del «*bene*» (AMP) affidato in cura. Questa impostazione è stata confermata dal Consiglio di Stato che, ad ulteriore specificazione della vicenda, ha ribadito la sussistenza, nel caso esaminato, proprio di quegli «*indici sintomatici*» della pubblicità dell'ente «*[…]rappresentati, in particolare dal rapporto di strumentalità sostanziale con le finalità istituzionali dello Stato o di enti territoriali, che può positivamente tradursi nell'esercizio di poteri di indirizzo e controllo da parte di amministrazioni dello Stato o di altri enti pubblici e nella previsione di finanziamenti o contributi pubblici diretti a sostenere le spese di funzionamento dell'ente (in tal senso si veda il precedente sopra richiamato, Cons. St.,VI, n. 3387/2016)*».

Tanto precisato, possono ora svolgersi brevi considerazioni finali. Ricondurre l'ente gestore nell'alveo degli enti pubblici non economici (e, quindi, di pubblica amministrazione) è certamente giustificabile alla luce degli interessi pubblicistici che interessano un'area marina protetta. Tuttavia, la sempre maggiore e pressante esigenza di garantire un'effettiva tutela ambientale all'interno delle AMP, la necessità di rapidità e snellezza dell'azione dell'ente gestore, in assenza di una normativa più dettagliata, rischia di impattare con una eccessiva burocratizzazione che, come noto, spesso caratterizza l'apparato pubblico italiano. Sempre

14 aprile 1910, n. 639"; b) in applicazione dell'articolo 8, comma 2, della sopra menzionata Legge n. 394/1991 è stato emanato il Decreto del Ministero dell'Ambiente 4 febbraio 2000, avente ad oggetto la "Istituzione della riserva naturale statale denominata Torre Guaceto"; in particolare, l'articolo 2 del D.M. in questione individua, quali finalità della predetta riserva naturale statale, una serie di finalità eminentemente pubbliche di tutela ambientale, fra cui si può ricordare, a titolo meramente esemplificativo, la conservazione delle caratteristiche ecologiche, floro-vegetazionali, faunistiche, idrogeomorfologiche e naturalistico-ambientali della medesima riserva naturale statale, mentre l'articolo 4 del predetto D.M. istituisce l'Organismo di gestione della predetta riserva naturale statale "individuato nel consorzio misto fra l'amministrazione comunale di Brindisi, l'Amministrazione comunale di Carovigno e l'associazione protezionistica senza fini di lucro World Wildlife Found - WWF Italia." e stabilisce che con tale organismo "il Ministero dell'ambiente stipula entro 60 giorni dall'entrata in vigore del presente decreto un'apposita convenzione" che "dovrà prevedere le strutture ed il personale, che opererà alle dipendenze dell'organismo di gestione della riserva, da utilizzare nella gestione della riserva stessa" e, inoltre, prevede espressamente che al predetto Consorzio "dall'atto della sua costituzione, è attribuita, altresì la gestione della riserva naturale marina denominata "Torre Guaceto"; c) con convenzione del 6 giugno 2001, la Direzione Generale per la protezione della natura e del mare del Ministero dell'Ambiente, ha affidato al Consorzio la gestione della riserva naturale statale denominata "Torre Guaceto" e, con successiva convenzione del 3 dicembre 2013, ha regolamentato la modalità per lo svolgimento delle attività di gestione dell'area marina protetta denominata "Torre Guaceto". Con dette convenzioni si sono regolamentate le attività di controllo sulla gestione da parte del Ministero e l'eventuale revoca dell'affidamento in gestione in caso di inadempienza; d) con decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 28 gennaio 2013, n. 107, poi, è stato approvato il Piano di gestione e il relativo regolamento attuativo della riserva naturale statale di Torre Guaceto[…]».

nell'ottica di una riforma della legge quadro sarebbe utile implementare la disciplina contenuta relativamente agli enti di gestione, allo scopo di poter meglio dettare compiti e funzioni, a presidio del superiore interesse pubblico tutelato.

In conclusione, alla luce di quanto sopra brevemente argomentato, sarebbe auspicabile una modifica dell'art. 19, l. n. 394/1991, nel senso di meglio specificare:

- la natura dell'ente, con inquadramento «definitivo» di quest'ultimo nel novero degli enti pubblici non economici;

- al contempo, l'attribuzione in capo all'ente gestore di poteri più incisivi, specie sotto il profilo autorizzatorio, pianificatorio, di controllo e sanzionatorio, allo scopo di garantire una effettiva speditezza e semplificazione nei processi amministrativi;

- per l'effetto, prevedere la presenza di figure altamente specializzate negli organi direttivi degli enti affinché possano correttamente governare e amministrare i procedimenti di gestione, coerentemente con il maggiore peso dei poteri attribuiti dalla legge.

Consentire, sempre sotto il controllo delle superiori Autorità centrali, spazi di manovra più ampi in capo a coloro che sono preposti alla gestione delle AMP, sarebbe anche in linea con una effettiva realizzazione di quei principi di decentramento e/o sussidiarietà che la nostra Costituzione pure annovera tra i suoi elementi fondamentali. Utile al fine di coordinare le varie esperienze e politiche di gestione nelle AMP sarebbe la creazione di un tavolo di coordinamento nazionale anche sulla base di quello realizzato con la riforma della l.84/94 in materia portuale che ha previsto all'art. 11 ter una "Conferenza nazionale di coordinamento delle Autorità di Sistema Portuale. E ancora meglio, data l'importanza crescente delle AMP italiane anche nel quadro del *Green Deal* europeo[79] che ha l'obiettivo di tutelare il 30% dei mari europei, si potrebbe pensare alla creazione di un istituto con gli stessi propositi e finalità dell' *Office Français de la Biodiversité* [80]realizzato in Francia.

---

[79] Commissione Europea, *Il Green Deal Europeo, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni*, COM (2019) 640, Bruxelles 2019. Per un approfondimento cfr. C. Gregory, S. Tagliapietra, G. Zachmann, *How to make the European Green Deal work*, Bruxelles, 2019, 4 ss.; M. Leonard, J. Pisani-Ferry, J Shapiro, S. Tagliapietra, G. Wolff, *The geopolitics of the European green deal*, 2021. A.CONIO, F. DINELLI, *Tutela della biodiversità e protezione della natura e del mare*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, V ed., Torino, 2021, 440.

[80] L'OFB, ha la funzione di contribuire al monitoraggio, alla conservazione, alla gestione e al ripristino della biodiversità degli ambienti terrestri, acquatici e marini, nonché alla gestione equilibrata e sostenibile dell'acqua in coordinamento con la politica nazionale di lotta al riscaldamento globale (art. L.131-9-I *Code de l'environnement* , modificato dall'art. 152 della legge n.217 del 2022). L'art. L.131-10 *Code de l'environnement* specifica che l'Ufficio è amministrato da un consiglio di amministrazione costituito da cinque collegi, ciascun collegio composto rispettivamente da rappresentanti dello Stato. Il suo funzionamento si basa su un consiglio di amministrazione composto da tutti i soggetti interessati alle tematiche marine (rappresentanti statali, gestori dell'AMP, enti locali, organizzazioni professionali,

Diversamente se prevalesse un indirizzo politico più "centralista" si potrebbe dare vita ad un'agenzia statale ad hoc per il coordinamento e la gestione congiunta delle AMP italiane capace di valorizzarne il ruolo e di mettere a frutto i finanziamenti oggi disponibili che spesso vengono perduti proprio per una incapacità gestionale e mancanza di mezzi e strutture. Le opzioni sono aperte, ma la tutela del mare non può più attendere.

utenti, associazioni, tutela dell'ambiente, ed altri, a norma dell'art. L.334-2 *c.env.*). Dispone inoltre di un Consiglio Scientifico che viene consultato sui progetti di realizzazione di parchi naturali marini e sui loro piani di gestione ed emana raccomandazioni sulla costituzione della rete nazionale delle aree marine protette e sulla creazione di aree marine protette internazionali (art. R 334-17 *c.env.).* L'articolo R.334-1 del decreto n°1580 del 31 dicembre 2019, relativo all'Ufficio Francese per la Biodiversità precisa che esso è responsabile della gestione diretta o della co-gestione delle aree protette alle quali destina, in accordo con il proprio consiglio di amministrazione su proposta del ministro dell'ambiente, risorse umane, finanziarie e tecniche. Nel *web* www.ofb.gouv.fr

BREVI NOTE SULL'ONERE DI DILIGENZA INFORMATICA DEL CITTADINO

Salvatore Esposito

ABSTRACT [ITA]: il presente studio esamina il rapporto fra soccorso istruttorio e onere di diligenza informatica del cittadino non professionista, con particolare attenzione all'ambito dei concorsi pubblici. L'abbrivio è dato dalle osservazioni espresse dal Consiglio di Stato in una recente pronuncia che, seppur adottata in una sede sommaria come è quella cautelare[1], è foriera di significativi spunti di riflessione. Partendo da una breve ricognizione della disciplina del soccorso e delle questioni giurisprudenziali di maggior rilievo, le presenti note sono volte ad avvalorare la necessità di un ampliamento del campo di applicazione dell'istituto sul piano procedimentale e informatico, per una migliore garanzia dei diritti e degli interessi del cittadino.

ABSTRACT [ENG]: *with particular reference to open competitive exams, this work examines the relation between the Italian legal institution of administrative relief (soccorso istruttorio) and the citizens' information technology due diligence. The study originates from the observations developed in a recent judgement by the Italian Council of State (Consiglio di Stato) regarding the aforementioned legal institution and the related procedures, conditions and objectives provided for in the law. Following an examination of the legal regulations and the most important jurisprudence on the issue, the study aims at contributing to the thesis supporting the extension of the scope of administrative relief legal institution (soccorso istruttorio), and to preserve and improve the protection of the rights of Italian citizens.*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. **2.** Il soccorso istruttorio nei concorsi pubblici. **3.** L'onere di diligenza informatica del cittadino non professionista: alla ricerca del limite fra norma e realtà sociale. **3.1** La necessaria distinzione fra professionista e cittadino comune: la tesi del soccorso procedimentale amplissimo. **4.** Rilievi conclusivi.

1. Premessa introduttiva.

[1] Si tratta del decreto cautelare monocratico del Consiglio di Stato n. 5055 del 21.10.2022, reperibile in *www.giustizia-amministrativa.it* e, di recente anche in *Guida al diritto*, 2022, 44, le cui osservazioni sono state recepite, nel merito, da Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2022, n. 10983, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

L'istituto del soccorso istruttorio è oggetto di continuo interesse da parte della dottrina[2] e della giurisprudenza amministrativa[3]. La ragione risiede nel ruolo che lo strumento svolge, sia in materia di contratti pubblici[4] sia di pubblici concorsi[5]; sebbene non manchino ulteriori aree di sua applicazione[6].

[2] Per una ricostruzione generale dell'istituto, v. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016 e M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 3, pag. 573; N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in Scritti in onore di F. BASSI, Napoli, 2015, pag. 393; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

[3] Plurime questioni interpretative sono state affrontate, fra gli altri, nel settore dei contratti pubblici, in materia elettorale, di procedimenti di riconoscimento della cittadinanza e, altresì, di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

[4] Al soccorso istruttorio "generale", regolato dall'art. 6, comma 1, lett b), della L. 241 del 1990, si è aggiunta la fattispecie "speciale" oggi disciplinata dall'art. 101 del D.lgs. 36 del 2023 e, in precedenza, dall'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50 del 2016. Sul tema, oltre alle opere citate nella nota n. 2, vedasi in dottrina, senza alcuna pretesa di completezza: F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, in *Dir. amm.*, 2019, fasc. 1, 3 ss.; A. MANZI, P. CARUSO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, in *Urb. e app.*, 2016, 907 ss.; V.D. SCIANCALEPORE, *Garanzie per la partecipazione alla procedura*, in F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici, Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50*, Torino, 2016, 204 ss.; F. APERIO BELLA, *L'istruttoria procedimentale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 253.

[5] Dell'applicazione del soccorso istruttorio nel settore dei concorsi pubblici si tratterà nel paragrafo successivo.

[6] Si pensi, ad esempio, alla materia del diritto di accesso, su cui v. il puntuale riferimento in B. NERI, M. DE ROSA, *Profili procedimentali dell'accesso generalizzato*, in *Dir. amm.*, 2019, fasc. 4, pag. 793, secondo cui: «Con una espressione efficace è stato rilevato come anche in materia di accesso abbia preso piede l'applicazione di 'una sorta di soccorso istruttorio' infatti, in presenza dell'incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale dell'istanza, l'amministrazione deve assistere il privato affinché precisi meglio i contenuti della richiesta. Si tratta di un approccio collaborativo volto a superare l'irregolarità formale della richiesta e a ottenere elementi utili all'amministrazione per valutare sul piano sostanziale l'accoglibilità o meno della stessa» e che rinvia in nota a P. RUBECHINI, *L'interpretazione delle norme: il ruolo dei giudici e delle autorità con poteri para-giurisdizionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, n. speciale, pag. 42, e al c.d. «diritto di accesso assistito» di cui, fra le altre, si legge nella sentenza del T.A.R. Puglia, sez. I, 18 febbraio 2018, n. 234 e che trova fondamento nell'art. 6, comma 1, lett. b) della L. 241 del 1990. Si pensi, altresì, alla particolare disciplina in materia elettorale, declinata dall'ultimo comma dell'art. 33 del D.P.R. 570 del 1960; in merito sia consentito richiamare almeno il principio per cui: «Affinché sia rispettata la par condicio in materia elettorale, il soccorso istruttorio, pur astrattamente previsto, seppure con una declinazione del tutto peculiare, non può essere utilizzato se non in forma residuale e pertanto a fini di mera regolarizzazione; si tratta cioè di una disciplina speciale non assimilabile a quella che informa le procedure di gara (ove si è gradualmente evoluto verso una dimensione sostanziale) e che riflette la necessità, ancorché si discorra di nuovi documenti, di assicurare il pieno rispetto del termine perentorio di presentazione delle liste» (*ex aliis*, Cons. Stato, sez. II, 20 settembre 2021, n. 6411, in *Foro amm.*, 2021, 9, 1267).

In questa sede interessa soffermarsi sul soccorso nei procedimenti concorsuali, al duplice fine di: (i) mettere a fuoco le principali questioni giuridiche dottrinali e giurisprudenziali *in subiecta materia*; (ii) accennare alcune nuove tematiche accomunate dal rapporto fra l'istituto predetto e l'onere di diligenza informatica che può ragionevolmente esigersi dal semplice cittadino.

Per le ragioni che si esporranno man mano, il lavoro ha condotto l'interprete a un tentativo di più ampia analisi – se possibile sistematica – avente a oggetto il concreto atteggiarsi dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione (d'ora innanzi P.A.); tanto alla luce dei princìpi e delle norme costituzionali che governano il corretto agire amministrativo[7].

Orbene, con il richiamato provvedimento[8], che sembra destinato a sollecitare nuovi e significativi spunti di riflessione scientifica, il Consiglio di Stato ha rilevato, in primo luogo, la necessità di riflettere *funditus*[9] sulle differenze "ontologiche" – per così dire – fra la figura del cittadino comune e quella del professionista con specifico riferimento agli oneri di diligenza informatica da porsi in capo agli stessi[10].

Il Giudice amministrativo (d'ora innanzi G.A.) si è chiesto, quindi, se meriti considerazione la tesi per la quale al *quisque de populo* – in quanto figura differente dal quella del professionista – non possano essere imposti gli stessi oneri di diligenza informatica; e, di conseguenza, se

---

[7] Su questi princìpi non può che farsi rinvio, senza pretese di completezza, a un'ampia letteratura: V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130; S. FOIS, voce «*Legalità (principio di)*», in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pub.*, 2015, 35 ss.; F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707; G. PALMA, M.P. CHITI (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 103 ss.; F. SAITTA, M. RENNA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, 3 ss.; G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017; A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Milano, 2018 e, di recente, A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, 2020; M.A. SANDULLI, *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e Amministrazione*, Torino, 2022.
Si precisa che l'espressione «corretto agire amministrativo» è presa in prestito dalla giurisprudenza.

[8] Il predetto decreto presidenziale (v. nota n. 1) è stato pronunciato nel giudizio di appello iscritto al n. R.G. 7958/2022, celebratosi davanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato e avente ad oggetto la sentenza del T.A.R. Lazio, sez. I, 31 marzo 2022, n. 3741, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[9] La cui traduzione appropriata è forse qui «sin dalle fondamenta», stando alle parole di O. TORSELLINO, *Uso elegante delle particelle latine*, Palermo, 1874, 78, oltre che alle fonti più recenti, fra le quali si v. F. CALONGHI, *Dizionario Latino-Italiano*, Torino, III ed., 1969, 1174; il che ben suggerisce la necessità di un nuovo sforzo interpretativo in materia.

[10] Cfr. il punto II), lett. b-1) del decreto presidenziale.

possa riconoscersi al cittadino comune un soccorso istruttorio «più ampio» – se non addirittura «amplissimo» – da porsi a carico della P.A. «in ogni caso» di riscontrate difficoltà di carattere procedimentale[11].

Per altro profilo[12], il Consiglio di Stato si è posto quale interrogativo: "se ed entro quali limiti", in caso di malfunzionamenti del sistema informatico o del relativo collegamento, il cittadino possa essere costretto a una sorta di «gioco dell'oca», e questo non solo per completare la procedura telematica impostagli dall'Amministrazione, ma anche per riuscire ad avvedersi in tempo utile degli errori procedimentali eventualmente commessi[13].

Il "punto di partenza" è una pronuncia di rigetto del T.A.R. Lazio[14] su ricorso per l'annullamento di una serie di atti relativi a un concorso pubblico[15]. La ricorrente, tra le vincitrici (e vincitori) del concorso, aveva censurato la mancata assegnazione a una delle Amministrazioni «opzionate» (a suo dire) secondo quanto previsto dalla *lex specialis*[16]. La P.A.

[11] Cfr. il punto II), lett. b-3) della misura cautelare monocratica.

[12] Profilo, quest'ultimo, comunque legato ai precedenti, come si avrà modo di illustrare in seguito.

[13] Cfr. il punto II), lett. b-2) del decreto presidenziale.

[14] Per gli estremi della sentenza si rinvia alla nota n. 8.

[15] Si trattava di un concorso, per titoli ed esami, per la copertura di un certo numero di posti per il profilo di funzionario amministrativo, nei ruoli di diverse Amministrazioni Pubbliche. La ricorrente aveva impugnato la graduatoria finale di merito, il bando (e il provvedimento di rettifica dello stesso), nonché l'elenco dei vincitori, contenente con la specificazione dell'amministrazione cui erano stati assegnati, nella parte in cui figurava, in corrispondenza del suo nome, la seguente indicazione: «preferenze (di assegnazione) non espresse».

[16] Com'è noto, locuzione *lex specialis* si riferisce all'insieme delle norme stabilite dall'Amministrazione per regolare la singola procedura di concorso, a partire dal bando: «Il bando di concorso è da considerare *lex specialis* del concorso in forza dei princìpi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti che sarebbe pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima, sia del più generale principio dell'auto-vincolo che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente auto vincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva» (Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2022, n. 908, in *www.giustizia-amministrativa.it*). V. la giurisprudenza in materia di contratti pubblici: «In tema di gare pubbliche, tutte le disposizioni regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (disciplinare e capitolato), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*» (così, *ex aliis*, Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497, in *Foro amm.*, 2016, fasc. 6, 1491. In dottrina, v. M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 425: «Comunemente si afferma che il bando di gara costituisce la *lex specialis* dei procedimenti di gara. L'espressione va intesa nel senso che le prescrizioni nel bando vincolano non solo le imprese partecipanti e la commissione di gara, ma anche l'amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione (…)». La nozione, quindi, non va confusa con quella fornita dalla teoria generale: quale norma che, determinando «un effetto in più» rispetto a quella generale (N. IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in ID., *L'età della codificazione*, Milano, 1979, 49), ne migliora la «logica interna» riferendosi soltanto a una «parte» o «settore» di essa (V. ITALIA, *La specialità nelle leggi*, Milano, 2016, 4), giacché di un "atto amministrativo" e non di un "atto normativo".

procedente, infatti, aveva chiesto ai candidati-vincitori di manifestare la scelta dell'Amministrazione di destinazione (entro un termine previsto a pena di decadenza); ciò da farsi "solo ed esclusivamente" attraverso il sistema informatico[17] di cui la stessa Amministrazione si era avvalsa per la gestione delle procedure concorsuali. In particolare, veniva contestato un errore del sistema informatico, dal quale – a dire della ricorrente – era dipesa la mancata indicazione (e, quindi, successiva assegnazione) della/alla sede di servizio desiderata; tant'è che si era richiamata, sul punto, la giurisprudenza riguardante la ripartizione dei rischi scaturenti da malfunzionamenti dei sistemi informatici. Come si avrà modo di precisare, infatti, il G.A. attribuisce la responsabilità dell'eventuale malfunzionamento alla P.A.; questo sia nel caso in cui sia dimostrato un errore del sistema, sia ove non sia possibile accertare se l'errore sia dovuto al cittadino o a un vizio del sistema informatico. In secondo luogo, e in via subordinata, veniva censurata la mancata applicazione del soccorso istruttorio da parte dell'Amministrazione procedente, che avrebbe permesso alla ricorrente di regolarizzare la propria domanda.

Il T.A.R. Lazio, tuttavia, ha respinto il ricorso, e avverso tale decisione la ricorrente ha proposto appello con istanza di misure cautelari monocratiche. Il Consiglio di Stato[18], nel sospendere la sentenza di primo grado, ha rilevato la necessità di pretermettere, ai fini della decisione nel merito, la riflessione su una serie di nuovi temi, tutti legati al rapporto fra soccorso istruttorio «*sub specie*, procedimentale o informatico» e onere di diligenza informatica del cittadino non professionista[19].

Con successiva ordinanza collegiale, il Consiglio di Stato ha confermato la sospensione della sentenza di primo grado[20]. È seguita sentenza di accoglimento anche nel merito del ricorso in appello[21].

---

[17] Il riferimento è al c.d. "*Step One*", sistema telematico di cui si avvalgono le PP.AA. per la gestione delle procedure concorsuali a fini di razionalizzazione dei sistemi di reclutamento e perseguimento di una maggiore efficacia ed efficienza dei procedimenti.

[18] Cfr. il decreto cautelare di cui alla nota n. 1.

[19] Il riferimento è alle predette tematiche "b-1), b-2) e b-3)" della parte II) del decreto cautelare monocratico n. 5055 del 21.10.2022: b-1) «se a carico del semplice cittadino, pur non trattandosi di un 'professionista', sia traslabile tutto quanto la giurisprudenza abbia finora enucleato sulla partecipazione delle imprese alle pubbliche gare»; b-2) «se e fino a che punto, a fronte di malfunzionamenti del sistema o del collegamento a esso, il cittadino possa essere costretto a una sorta di 'gioco dell'oca'»; b-3) «se meriti adeguata considerazione la tesi che (al cittadino) vada perciò riconosciuto, in ogni caso di difficoltà (…), un soccorso amplissimo – preventivo, ma anche successivo – a carico della controparte pubblica».

[20] L'ordinanza è la n. 5327 dell'11.11.2022, reperibile in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[21] Si tratta della già citata sentenza, Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2022, n. 10983, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con la quale il G.A. ha riformato la pronuncia gravata e annullato i provvedimenti impugnati nella parte in cui essi non hanno tenuto conto delle preferenze espresse dalla ricorrente/appellante.

2. Il soccorso istruttorio nei concorsi pubblici.

D'uopo è risalire alla giurisprudenza sul soccorso istruttorio nei concorsi pubblici, in difetto della quale non possono inquadrarsi, a ragion piena, le questioni giuridiche che s'intende qui affrontare[22].

Il consolidato orientamento del G.A. attribuisce al soccorso istruttorio[23] portata generale, applicandosi quest'ultimo, pertanto, anche in materia di concorsi pubblici[24].

Secondo il Consiglio di Stato, la legge sul procedimento amministrativo ha introdotto una norma generale volta a consentire la regolarizzazione e/o l'integrazione della documentazione presentata, per quanto qui di interesse, dal candidato al concorso alla P.A. procedente[25]; ciò a fini di tutela, fra gli altri, della buona fede e dell'affidamento del privato.

Il primo aspetto sul quale appare utile soffermarsi è rappresentato *ratio* dell'istituto, che assume una particolare connotazione nella materia in esame. Il G.A., infatti, ha evidenziato che il soccorso procedimentale si pone in perfetta continuità con lo scopo "proprio" della procedura selettiva: l'individuazione, da parte e "per" l'Amministrazione, del miglior candidato. In sintesi, l'assunto è che tale obiettivo non possa o debba essere ostacolato (se non,

---

[22] «Al fine di perseguire e valorizzare le potenzialità insite nel ricorso alle nuove tecnologie, in termini di velocizzazione e di semplificazione delle modalità di presentazione delle domande di partecipazione e anche dello svolgimento delle stesse prove selettive, la Sezione ritiene che sia necessaria e utile una panoramica dei principali profili di rischio derivanti dalla loro utilizzazione, come stigmatizzati nelle pronunce del giudice amministrativo (…)». Così Cons. Stato, sez. atti norm., 31 gennaio 2023, n. 137, nel parere sospensivo sullo «Schema di regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, concernente norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi», evidenziando la necessità di muovere proprio dalla giurisprudenza qui ricostruita.

[23] Com'è noto, l'istituto giuridico è regolato dalla norma "generale" di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della L. 241 del 7 agosto 1990, per la quale il responsabile del procedimento: «Accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici e ispezioni, e ordinare esibizioni documentali».

[24] Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2022, n. 10241, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui il soccorso istruttorio: «ha portata generale e trova applicazione, senza meno, anche nell'ambito delle procedure concorsuali, fermo il necessario rispetto del principio della *par condicio* per cui l'intervento dell'amministrazione diretto a consentire al concorrente di regolarizzare o integrare la documentazione presentata, non può produrre un effetto vantaggioso a danno degli altri candidati». La pronuncia, fra le altre, è in continuità con l'orientamento giurisprudenziale di cui a Id., sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[25] Si v., per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro amm.*, 2014, 2, 387 (e nello stesso senso già Id., sez. VI, 2 aprile 2001, n. 1927).

addirittura, precluso) dalla presenza di errori meramente materiali, giacché ne deriverebbe, a tutta evidenza, un grave pregiudizio per l'Amministrazione se il privato più meritevole non fosse selezionato per il/i posto/i messo/i a concorso[26].

Del resto, a fondamento della norma v'è l'esigenza di garantire la più completa istruttoria procedimentale[27]. Siffatta esigenza, che è di natura pubblica, si traduce nell'attività, posta in capo alla P.A., consistente nel valutare la correttezza o meno delle domande presentate (nonché degli altri atti trasmessi dal concorrente), seguita dalla possibilità per il candidato, in presenza di eventuali errori meramente formali, di porvi rimedio.

Nel quadro così delineato trova spazio, tuttavia, il principio di proporzionalità[28], che si traduce nella necessità che il soccorso procedimentale sia adoperato "entro e non oltre certi confini", cioè fino a che la sua applicazione sia tale da non incidere negativamente sulle

[26] In dottrina, si v. R. URSI, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. amm*., 2021, fasc. 2, 365: «(…) In questo senso, la previsione della funzione di soccorso istruttorio prevista dall'art. 6 lett. b) non andrebbe sovradimensionata; essa, in un'ottica inquisitoria, è indirizzata ad assicurare la completezza dell'accertamento fattuale: in sostanza, riguarda prioritariamente le esigenze dell'amministrazione e solo specularmente alla tutela dell'interessato». In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2021, n. 5413, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per cui: «Il danno, prima ancora che all'interesse privato, sarebbe all'interesse pubblico, considerata la rilevanza essenziale della corretta selezione dei dipendenti pubblici per il buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)».

[27] In dottrina, cfr. M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio*, cit., 573 ss., ove definisce la «completa istruttoria come fondamento del soccorso istruttorio»; sull'esigenza che l'istruttoria sia svolta in modo tempestivo e completo, v. altresì F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *www.federalismi.it*, n. 36 del 2020, 40; G. POLI, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare del processo amministrativo*, in Aa.Vv., *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2020-2021*, a cura di A. CARBONE, E. ZAMPETTI, F. APERIO BELLA, Roma, 2022, 338 s. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6463, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 9, 1887: «Il principio del c.d. soccorso istruttorio postula che l'Amministrazione provveda lealmente a richiedere al soggetto privato le integrazioni documentali utili alla più completa istruttoria procedimentale e che non possa limitarsi ad addurre l'incompletezza dei documenti posti a supporto dell'istanza per concludere nel senso dell'adozione di un provvedimento negativo, senza aver preventivamente posto il soggetto istante in condizione di completare l'istanza in questione».

[28] Attesa la vastità della letteratura sul tema (anche tenendo a mente il dibattito sull'autonomia concettuale del principio rispetto a quello di ragionevolezza), senza pretese di completezza, v. almeno S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; D.U. GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

posizioni (e sugli interessi, quindi) degli altri concorrenti[29]. Com'è noto, infatti, il potere-dovere dell'Amministrazione di invitare i candidati a regolarizzare le domande e le altre dichiarazioni incomplete, incontra due principali limiti: la *par condicio* fra i concorrenti e l'autoresponsabilità del privato[30].

In altri termini, la giurisprudenza ha da tempo interpretato la regola sul soccorso in modo tale da bilanciarla con le altre norme (e valori) in gioco, concludendo per l'esclusione della sua applicazione ogniqualvolta si ravvisi la possibilità che vengano elusi gli effetti previsti dalla legge (o dal bando di concorso) per la violazione di prescrizioni tassative. In concreto, tanto si verifica qualora la domanda del candidato necessiti di una integrazione documentale, ma non anche nel caso in cui sia sufficiente una mera regolarizzazione della documentazione presentata a fini partecipativi[31].

---

[29] Cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2226, in *Dejure*: «(…) In materia di concorsi pubblici, la P.A. ha sempre un ragionevole obbligo, nei limiti di razionale proporzionalità, di verificare la correttezza delle domande di partecipazione alle procedure concorsuali e di attivarsi mercé il soccorso istruttorio *ex* art. 6 della l. 7 agosto 1990 n. 241, ove siano riscontrati meri errori materiali, agevolmente desumibili dai documenti versati in atti o segnalati dal candidato, errori, dunque, che in quanto tali non possono in alcun modo incidere sulla *par condicio* dei concorrenti alla procedura concorsuale e ciò indipendentemente dal fatto che la domanda di partecipazione al concorso sia presentata in modalità telematica». In effetti, la menzione al principio di proporzionalità sembra voler richiamare null'altro che la necessità di un bilanciamento delle predette esigenze con taluni altri princìpi (e interessi), di cui si dirà a breve.

[30] Sul principio della *par condicio*: «(…) In questa ottica, il limite all'attivazione del soccorso istruttorio coincide con la mancata allegazione di un requisito di partecipazione, ovvero di un titolo valutabile in sede concorsuale, poiché, effettivamente, consentire a un candidato di dichiarare, a termine di presentazione delle domande già spirato, un requisito o un titolo non indicato, significherebbe riconoscergli un vantaggio rispetto agli altri candidati in palese violazione della *par condicio*» (di recente, T.A.R. Lazio, sez. IV, 25 marzo 2022, n. 3422, in *Dejure*; pressoché in termini, v. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 257, in *Dejure*). Sul principio di autoresponsabilità, la costante giurisprudenza si esprime in tal senso: «(…) In sostanza il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio di autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione.» (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2022, n. 10325 e T.A.R. Puglia, sez. II, 3 gennaio 2017, n. 1, entrambe reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[31] Nel senso che nei concorsi pubblici la P.A. può disporre la sola regolarizzazione della documentazione, ma non l'integrazione, T.A.R. Umbria, sez. I, 9 giugno 2016, n. 483: «Nei concorsi a pubblici impieghi il bilanciamento tra il dovere dell'Amministrazione di provvedere alla regolarizzazione della documentazione presentata dai candidati ed il principio della *par condicio* tra i partecipanti va ricercato nella distinzione del concetto di regolarizzazione da quello di integrazione documentale; quest'ultima non è mai consentita risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di pari trattamento tra i concorrenti; mentre alla regolarizzazione documentale l'Amministrazione è sempre tenuta in forza del principio generale ricavabile dall'art. 6 comma 1 lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241».

Se è vero, quindi, che i suesposti limiti al soccorso, posti a garanzia dei più generali princìpi di imparzialità e buon andamento[32] dell'attività amministrativa, sovente impediscono di applicare lo strumento partecipativo, è altrettanto vero che essi debbono retrocedere nel momento in cui i documenti presentati all'Amministrazione appaiano qualificabili in termini di mere «incertezze, facilmente superabili»[33].

In definitiva, in virtù dei princìpi di buona fede e correttezza fra candidato e P.A.[34], il soccorso istruttorio si applica ove siano presenti mere irregolarità, avendo il privato, in tal caso, adempiuto all'onere di diligenza a lui richiesto.

Prima di addentrarsi nuovamente nell'analisi della giurisprudenza, giova evidenziare che l'essenziale contrappeso ai limiti di autoresponsabilità e *par condicio* fra concorrenti, che impediscono il più delle volte l'applicazione del soccorso procedimentale, dovrebbe proprio ricercarsi nell'onere di diligenza informatica che possa esigersi dal cittadino. Il problema che si pone, infatti, come si avrà modo di precisare in seguito, invero attiene proprio al *quantum* di onere di diligenza (informatica) che possa richiedersi (*i.e.* imporsi) al privato, specie se comune cittadino.

---

[32] A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; U. ALLEGRETTI, voce «*Imparzialità e buon andamento dell'amministrazione*», in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, Torino, 1993, 131 ss.; M. NIGRO, *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1996, 1843 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 1, 223; A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018; A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, fasc. 2, 381; sul secondo principio in particolare, A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; A. SAITTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, 1988, 53; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancora, 1993.

[33] Sul punto la giurisprudenza è chiara: «In ogni altro caso, invece, ove il candidato abbia allegato i titoli da valutare con la diligenza a lui richiesta, il soccorso istruttorio va attivato, qualora dalla documentazione presentata dal candidato residuino margini di incertezza facilmente superabili rispondendo tale scelta amministrativa ad un principio di esercizio dell'azione amministrativa ispirata a buona fede e correttezza» (fra le altre, v. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 257, in *Dejure*; Id., sez. V, 8 agosto 2016, n. 3540, in *Foro amm.*, 2016, 7-8, 1790; Id., sez. II, 28 gennaio 2016, n. 838, in *Foro amm.*, 2016, 1, 89; e Id., sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5759, in *Foro amm.*-CdS, 2004, 2510).

[34] Com'è noto, il principio di collaborazione, assieme a quello della buona fede, è stato inserito nell'art. 1 «Principi generali dell'attività amministrativa» al comma 2 *bis*, secondo cui: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede», dall'art. 12, comma 1, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120. Di recente M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Proc.*, fasc. 1, 2022, 11: «(…) Per l'attuazione di quel principio di buona fede e leale collaborazione tra amministrazione e amministrati che il d.l. n. 76 del 2020 ha inserito nell'art. 1 della l. 241 del 1990, ma che anche costituisce un evidente corollario dei principi generali di solidarietà e di buon andamento della pubblica amministrazione, sanciti dagli artt. 2 e 97 della nostra Costituzione». Sul principio di buona fede v., da ultimo, gli scritti contenuti in *P.a. Pers. e Amm.*, fasc. 2, IX, 2022, 1-282.

Si appalesa maggiormente, così, la necessità di ricostruire brevemente le coordinate giurisprudenziali in materia di soccorso nei concorsi pubblici, proprio al fine di "fotografare" quel sistema, forse non ancora completo, nel quale si inseriscono gli odierni interrogativi, dei quali si è anticipato e di cui meglio si dirà nel prosieguo.

Ciò premesso sui princìpi generali (oltre che sui limiti) che l'istituto del soccorso involge sul piano applicativo (e interpretativo), è da rilevare che nelle procedure di concorso che si svolgono con strumenti telematici, pur rimanendo pressoché invariato il sistema di princìpi (e limiti) suesposto[35], si pongono talune questioni giuridiche peculiari. La prima riguarda la responsabilità per malfunzionamenti del sistema informatico (eventualmente utilizzato dalla P.A. per il concorso pubblico) e la conseguente applicazione (o meno) del soccorso istruttorio al fine di garantire la più ampia partecipazione[36] dei candidati. Siffatta responsabilità ricade sull'Amministrazione, per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, è la P.A. che sceglie (o meno) di adoperare gli strumenti telematici, ragion per cui essi devono considerarsi «serventi» rispetto a un migliore svolgimento delle procedure amministrative, sia in termini di risultato sostanziale, sia di celerità e semplificazione; ciò significa che eventuali malfunzionamenti del sistema rendono doveroso l'intervento del soccorso istruttorio, perché in caso contrario si giungerebbe a conseguenze pregiudizievoli per l'interesse pubblico. Senza dire che l'attività della P.A. sarebbe manifestamente ingiusta, oltre che illegittima[37].

---

[35] In materia di concorsi pubblici, nei limiti predetti, la P.A. ha sempre l'obbligo «di attivarsi mercé il soccorso istruttorio *ex* art. 6 della l. 7 agosto 1990 n. 241 (…) e ciò indipendentemente dal fatto che la domanda di partecipazione al concorso sia presentata in modalità telematica». Così T.A.R. Lombardia, sez. III, 6 aprile 2022, n.778, in *Foro amm.*, 2022, 4, II, 534, che richiama, fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2226, in *Dejure*.

[36] Sul principio del *favor partecipationis*, si v. le illuminanti suggestioni del G.A.: «Mentre il tradizionale interesse primario si regge sul principio di *par condicio competitorum*, l'interesse centrale su cui poggia l'impalcatura del nuovo Codice è ispirato, invece, al principio del *favor partecipationis*. Ed è proprio sulla spinta dei principi comunitari, di matrice non più essenzialmente contabilistici, che si assiste ad una progressiva dequotazione delle carenze che precludono l'accesso alla gara – che non siano quelle tipizzate – in uno con una maggiore latitudine all'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, in ossequio al principio della massima partecipazione anche nell'ottica di una economia dei mezzi processuali e di efficienza del risultato giudiziario» (così T.A.R. Lazio, sez. II, 30 marzo 2017, n. 4071, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[37] Sul punto si v., *ex aliis*, T.A.R. Lombardia, sez. III, 6 aprile 2022, n. 778, in *Foro amm.*, 2022, 4, 534, secondo cui: «Nell'ambito di un procedimento tenuto con modalità telematiche, occorre considerare che il sistema informatico deve essere funzionale al migliore ed efficace svolgimento della prova da parte dei concorrenti. Invero, le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra il privato e la p.a. e fra Pubbliche Amministrazioni nei reciproci rapporti».

Se da una parte l'eventuale difetto del sistema informatico si pone fuori dal controllo del candidato, non potendo (né dovendo) quest'ultimo porvi rimedio, dall'altra, viceversa, la P.A. procedente ha il dovere di assicurare il corretto funzionamento del sistema informatico e, in caso contrario, di porre le condizioni di rimedio attraverso le quali il candidato possa esercitare il suo diritto alla partecipazione al concorso, diritto funzionale alla realizzazione dei suoi diritti.

Stante quanto esposto, la P.A., in caso di malfunzionamenti, deve predisporre procedure amministrative alternative per l'inoltro della domanda con la relativa documentazione[38].

Questa apertura della giurisprudenza all'applicazione del soccorso in caso di procedure telematiche, tuttavia, non sembra spingersi oltre quanto detto. Di qui, la seconda questione: qualora la procedura informatica disveli profili di particolare complessità, l'Amministrazione è comunque tenuta ad approntare procedure tradizionali e/o applicare il soccorso istruttorio (pur in assenza dei citati malfunzionamenti)[39]?

A una risposta affermativa, (per mera ipotesi) si potrebbe obiettare che, prima di tutto, andrebbe chiarito il significato di "complessità" della procedura, diverso e più ampio da quello finora adottato; tanto perché la giurisprudenza, nel fare riferimento alle possibili complessità di compilazione della domanda, intende soltanto quelle che derivino da malfunzionamenti dei sistemi informatici.

Peraltro, tenendo conto che la "complessità" – ontologicamente – non può che essere diversa a seconda del soggetto che la riscontri, bisognerebbe chiedersi "se e come" individuare una soglia massima per l'onere di diligenza informatica valevole per tutti i cittadini.

L'interprete non può che essere persuaso dell'importanza del tema, che si colloca in un sistema (quello del soccorso istruttorio) fatto di "pesi e contrappesi" nel quale rispondere a

[38] Cfr., fra le altre, T.A.R. Lazio, sez. III, 1 luglio 2020, n. 7406, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «*Pro futuro* ed in un'ottica conformativa del potere, l'Amministrazione deve predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda» (v. altresì TAR Lazio, sez. III bis, 27 giugno 2016, n. 806).

[39] È consolidato l'orientamento per cui: «Pur a fronte di procedimenti amministrativi interamente telematizzati, specie quando la presentazione della domanda sia ancorata a rigidi termini di decadenza e la compilazione della stessa si riveli di particolare complessità, l'Amministrazione, anche a non voler prevedere modalità ulteriori di presentazione della stessa, non può prescindere dal c.d. soccorso istruttorio da tradursi in termini di attività doverosa da parte dell'Amministrazione, ove si verifichino problematiche di tipo tecnico». Così Cons. Stato, sez. VI, 1 luglio 2021, n.5008, *www.giustizia-amministrativa.it;* e altresì T.A.R. Lazio, sez. III, 15 gennaio 2019, n. 550, in *Foro amm*., 2019, 1, 141. Va sottolineato che la complessità di cui si parla, afferente alle procedure di gara (o di concorso) che siano interamente telematizzate, per la giurisprudenza presuppone sempre la sussistenza di problematiche di tipo tecnico (*i.e.* malfunzionamenti del sistema informatico).

questi interrogativi vorrebbe dire, forse, anche provare a colmare delle lacune, ove mai ritenute esistenti.

Basti pensare che l'individuazione di quel limite potrebbe portare a un diverso bilanciamento, in concreto, dei princìpi (e dei valori) operanti nel sistema, assicurando al cittadino maggiori garanzie.

3. L'onere di diligenza informatica del cittadino non professionista: alla ricerca del limite fra norma e realtà sociale.

Come anticipato, il problema dell'individuazione di un effettivo limite dell'onere di diligenza informatica del cittadino non professionista assume particolare importanza ove si intenda assumere che da esso possa dipendere l'applicazione (o meno) del soccorso procedimentale[40].

La questione, a ben riflettere, si inserisce proprio nel solco della giurisprudenza sul tema, inserendo un nuovo tassello, peraltro decisivo. In altri termini, non si tratta di contraddire il consolidato orientamento in tema di limiti al soccorso istruttorio nei concorsi pubblici, ma di tener conto di una possibile lacuna del sistema, che in quanto tale non permette di bilanciare (sempre) in maniera adeguata gli interessi in gioco, pubblici e privati.

Difatti, il problema sollevato non attiene al ruolo dei princìpi (e dei valori) già esistenti; viceversa, esso riguarda l'assenza di un adeguato criterio oggettivo cui parametrare il soccorso dell'Amministrazione: se fosse chiaro il limite all'onere di diligenza informatica del cittadino comune, sarebbe parimenti chiaro quando applicare (o meno) il soccorso.

Si applicherebbe, quest'ultimo, ogniqualvolta la situazione di fatto versasse fuori dalla diligenza richiesta, non essendo concepibile pregiudicare l'interesse pubblico, oltre che quello privato, per competenze che esulano dal campo di esigibile responsabilità del cittadino (*sub specie* di oneri di diligenza informatica). Se è vero che un limite all'onere di diligenza non può che ritenersi sussistente, è altrettanto vero che tale limite non è individuato dal legislatore, né dalla giurisprudenza. Ciò posto, è appena il caso di ricordare che il D.lgs. del 7 marzo 2005 n.

[40] V. il decreto del Consiglio di Stato n. 5055 del 21.10.2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove, con riferimento alla censurata violazione del dovere di soccorso istruttorio (*sub specie* procedimentale, o informatico) si è espresso in tal senso: «(la sentenza di primo grado) ha sostanzialmente escluso la sussistenza di siffatto dovere, in tal guisa forse pretermettendo però di adeguatamente riflettere – com'è chiamato a fare, *funditus*, il collegio che deciderà la controversia – su una serie di nuove tematiche, essenzialmente correlate all'individuazione dell'effettivo limite dell'onere di diligenza informatica che possa ragionevolmente farsi gravare sul *quisque de populo*».

82 (con il quale il Legislatore ha introdotto il Codice dell'Amministrazione digitale, c.d. C.A.D.[41]) all'art. 8 si occupa dell'alfabetizzazione digitale dei cittadini[42].

Nella formulazione originaria[43], la disposizione già prevedeva iniziative finalizzate a implementare l'alfabetizzazione informatica dei cittadini, rivolgendo particolare attenzione alle categorie a rischio di esclusione e richiamando l'importanza di ciò anche per favorire l'utilizzo di servizi telematici[44].

Poi, con D.lgs. 26 agosto 2016 n. 179, il legislatore è intervenuto sulla norma prevedendone una nuova formulazione[45]; com'è noto, essa ricalca in buona parte la lettera della precedente,

[41] Cfr. E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005; ID., *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 469 ss., ID., *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, ivi, 2012, 1041; da ultimo, ID., *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, 2022, recentemente presentato durante il convegno "*Il paradigma trasparenza. Riflessioni a margine della presentazione del libro di Enrico Carloni, Il paradigma trasparenza, Il Mulino, 2022*" tenutosi il 28 novembre 2022 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"; v. altresì M. MUTI, *Spunti per una riflessione su un nuovo modo di essere cittadino: utente digitale*, in *Inform. e dir.*, 1, 2006, 47; A. MAGGIPINTO, *Internet e Pubbliche Amministrazioni: quale democrazia elettronica*, in *Dir. inform.*, 2008, 1, 45 ss.; P. OTRANTO, *Verso il procedimento amministrativo elettronico. Italia e Spagna a confronto*, in *Inform. e dir.*, 2008, 574 ss.; D. DE GRAZIA, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2011, 611 ss.; G. CORSO, *Considerazioni critiche sull'e-Government*, in *Diritto, Mercato, Tecnologia*, 2, 2016, 247 ss.; A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, 87 ss.; R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, 2020.

[42] Sotto la rubrica «Alfabetizzazione informatica dei cittadini».

[43] «Lo Stato promuove iniziative volte a favorire l'alfabetizzazione informatica dei cittadini con particolare riguardo alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire l'utilizzo dei servizi telematici delle pubbliche amministrazioni» sotto il medesimo titolo, rimasto immutato.

[44] A oggi è evidente la pregnanza di significato della norma, quasi premonitrice di ciò che è seguito nell'ultimo decennio, in materia di servizi e diritti digitali. Sul tema sia concesso rammentare le parole di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, secondo cui la cittadinanza digitale è «per sua natura dinamica, accompagna la persona nel suo essere nel mondo e, di conseguenza, integra la sua dotazione di diritti tutte le volte che questo suo ampliamento viene sollecitato dall'incessante mutamento prodotto dall'innovazione scientifica e tecnologica, e soprattutto dalle dinamiche sociali che così si determinano»; v. anche C. FLICK, V. AMBIOLA, *La cittadinanza amministrativa telematica fra previsioni normative ed effettività*, in *Dir. inform.*, 6, 2006, 830 ss.; P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. del dir.*, 2019, 2, 213; G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale*, Bologna, 2021; E.N. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, *Dir. amm.*, 2022, fasc. 2, 471.

[45] «Lo Stato e i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, promuovono iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi fra i quali il servizio radiotelevisivo». Così il primo (e unico) comma, sostituito dall'articolo 8, comma 1, del D.lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

ampliandola con nuovi riferimenti a «competenze di informatica giuridica» e ai «servizi digitali».

Sempre sotto medesima rubrica «Alfabetizzazione informatica dei cittadini», dunque, figurano nuovi obiettivi dell'Amministrazione (evidentemente, resi necessari dallo sviluppo scientifico e della tecnica) nonché il riferimento a "nuove" iniziative per il loro raggiungimento.

Tanto si è riportato per osservare che il legislatore, oramai da tempo, ha preso atto del problema dell'analfabetismo digitale dei cittadini (peraltro preoccupandosi di predisporre appositi interventi a fini di sua risoluzione), senza però tenerne conto in sede di applicazione del soccorso istruttorio.

Siffatto problema, peraltro, è emerso a tutta evidenza anche nello stesso settore della P.A., ove è nota la recente introduzione del c.d. P.I.A.O. (Piano Integrato di Attività e Organizzazione)[46] ad opera del D.L. n. 80 del 2021 (convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2021, n. 113).

Il testo di legge, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b)[47], inserisce fra i contenuti del Piano il «raggiungimento della completa alfabetizzazione digitale (dell'Amministrazione)» prendendo atto, anche in questa sede, della sussistenza dell'analfabetismo informatico, stavolta fra i ranghi della P.A. (e non più solo fra i cittadini comuni). Il quadro diviene vieppiù

[46] Si v. l'art. 6, rubricato «Piano integrato di attività e organizzazione», secondo cui: «Per assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa e migliorare la qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese e procedere alla costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi anche in materia di diritto di accesso, le pubbliche amministrazioni, con esclusione delle scuole di ogni ordine e grado e delle istituzioni educative, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, con più di cinquanta dipendenti, entro il 31 gennaio di ogni anno adottano il Piano integrato di attività e organizzazione, di seguito denominato Piano, nel rispetto delle vigenti discipline di settore e, in particolare, del D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e della legge 6 novembre 2012, n. 190» (comma 1). Tale piano avrà a oggetto (fra gli altri) strumenti e strategie atti a incidere positivamente sull'organizzazione, sull'attività e sulla gestione e valorizzazione del capitale umano appartenente alle Amministrazioni. In altre parole, le Pubbliche Amministrazioni dovranno adottare un vero e proprio modello di sviluppo, organizzativo e funzionale, il cui ambito coinvolge accesso, buona amministrazione, competenze e digitalizzazione. In dottrina, v. E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2022, fasc. 3, 641; G.M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, fasc. 3, 601; F. MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in *Dir. amm.*, 2022, fasc. 2, 359.

[47] Il Piano ha durata triennale, viene aggiornato annualmente e definisce: «(…) b) la strategia di gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo, anche mediante il ricorso al lavoro agile, e gli obiettivi formativi annuali e pluriennali, finalizzati ai processi di pianificazione secondo le logiche del *project management*, al raggiungimento della completa alfabetizzazione digitale, allo sviluppo delle conoscenze tecniche e delle competenze trasversali e manageriali e all'accrescimento culturale e dei titoli di studio del personale, correlati all'ambito d'impiego e alla progressione di carriera del personale (…)».

chiaro a mente della successiva lett. f)[48] (art. 6, comma 2 del D.L.), ove il Legislatore ha preveduto la necessità di azioni volte a garantire l'accessibilità fisica, oltre che digitale, per i cittadini che rischiano di rimanere esclusi dall'accesso ai servizi pubblici.

In definitiva, già alla luce della legislazione suesposta, ben si evince la presa d'atto del problema in uno con la necessità di approntare soluzioni e azioni per porre rimedio all'analfabetismo digitale.

Dalla sola normativa, tuttavia, non può desumersi che un ragionevole sospetto sulla reale portata del fenomeno, che soltanto l'esperienza può confermare (o confutare); quest'ultima, come si vedrà, induce a ritenere che sotto l'impero del C.A.D. non sia avvenuto un mutamento apprezzabile dello stato di alfabetizzazione del cittadino. Né può escludersi, peraltro, che le norme citate possano avere qualche effetto concreto, ma neppure può ritenersi che siano intervenuto "*ope legis*", cambiando le cose.

Sono osservazioni, queste, per le quali è da ritenersi che il diritto all'alfabetizzazione informatica[49] dei cittadini è ancora un risultato distante dalla realtà, come si sarà atti a dimostrare fra breve.

Com'è noto, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora innanzi anche solo P.N.R.R.)[50], fra le altre, prevede la riforma della Pubblica Amministrazione. In tale ambito[51], per quanto

[48] Secondo cui, vengono definite: «le modalità e le azioni finalizzate a realizzare la piena accessibilità alle amministrazioni, fisica e digitale, da parte dei cittadini ultrasessantacinquenni e dei cittadini con disabilità».

[49] Se l'alfabetizzazione informatica è precondizione essenziale a continuare a godere degli essenziali diritti civili, essa stessa, forse, dovrebbe considerarsi un diritto, o quantomeno una situazione da tutelare e presidiare a garanzia dei diritti del cittadino.

[50] Com'è noto, il *Next Generation EU* rappresenta una nuova e imperdibile occasione di sviluppo per gli Stati membri e, perché vi si possa accedere, agli stessi è stata richiesta la presentazione di un pacchetto di investimenti e riforme. A tal fine, l'Italia ha presentato il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che consiste in un ampio progetto che prevede vari ambiti di intervento, oltre che una serie di "missioni": 1) digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; 2) rivoluzione verde e transizione ecologica; 3) infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4) istruzione e ricerca; 5) inclusione e coesione; 6) salute. Inoltre, il Piano è articolato in quattro ambiti di riforma: Pubblica Amministrazione, Giustizia, semplificazione della legislazione, promozione della concorrenza. Alla P.A. è riconosciuto un ruolo fondamentale per la crescita e lo sviluppo del Paese, e la sua riforma è, quindi, intesa anche come risposta alle esigenze dello Stato per la tempestiva realizzazione degli investimenti. In particolare, si ricordi (anche) che essa si sviluppa su quattro "assi" principali: accesso, buona amministrazione, competenze e digitalizzazione. Quest'ultima (quarto e ultimo asse), è intesa come misura trasversale, con ampi spazi di applicazione, a partire dal tema dell'accesso sino alla più ampia formazione e alla semplificazione delle procedure amministrative.

[51] Si v. le parole spese sulla missione «M1C1» sotto la voce «Digitalizzazione della P.A.»: «Una PA efficace deve saper supportare cittadini, residenti e imprese con servizi sempre più performanti e universalmente accessibili, di cui il digitale è un presupposto essenziale. La digitalizzazione delle infrastrutture tecnologiche e dei servizi della PA è un impegno non più rimandabile per far diventare

qui di stretto interesse, ritenendo il digitale quale essenziale presupposto per accedere ai servizi erogati dalla P.A., esso sottolinea la necessità di renderli più performanti e soprattutto universalmente accessibili a fini di rendere l'Amministrazione «alleata del cittadino» e non, come invece è spesso, mero ostacolo burocratico.

Di seguito[52] si prevede, proprio fra gli investimenti per una virtuosa digitalizzazione dell'Amministrazione, un indispensabile intervento sulle «competenze digitali di base», riconoscendo anche qui che la trasformazione digitale dei servizi e delle infrastrutture non può prescindere da interventi di supporto alle conoscenze digitali del cittadino, (supporto) atto a garantire un sostegno significativo al percorso di alfabetizzazione digitale del Paese, cercando di prevenire e combattere il c.d. *digital divide*[53].

Anche i dati confermano quanto detto sinora: basti pensare ai risultati dei "*Digital Economy and Society Index*" (c.d. D.E.S.I.)[54], secondo cui il nostro Paese si colloca fra gli ultimi in Europa per livello di alfabetizzazione digitale.

Senza voler qui menzionare altre analisi e ricerche statistiche in ambito nazionale e ultra-nazionale, tutto quanto riportato porta l'interprete a confermare, ancora una volta, il drammatico stato di fatto in cui attualmente versano i cittadini. Situazione, questa, cui deve l'Amministrazione (lo Stato) opportunamente e adeguatamente porre rimedio, pur nella nota penuria di mezzi e strumenti a disposizione.

---

la P.A. un vero 'alleato' del cittadino e dell'impresa, in quanto unica soluzione in grado di accorciare drasticamente le 'distanze' tra enti e individui e ridurre radicalmente i tempi di attraversamento della burocrazia (…)» (PNRR, pag. 88).

[52] Sempre intorno alla missione «M1C1» sotto la voce «Competenze digitali di base1: «Gli sforzi di trasformazione digitale di infrastrutture e servizi sopra descritti sono accompagnati da interventi di supporto alle competenze digitali dei cittadini, per garantire un sostegno robusto e pervasivo al compimento del percorso di alfabetizzazione digitale del paese. In questo ambito il PNRR nel suo complesso prevede diverse linee di azione, tra loro sinergiche, che coprono tutti gli snodi del percorso educativo (…) Gli interventi descritti mirano a supportare le fasce della popolazione a maggior rischio di subire le conseguenze del *digital divide*, in quale modo 'l'ultimo miglio' delle conoscenze digitali (…)» (PNRR, pag. 91).

[53] Cfr. il recentissimo lavoro di G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, 2022, 8: «La società dell'informazione è caratterizzata da una continua trasformazione, animata dalle interazioni tra innovazione tecnologica e dinamiche economiche e sociali. Tale trasformazione comporta in particolare un'ambivalente dialettica d'inclusione ed esclusione, coesione e separazione. Chi è in grado di contribuire alle esigenze della nuova economia (…) viene prontamente inserito nella rete globale, e quindi partecipa ai processi produttivi e alle corrispondenti forme di comunicazione, socializzazione, retribuzione. Chi invece non ha, in un momento dato, un contributo utile da offrire (…) viene estromesso con altrettanta rapidità».

[54] «L'indice dell'economia e della società digitale riassume gli indicatori sulle prestazioni digitali dell'Europa e tiene traccia dei progressi dei paesi dell'Unione» (secondo la definizione ufficiale presente sul sito istituzionale della Commissione europea *www.commision.europa.eu*.). Per un approfondimento, si v. il DESI 2022 e/o quelli precedenti, agevolmente reperibili sul web.

Tutto ciò premesso, si torni ora al soccorso istruttorio: come può la P.A., nei casi in cui le procedure telematiche creino oggettive difficoltà, disallineate rispetto alle competenze informatiche del cittadino non professionista, non applicare l'istituto in nome della *par condicio* e dell'autoresponsabilità? Questo il secondo punto centrale.

A mente della realtà "effettiva", ossia della diffusa situazione di analfabetismo digitale, pure espressamente riconosciuta dal legislatore nazionale, è ragionevole aspettarsi dall'Amministrazione un'applicazione del soccorso istruttorio (*sub specie* di soccorso procedimentale) che, quantomeno "caso per caso" (in assenza di una regola generale sul limite "effettivo" dell'onere di diligenza informatica), tenga conto delle difficoltà del comune cittadino (che si presentano e variano anche a seconda della complessità della procedura telematica).

In definitiva, se è vero che non è possibile fissare questo limite, è parimenti vero, per tutte le ragioni suesposte, che è ben possibile auspicare un ampliamento delle maglie del soccorso istruttorio; del resto, tanto trova sostegno, altresì, nei princìpi di imparzialità e di uguaglianza[55].

3.1 La necessaria distinzione fra professionista e cittadino comune: la tesi del soccorso procedimentale amplissimo.

Come anticipato, il Consiglio di Stato, fra gli altri interrogativi, ha sollevato il seguente: può il cittadino – «in quanto non imprenditore» – essere gravato dal medesimo onere di diligenza informatica richiesto all'operatore economico che partecipa alle procedure di evidenza pubblica (attese le significative differenze fra le due figure)[56]?

Di qui la questione, di non poco momento, collegata alla prima: è possibile "traslare", senza distinzioni di sorta, a carico del semplice cittadino tutte le elaborazioni giurisprudenziali sulla partecipazione dei professionisti alle gare pubbliche[57]?

---

[55] È l'esigenza di uguaglianza ad apparire, forse, di maggior pregio, qui da intendersi come necessità di trattare in maniera diversa situazioni non suscettibili di comparazione: nel caso di specie, essa richiederebbe l'applicazione del soccorso per garantire a ciascun "cittadino comune, non professionista" la possibilità (il diritto) di partecipare al concorso pubblico. Ciò stando alla distinzione tradizionale fra uguaglianza e imparzialità di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1964, 696.

[56] Di seguito le parole del G.A.: «(…) se meriti adeguata considerazione la tesi che sul cittadino, in quanto non imprenditore (*rectius*: non professionista), non possa gravare l'onere di munirsi d'una sorta di "ufficio informatico" per potersi correttamente rapportare con l'amministrazione pubblica».

[57] Il Consiglio di Stato si è espresso in questi termini: «(…) se a carico del semplice cittadino, pur non trattandosi di un 'professionista', sia traslabile tutto quanto la giurisprudenza abbia finora enucleato sulla partecipazione delle imprese alle pubbliche gare (o degli avvocati al processo telematico)».

Ebbene, è evidente che fra professionista e cittadino comune vi siano non poche né lievi differenze. Anzi, si tratta di due "figure" non paragonabili: alla prima, infatti, può attribuirsi un dovere di diligenza informatica in ragione del suo "ufficio"[58]; alla seconda, per contro, non può che attribuirsi un diritto/dovere[59] di diligenza che vada di pari passo con il diritto, per il cittadino non professionista, a una "formazione digitale" verso la quale lo Stato è – indiscutibilmente – in ritardo, pur essendo in fase di c.d. transizione.

Ritenere, quindi, che il c.d. cittadino comune sia gravato dallo stesso onere di diligenza informatica del professionista e che debba dotarsi di una sorta di «ufficio informatico» per poter accedere correttamente ai rapporti con la P.A., non può che apparire inadeguato.

D'altro canto, un'attenta lettura delle sentenze in materia di concorsi pubblici induce a riflettere su un dato: forse la giurisprudenza amministrativa, mutuando la maggior parte dei princìpi dall'ambito delle gare pubbliche[60], ha superato le differenze "ontologiche" fra cittadino comune e professionista "sempre e solo" in forza dell'autoresponsabilità e della *par condicio* dei concorrenti.

È vero che oggi non è possibile affermare con certezza "fin dove arrivino" gli oneri di diligenza informatica del cittadino nel rapporto con l'Amministrazione (o addirittura se esistano). Attesa l'evidenza dei fatti e dei citati parametri normativi a sostengo della presente tesi[61], che non è neppure pensabile che quegli oneri (di diligenza informatica) possano estendersi al *quisque de populo*: sarebbe difficile immaginare – per mera ipotesi interpretativa –

[58] Seguendo questa logica: l'onere di diligenza informatica è calibrato a seconda dell'"ufficio" svolto; com'è noto, è diverso, infatti, quello richiesto alle imprese da quello imposto agli avvocati (si pensi, ad es., al processo amministrativo telematico e alla moltitudine di regole che l'operatore giuridico deve conoscere). Tuttavia, anche qui, sorgono dei dubbi: se possa esigersi da un professionista del diritto (e non delle scienze informatiche) la conoscenza e la comprensione delle procedure e delle regole, per di più diverse a seconda della giurisdizione (v. almeno le differenze fra processo civile, amministrativo e contabile), riguardanti il processo telematico, che indubbiamente ingenerano una molteplicità di questioni e problematiche – cui sovente l'avvocato è costretto a farvi fronte ricorrendo a consulenti del settore – ostacolando l'esercizio della professione forense; e, pertanto, se non sarebbe forse opportuna l'elaborazione di un istituto giuridico, portatore di un concetto giuridico generale di soccorso procedimentale, atto a intervenire ogniqualvolta siano riscontrate oggettive difficoltà – sul piano informatico – nel rapporto fra privato (professionista e non) e Pubblica Amministrazione.

[59] Forse anche in tema di alfabetizzazione *sub specie* informatica, bisognerebbe valorizzare maggiormente il legame esistente fra il "diritto" di alfabetizzarsi e il "dovere" ad esso ricollegato. È da questo binomio, tra diritto e dovere, che possono discendere riflessioni meglio attagliate alla realtà sociale; oppure, al contrario, dovrebbe ritenersi che l'onere di diligenza informatica sia di per sé implicito e mutevole, e il cittadino, in quanto partecipante (per così dire "concorrente-professionista"), debba dotarsi di un "ufficio informatico" per accedere al posto pubblico.

[60] Il riferimento è, in particolare, alla giurisprudenza in tema di procedimenti tenuti con modalità telematiche.

[61] Si rinvia alle osservazioni svolte nel par. n. 3.

che sussistano elementi sufficienti a un procedimento analogico[62] (a discapito del cittadino) degli oneri gravanti sul professionista, cosa che non può che escludersi completamente per fondate ragioni fattuali e giuridiche.

Da quanto precede consegue, poi, un ulteriore interrogativo: può riconoscersi al comune cittadino «in ogni caso di difficoltà» un soccorso "ampio" a carico dell'Amministrazione? Tanto ci si chiede giacché il punto nodale si risolve proprio nella possibile estensione del soccorso ai casi di riscontrate difficoltà nell'utilizzo di sistemi informatici (imposto dalla P.A. al cittadino), di cui l'Amministrazione si serve per la gestione e lo svolgimento del procedimento amministrativo. Siffatto interrogativo non può che trovare soluzione affermativa (già soltanto) tenendo a mente che è la P.A., per proprie esigenze, a imporre l'esclusivo utilizzo di procedure telematiche e che, pertanto, essa ha il dovere di soccorrere il cittadino non professionista in caso di riscontrate difficoltà nel procedimento.

Peraltro, «salvo un generale obbligo di alfabetizzazione informatica»[63], escludere l'applicazione del soccorso «in caso di difficoltà» informatica del cittadino violerebbe, oltre che il principio di collaborazione[64] fra P.A. e privato (oramai normato)[65], i più generali princìpi posti a presidio del corretto agire amministrativo.

4. Rilievi conclusivi.

[62] Al contrario, la fattispecie del *quisque de populo* non è affatto «meritevole della stessa disciplina» poiché manca la «somiglianza come *identitas rationis*» (cfr. G. CARCATERRA, voce «*Analogia*», in *Enc. giur*., II, Roma, 1988, 13: «Il concetto centrale del nucleo dell'inferenza, e dell'inferenza nel suo complesso. È il concetto di somiglianza. Sebbene dei termini 'analogia' e 'simile' sia facile offrire un significato generalissimo, nei loro più specifici significati quei termini sono, in tutti i campi, quanto mai ambigui e relativi (…) Tuttavia e fortunatamente, nel campo del diritto dottrina e giurisprudenza, sostenute da una consolidata tradizione, hanno – come meglio si dirà appresso – notevolmente delimitato l'ambito semantico dei termini concependo prevalentemente la somiglianza come *identitas rationis*»).

[63] «Da intendersi come precondizione essenziale per continuare a esercitare i diritti civili», cui lo Stato deve porre rimedio. Per i riferimenti dottrinali sulla c.d. cittadinanza digitale, si rinvia alla nota n. 41.

[64] Sulla possibilità di ricondurre il soccorso istruttorio al più generale principio di collaborazione, in dottrina v. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm*., 2021, fasc. 3, pag. 573, secondo cui: «La deduzione di siffatto onere (soccorso istruttorio) da una compiuta applicazione dei principi di buona fede e collaborazione non sembra affatto peregrina, almeno nei limiti in cui valga a generalizzare nei procedimenti a istanza di parte quel soccorso procedimentale e istruttorio (…) per quanto vi osti la previsione dell'art. 6, lett. b), della l. n. 241, che attribuisce al responsabile del procedimento una facoltà».

[65] Com'è noto, da tempo si discute della bilateralità del rapporto di collaborazione fra P.A. e cittadino. In tal senso si v. F. SAITTA, *Del dovere del cittadino di informare la pubblica amministrazione e delle sue possibili implicazioni*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione* (*Atti del Convegno di Copanello, 25-26 giugno 2004*), a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE, Torino, 2005, 111.

Alla luce delle argomentazioni che precedono sul difficile rapporto fra l'istituto giuridico del soccorso istruttorio e l'onere di diligenza informatica posto in capo al comune cittadino, v'è da chiedersi se i relativi esiti siano in grado di presagirne nuove prospettive di contemperamento.

Si è avuto modo di osservare, infatti, che il perimetro del soccorso istruttorio (*sub specie*, procedimentale) non può che definirsi (anche) a seconda dell'effettivo limite dell'onere di diligenza informatica richiesto al cittadino comune e secondo un'operazione di bilanciamento di princìpi (e valori) in aperta opposizione fra loro. Mette conto osservare, ancora, che l'Amministrazione ha l'obbligo[66] di attivare il soccorso istruttorio per evitare che gli esiti del procedimento siano alterati per meri errori formali, principio applicabile "indipendentemente" dalle modalità di svolgimento della procedura.

Se è vero che il soccorso è un obbligo per la P.A. procedente (e non una mera facoltà), è altrettanto vero, però, che la sua applicazione nei concorsi pubblici che si avvalgono di sistemi informatici[67] dipende dal *quantum* di diligenza informatica può esigersi dal cittadino comune. Si tratta, quindi, di un obbligo che cede il passo ai princìpi di autoresponsabilità e *par condicio*, qualora si ritenga che il semplice cittadino (non professionista) possa essere costretto a una sorta di «gioco dell'oca»[68] per completare la procedura telematica impostagli dall'Amministrazione e per riuscire ad avvedersi in tempo utile degli errori commessi. Tuttavia, in forza delle considerazioni che precedono, si è avuto modo di evidenziare che sia

---

[66] Cfr., *ex aliis*, T.A.R. Lombardia, sez. III, 6 aprile 2022, n. 778, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «Pertanto, pure in materia di concorsi pubblici, la P.A. ha sempre un ragionevole obbligo, nei limiti di razionale proporzionalità, di verificare la correttezza delle domande di partecipazione alle procedure concorsuali e di attivarsi mercé il soccorso istruttorio *ex* art. 6 della l. 7 agosto 1990 n. 241, ove siano riscontrati meri errori materiali, agevolmente desumibili dai documenti versati in atti o segnalati dal candidato, errori, dunque, che in quanto tali, non possono in alcun modo incidere sulla *par condicio* dei concorrenti alla procedura concorsuale e ciò indipendentemente dal fatto che la domanda di partecipazione al concorso sia presentata in modalità telematica».

[67] «(…) Un meccanismo di partecipazione alle procedure selettive completamente informatizzato mai potrebbe incidere sul rispetto del principio dell'apertura delle selezioni a tutti i candidati in condizioni di eguaglianza». Così Cons. Stato, sez. atti norm., 31 gennaio 2023, n. 137, richiamato in precedenza, in particolare a pronunciarsi sulla disciplina attuativa del D.L. 36/2022 e pertanto sul «Portale unico di reclutamento» ivi previsto.

[68] Non a caso la giurisprudenza, come peraltro accennato, si riferisce sovente a un onere «minimo» di collaborazione richiesto al cittadino: «Il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 6, comma 1, lettera b), l. n. 241 del 1990 non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza – specificati mediante il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità – rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti (…)» (in tal senso Cons. Stato, sez. II, 1 luglio 2020, n. 4191, in *Foro amm*., 2020, 7, 1392; T.A.R. Piemonte, sez. II, 28 novembre 2022, n. 1041, in *Dejure*).

le norme, sia la realtà sociale a esse sottesa[69], dimostrano che al comune cittadino non può essere richiesto un onere di diligenza informatica pari a quello imposto al professionista giacché oltremodo sproporzionato e inadeguato rispetto a quanto può esigersi dal *quisque de populo*.

E allora: perché l'istituto non può svolgersi in modo conseguenziale[70]?

D'altro canto, a ben vedere, ove mai si consentisse ai principi di autoresponsabilità e *par condicio* di superare e/o escludere "sempre" il soccorso, si affievolirebbe la sua portata precettiva. La regola (o il principio)[71] del soccorso istruttorio, quindi, potrebbe ragionevolmente interpretarsi[72] estendendolo a tutti i casi in cui vi siano comprovate difficoltà di portare a termine le procedure informatiche imposte dalla P.A. procedente, così ponendo rimedio all'errore meramente formale del candidato, nell'interesse pubblico e del cittadino. Peraltro, ben può dirsi che la normativa appare poco esaustiva sul punto (o, forse, lacunosa[73]) in quanto non è poi chiaro quali siano gli oneri (di diligenza informatica), gravanti sul cittadino comune, compresi i relativi limiti in sede di partecipazione ai concorsi pubblici.

---

[69] Si rinvia, anche qui, al paragrafo n. 3.

[70] Un ampliamento del soccorso istruttorio (*sub specie*, procedimentale o informatico) porterebbe con sé non poche questioni applicative; ma è vero anche che esso risponde alla necessità di garantire ineludibili presidii di eguaglianza sostanziale, "rimuovendo gli ostacoli che impediscono la massima partecipazione": nella misura in cui la realtà sociale, e lo Stato con essa, non si presentano al passo con la c.d. digitalizzazione della P.A. in materia di accesso ai concorsi pubblici, il soccorso istruttorio assurge a strumento fondamentale per tutelare i diritti e gli interessi del cittadino comune; come si è forse accennato in precedenza, questo allargamento delle maglie dell'istituto consentirebbe proprio di intervenire dove proprio lo Stato non è riuscito (a scongiurare quel rischio che, più in generale, può ricondursi al c.d. *digital divide*).

[71] In effetti, la prassi giurisprudenziale sul soccorso ben mette in evidenza la possibilità di attribuire al soccorso istruttorio la natura di "principio" (piuttosto che di regola), giacché esso sovente non trova applicazione per «eccezioni non stabilite dalla norma di legge né in alcuna altra norma dell'ordinamento», che pertanto appaiono «inespresse» (cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2011, 177 ss. sulla distinzione fra «principi e regole» e sui rispettivi caratteri).

[72] Sovvengono, in proposito, le parole di U. FORTI, *Diritto amministrativo. Parte generale*, I, Napoli, 1931, 110-111: «(…) La norma di diritto amministrativo tende sempre alla tutela di un interesse collettivo. Donde immediatamente si potrebbe ricavare appunto la regola che nel dubbio la norma vada interpretata nel senso più conforme all'interesse collettivo (…)» nel rammentare al giurista che interpretare la norma significa tener bene a mente la sua *ratio*. Per un inquadramento generale sull'interpretazione giuridica, v. almeno E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), ed. a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1990.

[73] La fattispecie, in tal senso, appare forse riconducibile a una «lacuna ideologica» (cfr. R. GUASTINI, voce «*Lacune del diritto*», in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993, 270), che si configura quando nell'ordinamento è assente una norma considerata «opportuna o soddisfacente o giusta» (v. N. BOBBIO, voce «*Lacune del diritto*», in *Noviss. Dig. It.*, vol. IX, Torino, 1963, 422) nel rapporto dinamico, in continua evoluzione, fra diritto e realtà sociale.

In ogni caso, rilevate le oggettive differenze fra cittadino comune e professionista, si è resa necessaria una riflessione sull'effettivo limite del soccorso istruttorio, auspicandosi un'estensione del relativo ambito di applicazione per tutte le ragioni evidenziate. Per vero, le odierne note hanno inteso procedere dall'osservazione della realtà sociale, che, come dimostrato, trova espresso riconoscimento anche nella normativa vigente, proprio per fornire (alla luce del riscontrato disallineamento tra norma e realtà) solide basi alla tesi del soccorso ampio.

È vero che le osservazioni del G.A., da cui ha preso l'abbrivio la presente riflessione, appaiono di non poco momento. Tuttavia, è altrettanto vero che, in concreto, solo il loro costante uso giurisprudenziale potrà rivelare se vi saranno, effettivamente, spazi applicativi per la predetta tesi, foriera di maggiori garanzie per il cittadino.

Basti ora, e infine, affermare che, senza un concetto direttivo uniforme, solo la logica del caso concreto, nel bilanciare le circostanze, i valori e i principi desumibili e applicabili alla fattispecie, potrà dirigere il modularsi del soccorso istruttorio, forse ancora «incalcolabile e imprevedibile»[74].

[74] «Mentre l'applicazione della legge è 'inanimata', o meglio non ha altra anima che quella del testo normativo, il decidere 'per valori' (o per 'clausole generali' o per altri criteri di 'giustizia materiale') s'immerge nella concreta situazione di vita, entra nel merito delle scelte negoziali, e le integra o modifica o corregge. Esso è del tutto incalcolabile e imprevedibile. La sua essenza sta proprio nell'adesione, piena e integrale, alle circostanze concrete, al gioco presente degli interessi». Così N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, VII.

I POTERI SOSTITUTIVI IN MATERIA AMBIENTALE: LA SOSTITUZIONE NEL COMPIMENTO DI ATTIVITÀ COMPLESSE

Vesva Bocchini

ABSTRACT (ITA): tratto peculiare dei poteri sostitutivi in materia ambientale è quello di investire non solo la mancata adozione di singoli atti da parte delle amministrazioni competenti ma anche il mancato compimento di più atti tra loro collegati funzionali al raggiungimento di un obiettivo finale. A fronte di tali ipotesi il potere di sostituzione tradizionale, calibrato sull'adozione di singolo atto, appare inadeguato a perseguire il risultato in termini di efficacia e celerità e a superare le criticità derivanti dalle numerose condanne intervenute in sede europea. Assumendo quale prospettiva di osservazione la materia ambientale, lo scopo del presente contributo è delineare un paradigma per l'esercizio del potere sostitutivo in attività complesse e, al contempo, darne un inquadramento giuridico esportabile anche in altri settori.

***ABSTRACT (ENG)**: a peculiar trait of substitutive powers in environmental matters is that they invest not only the failure to adopt single acts by the competent Administrations but also the failure to carry out several interrelated acts functional to the achievement of a final objective. In the face of such hypotheses, the traditional power of substitution, calibrated on the adoption of a single act, appears inadequate to pursue the result in terms of effectiveness and celerity and to overcome the critical issues arising from the numerous condemnations intervened in the European forum. Taking environmental matters as the perspective of observation, the purpose of this contribution is to outline a paradigm for the exercise of substitution power in complex activities and, at the same time, to give a legal framework that can be exported to other sectors.*

SOMMARIO: **1.** Cenni introduttivi sulla sostituzione amministrativa nell'ordinamento nazionale - **2.** Natura e funzione del potere sostitutivo - **3.** Il carattere proteiforme dei poteri sostitutivi in materia ambientale e le fattispecie di sostituzione "complessa" - **4.** L'art. 41, comma 2, della legge n. 234 del 2012 quale paradigma dell'esercizio del potere sostitutivo nell'adozione di più atti - **5.** Una proposta di inquadramento sistematico - **6.** Conclusioni: verso un'amministrazione di risultato.

1. Cenni introduttivi sulla sostituzione amministrativa nel nostro ordinamento.

La sostituzione amministrativa può definirsi per una consolidata tradizione giuridica[1] come l'istituto mediante il quale un potere attribuito dall'ordinamento ad una determinata autorità è esercitato per autorizzazione legislativa da altro soggetto a fronte dell'inerzia o dell'impossibilità[2] di agire del soggetto competente.

Tratto peculiare della sostituzione amministrativa, tale da differenziarla dalla sostituzione privatistica, è che la stessa non dipende da un'iniziativa del sostituito, ma dal verificarsi di una situazione oggettiva di inerzia nell'adozione di un atto che il soggetto competente avrebbe dovuto adottare[3], sicché la stessa non si configura quale esercizio alternativo della funzione amministrativa[4], ma, al contrario, il potere sostitutivo ha carattere *eccezionale*, ovvero non rientrante nell'ordinario svolgimento dell'attività amministrativa e *temporaneo*, esercitabile cioè fino al permanere dell'inerzia[5].

Va peraltro evidenziato che non tutti i poteri sostitutivi rientrano nella nozione di sostituzione amministrativa così intesa, giacché vi sono nel nostro ordinamento

---

[1] Sulla sostituzione giuridica cfr. M. GRAZIADEI - R. SACCO, *Sostituzione e rappresentanza*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, Torino, 1989, XVIII, 616 ss.: "il vocabolo sostituzione denota genericamente le varie ipotesi in cui un soggetto ricorre alla cooperazione di un altro soggetto che compie in suo luogo un'attività giuridica". Si veda inoltre G. MIELE, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 426 ss., il quale osserva che il concetto di sostituzione "ha per le sue caratteristiche che una determinata attività o attribuzione o competenza, considerata in modo concreto dal diritto positivo come spettante ad un soggetto, venga data da esercitare per generale autorizzazione legislativa, per obbligo o per atto del soggetto titolare, ad un altro soggetto". Sulla nozione di sostituzione nel diritto amministrativo senza pretesa di esaustività cfr. E. ESPOSITO, *Il potere sostitutivo*, Napoli, 1966; G. SIRIANNI, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991; C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri - Sanzioni-Rimedi*, Milano, 1992; F. G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, in AA.VV., *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Milano, 1982, 15; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 4 ss.

[2] Parte della dottrina ricollega l'impossibilità di agire all'istituto della supplenza cfr. G. BARONE, *Sui caratteri della supplenza nell'organizzazione amministrativa*, in *Studi in onore di Ottaviano*, Milano, 1993, 183; M. BOMBARDELLI *op. cit.*, 12; D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa*, Milano, 1909, 137.

[3] Occorre il decorso di un termine o il riscontro oggettivo di un impedimento del titolare in base al quale affermare che la figura soggettiva cui spetta esercizio del potere non è intenzionata o non è in condizione di farlo.

[4] La sostituzione, quindi, si differenza dalla delegazione in cui l'iniziativa della sostituzione è dello stesso delegante (sostituito), né si può parlare di sostituzione in tutti casi in cui il titolare funzione amministrativa decide di affidare a privati la costruzione di opere o di gestire servizi pubblici.

[5] Una parte della dottrina estende lo studio della sostituzione amministrativa a fenomeni in parte diversi dall'adozione in via sostitutiva del provvedimento, ossia alla sostituzione procedimentale da parte di altre Amministrazioni (v. l'adozione di valutazioni tecniche) o alla sostituzione interna nel compimento di atti di non provvedimenti o ancora alla sostituzione procedimentale da parte del cittadino (d.i.a., ora s.c.i.a., dichiarazioni sostitutive, dichiarazioni redatte dai professionisti) cfr. M. BOMBARDELLI, *op.cit.*, 219 ss. Si è scelto invece qui di restringere il campo di analisi alla mancata adozione del provvedimento al fine di indagare quei profili problematici che solo il mancato agire provvedimentale pone.

numerose previsioni normative che disponendo la sostituzione di organi incidono sulla titolarità delle competenze e non sull'esercizio della stessa. La dottrina tradizionale distingue infatti la sostituzione amministrativa "parziale" da quella "totale". La prima, consistendo nella sostituzione nel compimento di un singolo atto o una serie di atti omessi, comporta la sola legittimazione a compiere l'atto omesso (*legittimatio ad agendum*)[6]. La seconda, invece, avendo ad oggetto l'esercizio in via sostitutivo di tutte le competenze di uno o più organi, presuppone la previa rimozione degli organi amministrativi ordinari e il trasferimento della titolarità di quell'ufficio o organo al sostituto (*legittimatio ad officium*).

Inoltre, il titolare del potere sostitutivo può compiere direttamente gli atti oggetto della sostituzione (c.d. sostituzione diretta) o attraverso la nomina di un commissario (c.d. sostituzione indiretta). La nomina di un commissario è prevista tanto per la sostituzione totale che per quella parziale rispetto alla quale è ricorrente l'espressione *commissario ad acta* in analogia con il commissario *ad acta* di nomina giudiziale nominato dal giudice per garantire l'ottemperanza al giudicato o ad una sentenza o ordinanza cautelare. Tuttavia, come di recente ribadito dal Consiglio di Stato[7] il commissario nominato dalla p.a. per sostituire un organo o ente inadempiente nell'esercizio di una funzione amministrativa è una figura profondamente diversa dal *commissario ad acta* di nomina giudiziaria. Il primo ha come scopo quello di assicurare l'esercizio del potere amministrativo, ossia l'effettività dell'azione amministrativa, il secondo ha, invece, mira ad assicurare l'attuazione di un provvedimento giurisdizionale, ossia l'effettività della tutela giurisdizionale.

Infine, la sostituzione può avvenire tra organi della stessa amministrazione (sostituzione interorganica) o tra organi di enti differenti (intersoggettiva), ossia tra Stato e enti strumentali, o enti territoriali o tra Regione e enti locali.

Oggetto del presente contributo è lo studio del potere sostitutivo "parziale" nelle relazioni intersoggettive nella materia ambientale con riferimento alle fattispecie in cui l'esercizio del potere omesso impone l'adozione di più atti funzionali al raggiungimento di un risultato.

Va peraltro evidenziato che in tale materia numerose sono anche le ipotesi in cui soggetti pubblici sostituiscono soggetti privati nell'esercizio di attività "complesse" e che in parte pongono problemi similari[8] ma tali fattispecie esulano dal nostro studio incentrato sul rapporto tra poteri amministrativi.

[6] Il potere sostitutivo si esaurisce con il compimento del singolo atto omesso per il quale è attribuito. La competenza del sostituto si riespande dopo che il potere è stato esercitato.

[7] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8.

[8] Cfr. F. DE LEONARDIS, *Interventi sostitutivi a tutela dell'ambiente*, in *Dir. econ.*, 2020, 105 ss.

2. La natura e la funzione del potere sostitutivo.

La natura del potere sostitutivo è stata a lungo ricondotta alla funzione di controllo quale sottospecie dei controlli sugli organi con funzione repressiva[9].

Tale ricostruzione è stata oggetto di ripensamento in virtù della difficoltà di ricondurre il "controllo sostitutivo" alla funzione di controllo, la quale al più si esaurisce nella constatazione dell'inadempimento e non nella sostituzione che costituisce l'effetto del controllo che è invece un'attività di cura di un interesse pubblico concreto[10].

La dottrina[11], nell'occuparsi della sostituzione nell'ambito dei controlli, iniziò così a distinguere il controllo *sugli organi,* i quali hanno ad oggetto l'attività complessiva e sono caratterizzati dallo scioglimento dell'organo o dell'ente e dalla nomina di altro soggetto, dal controllo *sugli atti*[12], in cui, ove si riscontra l'omissione dell'atto dovuto, la funzione di controllo si arresta alla determinazione di far luogo alla sostituzione che rappresenta una *manifestazione di amministrazione attiva.*

Si cominciò così a far strada l'idea[13] che il procedimento che determina la sostituzione nel compimento di atti obbligatori è in realtà unico ed è finalizzato alla realizzazione di un interesse pubblico unitario, di guisa che il potere sostitutivo si colloca al di fuori della materia dei controlli[14].

---

[9] Cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, 1915, II, 656 ss.

[10] Cfr. U. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi senesi*, XXXII, 1916, 183: "Accertato l'inadempimento occorre che sia raggiunto il fine che la legge ha avuto in vista nello stabilire l'obbligo. La vera natura di tale attività non deve rimanere nascosta nella deformità del concetto di controllo artificiosamente ingigantito e bisogna affrettarsi a riportare l'una o l'altro sotto la buona luce alle giuste proposizioni se non si vuole prima o poi assistere alla teorica configurazione della più grande parte dell'attività amministrativa come una serie di controlli".

[11] Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 244.

[12] La sostituzione si tradurrebbe in una forma di controllo di legittimità avente ad oggetto quegli atti con cui espressamente o implicitamente l'ente rifiuta di esercitare un potere che la legge gli impone di attivare cfr. F. BENVENUTI, *I controlli sostitutivi nei confronti dei comuni e l'ordinamento regionale*, in *Riv. amm,* 1956, 241 ss. secondo cui l'omissione nell'esercizio del potere proprio per il rilievo che la legge gli attribuisce si concretizza non in una semplice inerzia ma in un atto negativo, il controllo sulla legittimità dell'omissione è quindi un controllo di legittimità sull'atto negativo con cui la p.a. sostituita rifiuta di attivarsi nell'esercizio del potere.

[13] Cfr. F.G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa,* cit., 25 ss.

[14] La formula "controllo sostitutivo", tuttavia, è stata utilizzata sia in dottrina che in giurisprudenza con una certa continuità cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 521, il quale però distingueva i controlli sostitutivi ed interventi dello Stato nei confronti delle Regioni denominati surrogatori. In giurisprudenza *ex multis* cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7172; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2019, n. 1788; Tar. Campania, Napoli, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 465. A livello legislativo la locuzione "controllo sostitutivo" è ancora presente nell'art. 4, secondo comma, della l. n. 131/2003 (c.d. legge "La Loggia"), nonché in leggi regionali, che disciplinano, pur dopo l'abrogazione

L'estromissione del potere sostitutivo dall'area del controllo si fondava sulla considerazione che nel caso di sostituzione il controllo perderebbe il carattere di accessorietà rispetto ad funzione attiva deliberante[15]. Inoltre, si osservava che il controllo sugli atti si presenta come un potere estraneo alla sfera degli interessi concreti riferibili al soggetto nella cui organizzazione è inserito l'organo di controllo. La prospettiva "giustiziale" o para giustiziale del controllo in funzione di garanzia obiettiva del diritto postula, inoltre, l'ammissibilità di un controllo neutrale e l'assenza nel procedimento di un'attività di cura di interesse pubblico concreto[16].

In definitiva, è emerso che il sostituente non agisce per controllare, ma per la cura di interesse pubblico concreto e ciò al fine di garantire il buon andamento[17] e la continuità[18] dell'azione amministrativa.

In relazione poi agli enti dotati di autonomia costituzionalmente (art. 5 Cost.) la dottrina e la giurisprudenza, specie dopo la riforma del Titolo V della Cost. che ha riconosciuto il principio della pari ordinazione di tutti gli enti territoriali (art. 114 Cost.), hanno cercato di individuare un fondamento costituzionale a detto potere tale da giustificare la compressione dell'autonomia di questi enti.

Com'è noto la Corte Costituzionale, dopo la riforma del titolo V, ha rinvenuto tale fondamento per il potere sostitutivo ordinario nella tutela di *esigenze unitarie* che fanno capo allo Stato o alla Regione rispetto alle inerzie degli enti territoriali (art. 118 Cost.)[19],

---

dell'art. 130 Cost., forme di controllo sostitutivo sugli atti degli enti locali (v. l. r. Abruzzo 23 gennaio 2004, n. 4). Inoltre, il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. t.u.e.l.), disciplina i poteri sostitutivi regionali e statali nel titolo V denominato "i controlli", nel capo I rubricato "controllo sugli atti".

[15] Cfr. G. BERTI - L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 316, il quale osserva «l'effettuazione dei giudizi, di riesame di attività altrui, permangono allo stato di premesse logiche dei provvedimenti che vengono adottati e non hanno altra rilevanza se non dal punto di vista della giustificazione e della motivazione. L'attività logica di controllo è superata, insomma, dallo stesso provvedimento, in funzione del quale è esplicata, è cioè sussunta in una manifestazione di potestà "attiva" meglio giustificata nell'ambito di poteri di supremazia speciali appartenenti allo Stato nei confronti degli enti minori».

[16] In tal senso cfr. G. BERTI- L.TUMIATI, *op. cit.,*. 316.

[17] Cfr. M. SPASIANO, *Il principio del buon andamento*, in M. RENNA. F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 124, il quale evidenzia il nesso tra buon andamento e poteri sostitutivi quali strumenti atti a garantire l'effettivo esercizio della funzione amministrativa.

[18] Cfr. C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, Milano 2007, 37. In termini, M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 247. In senso critico rispetto alla riconduzione del potere sostitutivo al principio di continuità cfr. N. PAOLANTONIO, *Il principio di continuità* in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi,* cit., 340, secondo il quale la continuità dell'azione amministrativa attiene al funzionamento dell'organo (v. *prorogatio);* la sostituzione parziale attiene, invece, al compimento di soli atti che l'organo o Amministrazione aveva il dovere di compiere attraverso la previsione di un potere "eccezionale" e "temporaneo" di sostituzione che non intacca la titolarità della p.a. sostituita.

[19] L'allocazione della funzione amministrative è attribuita alla legislazione statale o regione (a seconda che la materia spetti alla competenza legislativa statele o regionale) secondo il criterio, espresso dall'art.

mentre per il potere sostitutivo governativo "straordinario" nell'esigenza di tutela di *interessi essenziali*, elencati dall'art. 120 Cost. quali il mancato rispetto di norme e trattati costituzionali, il pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni, che rimandano a "emergenze istituzionali di particolare gravità" e delle quali lo Stato, quale responsabile ultimo dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica garantita dall'art. 5 della Costituzione, si fa portatore[20].

In particolare si è messo in rilievo che nella sostituzione "ordinaria" i relativi meccanismi rispondono ad una logica tutta interna al principio di sussidiarietà "ascendente" di allocazioni di funzioni tra diversi livello di governo in cui l'ente più comprensivo, che esercita la sostituzione, cura l'interesse affidato alla cura del

118 Cost., della preferenza generalizzata per gli enti più vicini a i cittadini, ma tale concreta allocazione è controbilanciata da un criterio flessibile improntato sui principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza che consentano anche di prevedere poteri sostitutivi eccezionali per il perseguimento di interessi unitari in caso di omissioni da parte dell'ente competente.

[20] Cfr. Corte Cost., 27 gennaio 2004, n. 43, ove si afferma che l'art. 120 Cost. disciplina unicamente il potere sostitutivo "straordinario", ma questo non esclude l'ammissibilità, anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione, di interventi sostitutivi ordinari, previsti da leggi di settore, statale o regionale, in capo ad organi dello Stato o delle Regioni o di altri enti territoriali in correlazione con il riparto di funzioni amministrative da esso realizzato e con le ipotesi specifiche che li possono rendere necessari anche da parte regionale nei confronti di enti locali. Per la Corte, la norma dell'art. 120 Cost. "deriva palesemente dalla preoccupazione di assicurare comunque in un sistema di più largo decentramento di funzioni, quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle attribuzioni alcuni interessi essenziali- il rispetto di obblighi internazionali e comunitari, la salvaguardia dell'incolumità e della sicurezza pubblica, la tutela in tutto territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernetti diritti civili e sociali- che il sistema costituzionale attribuisce allo Stato. La Corte chiarisce perciò che la legge statale o regione, nel disciplinare le funzioni amministrative, può prevedere anche poteri sostitutivi di un livello di governo rispetto ad un altro per il compimento di specifici atti o attività, considerati dalla legge necessari per il perseguimento degli interessi unitari coinvolti e non compiuti tempestivamente dall'ente competente. Sulle condizioni e limiti per l'esercizio di tali poteri il collegio ha riaffermato la necessità di rispettare i limiti individuati dalla Corte prima della riforma del titolo V, ovvero che le ipotesi di potere sostitutivo siano disciplinate dalla legge che deve definirne i presupposti sostanziali e procedurali, in secondo luogo che la sostituzione sia prevista solo per atti o attività prive di discrezionalità nell'*an*, la cui obbligatorietà sia il riflesso di interessi unitari alla cui salvaguardia procede l'intervento sostitutivo, in terzo luogo che il potere sia esercitato da un organo di governo della Regione o sulla base di una decisione di questo, infine che la legge appresti congrue garanzie procedimentali per l'esercizio del potere in conformità al principio *di leale collaborazione*, sì da assicurare all'ente sostituito la possibilità di interloquire con l'ente sostituto al fine di evitare la sostituzione attraverso un autonomo adempimento. In questo modo, la sentenza ripropone, in un'ottica di continuità, il modello sostitutivo *ante* riforma atteso che ammette un potere di sostituzione regionale nei confronti degli enti locali, disancorando la disciplina di quest'ultimo dalla materia della lett. *p)* del comma 2, dell'art. 117 Cost., e, quindi, in definitiva, dalla competenza del legislatore statale.

sostituito nell'ipotesi di inadempimento di quest'ultimo (art. 118 Cost.)[21]; nella sostituzione "straordinaria" , invece, la presenza di emergenze e di interessi essenziali va ricondotta secondo una logica esterna al principio di sussidiarietà alla tutela di valori costituzionali ad un interesse generale dell'ordinamento che fa capo allo Stato[22]. Va tuttavia evidenziato che il perseguimento di ulteriori interessi da parte del sostituente (interessi unitari/ essenziali) non intacca la funzione del potere sostitutivo volto alla cura *in primis* di interesse attribuito ad altra amministrazione in situazioni di stallo dell'ente competente, ma il perseguimento di detti interessi ulteriori inducono a qualificare in termini di autonomia e diversità il potere del sostituente rispetto a quello del sostituendo. Il tratto caratteristico del potere di sostituzione è rappresentato allora dal costituire un potere di amministrazione attiva analogo a quello della p.a. competente ma diverso e succedaneo rispetto a quest'ultimo.

La conseguenza di tale impostazione è che la previsione di un potere sostitutivo non determina un trasferimento di competenze, ma l'attribuzione di un autonomo potere di provvedere rispetto a quella della p.a. inerte che si esaurisce con il compimento dell'atto omesso o da parte dell'ente sostituto o da parte dell'ente competente.

3. Il carattere proteiforme dei poteri sostitutivi in materia ambientale e le fattispecie di sostituzione "complessa".

[21] Cfr. S. PAJNO, *La sostituzione tra enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, Palermo, 2007, 170, il quale evidenzia che, pur se l'intervento sostitutivo deriva dall'esigenza di tutelare gli interessi pubblici propri dell'amministrazione sostituente, tali interessi sono solo quelli sottesi alla funzione amministrativa ordinariamente spettante all'ente sostituto, secondo la tesi dell'interconnessione interfunzionale avanzata dallo stesso Autore in forza della quale l'esercizio del potere sostitutivo ordinario costituisce una *species* del più generale fenomeno di allocazione di funzioni amministrative in base al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, Cost.

[22] Cfr. M. BOMBARDELLI, *op. cit*., 202, il quale ritiene che nell'attuale contesto ordinamentale caratterizzato dall'evoluzione dell'amministrazione in senso policentrista e multi organizzativo il potere sostitutivo anche quello straordinario debba trovare sempre la propria giustificazione non in una relazione di supremazia seppure attenuata, ma *in una relazione funzionale*, ossia in una relazione tra soggetti diversi, non integrati in senso verticale, ma vincolati dall'ordinamento giuridico ad integrare un collegamento reciproco il cui il contributo di ognuno è indispensabile per il raggiungimento di un risultato comune. In questa prospettiva la sostituzione viene vista come strumento a disposizione dei diversi titolari degli interessi coinvolti nella dinamica di perseguimento dell'interesse generale che si vengono a trovare nell'impossibilità di curare i loro interessi a causa del comportamento di chi rimane inerte nella cura di un interesse inscindibilmente connesso. Diversamente S. PAJNO, *La sostituzione*, cit., 229, secondo cui l'art. 120, secondo comma, Cost., affida la cura degli interessi ad essa sottesi anche al Governo (sia pure in seconda battuta), oltre che agli enti ordinariamente competenti. Secondo l'A. perciò l'interesse per cui il Governo si attiva è il medesimo interesse per il quale le funzioni oggetto di sostituzione sono state (originariamente) conferite all'ente che subisce la sostituzione.

Le disposizioni legislative che disciplinano interventi sostitutivi in materia ambientale sono numerose e diversificate sia in relazione all'oggetto che ai soggetti cui è attribuito il potere di sostituzione tanto che risulta difficile un inquadramento sistematico[23].

Dal punto di vista soggettivo il d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell' ambiente) prevede ipotesi di: sostituzione "interna" in cui un organo della stessa amministrazione sostituisce altro organo della stessa amministrazione (v. ad es. art. 19); sostituzione da parte delle Regioni a fronte di inadempimenti di enti diversi come l'autorità di governo d'ambito (v. art.153) o di enti territoriali v. (art. 147 *bis*); sostituzione statale a fonte di inerzie delle regioni o di enti locali (v. art. 66 o l'art. 199).

Ma anche per quanto riguarda l'oggetto della sostituzione le fattispecie sono varie: atti infraprocedimentale[24] (v. art. 25 *quinquies*), provvedimenti (art. 199, comma 9), plurimi atti in vista del raggiungimento di un risultato finale (art. 152).

Si può osservare che all'allocazione da parte del legislatore di funzioni amministrative "verso il basso" si accompagni in modo ricorrente un potere sostitutivo "verso l'alto" a garanzia dell' "unitarietà" della tutela ambientale, in contesto caratterizzato da un forte intreccio di competenze ove le funzioni amministrative sono allocate su più livelli di governo e ove quindi l'inerzia di un soggetto determina conseguimento negative per il perseguimento di una funzione attribuita ad altra amministrazione[25].

---

[23] Nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, numerose sono le disposizioni che disciplinano l'esercizio di poteri sostitutivi (cui si aggiungono analoghi poteri presenti in altre normative), quali l'art. 63, comma 6, lettera f) sull'attuazione dei programmi di intervento previsti dal piano di bacino, l'art. 132 sulla disciplina in materia di corpi idrici e scarichi, l'art. 147, comma 1 e 1bis, rispettivamente sull'individuazione degli enti di governo d'ambito e sull'adesione degli enti locali all'ente di governo d'ambito per la gestione del servizio idrico integrato, l'art. 152, commi 2 e 3, in caso di inadempimento del gestore rispetto agli obblighi connessi al servizio idrico integrato, l'art. 158, comma 2, sulle opere e interventi per il trasferimento di acqua, art. 172, comma 4 per la redazione dei piani d'ambito o per la scelta della forma di gestione e il relativo affidamento, l'art. 191, comma 2, per la corretta gestione dei rifiuti, l'art. 199, comma 9, sull'approvazione o adeguamento del piano regionale sui rifiuti, l'art. 204, comma 3, per la gestione integrata dei rifiuti, 'art. 208, comma 10, in materia di autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti.

[24] V. ad es. in materia di valutazione d'impatto ambientale ove al fine di garantire lo svolgimento e la definizione del procedimento di VIA senza "intoppi" burocratici, l'art. 25, comma 2 *quater* del d.lgs. n. 152/2006, come da ultimo modificato dal d.l. n. 77/2021 convertito dalla l. n. 108/2021, prevede che, in caso di inerzia della Commissione tecnica competente, il titolare del potere sostitutivo, nominato ai sensi della l. 241/1990, deve acquisire entro 30 giorni il parere dell'ISPRA e adottare l'atto omesso entro i successivi 30 giorni. Questa previsione si applica sia alla Commissione per la VIA ordinaria che alla Commissione PNRR-PNIEC.

[25] Sul riparto di funzioni in materia ambientale cfr. M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 148.

Va inoltre evidenziato che nella materia ambientale frequente è stato anche il ricorso all'utilizzo da parte del Governo del potere sostitutivo straordinario *ex* art. 120 Cost sia in assenza di un'apposita previsione, dato che detto potere prescinde da una mediazione legislativa per il suo esercizio[26], sia in presenza di norma che richiamano espressamente allo stesso attraverso il rinvio all'art. 8 della l. n. 131/2003 che regola le modalità di esercizio del potere straordinario *ex* art. 120 Cost. o all'art. 41 della l. n. 234 del 2012[27] che disciplina le modalità di esercizio del potere straordinario statale a fronte della mancata attuazione di atti dell'UE[28].

Proprio nel settore ambientale il Governo è peraltro ricorso al potere sostitutivo straordinario attraverso la nomina di commissari straordinari, poi commissari unici, per l'esecuzione degli interventi necessari a porre fine al mancato adempimento di obblighi europei ed evitare o quantomeno ridurre l'aggravio di oneri a carico della finanza pubblica derivante da sentenza di condanna della Corte di Giustizia UE al pagamento di sanzioni pecuniarie per la violazione della normativa europea[29].

Ciò che preme evidenziare in questa sede è che le disposizioni sul potere sostitutivo a tutela dell'ambiente sono settoriali sia in relazione al tipo di bene da tutelare che in vista della funzione da esercitare, manca, invece, all'interno del d.lgs. n. 152/2006

[26] L'art. 120, comma 2, Cost. istituisce direttamente il potere straordinario sostitutivo rimandando alla legge solo la disciplina del procedimento, ossia le modalità della sostituzione, e non l'individuazione dei singoli casi di attivazione.

[27] In relazione a tale ipotesi cfr. C. MAINARDIS, *Sull'«esecuzione» delle sentenze della Corte costituzionale (per mezzo del potere sostitutivo*), in *Le Regioni*, 2012, 1100, per il quale il carattere straordinario del potere sostitutivo statale, posto a tutela di interessi essenziali per la comunità nazionale, sembra rendere incoerente la previsione di una base legale sostanziale che, di volta in volta, ne preveda l'esercizio, essendo sufficiente il combinato disposto del comma 2 dell'art. 120 Cost. e dell'art. 8 della l. 131/2003 (che disciplina il procedimento di sostituzione, con congrue garanzie per l'ente territoriale), fatto salvo un controllo rigoroso da parte del giudice costituzionale sui presupposti di intervento, a garanzia dell'autonomia regionale. Sul punto cfr. S. PAJNO, *I poteri sostitutivi in materia di acqua e rifiuti*, in *www.federalismi.it*, 2018, n. 9, il quale pone in luce come la predeterminazione legislativa dei casi deve essere intesa come una semplice valutazione prognostica della ricorrenza in concreto dei presupposti.

[28] V. ad esempio in tema di *governance* del servizio idrico integrato e del settore rifiuti (art. 147 del d.lgs. n. 151/2006 e art. 3 bis comma 1 del d.l. n. 133 del 2011).

[29] Si pensi ai commissari nominati per la bonifica dei siti di interesse nazionale e per gli interventi di collettamento, fognatura e depurazione dell'acque. In tali settori al fine di porre rimedio alle numerose sentenze della Corte di Giustizia il Governo ha dapprima nominato una serie di commissari straordinari e successivamente a fronte della perdurante inerzia di quest'ultimi ha provveduto alla nomina di commissari unici destinati ad operare su tutto il territorio nazionale cfr. S. PAJNO, *op. ult. cit.*, e M. NARDINI, *L'esercizio del potere sostitutivo statale in materia ambientale*: *i commissari unici*, in *www.federalismi*, 2021, n. 15. Più in generale sulla natura del commissario straordinario cfr. Cfr. G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Torino, 2015.

(c.d. Codice dell'ambiente)[30] una norma generale che regoli le modalità operative di esercizio del potere sostitutivo e gli effetti che da esso ne discendono[31]. Ciò crea non pochi problemi sul piano applicativo in una materia, come quella ambientale, in cui raramente la funzione amministrativa si esplica con l'adozione di un provvedimento adottato al termine di un procedimento "semplice", ma più spesso si concretizza o attraverso *procedimenti "complessi"* articolati in più fasi "appesantite" dalla quantità e qualità degli adempimenti fino anche a richiedere l'apertura di veri e propri subprocedimenti o di procedimenti *autonomi ma collegati* da punto di vista funzionale in vista del raggiungimento di un risultato unitario[32].

Alcuni esempi di sostituzione "complessa" possono essere di ausilio per la migliore comprensione del fenomeno e delle problematiche che essa solleva.

Un caso di potere sostitutivo *in procedimenti complessi* è costituito dal potere sostitutivo previsto per l'adozione di piani di settore come il piano regionale rifiuti. L'art. 198 *bis* del Codice dell'ambiente prevede che decorso inutilmente il termine (18 mesi dalla pubblicazione del Programma nazione di rifiuti) per l'adozione del piano, il Presidente del Consiglio dei Ministri diffidi gli enti regionali all'approvazione e/o adeguamento del piano entro *un congruo* termine, trascorso il quale in caso di ulteriore inerzia può adottare in via sostitutiva il piano.

Può facilmente notarsi che l'adozione di un piano di settore come quello di gestione di rifiuti impone una complessa attività sia dal punto di vista tecnico che procedurale [33] il cui svolgimento richiede pertanto tempi lunghi. Dal punto di vista procedimentale

[30] L'unica norma di carattere generale sul potere sostitutivo contenuta nel d.lgs. n. 152/2006 è contenuto nell'art. 3 *quinquies,* ove si dispone che "qualora sussistono i presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti di un ente locale, nelle materie di propria competenza la Regione può esercitare il suo potere sostitutivo.

[31] Il processo di codificazione non ha contribuito a fare emergere una vera e propria "parte generale" della materia, nonostante l'indubbia importanza che ha assunto nel 2008 l'enucleazione di alcuni principi generali del diritto dell'ambiente all'interno della parte prima del d.lgs. n. 152/2006 sul punto cfr. A. MOLITERNI, *Problemi e prospettive della codificazione del diritto dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 7. Sull'importanza dei principi del diritto dell'ambiente, si veda già S. GRASSI, voce *Tutela dell'ambiente (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007, Milano, 1114 ss., nonché R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in Id. (a cura di), La tutela dell'ambiente", Torino, 2006, 2 ss.

[32] Sulla distinzione tra subprocedimento e procedimenti collegati cfr. E. CASETTA, *Manuale diritto amministrativo,* (a cura di) F. Fracchia, Milano, 2021, 364: subprocedimenti sono quei procedimenti in cui l'atto conclusivo non è dotato di capacità lesiva autonoma, ma destinato a confluire nel provvedimento finale, procedimenti collegati sono procedimenti destinati a concludersi con provvedimenti aventi una autonoma e una propria capacità lesiva e ciò indipendentemente dagli effetti del provvedimento finale.

[33] L'art. 5, lett. *a,* del d.lgs. 152/2006 definisce la valutazione ambientale strategica come il processo che comprende lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità, l'elaborazione di un rapporto ambientale, lo svolgimento di consultazioni , la valutazione del piano e programma, del rapporto e degli esiti della consultazione, l'espressione di un parere motivato , l'informazione sulla decisione e il monitoraggio n

l'adozione del piano richiede infatti non solo una fase consultiva di altri enti (province, comuni, autorità d'ambito per quanto riguarda i rifiuti solidi urbani) e una fase di informazione e di consultazione pubblica rafforzata, ma anche l'apertura di un subprocedimento, anch'esso complesso, per la valutazione ambientale strategica (Vas).

Altri esempi di sostituzione "complessa" sono rinvenibile a fronte di inadempimenti dei privati, ove il legislatore prevede una "doppia" sostituzione: di un soggetto pubblico che interviene in luogo di un privato e di un altro soggetto pubblico che provvede in caso di inadempimento anche di quest'ultimo. Un caso esemplificativo è quello prevista per la gestione dei servizi idrico integrato (SII)[34] dall'art. 152 , ove a fronte di inadempimenti degli obblighi derivanti dalla legge o dalle convenzioni da parte gestore di servizio idrico che compromettono la risorsa idrica e ambientale, o che non consentono il raggiungimento dei livelli minimi del servizio, il legislatore prevede un potere di controllo e di sostituzione nei confronti del gestore esercitabile dall'ente di governo di gestione dell'ambito territoriale ottimale (EGATO) secondo un complesso *iter procedimentale* costituito dalla formale contestazione al gestore delle inadempienze con contestuale intimazione a rimuovere le stesse entro un

---

tema di VAS, *ex plurimis*, si veda F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. CROSETTI, R. FERARRA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2018, 403 ss.; G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 3, 202 ss.; E. BOSCOLO, *Il piano regolatore comunale*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE (a cura di), *Codice commentato di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013,189 ss.; A. MILONE, *La valutazione ambientale strategica a seguito del d.lgs. n. 128/2010*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 104 ss.; E. BOSCOLO, *La valutazione ambientale strategica di piani e programmi*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 222.

[34] Sul Sistema idrico integrato *ex multis*, cfr. E. GUARNA ASSANTI, *La governance del servizio idrico tra forme di gestione e salvaguardia delle gestioni esistenti*, in www.*federalismi.it*, 2022 n. 29; S. ARU, *La gestione del servizio idrico tra Europa, Stato, regioni e volontà popolare*, in *www.federalsmi.it*, 2019, n. 6; AA.VV., *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, in M. ANDREIS (a cura di), Milano, 2016; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012; N. LUGARESI, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in G. SANTUCCI, A. SIMINATI, F. CORTESE (a cura di*), L'Acqua e il diritto*, Roma 2014, 43-72; A. FIORITTO , *I servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto. amministrativo* - diritto amm. spec., II, Milano, 2003, 2505 ss.; J. BERCELLI, "*Servizi idrici*", in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006; M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato,* in *www.federalismi.it*, 2011, n. 11; F. SCALIA, *Le modalità di affidamento del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *www.federalismi.it*, 2016, n. 16; G. CAIA, *I modelli di gestione del servizio idrico integrato*, in L. CARBONE – G .NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2017, 167; V. PARISIO, *Codice dell'ambiente e servizio idrico integrato,* in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 1; Id., *La gestione del servizio idrico (integrato), valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, 154; Id., *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, in V. PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, 2010, 107. Per un approccio multidisciplinare al tema delle acque cfr. M. GIGANTE (a cura di*), L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012.

termine fissato dalla stessa e, in caso di persistenza dell'inerzia, una nuova diffida ad adempiere e un potere di revoca e di sostituzione con affidamento del compimento delle opere necessarie ad altri soggetti nel rispetto della normativa in materia di appalti pubblici. A fronte del mancato esercizio di tali poteri da parte dell'EGATO il legislatore prevede un potere sostitutivo della regione e, in caso di inerzia anche di quest'ultima, un ulteriore potere sostitutivo esercitabile da parte del Ministro dell'ambiente (ora Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica). In tale fattispecie, quindi, il potere di sostituire investe non un singolo atto ma una serie di atti finalizzati ad ottenere un risultato, ossia il raggiungimento dei livelli minimi di servizio e/o la rimozione di situazioni atte a compromettere l'ambiente[35].

Infine, come esempio di sostituzione complessa può citarsi la bonifica dei siti contaminati.

Com'è noto gli interventi di bonifica e di messa in sicurezza devono essere eseguiti dal responsabile della contaminazione in applicazione del principio del *chi inquina paga*[36], ma possono essere eseguiti anche volontariamente dal proprietario[37] e/o da altro soggetto interessato.

---

[35] Un'altra ipotesi di sostituzione strutturata in termini similari dal legislatore è quella dell'art. 132 del d.lgs. n. 152/2006 in tema di controllo sugli scarichi ove si prevede un potere sostitutivo nell'esercizio di una funzione di controllo sull'osservanza delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione allo scarico attribuito alla Regione e, in caso di inerzia di quest'ultima, al Ministro dell'ambiente del territorio (ora Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica) anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta.* Tale funzione di controllo si esplica attraverso l'adozione di una pluralità di atti e segnatamente: una diffida nella quale viene stabilito un termine per la rimozione delle inosservanze, una diffida mista che stabilisce anche la sospensione dell'autorizzazione in caso di pericolo per l'ambiente e per la pubblica salubrità, un provvedimento di revoca dell'autorizzazione, nel caso di mancato adeguamento alle prescrizioni della diffida e di reiterate violazioni che determinano pericolo per la salute e per l'ambiente. Anche in questo caso quindi il potere sostitutivo ha ad oggetto una pluralità di atti funzionali ad uno scopo, ovvero quello di assicurare il rispetto delle prescrizioni contenute in un'autorizzazione.

[36] In dottrina, sul principio "chi inquina paga" si veda *ex multis* G. MOSCHELLA, A.M. CITRIGNO, *Tutela dell'ambiente e principio "chi inquina paga"*, Milano, 2014; G. AQUARONE, *L'accertamento del danno ambientale*, in R. Ferrara e M.A. Sandulli (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*), Milano, 2014, II, 375 ss.; O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, in R. FERRARA E M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, I, 171; M. NUNZIATA, *I principi di precauzione, prevenzione e "chi inquina paga"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 6, 656 ss.; G. LO SCHIAVO *La Corte di giustizia e l'interpretazione della direttiva 35/2004 sulla responsabilità per danno ambientale: nuove frontiere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1, 83 ss.; B. POZZO, *La direttiva 2004/35/CE e il suo recepimento in Italia,* in *Riv. giur. amb.*, 2010, 1 ss.; G. GOISIS, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nell'ordinamento nazionale*, in *Foro amm.*- C.d.S., 2009, 11, 2711 ss.; M. RENNA, I *principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2012, 82; M. MELI, *Il principio comunitario del "chi inquina paga"*, Milano, 1996.

[37] Nella prospettiva di restituire al sito il comune valore commerciale attraverso la cancellazione dell'onere reale che sullo stesso grava (art. 253) e di assicurare la comune fruibilità dello stesso il Codice dell'ambiente riconosce espressamente al proprietario non responsabile la *facoltà di eseguire*

Nel caso in cui il procedimento di bonifica non sia iniziato né dal responsabile, né dal proprietario o altro soggetto interessato (c.d. siti orfani)[38] gli interventi di risanamento ambientale devono eseguiti di norma dai Comuni e in caso di inerzia degli stessi da parte delle Regioni (art. 250) e per i siti d'interesse nazionale dal Ministero dell'ambiente (art. 252).

A seguito delle sentenze di condanna della Corte di Giustizia per mancata bonifica di una serie discariche abusive presenti sul nostro territorio[39] il Governo italiano, dopo aver diffidato gli enti territoriali ordinariamente competenti, è ricorso all'esercizio di potere sostitutivo straordinario mediante la nomina di commissari straordinari poi sostituiti da altri commissari (i presidenti delle Regioni) e infine dai commissari unici.

La realizzazione di una bonifica di sito contaminato impone tuttavia un'attività complessa sia dal punto di vista tecnico che ammnistrativo[40] strutturata secondo una funzionalità progressiva in cui ogni azione precedente costituisce il presupposto per quella successiva. Infatti per procedere alla bonifica occorre *un'indagine preliminare* volta ad accertare il superamento dei valori di concentrazione soglia di contaminazione (CSC); in caso di superamento di tali valori, bisogna effettuare la caratterizzazione dell'area secondo un piano preventivamente approvato, successivamente occorre compiere *un'analisi di rischio specifica* volta ad accertare il superamento delle soglia di rischio per la salute umana (CSR) tale da rendere il sito contaminato e conseguentemente realizzare la *bonifica e la messa in sicurezza permanente* del sito contaminato sulla base di un progetto anch'esso preventivamente approvato dall'autorità competente (Regione o Ministro dell'ambiente per i siti

volontariamente gli interventi di bonifica, attivando egli stesso il procedimento o intervenendo successivamente (art. 245, comma 2). A tale fine il d.lgs. n. 152/2006 dispone che l'ordinanza di diffida nei confronti del responsabile sia notificata anche al proprietario del terreno (art. 245). Sul vincolo gravante sul sito contaminato cfr. S. BOCCHINI, *Lo Statuto del sito contaminato e il vincolo ambientale ripristinatorio*, Napoli, 2018 (2021), 44.

[38] Per una definizione si siti c.d. orfani v. d. m. n. 269/2020 con il quale sono stati definiti i criteri per il riparto del finanziamento di un programma nazionale di bonifica e ripristino dei siti *ex* art. 250 ed *ex* art. 252 del d.lgs. n. 152/2006. Tale decreto definisce siti orfani come i siti potenzialmente contaminati per il quale non è stato avviato o non si è concluso fruttuosamente il procedimento di individuazione del responsabile, o per i quali il responsabile non è individuabile o non provvede agli adempimenti regionali e non provvede il proprietario, né altro soggetto interessato o rispetto ai quali le procedure d'intervento, seppure attivate non si sono concluse.

[39] Si tratta delle sentenze della Corte di Giustizia del 19 luglio 2012 C-565/10 e del 10 aprile 2014 C85/13, in *Ambiente & sviluppo* 2015, 207 con nota di commento di F. GIAMPIETRO, *Discariche abusive in Italia: dalla Corte di Giustizia sanzioni milionarie.*

[40] Sul procedimento di bonifica dei siti contaminati cfr. S. GRASSI, *La bonifica dei siti contaminati*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente* Milano, 2014, II, 687 ss; F. De LEONARDIS, *La bonifica ambientale,* in E. PICOZZA, P. DELL'ANNO (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2013, 273 ss.

d'interesse nazionale). Ogni fase del procedimento mantiene una specifica autonomia e identità in ragione della funzione svolta ed effetti diretti che l'atto conclusivo esplica anche nei confronti dei terzi eventualmente coinvolti.

Esaurito questo rapido esame di casi sostituzione complessa occorre individuare la modalità di operatività del potere sostitutivo.

Come osservato il potere di sostituzione è stato tradizionalmente concepito un come potere di intervento a fronte della mancata adozione del provvedimento. Un potere così concepito presenta tuttavia profili di criticità se applicato alla sostituzione nel compimento di attività "complesse". Ed infatti a fronte dell'inerzia nell'adozione di un provvedimento da adottarsi al termine di un procedimento complesso, la p.a. sostituente dovrebbe diffidare l'ente competente prefigurando un termine (a volte il termine è previsto dalla legge) sufficiente lungo tale da consentire lo svolgimento del iter procedimentale per l'adozione del provvedimento finale. In questo modo tuttavia prima della scadenza del "lungo" termine di diffida la p.a. sostituente non può adottare alcun atto, né può monitore l'avanzamento dell'iter procedimentale, di guisa che nell'ipotesi in cui la p.a. non adotti alcun atto in questo lasso di tempo si perderebbe un *tempo prezioso* per porre fine all'inerzia della p.a. competente.

Nell'ipotesi, invece, di sostituzione complessa implicante l'adozione di più *provvedimenti collegati tra loro in* vista di un risultato finale la p.a. sostituente dovrebbe diffidare l'ente inadempiente all'adozione dei singoli provvedimenti, sicché se dopo l'adozione di un provvedimento (da parte dell'ente sostituente o sostituendo) permanga uno stato di inattività nel compimento della successiva attività, sarà necessario un nuova diffida all'adozione di altro provvedimento e così via fino al raggiungimento del *risultato finale.* In questo modo si costringerebbe però la p.a. ad una defatigante attività di diffida avente ad oggetto i singoli provvedimenti omessi.

Appare evidente che in entrambe le fattispecie il tradizionale modello cartolare calibrato sull'adozione del singolo provvedimento non pare idoneo a garantire un esercizio "efficiente" del potere sostitutivo[41] perché nel primo caso non garantisce un esercizio tempestivo del potere, nel secondo caso non solo impone alla p.a. sostituente plurime attività di controllo e di diffida in relazione ai singoli atti non adottati, ma impedisce anche un celere intervento in vista del conseguimento del risultato.

Occorre allora riflette su un "nuovo" paradigma di operatività del potere sostitutivo nel compimento di attività complesse atte a coniugare esigenze di tempestività ed economicità dell'azione sostitutiva.

[41] Più in generale sulle difficoltà nella regolazione giuridica dell'ambiente che sollevano interrogativi anche rispetto all'effettiva utilizzabilità delle stesse categorie giuridiche consolidate: F. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 1999, 221 ss.

4. L'art. 41, comma 2, della legge n. 234 del 2012 quale paradigma dell'esercizio del potere sostitutivo nell'adozione di più atti.

Il problema della sostituzione "complessa" è apparso in tutta la sua evidenza a seguito delle sentenze di condanna adottate dalla Corte di Giustizia nei confronti della Repubblica italiana per mancata esecuzione della sentenza per violazione della direttiva rifiuti 75/442/CE con la quale si accertava la sussistenza di numerose discariche abusive per le quali si rendevano necessarie operazioni di messa in sicurezza e bonifica dei vari siti contaminati in tempi brevi. Proprio in quest'occasione è stata, infatti, introdotta, all'interno dell'art. 41 della l. n. 223 del 2012 inerente il potere sostitutivo straordinario dello Stato a fronte delle inerzie degli enti territoriale nel dare attuazione agli atti dell'Unione Europea, una disciplina delle modalità di esercizio del potere sostitutivo avente ad oggetto più atti tra loro collegati finalizzato a porre rimedio ad una violazione della normativa europea accertata con sentenza della Corte di Giustizia o all'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea.

Il comma 2 *bis* prevede un meccanismo procedurale così strutturato: diffida del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti gli enti interessati, all'adozione dei singoli atti entro un termine congruo, in caso di mancata adozione anche di un solo atto entro il termine prefissato, adozione da parte del Consiglio dei Ministri, anche attraverso la nomina di un commissario, di tutti gli atti necessari al raggiungimento del risultato finale.

La disciplina in esame prefigura così una diffida "unica" per l'adozione di tutti gli atti necessari per il raggiungimento del risultato attraverso la predisposizione di un "cronoprogramma" "scadenzato" degli atti da adottare, sì da consentire all'ente sostituente di monitorare l'avanzamento dello "stato dei lavori" e di esercitare il potere sostitutivo in relazione alla realizzazione dell'intera attività a fronte della mancata adozione anche di un solo atto. Può facilmente osservarsi che tale modalità di procedurale sia in grado di assicurare di un efficiente esercizio del potere sostitutivo sia in termini di rapidità che di economicità. Si tratta, quindi, di un modello che dovrebbe, a parere di chi scrive, essere esteso a tutte le ipotesi di esercizio di poteri sostitutivi in attività complesse e non limitato al potere sostitutivo straordinario a fronte di sentenze di condanna della Corte di Giustizia o all'aperture di procedura d'infrazione da parte della Commissione europea. Anzi proprio rispetto alla mancata attuazione del diritto europeo appare quanto mai criticabile che tale meccanismo non trovi applicazione in via "preventiva" sì da evitare proprio l'apertura di una procedura d'infrazione o la condanna al pagamento di sanzioni in sede europea.

Ma è soprattutto la rilevanza costituzionale del bene ambiente (artt. 9 e 41 Cost.)[42] e la necessità di assicurare alla stessa un elevato tutela (art. 191 TFUE) che suggeriscono più in generale di esportare questo modello a tutte le ipotesi di sostituzione funzionale a porre rimedio ad un'inerzia che pregiudichi la cura di un interesse ambientale per la cui realizzazione occorre l'adozione di più atti collegati. L'effettività dell'azione amministrativa si persegue infatti anche attraverso un uso efficiente del potere sostitutivo tale da consentire il raggiungimento del risultato con il minore di dispendio di mezzi, risorse e tempo.

5. Una proposta di inquadramento sistematico.

L'adozione del su delineato paradigma di esercizio di potere sostitutivo pone il problema di darne un inquadramento sistematico compatibile con l'inesauribilità del potere amministrativo del potere amministrativo della p.a. competente[43].

L'inerzia nell'adozione di un atto, come visto, non determina in via di principio uno spostamento di competenze all'ente sostituente ma la concorrenza tra poteri[44].

---

[42] L'art. 9 Cost., a seguito dell'approvazione della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1 espressamente recita "la Repubblica tutela "l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni". L'art. 41 Cost., così come modificato da l. cost. n. 1/2022 prevede che l'iniziativa economica "non può svolgersi in modo da creare danno alla salute, all'ambiente". Sulle ripercussioni derivanti nel nostro ordinamento dall'inserimento espresso della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione e tra i limiti e gli indirizzi dell'attività economica cfr. M. DELSIGNORE, A. MARRA - M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, 1 ss.

[43] Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 326: «l'inesauribilità del potere si spiega facilmente con il fatto che il potere amministrativo è tenuta a curare in modo costante l'interesse pubblico. Se il potere è uno strumento di tutela di questo interesse è naturale che di questo strumento l'autorità debba disporne in ogni tempo». In senso contrario di recente cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere. Profili critici*, Napoli, 2018, 307, l'infruttuosa scadenza di un termine (sia esso il termine per la conclusione del procedimento o il termine previsto per l'adozione dell'atto) produce effetti estintivi della situazione giuridica soggettiva, cosi come i termini sostanziali del privato, e pertanto preclude alla la p.a. di adottare un atto valido. Tuttavia l'A distingue i termini riguardanti l'esercizio del potere e quelli di conclusioni del procedimento: i primi che riguardano esclusivamente i procedimenti d'ufficio determinano una preclusione assoluta all'esercizio del potere; i secondi determinano, invece, una preclusione relativa nel senso che impediscono l'adozione di un atto valido in senso al procedimento ma consentono di avviare un nuovo procedimento che può terminare con l'adozione di un atto valido.

[44] In giurisprudenza per la tesi che configura l'istituto dell'esercizio dei poteri sostitutivi come un fenomeno di esercizio concorrente di potere Tar Lazio, sez. II, 26 giugno 2002, n. 5883; Tar Campania, Salerno, 11 giugno 1992, n. 209, in *Trib. amm. reg.*, 1992, I, 3563; Tar Lazio, sez. I, 27 settembre 1991, n. 1632, in *Nuova Rass.*, 1992, 1017; Tar Lazio, sez. I, 20 settembre 1991, n. 1591, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, 3366; Tar Lazio, sez. I, 8 novembre 1990, n. 1050, in *Foro amm.*,1991, 1218. La tesi della permanenza del potere è stata da ultimo ribadita anche in caso alla nomina del commissario *ad acta* di nomina giudiziaria cfr. Cons. Stato, ad plen., 25 maggio 2021, n. 8 del 2021 con argomentazione che attengono però alla

Tale tesi si fonda sulla osservazione che il potere della p.a. sostituente sia un potere diverso e succedaneo rispetto quella della p.a. competente, avente carattere rimediale rispetto ad un'inerzia cui può porre fine o la stessa p.a. o l'ente sostituente e sulla necessità che sia *in primis* l'organo o la p.a. competente ad agire[45].

In quest'ottica e, in virtù del principio di leale collaborazione tra amministrazioni[46], la p.a. sostituenda dovrebbe essere messa nelle condizioni di esercitare il proprio potere in ogni tempo anche laddove il procedimento sia stato avviato.

L'art. 41 l. n. 234/2012 delinea, invece, una modalità operativa di esercizio del potere, in cui la p.a. competente è "espropriata" del potere a partire dalla mancata adozione di un solo atto. Per dare coerenza al sistema occorre allora considerare il termine di diffida per l'adozione dei singoli atti come perentorio e tale da determinare la decadenza del potere in relazione alla fattispecie considerata unitariamente dal legislatore in vista del raggiungimento del risultato finale. Solo in questi termini si giustifica l'esclusività del potere della p.a. sostituente di adottare tutti gli atti successivi a fronte della mancata adozione di un solo atto. In tal senso può richiamarsi quell'orientamento giurisprudenziale che afferma che la qualificazione di un termine come perentorio non deve discendere necessariamente da un'apposita previsione di

diversa natura del potere esercitato dal commissario *ad acta* di nomina giudiziale il quale come ausiliare del giudice è tenuto a garantire l'esecuzione della sentenza e non la cura in concreto dell'interesse pubblico che resta quindi attribuito alla p.a. titolare del potere. L'Adunanza Plenaria ritiene infatti che l'Amministrazione, soccombente in sede giurisdizionale, non perde il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto. Fino a tale momento, si verifica, secondo la Corte, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece. Sula permanenza del potere di provvedere dopo la nomina del commissario *ad acta* da parte del giudice amministrativo cfr. G. BALLO, *Gli effetti della nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio: permane o si consuma il potere di provvedere dell'Amministrazione silente*, in *wwwgiustamm.it*, 12/2020.

[45] Questa tesi si collega al *favor* per l'intervento dell'organo originariamente competente cfr. D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa,* cit., 141 ss.; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 304, secondo il quale il *favor* deve manifestarsi nel senso che l'intervento della figura originariamente competente non deve essere mai escluso, nemmeno nel caso in cui sia tardivo. V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia* cit., 207, secondo la quale la permanenza del potere in capo al soggetto sostituito si giustifica perché il potere sostitutivo mira a garantire all'interessato che un provvedimento conclusivo vi sia con la minore alterazione possibile delle competenze

[46] Sul principio di leale collaborazione quale espressione dinamica relazionale del principio del buon andamento cfr. M. SPASIANO, *Il principio di buon amministrativo*, cit., 123 e P. MARZANO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle "riforme Madia"*, *www.federalismi.it.* 2017, n. 23, 2 ss.

legge, ma che la stessa possa discendere anche implicitamente da una "logica del sistema"[47].

6. Conclusioni: verso un'amministrazione di risultato.

Il potere sostitutivo trae la propria legittimazione dalla necessità di garantire l'effettività della cura di interesse pubblici in situazione di stallo dell'ente competente al fine di garantire il buon andamento dell'azione ammnistrativa. Tuttavia perché tale obiettivo sia perseguito non risulta sufficiente l'attribuzione di potere sostitutivo ad altra p.a., ma occorre, oltre a dotare il sostituente di mezzi e strutture adeguate ad esercitare il potere[48], anche garantire un esercizio "efficiente" dello stesso improntato su canoni di efficacia e economicità[49].

Questa esigenza emerge in modo "impellente" in relazione alla sostituzione in attività complesse, implicanti l'adozione di più provvedimenti, ove nella logica dell'amministrazione "risultato"[50] è necessario coniare nuovi paradigmi di esercizio attraverso l'adattamento di istituti tradizionali. Ed in quest'ottica che, così come avvenuto per altri istituti (v. conferenza di servizi) occorre a mio avviso spostare l'attenzione dall'atto all'attività complessivamente considerata in vista del risultato da

[47] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 1982, Id., sez. VI, 13 novembre 1973, n. 506, ove si afferma che la perentorietà possa discendere dalla "logica del sistema". Sulla necessità che il carattere termine sia invece previsto da un'espressa previsione di legge cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3173; Tar Campania, Napoli, sez., IV, 3 febbraio 2015, n. 506.

[48] Su questi profili si rinvia cfr. S. PAJNO, *Un bilancio dei poterei sostitutivi straordinari a vent'anni dalla entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, con qualche modesta proposta*, in *www.federalismi.it*, 2022 e. M. NARDINI,. *L' esercizio dei poterei amministrativ,i* cit.

[49] Per un ampio e accurato esame dell'introduzione dei criteri di efficienza, economicità e efficacia nel nostro ordinamento e per la connessione con il principio di buon andamento v. A. MASSERA, I criteri di economicità, efficacia ed efficienza, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli), 2017, pp. 40 ss.; v. anche F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino, 2016; per un esame degli strumenti v. M.V. LUPÒ AVAGLIANO (a cura di), *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri,* Milano, 2007. Per un'accentuazione dei caratteri giuridici dell'efficienza, v. D. VESE *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Milano, 2018; D. CROCCO, *Profili giuridici del controllo di efficienza amministrativa*, Napoli, 2012. Per un'analisi critica della dimensione giuridica dell'efficienza v. le acute osservazioni di R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016, 184 ss*esercizio del potere sostitutivo,*

[50] Sul concetto di risultato quale tratto qualificante dell'azione amministrativa e dello stesso giudizio amministrativo cfr. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 299 e ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, *Dir. amm.*, 1999, 57 e ss.; Id., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità*, Atti del convegno di Macerata del 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 37 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n.59 e n.127 del 1997*, *Dir. amm.*, 1998, cit. Sui rapporti tra risultato e principio di legalità, M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

conseguire. In altri termini appare necessario ancorare il paradigma della sostituzione nel compimento di atti funzionalmente collegati che richiedono l'adozione di più atti all'"operazione amministrativa"[51], ossia all'insieme di tutte le attività necessarie per conseguire il risultato e non all'adozione di singoli atti.

Riprendendo le considerazioni di un'illustre dottrina[52] «La rilevanza attribuita al risultato costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa, ed è tale da modificare in un tempo più o meno lungo il modo stesso di amministrazione » . Ed è proprio in quest'ottica che a fronte di situazioni di "stallo" dell'ente competente nello svolgimento di attività complesse, non è sufficiente attribuire un potere di sostituzione, ma occorra anche "rimeditate" le modalità di esercizio. In una prospettiva teleologica improntata al risultato la celerità è misura dell'efficienza, l'ottimizzazione dei tempi consente l'ottimazione dei costi e, quindi, di conseguire il maggior rendimento possibile in rapporto all'effetto previsto.

Tale esigenza è divenuta tanto più urgente a fronte del pericolo di mancata realizzazione degli obiettivi previsti dal PNRR[53] per evitare il quale com'è noto il d.l.

[51] In relazione al risultato da raggiungere cfr. F.G. SCOCA, Voce *attività amministrativa,* in *Enc. Dir.*, Agg., VI, Milano, 2002,84, il quale ritiene necessario introdurre una nuova nozione quella di operazione amministrativa per indicare l'insieme di attività necessarie per conseguire un risultato concreto, L'A. evidenzia come la nuova disciplina dei motivi aggiunti nel processo consentendo di concentrare in unico processo le controversie relative a più atti riguardanti una stessa operazione contenga un riconoscimento di quest'ultima nozione, la quale trova applicazione sia nel diritto sostanziale che processuale. Sula nozione di operazione amministrativa dall'inziale assimilazione al procedimento alla sua graduale differenziazione rispetto al procedimento cfr. M. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, il quale evidenzia come la consapevolezza della prospettiva funzionale dell'attività amministrativa ha contribuito alla presa di consapevolezza della necessità di studiare l'azione amministrativa su un piano collegato e diverso rispetto a quello dei singoli procedimenti. Secondo l'A «la prospettiva del singolo procedimento si mostra inidonea a cogliere il senso dell'insieme: la funzionalità e la razionalità di una attività amministrativa che, divenuto recessivo lo schema della decisionalità solitaria e più in generale, superato dalla evoluzione stessa del diritto positivo il risalente principio della "solitudine" della amministrazione procedente, e decidente, va inquadrata e spiegata nell'orbita di un principio diverso: quello dello svolgimento necessariamente coordinato (o collegato o unificato a seconda dei casi) di tutte le competenze, poteri e procedimenti, le decisioni e (se necessari) i provvedimenti cooperanti verso (o condizionati) il raggiungimento di un risultato unitario».

[52] Cfr. F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., 10.

[53] Il piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) come noto è un atto del Governo italiano, che è stato adottato al fine di accedere ai fondi del Next Generation EU (NGEU), lo strumento introdotto dall'Unione europea per la ripresa post pandemia Covid-19, rilanciando l'economia degli Stati membri e rendendola più verde e più digitale, in coerenza con le iniziative le determinazioni previste nel Regolamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che ha istituito il "*dispositivo per la ripresa e resilienza*". Il PNRR, approvato dal Governo il 13 luglio 2021, ha stanziato ingenti finanziamenti prevedendo un cronoprogramma particolarmente stringente per la realizzazione degli investimenti e le riforme da realizzare. Scopo del piano è quello di utilizzare le risorse che

n. 77/2021 "*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e snellimento delle procedure*" poi convertito con la l. n. 108/2021 ha, previsto una serie di poteri sostitutivi "statali" da esercitarsi nei confronti di soggetti attuatori (siano essi enti territoriali o altri enti)[54] a fronte di ipotesi di inadempimenti che compromettono l'attuazione di un progetto o di un intervento.

L'art. 12 prevede, infatti, che, nel caso in cui vi sia una inadempienza nell'attuazione di un progetto o di un intervento previsto dal PNRR e tale da mettere a rischio il conseguimento degli obiettivi del PNRR, lo Stato può esercitare da subito un procedimento sostitutivo *ad hoc* mediante un intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente se il soggetto attuatore inadempiente è una regione o un ente territoriale, o mediante un intervento del Ministro competente per materia se il soggetto attuatore inadempiente è un ente diverso[55].

Con tale procedimento possono essere diffidati i soggetti attuatori a eseguire gli atti di propria competenza entro 30 giorni (ora ridotti a 15 dal d.l. 24 febbraio 2023 n. 13) decorsi i quali, possono essere nominati commissari *ad acta* al fine di rispettare gli obblighi e gli impegni finalizzati all'attuazione del PNRR, cui peraltro si conferiscono ove "strettamente indispensabile" anche poteri di adottare ordinanze motivate in deroga alle disposizioni[56].

---

perverranno – e che iniziano già a pervenire – dall'UE, in parte a titolo di mutuo e in parte a fondo perduto; la verifica dell'adempimento del Piano è condizione essenziale per poter (continuare) ad acquisire i fondi dalla Commissione e per evitare atti di sospensione delle erogazioni o nei casi più gravi– atti di revoca del finanziamento con obbligo di restituzione. Cfr. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale*: *un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giurd*. 2021, 1025 ss.

[54] Le ipotesi sono: il mancato rispetto di un obbligo o di un impegno assunto; la mancata adozione di atti o provvedimenti necessari all'avvio di progetti; il ritardo, l'inerzia o la difformità nell'esecuzione del progetto

[55] Lo stesso Ministro provvede analogamente laddove la richiesta di esercizio dei poteri sostitutivi provenga, per qualunque ragione, direttamente da un soggetto attuatore, ivi incluse Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni. Ove il Ministro competente non adotti i provvedimenti e in tutti i casi in cui situazioni o eventi ostativi alla realizzazione dei progetti rientranti nel Piano non risultino altrimenti superabili con celerità, su proposta del Presidente del Consiglio o della Cabina di regia, il Consiglio dei ministri esercita i poteri sostitutivi. Più in generale sulla *governance* del pnrr cfr. M. MACCHIA, *La governance del piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm*., 2021, 73.3

[56] Si prevede inoltre che l'esercizio del potere avvenga con ordinanza motivata in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto dei principi genarli dell'ordinamento, delle norme penali e di quelle europee. Sulle ordinanze di necessità e urgenza cfr M.S. GIANNINI, *Il potere di ordinanza e atti necessitati,* in *Giur. compl. cass. civ,* 1948, 391; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze,* Milano, 1953; G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza,* in *Noviss. dig. it.,* XII, Torino, 1965, 89 e ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1971; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità,*

Detto potere sostitutivo trae il suo fondamento dall'art. 120, secondo comma, e 117 quinto comma Cost. si tratta, quindi, di un potere straordinario previsto per la tutela si un interesse essenziale dello Stato quale il rispetto di obblighi assunti in sede europea e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni.

Ora se può porsi in discussione l'eccessiva genericità dei presupposti per l'attivazione del potere sostitutivo statale, ciò che interessa evidenziare in questa sede è la tensione del legislatore verso la ricerca di nuovi modelli di esercizio del potere sostitutivo proiettati sul raggiungimento di un risultato, ossia sul conseguimento degli obiettivi previsti dal PNRR. Ciò riflette del resto l'impostazione del piano PNRR,[57] ove si prevedono una pluralità di azioni per un gran numero di settori dell'ordinamento, ma non si definiscono quali attività e competenze debbano essere esercitate ai fini della sua attuazione.

In tal contesto appare, quindi, quanto mai necessaria la declinazione di un modello operativo della sostituzione amministrativa coerente con la logica di risultato cui è improntato il piano ma, al contempo, tale da garantire la salvaguardia dell'autonomia costituzionalmente garantita agli enti territoriali (art. 5 Cost.) e il principio della pari ordinazione tra gli stessi (art. 114 Cost.).

In questa direzione è da ritenere che la disciplina introdotta dalla l. n. 234/2012 possa costituire un valido paradigma di riferimento per governare la "complessità" dell'esercizio del potere sostitutivo e ciò non solo in situazioni di "emergenza" che giustificano l'esercizio di potere statale straordinario, ma anche nelle ipotesi "ordinarie" di sostituzione.

Milano, 1990; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari,* in *Dir. pub.,* 2007, 377 e ss. Sull'attribuzione di potere straordinari ai soggetti cui è attribuito il potere di sostituzione e sulla differenza tra potere straordinario che attiene al profilo oggettivo dell'atto e potere sostitutivo straordinario cfr. G. AVANZINI, *Il commssario* cit. e S. GARDINI, *Note minime sui poterei straordinari*, in *Dir. econ*., 2021, 15,0 ove si mette in luce la differenza tra straordinarietà del potere che attiene al profilo oggettivo dell'atto e straordinarietà della sostituzione che attiene esclusivamente al profilo soggettivo dell'atto.

[57] Il PNRR, infatti, è stato redatto proprio secondo la logica dell'enunciazione di azioni amministrative ed obiettivi spesso puntuali secondo la logica del risultato. In ciascuno dei vari capitoli, è prevista una scansione binaria che distingue le "riforme" da approntare e gli "investimenti" da realizzare. Se le prime passano di solito per l'adozione di altrettanti atti legislativi, i secondi invece possono avere, a seconda dei casi, un carattere meno dettagliato o più dettagliato. Così ad esempio, tra gli investimenti non descritti in modo dettagliato possiamo menzionare nell'ambito della Missione 1 (M1C3.1, Patrimonio culturale per la prossima generazione) la creazione di una piattaforma digitale unica, vera e propria infrastruttura nazionale, per la "*digitalizzazione di quanto custodito in musei, archivi, biblioteche e luoghi della cultura, così da consentire a cittadini e operatori di settore di esplorare nuove forme di fruizione del patrimonio culturale e di avere un più semplice ed efficace rapporto con la pubblica amministrazione*"; oppure nell'ambito della Missione 2 (M2C1.3) l'attuazione di investimenti per le "*Green communities*".

Tuttavia perché tale modello sia compatibile con la nostra Costituzione occorre il rispetto di alcune condizioni: la prima è che l'ente sostituendo, previamente diffidato, sia coinvolto in un'ottica di leale collaborazione nella predeterminazione tempistica degli atti da adottare; la seconda è che sia individuata in via legislativa (anche per il potere sostitutivo straordinario) l'obiettivo da raggiungere non rimettendo lo stesso a una valutazione discrezionale del sostituente; la terza è che la situazione di stallo del soggetto inadempiente non sia dovuta ad inerzie di altre p.a. coinvolte a vario titolo nei procedimenti. In quest'ultima ipotesi più che prevedere un potere di sostituzione generale nei confronti della p.a. titolare della funzione, occorrerebbe piuttosto valutare meccanismi di sostituzione nei confronti delle altre p.a. inerti.

In conclusione, sono giunti i tempi perché dalla configurazione dell'"operazione amministrativa" si passi anche a quella di una "operazione sostitutiva". La logica del risultato impone il raffronto norma atto – norma atto risultato che incide sul modo in cui un potere va esercitato. La modernizzazione del sistema amministrativo non implica solo una riorganizzazione della p.a.[58] e una semplificazione dei procedimenti, ma anche un ripensamento delle modalità operative di un potere sostitutivo avente carattere rimediale rispetto ad inerzie che ostacolino il raggiungimento di un risultato finale.

[58] La riforma della p.a. costituisce una delle "riforme orizzontali" previste dal PNRR, la semplificazione dei procedimenti è invece prevista tra le riforme abilitanti. Sui problemi della nostra amministrativa pubblica si rinvia a A. TONETTI, *Il rilancio della pubblica amministrazione: tra realismo e idealismo*, in *Riv. tri. dir. pubb.*, 2021, 1021 ss.

IL "DATO": BENE IMMATERIALE CON UN PROPRIO VALORE INTRINSECO

Manlio d'Agostino Panebianco
BASC Università Milano Bicocca

ABSTRACT [ENG]: *Data and information characterize the modern globalized society, becoming one of the main value-added assets. Indeed, the use of the most advanced technologies (in particular, Artificial Intelligence) has made their role strategic in the chain for the creation of economic value, while generating new risks, both of a social and managerial nature. Jurisprudence has already dected some effects, expressing very interesting positions that go beyond the mere legal context, and flowing into the economic one, requiring serious reflection, inter alia, for a revision of the financial reporting models to stakeholders.*

ABSTRACT [ITA]: Il dato e l'informazione caratterizzano la moderna società globalizzata, divenendo uno tra i principali beni a valore aggiunto. Invero, l'impiego delle più evolute tecnologie (in particolare l'Artificial Intelligence) ha reso strategico il loro ruolo nella catena per la creazione del valore economico, pur ingenerando nuovi rischi, tanto di carattere sociale, quanto gestionale. La giurisprudenza ha già rilevato alcuni effetti, esprimendo posizioni molto interessanti che travalicano il mero contesto legale, e sfociando in quello economico, impongono una seria riflessione, *inter alia*, per una revisione dei modelli di rendicontazione agli *stakeholders.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. - **2.** Informazioni, dati, dati personali e *files*. - **3.** I dati come "beni immateriali". - **4.** Gli illeciti ed i reati nella "dimensione digitale". - **5.** Il rapporto tra IP, capitale umano ed i dati. - **6.** Una considerazione conclusiva su due rischi derivanti.

1. Introduzione.

La Globalizzazione è un fenomeno antico, che può essere ricondotto all'innato desiderio di scoprire, di esplorare e di viaggiare, ampliando i propri orizzonti, conoscenze e, non ultimo obiettivi. Nei millenni, questa ha assunto forme diverse, ed i suoi confini erano fortemente influenzati dalle possibilità "tecniche" e culturali. Basti

pensare ai grandi imperi del passato (da quello Mongolo a quello Romano) che avevano una estensione molto rilevante, proprio in relazione alla capacità di spostamento. In quel contesto, è anche significativo l'impatto culturale, che spesso limitava quel desiderio di "andare oltre": basti richiamare alla memoria, le cosiddette "*colonne d'Ercole*", che nella cultura classica, individuavano quel limite estremo del mondo conosciuto, che non si poteva e (soprattutto) non si doveva superare. Eppure, grandi viaggiatori, navigatori ed esploratori (i più noti sono Marco Polo, Cristoforo Colombo, Vasco da Gama, Albuquerque, Abreu e Serrão, Vasco Núñez de Balboa, solo per citarne alcuni) hanno dimostrato come alcuni limiti fossero solo legati alla conoscenza del momento.

Se proprio le "*colonne d'Ercole*" definiscono metaforicamente il concetto di "limite della conoscenza", d'altro canto Giovenale, nelle Satire, citava «*rara avis in terris nigroque simillima cygno*», per indicare la quasi impossibilità che un cigno possa essere di un colore diverso dal bianco. Altra circostanza smentita dagli esploratori europei che, nel 1697, sbarcando nell'odierna Australia videro con i propri occhi il "*Chenopis atrata*", ossia il cigno nero.

In questo contesto, molti secoli dopo, Nassim Nicholas Taleb[1], uno *scrittore e statistico libanese-americano*, elaborò la sua "*Black Swan theory*"[2] per descrivere come la "presunzione" (ossia non conoscenza completa, in taluni casi completa ignoranza) su determinati eventi, circostanze, fatti, porti ad escludere le possibili (e spesso, significative) opzioni alternative, ponendole ai margini delle aspettative umane, storiche, scientifiche, economiche e tecnologiche[3].

Ma cosa c'entra tutto ciò con la moderna società, i dati e le informazioni?

Semplicemente, l'attuale Globalizzazione è il risultato di un avanzato progresso tecnologico nel settore delle telecomunicazioni e dei trasporti, che abbattendo le barriere fisiche, geografiche e temporali, ha messo in relazione in "tempo reale" gli angoli più remoti del nostro pianeta. Il cuore di questo fenomeno sociale ed economico, è da ricondursi alla capacità della ICT[4] di rendere disponibili informazioni e dati, in grande quantità ed a velocità mai prima d'ora ipotizzabili, a qualunque persona.

---

[1] N. N. TALEB, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, Penguin Books, 2008.

[2] Sebbene in letteratura venga più appropriatamente definita come *metafora, paradigma o logica.*

[3] Per un approfondimento sul tema in ambito giuridico, si consiglia A. SPINOSA, *Il cigno nero". Diritti, potere e libertà di fronte al silenzio della legge. Un dibattito teorico di primo novecento*, in *Historia et Ius*, 2020, n.18.

[4] Acronimo di *Information and Communication Technology*.

Se, dunque, è pensabile che dopo il fenomeno della Globalizzazione ne seguirà un altro[5], è altrettanto vero che questa materia riguarda, direttamente ed indirettamente, il "*capitale umano*" ossia l'insieme di tutte le capacità cognitive derivanti dal patrimonio di conoscenze, competenze e abilità tecniche[6], di cui ciascuna persona si arricchisce nel corso della propria vita, utilizzandole come "strumenti a valore aggiunto" per ogni attività svolta, e che viene consegnato alle generazioni successive, attraverso un processo naturale tramandamento.

Anche in questo caso, il contenuto trasferito avviene per il tramite di elementi (ossia, i dati e le informazioni), talmente comuni e di uso frequente, che raramente ci si sofferma a pensare sulla loro definizione e perimetro.

2. Informazioni, dati, dati personali e *files*.

L'introduzione vuole puntare a stimolare l'attenzione e l'interesse sul significato e sul valore di ciascuno di questi elementi, soprattutto gettando le basi per la comprensione di quello che il dinamico processo evolutivo che li caratterizza, sia dal punto di vista tecnologico, ma anche e soprattutto sociale, economico e giuridico[7].

La prima considerazione che deve necessariamente essere fatta, è che troppo spesso l'uso comune di associa al medesimo significato, mentre sono significative le differenze.

Infatti, consapevoli della tridimensionalità della vita[8], possiamo definire il dato come un qualunque "elemento" espresso in forma di numero, testo, immagine, video, audio, etc. che può essere riprodotto e memorizzato con formati diversi (tanto digitali, quanto materiali), e che sebbene abbia un "valore proprio", può assumere significati differenti in ragione alla sua contestualizzazione.

D'altro canto, l'informazione è un dato spesso elaborato, di certo inserito in un contesto specifico, alla quale si può attribuire un puntuale e chiaro significato.

---

[5] L'essere umano, forse, un giorno arriverà al tanto agognato concetto di "universalizzazione".

[6] Si veda I. VISCO, *Capitale umano e crescita (Intervento del Governatore della Banca d'Italia)*, Università Cattolica del Sacro Cuore, 30 gennaio 2015.

[7] Si presti attenzione che i citati ambiti sono interconnessi tra loro, e non possono in alcun modo essere considerati come autonomi.

[8] Si fa riferimento alle 3 dimensioni (reale, digitale e virtuale) su cui ciascuna persona, oggigiorno, si esprime e relazione nel contesto sociale. In tal senso, si veda, M. D'AGOSTINO PANEBIANCO, Vivere nella Dimensione Digitale, Themis ed., 2019. D'altro canto, Floridi individua nella "*infosfera*" quello spazio che *de facto* ricomprende la dimensione reale e quella digitale, senza soluzione di continuità alcuna tra le due: si veda L. FLORIDI, *Pensare l'infosfera, la filosofia come design concettuale*, Raffaello Cortina Ed., 2020.

Sembra opportuno notare come in letteratura, l'informazione viene anche descritta «*come "un messaggio comunicabile ad altri attraverso un mezzo qualsiasi": essa può quindi essere oggetto di rapporti giuridici ed in particolari contrattuali ed in queste ipotesi assume un valore economico per chi la "detiene", sia esso un soggetto privato oppure pubblico. L'informazione è in generale un bene immateriale per cui per essa non è replicabile la scarsità che esiste in natura per quelli fisici; quindi la sua utilizzazione da parte di un soggetto non esclude che anche un altro la possa contemporaneamente sfruttare (cd. non rivalità e possibilità di "un godimento plurimo e solidale")*»[9].

In questo senso, però, è opportuno evidenziare come l'evoluzione etimologica degli ultimi decenni, abbia fatto emergere altri due termini, ai quali possono essere associati significati simili e spesso fuorvianti.

Il primo riguarda i Big-Data, per il quale non esiste - in letteratura e nella comunità scientifica - una unica definizione scientifica condivisa, pur tuttavia potendo individuare almeno 4 elementi caratterizzanti:

a) il grande volume di dati;

b) l'ampia varietà di formati, fonti e tipi;

c) l'elevata velocità di ricerca e reperimento dati;

d) la veridicità e coerenza delle conclusioni basate sui dati.

Sono, quindi, grandi masse di "semplici dati" od anche l'insieme di "tutti i dati" che quotidianamente vengono generati, elaborati ed immessi in tutto il sistema digitale (quindi, sia nella "rete", sia nei singoli server), che si stratificano non sempre in modo ordinato ed utilizzabile, e difficilmente possono essere utilizzati se non grazie all'impiego di complesse strutture software, più avanzate rispetto nelle logiche rispetto ai modelli classici. Pertanto, in coerenza con alcuni autori, la "eccessiva" dimensione (caratteristica intrinseca) diventa tanto un punto di forza, quanto potenzialmente un limite. Ad esempio, richiamando T.H. Davenport i «*Big Data si riferiscono a dati che sono troppo grandi per entrare in un singolo server e troppo non strutturati per entrare in una tabella di righe e colonne*»[10].

In tal senso, d'altro canto, l'evoluzione *dell'Artificial Intelligence* e delle tecniche di *Machine Learning* (che si è sviluppata parallelamente a quella dell'ICT, con sempre più

[9] A.M. ROVATI, *Prime note su proprietà intellettuale e riutilizzo dei dati pubblici*, in *Rivista Informatica e diritto*, Vol. XX, 2011, n. 1-2, p.155.

[10] Si veda G. ARBIA, *Statistica, nuovo empirismo e società nell'era dei Big Data*, Nuova Cultura Ed., 2018, p.43.

frequenti interazioni) ha innescato un processo di utilizzo a "valore aggiunto" dei Big-Data, dando vita ai cosiddetti **"**Smart Data" (il secondo termine di interesse).

In effetti, gli Smart-Data sono il risultato di un accurato e complesso processo di selezione ed elaborazione "su misura" dei Big Data, con l'obiettivo di risolvere specifiche problematiche e/o per il raggiungimento di obiettivi fissati dal "soggetto decisore", e (come avviene per le *informazioni*) in relazione ad uno specifico contesto.

È, però, necessario ed opportuno fare una doverosa chiosa in merito: l'*Artificial Intelligence* ed i suoi "prodotti" devono comunque rispondere al primario principio di essere al servizio della persona umana[11], nel pieno e costante rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali[12], e non finalizzate a generare profitto economico a tutti costi, secondo un diffuso *utilitarismo*[13]. «*Ciò comporta che il fine primario non sarebbe quello di costruire macchine che sostituiscano le persone, ma sistemi che amplifichino e aumentino le*

[11] In tal senso, sembra calzante ricordare l'affermazione di Gesù riportata, sia nel Vangelo di Marco (Mc 2,27) che di Luca (Lc 14,1-6), che «*il sabato è stato fatto per l'uomo e non l'uomo per il sabato*».

[12] In tal senso, sembra opportuno richiamare PAPA BENEDETTO XVI, *Lettera Enciclica Caritas In Veritate*, Vaticano, 29 giugno 2009, n.70: «*Lo sviluppo tecnologico può indurre l'idea dell'autosufficienza della tecnica stessa quando l'uomo, interrogandosi solo sul come, non considera i tanti perché dai quali è spinto ad agire. È per questo che la tecnica assume un volto ambiguo. Nata dalla creatività umana quale strumento della libertà della persona, essa può essere intesa come elemento di libertà assoluta, quella libertà che vuole prescindere dai limiti che le cose portano in sé. Il processo di globalizzazione potrebbe sostituire le ideologie con la tecnica, divenuta essa stessa un potere ideologico, che esporrebbe l'umanità al rischio di trovarsi rinchiusa dentro un a priori dal quale non potrebbe uscire per incontrare l'essere e la verità. In tal caso, noi tutti conosceremmo, valuteremmo e decideremmo le situazioni della nostra vita dall'interno di un orizzonte culturale tecnocratico, a cui apparterremmo strutturalmente, senza mai poter trovare un senso che non sia da noi prodotto. Questa visione rende oggi così forte la mentalità tecnicistica da far coincidere il vero con il fattibile. Ma quando l'unico criterio della verità è l'efficienza e l'utilità, lo sviluppo viene automaticamente negato. Infatti, il vero sviluppo non consiste primariamente nel fare. Chiave dello sviluppo è un'intelligenza in grado di pensare la tecnica e di cogliere il senso pienamente umano del fare dell'uomo, nell'orizzonte di senso della persona presa nella globalità del suo essere. Anche quando opera mediante un satellite o un impulso elettronico a distanza, il suo agire rimane sempre umano, espressione di libertà responsabile. La tecnica attrae fortemente l'uomo, perché lo sottrae alle limitazioni fisiche e ne allarga l'orizzonte. Ma la libertà umana è propriamente se stessa solo quando risponde al fascino della tecnica con decisioni che siano frutto di responsabilità morale. Di qui, l'urgenza di una formazione alla responsabilità etica nell'uso della tecnica. A partire dal fascino che la tecnica esercita sull'essere umano, si deve recuperare il senso vero della libertà, che non consiste nell'ebbrezza di una totale autonomia, ma nella risposta all'appello dell'essere, a cominciare dall'essere che siamo noi stessi*».

[13] La critica, condivisa da molte scuole di pensiero, è che non sempre la massimizzazione del "benessere individuale" conduce al "benessere della collettività", dovendo prestare attenzione ai possibili conflitti tra la naturale propensione dell'agire utilitaristico del singolo individuo per ricercare la propria massima utilità (*act utilitarism*), ed il ruolo del pubblico di perseguire il massimo benessere sociale (*rule utilitarism*), anche attraverso l'introduzione di misure correttive.

capacità dell'essere umano, facendo interagire intelligenza artificiale e persone al fine di risolvere fenomeni e problemi complessi»[14].

Questo è tanto vero nella sua prospettiva generale, quanto ancora più significativo quando si affronta la tematica della protezione dei dati personali (ossia una specifica categoria riferibile alla "persona umana"[15]), allo stato normata dal Regolamento (UE) 2016/679[16]. Infatti, il Regolamento introduce una serie di principi e di innovazioni. *In primis*, sancisce che "*la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale*"[17] ponendo al centro una questione di natura etica, prima che "regolamentare". Quindi, modifica l'approccio giurisdizionale, poiché è applicabile (a) sia quando il trattamento di dati personali viene effettuato da parte di un Titolare[18] o di un Responsabile[19] residenti in un Paese dello Spazio SEE[20], indipendentemente che questo venga effettuato o meno all'interno dello stesso; (b) sia quando il trattamento dei dati riguardi degli "interessati"[21] che si trovano nell'Unione effettuato, da parte di un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento non stabilito nell'Unione, e quando le attività di trattamento sono connesse all'offerta di beni o servizi a detti interessati (indipendentemente dal fatto che vi sia un pagamento correlato) [22].

In questo modo, il legislatore Europeo ha modificato *de facto* il tradizionale approccio, andando a tutelare i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini europei, anche oltre i confini geografici dei Paesi membri.

---

[14] G. ZICCARDI, *Legal Tech Books (S01 E03) Francesca Rossi, "Il confine del futuro"*, 2020

[15] Qui intesa con l'accezione e la dignità che ha voluto dare l'art.3 della Costituzione Italiana.

[16] Meglio conosciuto come *GDPR* (dall'inglese *General Data Protection Regulation*).

[17] Considerando 1) Regolamento (UE) 2016/679.

[18] Cfr. Regolamento (UE) 2016/679, art.4 punto 7).

[19] Cfr. Regolamento (UE) 2016/679, art.4 punto 8).

[20] Lo Spazio Economico Europeo (SEE) è stato istituito nel 1994 allo scopo di estendere le disposizioni applicate dall'Unione europea al proprio mercato interno ai paesi dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA). Pertanto, il GDPR è vigente in tutti i Paesi dell'Unione Europea, ed anche alla Norvegia, l'Islanda e il Liechtenstein (che sono membri del SEE), ma non la Svizzera (che sebbene faccia parte dell'EFTA, non rientra nel SEE).

[21] A differenza della precedente legislazione italiana (Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 all'articolo 4. co.1 lettera i) in cui l'interessato veniva espressamente definito come «*la persona fisica, la persona giuridica, l'ente o l'associazione cui si riferiscono i dati personali*», nel Regolamento UE n.679/2016, questa è desumibile il suo significato prevalentemente da quella di "dato personale" (cfr. Articolo 4, punto 1) quando viene correlata "qualsiasi informazione" ad "*una persona fisica identificata o identificabile*".

[22] Cfr. Considerando 23-26 del Regolamento (UE) 2016/679.

Tutto ciò premesso, il GDPR fornisce una prima specifica definizione di una particolare categoria di dati (che come vedremo in seguito, ha delle conseguenti declinazioni), che riguarda il "dato personale": questo è «*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (interessato); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*»[23].

Come detto, e come si evince chiaramente dalla precedente, il Legislatore Europeo ha inteso fornire anche una serie di puntuali declinazioni, alle quali corrispondono altrettanto specifiche indicazioni e limitazioni di trattamento: infatti, le caratteristiche di alcune "sotto-categorie" sono particolarmente "sensibili", potendo esporre l'interessato ad una serie di rischi circa la violazione della propria dignità, l'esercizio dei propri diritti o manifestazione delle proprie libertà.

È il caso dei "*dati particolari*"[24], che riguardano quei dati personali «*che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale*» ovvero i dati genetici[25], biometrici[26], e relativi alla salute[27] o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. È opportuno rilevare come, quantomeno in Italia, vi sia una sostanziale continuità logica (benché, ampliata nella portata) con la precedente definizione di "dato sensibile" data dal "Codice in materia di protezione dei dati personali"[28].

---

[23] Rubricata all'art.4 co.1 del Regolamento (UE) 2016/679.

[24] La cui definizione è rubricata all'art. 9 del Regolamento (UE) 2016/679.

[25] Nel Regolamento (UE) 2016/679 all'art.4 co.13) per "dati genetici" si intendono: «*i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione*».

[26] Nel Regolamento (UE) 2016/679 all'art.4 co.14) per "dati biometrici" si intendono: «*i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici*».

[27] Nel Regolamento (UE) 2016/679 all'art.4 co. 15) per "dati relativi alla salute" si intendono: «*i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute*».

[28] Infatti, il Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 all'articolo 4 co. 1 lettera d), definisce i "dati sensibili" quali «*i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*».

Orbene, a questo punto, si appalesa un aspetto pratico: i dati e le informazioni sono elementi, ma dove sono "contenuti" (ossia registrati)?

Se nella dimensione *reale*, questi possono riguardare (quantomeno, principalmente) la carta sui cui possono essere stampati o trasposti (ad esempio, in modo olografo o olografico) con le diverse tecniche, nella dimensione *digitale* è necessario fare riferimento al "contenitore" per antonomasia, ossia il "file".

Ancora una volta, è opportuno adottare una metodologia etimologica per meglio circoscrivere il perimetro: il termine inglese "file" ha origine latina (*filum)*, assumendo un significato più tradizionale di fascicolo[29] (od anche, archivio), mentre nel moderno uso comune, correlato alla sfera digitale, è quella sorgente che si può leggere e scrivere, ovvero quel contenitore immateriale di informazioni e dati, logicamente correlati, che sono memorizzati e conservati in un supporto fisico, elaborabile solo attraverso un apposito software predisposto a quella specifica operazione.

3. I dati come "beni immateriali".

È evidente come, ormai, i dati abbiano un proprio valore ed esista una diretta correlazione e collegamento tra i "beni intangibili" (supporto) ed il "dato".

In effetti, questa nuova posizione ha aperto - proprio nel corso degli ultimi anni - a nuove interessanti interpretazioni tanto dottrinali, quanto giurisprudenziali su cui sembra opportuno potersi soffermare, proprio in materia di "beni intangibili" e rispetto alla definizione di "cosa mobile", ma anche e soprattutto agli effetti derivanti, tanto giuridici quanto economici.

In primis, è opportuno evidenziare come «*data la natura complessa dei beni intangibili non esiste una definizione universalmente condivisa né un metodo unico per misurarli (Corrado, Hulten and Sichel, 2005; CHS). La letteratura identifica quindi tre caratteristiche fondamentali per classificare un bene come intangibile: 1) è una fonte probabile di profitto futuro; 2) non è identificabile con parametri fisici; 3) può essere usato come merce di scambio dalle imprese (OCSE, 2008)*»[30].

Questa argomentazione deve essere letta alla luce di una attenta osservazione delle modalità di creazione di valore, in particolar modo dei *Big Tech Giant*: questi, infatti,

[29] Questo è caratteristico della dimensione reale, e del linguaggio amministrativo e burocratico.

[30] C. JONA-LASINIO, *Il capitale immateriale e i territori italiani*, in AA.VV., *5° Rapporto sulla classe dirigente*, Rubettino Editore, 2011, p. 133.

implementano sempre nuove applicazioni[31] disponibili "gratuitamente" online, con l'intento di raccogliere ed elaborare dati (ovvero, avviare sempre più raffinati ed attendibili meccanismi di *profilazione*[32]). È, però, necessario prestare attenzione che la gratuità di questo processo è solo apparente, poiché genera un profitto economico-finanziario (una vera e propria entrata ben individuabile nei bilanci aziendali), basato sull'acquisizione di dati (anche di natura personale, comportamentale, etc.), in forza di un consenso rilasciato, molto spesso in modo non sempre totalmente consapevole.

Infatti, è opportuno ricordare che «*il "dato personale" è assimilabile ad un "bene" che ha un proprio valore intrinseco, ed è innegabile come nel nuovo contesto digitale i dati siano diventati la fonte principale di creazione di valore*»[33].

Tale affermazione, non è solo frutto di una critica di buon senso, ma è riscontrabile anche nelle considerazioni[34] alla base della Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019: il Legislatore Europeo, proprio con riferimento a quei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, richiama espressamente il caso in cui quando a fronte di una fornitura di contenuti o servizi digitali, non vi sia una controprestazione in denaro, ma si effettui un "pagamento" con il conferimento di dati personali.

Nello spirito di non limitare le "naturali" evoluzioni del mercato, bensì di limitare quegli eccessi che potrebbero minare l'esercizio di propri diritti e libertà (in specie, quando fondamentali), tale statuizione viene ridimensionata[35] nella medesima Direttiva, quando *expressis verbis* chiarisce che «*tali dati non possono dunque essere considerati una merce*» ed anzi lo spirito della direttiva dovrebbe essere teso a garantire

[31] Si fa riferimento, in particolare, ai cosiddetti *On-Line Social Networks*, che raccolgono dati ed abitudini di comportamento e consumo, con la finalità di commercializzarli per supportare i processi di *e-marketing*, per rendere le offerte rivolte ai clienti (effettivi o potenziali), sempre più aderenti e personalizzate quantomeno nella percezione. Ovviamente, questa metodologia è evidentemente una tecnica di persuasione sempre più efficace (molto spesso al limite con il rispetto della libertà di scelta individuale), che è alla base persino della nuova figura dell'influencer.

[32] Il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (GDPR) all'articolo 4 co.4 definisce la *profilazione* come «*qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica*».

[33] Cfr. M. D'AGOSTINO PANEBIANCO, *op.cit.*, p.116.

[34] si veda il Considerando 24, successivamente declinato, ad esempio, all'art.3.

[35] Fortunatamente e condivisibilmente.

«*che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali*», richiamando espressamente le disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati personali (leggasi, Regolamento UE 2016/679), ed i principi di liceità e finalità.

Sin qui, possiamo dire che siamo giunti alla conclusione che il dato è stato al centro di un processo di patrimonializzazione, che lo rende a "valore intrinseco" o a "valore aggiunto", riportando per analogia alla sfera dei beni intangibili.

Il quadro si arricchisce e completa con alcune posizioni della giurisprudenza italiana, chiarendo in modo (quantomeno, apparente) il nuovo perimetro in cui ci si muove.

La (cosiddetta) "*patrimonializzazione*" del dato personale[36], infatti, è già stata oggetto di pronunce da parte di alcune Corti: la pietra miliare è certamente individuabile nella sentenza della Corte di Cassazione Sez. II, 7 novembre 2019 (dep. 10 aprile 2020), n. 11959, che introduce una innovativa interpretazione giurisprudenziale, chiarendo come il *dato informatico* possieda un indiscusso valore patrimoniale, in ragione delle facoltà di utilizzazione e del contenuto specifico del singolo dato[37].

La questione affrontata nella sentenza riguarda un procedimento per appropriazione indebita, in cui afferma come i *file* sono riconducibili al concetto di "*cosa mobile*", ed attraverso un articolato percorso interpretativo, identifica la cosa mobile con un'entità fisica suscettibile di essere materialmente appresa, ossia una entità materiale idonea a soddisfare un bisogno umano [purché si tratti di] una parte del mondo esterno, avente una *dimensione fisica*, che possa essere trasportata da un luogo all'altro e sottratta al legittimo possessore.

Infatti, la Cassazione, osserva che «*quanto alla fisicità "in senso stretto"* […] *il file è un supporto sul quale vengono immagazzinati i dati, che occupa uno spazio misurabile in bit e che può essere trasferito da un dispositivo a un altro, anche utilizzando la rete internet; si tratterebbe, quindi, di un'entità fisica, ancorché non percepibile attraverso i sensi*»[38]. In tal

[36] Come effetto derivante dall'ottenimento di un servizio digitale, in specie nell'ambito delle attività dei "social network", che a fronte del conferimento dei propri dati personali, utilizzabili ai fini di *profilazione* e commercializzazione in favore di terzi.

[37] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *I dati informatici (files) sono qualificabili cose mobili ai sensi della legge penale*, in *Diritto&Diritti*, 2020.

[38] Cfr. C. PAGELLA, *La Cassazione sulla riconducibilità dei file al concetto di "cosa mobile" oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia in malam partem?*, in *Sistema Penale*, 2021. D'altronde, non tanto dal punto di vista penale in relazione al reato di appropriazione indebita, bensì proprio nella prospettiva di classificare i *files* ed i dati (tanto informatici quanto personali) nella sfera dei beni, anche di natura

senso, la Cassazione argomenta che «*tra i presupposti che la tradizione giuridica riconosce come necessari per ravvisare le condotte di sottrazione e impossessamento (o appropriazione) di cose mobili, il criterio della necessaria detenzione fisica della cosa è quello che desta maggiori perplessità. Se la ratio, sottesa alla selezione delle classi di beni suscettibili di formare oggetto delle condotte di reato di aggressione all'altrui patrimonio, è agevolmente individuabile nella prospettiva della correlazione delle condotte penalmente rilevanti (essenzialmente, quelle che mirano alla sottrazione della disponibilità di beni ai soggetti che siano titolari dei diritti di proprietà o di possesso sulle cose considerate) all'attività diretta a spogliare il titolare del bene dalla possibilità di esercitare i diritti connessi all'utilizzazione del bene, è chiaro che la sottrazione (violenta o mediante attività fraudolente o, comunque, dirette ad abusare della cooperazione della vittima) debba presupporre in via logica la disponibilità, da parte dei soggetti titolari, dei beni su cui cade la condotta penalmente rilevante; ma anche in questo contesto deve prendersi atto che il mutato panorama delle attività che l'uomo è in grado di svolgere mediante le apparecchiature informatiche determina la necessità di considerare in modo più appropriato i criteri classificatori utilizzati per la definizione di nozioni che non possono rimanere immutabili nel tempo.*

In questa prospettiva, dunque, si è giunti da parte delle più accorte opinioni dottrinali - in modo coerente con la struttura dei fatti tipici considerati dall'ordinamento (caratterizzati dall'elemento della sottrazione e dal successivo impossessamento) e dei beni giuridici che l'ordinamento intende tutelare sanzionando le condotte contemplate nel titolo XIII del codice penale - a rilevare che l'elemento della materialità e della tangibilità ad essa collegata, della quale l'entità digitale è sprovvista, perde notevolmente peso: il dato può essere oggetto di diritti penalmente tutelati e possiede tutti i requisiti della mobilità della cosa».

In effetti, è opportuno notare come la Suprema Corte in questa sentenza, richiami «*l'orientamento della Corte costituzionale (espresso dalla sentenza 327 del 2008 e recentemente ribadito, tra le altre da C. cost. 141 e 278 del 2019, in materia di favoreggiamento della*

---

patrimoniale, risulta utile richiamare (nonostante le perplessità che manifesta) anche N. PISANI, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i 'files' informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *Diritto penale e processo*, 5/2020, pp. 651-655: «*I dati informatici ('files') sono qualificabili come cose mobili ai sensi della legge penale e sono, quindi, suscettibili di appropriazione rilevante ai sensi dell'art. 646 c.p. laddove sottratti da un 'personal computer' aziendale e successivamente cancellati dallo stesso. È quanto affermato dalla Corte di cassazione che nell'assumere a criterio di sussumibilità la dimensione offensiva della condotta, ritiene sia consentita una ricostruzione della nozione di cosa mobile alla stregua dell'evoluzione dei referenti linguistici. Tuttavia, tale ricostruzione presta il fianco a seri dubbi di compatibilità con il principio di tassatività della legge penale, rischiando di trasformare il tipo legale "astratto" in fattispecie a forma libera di evento*».

prostituzione) secondo il quale l'utilizzo di «espressioni sommarie, di vocaboli polisensi, ovvero di clausole generali o concetti elastici» non comporta la violazione del principio di precisione ogniqualvolta il giudice sia comunque in grado di «esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»[39].

Risulta evidente, pertanto, come anche nell'ambito del trattamento del dato personale, il diritto tuteli sia la sfera personale[40], che il conseguente e relativo valore economico-patrimoniale derivante. Ma anche, che l'orientamento e l'evoluzione del diritto, vanno verso una posizione in cui una eventuale condotta di furto (e/o appropriazione indebita) di uno o più files - rientrando nel novero delle cose mobili – configuri nuovi ed interessanti scenari nell'ambito dei reati economici e di quelli della proprietà intellettuale, con chiari e possibili riferimenti anche al perimetro normativo del Decreto Legislativo 08/06/2001 n. 231. infatti, osservando le famiglie di reato rubricate al catalogo, è altresì opportuno, considerare che l'appropriazione indebita di un file, presuppone (quantomeno, ipoteticamente) anche il possesso e quindi un possibile trattamento[41] illecito e/o non autorizzato di dati personali, ovvero di informazioni che potrebbero essere coperte dal segreto industriale o di altra natura.

4. Gli illeciti ed i reati nella "dimensione digitale".

La nostra società è caratterizzata da una cultura "*data driven*", ossia in cui i dati (anche considerati come rappresentazione oggettiva della realtà) sono l'elemento fondamentale su cui tutte le decisioni sono prese, lasciando meno spazio alle sensazioni umane e personali.

Se da un lato, tale affermazione tende ad aumentare l'efficienza, dall'altro una tal cultura potrebbe ingenerare delle distorsioni e dei circoli viziosi, legati alla frenetica

[39] Cfr. C. PAGELLA, *op. cit.*

[40] Il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (GDPR) al Considerando (1) afferma che «*la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale. L'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta) e l'articolo 16, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabiliscono che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano*» ed all'articolo 1 co. 2 recita «*Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali*».

[41] In tal senso è necessario richiamare la definizione completa di "trattamento di dati personali" del GDPR.

ricerca di ottenere dati ed informazioni, non sempre in modo lecito. Il rischio, infatti, non solo non è remoto, ma stiamo assistendo ad un mutamento dei fenomeni illeciti e criminali, in funzione di obiettivi personali ed aziendali.

Risulta evidente come questa cultura influenzi fortemente il comportamento della singola persona, sia nella sottovalutazione di alcune cautele o modalità che dovrebbero essere adottate (con l'effetto di configurare una responsabilità colposa oppure negligenza, imprudenza o imperizia) piuttosto che nella configurazione di vere e proprie condotte penalmente rilevanti di natura dolosa[42]. Inoltre, in particolar modo in questo ambito, ciascun delitto potrebbe essere propedeutico alla commissione di un altro, integrandolo e divenendone "reato presupposto" (*predicate crimes*)[43].

Ad esempio, prendendo spunto dalla già citata sentenza della Corte di Cassazione Sez. II, 7 novembre 2019 (dep. 10 aprile 2020), n. 11959, che riconosce la possibilità di commettere il reato di appropriazione indebita di file[44], non è interessante solo per via dell'argomentazione circa l'immaterialità del bene (in quanto cosa mobile), ma sarebbe piuttosto interessante comprendere la finalità ultima del reo, ossia andrebbe letta in funzione dell'utilizzo che lo stesso vuole fare dei dati contenuti.

In effetti, come in un ragionamento ampio e più generale, salvo che l'atto dello spossessamento possa cagionare un danno, non sarebbe logico adottare una tale condotta fine a sé stessa: pertanto, per ipotesi, l'autore del reato potrebbe agire in tal senso, con l'obiettivo di utilizzare i "dati" contenuti in esso. Da cui, *in primis*, nasce l'esigenza di individuare la natura e caratteristiche dei "dati", al fine di poter comprendere la fattispecie di reato.

Nell'ipotesi di appropriazione indebita di *files* contenenti "segreti" di natura aziendale od industriale, si incorrerebbe (quantomeno) nella violazione degli obblighi

[42] Pertanto sia nel caso in cui il soggetto agente sia consapevole della possibilità che l'evento possa verificarsi, e ne accetta il rischio (*dolo eventuale*), ovvero quando lo stesso agisce in malafede, ossia con espressa volontà e nella consapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni o omissioni (*dolo* o *dolo premeditato*).

[43] Il "*reato presupposto*" è una tipologia di delitto che, a sua volta, diventa propedeutico ad un altro atto colposo, ovvero da cui scaturisce e si configura un altro reato. Per approfondimenti in merito, si consiglia anche M. D'AGOSTINO PANEBIANCO, *L'evoluzione e le novità nel contrasto al riciclaggio: la VI Direttiva Europea*, in *Rivista Compliance*, ed. SEAC, n.5, 2021, pp.24-28.

[44] Ai fini di questo ragionamento, sarebbe assolutamente indifferente se si trattasse del reato di furto, nonostante le due fattispecie differiscano in ragione delle circostanze precedenti la commissione dello stesso: infatti, nel caso di furto, viene sottratto al terzo, un bene legittimamente posseduto; mentre nell'ipotesi di appropriazione indebita, l'autore del reato è già in possesso del bene di cui si appropria.

di riservatezza e fedeltà, rubricati all'articolo 2105 c.c., ovvero in taluni casi dell'articolo 622 c.p., se non anche integrando la condotta di concorrenza sleale[45].

Ed ancora, nell'ipotesi, che i dati siano "personali"[46], la sottrazione degli stessi in un contesto di trattamento per finalità lavorative, professionali o commerciali[47], presupporrebbe in via logica, anche l'assenza della base legale e/o del presupposto "consenso informato" per determinate finalità e modalità di trattamento[48]: pertanto, in tale circostanza, il reato presupposto (furto o appropriazione indebita), integra l'illecito trattamento di dati personali.

Seguendo il medesimo filo logico, è da analizzare la classica configurazione del "*furto di identità*": questa condotta consiste nella illecita acquisizione di una identità di una persona esistente[49], impossessandosi di quei dati ed informazioni (che, per qualità e quantità, sono sufficienti a rendere credibile agli occhi dei terzi l'"impersonificazione") da database o sistemi di *storage* in cui sono conservati, ovvero carpiti utilizzando tecniche di intercettazione delle comunicazioni informatiche, come ad esempio, w*ebspoofing*, *man-in-the-middle*, *receptioning* delle email, etc.[50]. Tale condotta si può concretizzare e descrivere attraverso due diverse modalità: l'"*impersonificazione totale*"[51] o l'"*impersonificazione parziale*"[52], oggigiorno facilmente attuabili, proprio in relazione ai moderni strumenti informatici, ed alle sempre più note tecniche di infrazione[53].

---

[45] Si vedano anche le considerazioni finali, in calce al presente.

[46] Così come dalla definizione data dall'Articolo 4, co. 1 del Regolamento UE n.2016/679.

[47] Quali, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, sottraendo la lista dei clienti del precedente datore di lavoro, al fine di apportare un patrimonio informativo, finalizzato a mettere in atto una campagna mirata di contatto e marketing da parte della nuova impresa ove si lavora.

[48] Che ciascun Titolare del trattamento deve ottenere, salvo i casi di legittimo interesse o assolvimento di un obbligo di legge.

[49] Si noti che esiste una netta differenza con la creazione di una "falsa identità" (ossia non riferibile o riconducibile ad una persona esistente), come spesso accade, con una gravità spesso inferiore, creando *fake profiles*.

[50] N. CHOU - R. LEDESMA - Y. TERAGUCHI - J. C. MITCHELL, *Client-Side Defense Against Web-Based Identity Theft*, NDSS Symposium, 2004.

[51] Ovvero, l'occultamento totale della propria identità mediante l'utilizzo indebito di dati relativi all'identità e al reddito di un altro soggetto, e può riguardare l'utilizzo indebito di dati riferibili sia ad un soggetto in vita sia ad un soggetto deceduto.

[52] Ovvero, l'occultamento parziale della propria identità mediante l'impiego, in forma combinata, di dati relativi alla propria persona e l'utilizzo indebito di dati relativi ad un altro soggetto.

[53] L. TAMILSELVAN - V. SANKARANARAYANAN, *Prevention of Impersonation Attack in Wireless Mobile Ad hoc Networks*, in *IJCSNS International Journal of Computer Science and Network Security*, VOL.7 No.3, 2007

Dal punto di vista prettamente giuridico, se da un lato rientra certamente nella sottrazione di dati personali (e quindi vi è un illecito trattamento), dall'altro è una condotta riconducibile alla "sostituzione di persona", rubricata all'Articolo 494 del codice penale[54], che sovente è presupposto per la commissione o aggravante del reato di frode informatica[55], come peraltro più volte affermato dalla Corte di Cassazione, sezione penale[56]. Inoltre, parlando di "*impersonation*", non si può non richiamare una delle condotte tipiche del cyberbulling[57], quando l'*offender* – dopo essersi procurato le credenziali di accesso di un account della vittima, tipicamente di un social network – avvia una vera e propria campagna denigratoria[58] che crea imbarazzo alla vittima ovvero ne mina la reputazione.

5. Il rapporto tra IP, capitale umano ed i dati.

La "conoscenza" è sin dai tempi antichi uno degli stimoli e dei desideri più significativi nella vita dell'uomo: già nell'Antico Testamento, la Bibbia riporta[59] nella vicenda della tentazione del serpente, Adamo ed Eva si trovano davanti al rispetto di un comandamento ("non mangiate del frutto dell'albero che è in mezzo al giardino"), ma anche e soprattutto acquisire conoscenza poiché "l'albero era desiderabile per diventare intelligente".

Fin dai tempi dei *dialoghi di Menone* di Platone, i filosofi si sono chiesti perché la conoscenza è più preziosa della mera credenza. Infatti, alcuni filosofi pensano anche che la conoscenza sia migliore della vera credenza e giustificano la vera credenza non solo in termini di grado, ma anche nella sua natura. Questa materia è di fondamentale importanza per le nostre vite come "esseri pratici e sociali": infatti, la conoscenza è il

[54] "Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici, è punito, se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica, con la reclusione fino ad un anno".

[55] Articolo 640 ter del Codice Penale.

[56] In tal senso, si vedano a titolo esemplificativo, la Corte di Cassazione, Sezione Penale IV, sentenza 23 aprile 2014, n. 25774; Sezione Penale V, sentenza del 29 febbraio 2016, n. 8275.

[57] Da notare che le fattispecie di reato che configurano il *cyber-bullismo* sono svariate, e possono essere poste in essere singolarmente o congiuntamente: queste sono, ad esempio, gli atti persecutori, ex art. 612-bis cp; la diffamazione aggravata, ex art. 595 cp; la molestia o disturbo della persona, ex art. 660 cp.; le minacce, ex art. 612 cp.

[58] A mero titolo esemplificativo e non esaustivo, attraverso l'invio di messaggi o la pubblicazione di contenuti inopportuni.

[59] Genesi, 3, 1-5.

mezzo principale per comunicare e ricevere le informazioni necessarie per pianificare, coordinare gli sforzi e, più in generale, vivere una vita prospera. Quindi, è importante per noi affermare le cose che dovremmo, e non affermare le cose che non dovremmo. Qualunque sia lo stato che ci permette di farlo è prezioso[60].

Lo sviluppo della società postindustriale e dell'informazione è caratterizzato dal modo in cui questi tipi di società pongono la "conoscenza" al centro delle loro relazioni economiche e sociali[61], in cui il forte legame tra la conoscenza ed i dati, viene considerato come un elemento strategico da tutelare, nei più svariati ambiti pubblici e privati.

Per tale ragione, prima di entrare nel merito di alcuni approfondimenti, è opportuno soffermarsi su alcune definizioni, per condividere i significati ed avere quel quadro sufficiente per apprezzarne il valore. In precedenza sono già state fornite le definizioni di dato, informazioni e di capitale umano, in cui è stato evidenziato come questi sono assimilabili a beni immateriali, e dunque afferiscono anche al patrimonio aziendale, riferibile alla più ampia nozione di azienda (ossia, «*il complesso dei beni impiegati nel processo produttivo aziendale da parte dell'imprenditore*»[62]), di cui all'Articolo 2555 Codice Civile.

La proprietà intellettuale (anche definita, come *Intellectual Property*, IP), secondo l'articolo 1.2 dell'"*Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio*" (TRIPs)[63], ricomprende il Diritto d'autore e diritti connessi[64], i marchi[65], le indicazioni geografiche[66], i disegni industriali[67], i brevetti[68], le topografie di prodotti a semiconduttori[69], e le informazioni segrete[70]. In questa sede è facilmente riscontrabile come vi sia una forte coincidenza con la definizione data dal Codice della Proprietà

[60] J. TURRI, *Knowledge And The Norm Of Assertion: An Essay in Philosophical Science*, New Publisher Ed., 2021, p.29.
[61] Si veda B. WESSELS - R.L. FINN - K. WADHWA - T. SVEINSDOTTIR - L. BIGAGLI - S. NATIVI - M. NOORMAN, *Open Data and the Knowledge Society*, Amsterdam University Press, 2017, p.175.
[62] Brocardi.
[63] Il "*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*" è stato adottato a Marrakech 15 aprile 1994, e ratificato dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747.
[64] Cfr. sezione 1 del TRIPs.
[65] Cfr. sezione 2 del TRIPs.
[66] Cfr. sezione 3 del TRIPs.
[67] Cfr. sezione 4 del TRIPs.
[68] Cfr. sezione 5 del TRIPs.
[69] Cfr. sezione 6 del TRIPs.
[70] Cfr. sezione 7 del TRIPs.

Industriale[71] per la "proprietà industriale"[72]. È opportuno ricordare come «*i vari diritti di proprietà intellettuale hanno per oggetto beni naturalmente destinati ad un godimento plurimo e solidale e per i quali solo la legge può creare una situazione di scarsità attraverso l'attribuzione di diritti esclusivi*»[73].

In tal senso, il Codice della Proprietà Industriale prevede che la tutela dei diritti della proprietà industriale avvenga attraverso la brevettazione, mediante registrazione (o negli altri modi previsti dal Codice), dando luogo ai titoli di proprietà industriale.

Per una migliore comprensione del valore immateriale della conoscenza, nonché della sua strategicità, è opportuno rilevare come (in ambito aziendalistico), il tema dei beni immateriali venga, altresì, trattato dai principi contabili: nello IAS 38, che fornisce istruzioni su come determinarne il valore contabile, viene evidenziato come «*alcune attività immateriali possono essere contenute in oggetti di consistenza fisica quali per esempio un compact disc (nel caso di un software per computer), una documentazione legale (nel caso di una licenza o di un brevetto) o una pellicola*», escludendo il caso in cui il relativo software sia strumentale al funzionamento di un altro hardware[74]. Rilevante, in tal senso, è la precisazione del punto 5, che dopo aver elencato puntualmente le attività rientranti[75] (spese di pubblicità, formazione, avvio, attività di ricerca e sviluppo), puntualizza che «*le attività di ricerca e sviluppo sono rivolte allo sviluppo di conoscenze. Conseguentemente, sebbene tali attività possano concretizzarsi in beni di consistenza fisica (per esempio, un prototipo), la componente fisica dell'attività risulta secondaria rispetto alla sua componente immateriale, ossia la conoscenza in esso contenuta*».

L'importanza e la strategicità della conoscenza, anche ai fini della competitività, è peraltro desumibile da alcune misure pubbliche di incentivo, quali a titolo esemplificativo il *Patent Box*, ossia «*un regime opzionale di tassazione agevolata per i redditi derivanti dall'utilizzo di software protetto da copyright, di brevetti industriali, di marchi*

[71] Il Codice della Proprietà Industriale (a norma dell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273) è stato emanato con il Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30.

[72] Che all'articolo 1, ne definisce il perimetro ricomprendendo: i marchi ed altri segni distintivi, le indicazioni geografiche, le denominazioni di origine, i disegni ed i modelli, le invenzioni, i modelli di utilità, le topografie dei prodotti a semiconduttori, informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali.

[73] A.M. ROVATI, *op. cit.*, p.157.

[74] In tal caso, tali attività dovranno essere trattate secondo le disposizioni dello IAS 16.

[75] Alle quali devono essere aggiunte quelle rubricate al punto 6, quali "Diritti detenuti dal locatario derivanti da accordi di licenze per oggetti quali filmati cinematografici, videocassette, opere teatrali, opere letterarie, brevetti e diritti d'autore".

d'impresa (poi esclusi per le opzioni esercitate dopo il 31 dicembre 2016), di disegni e modelli, nonché di processi, formule e informazioni relativi a esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili. [Questa misura, *nda*] *consente a tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa, indipendentemente dalla natura giuridica, dalla dimensione e dal settore produttivo di appartenenza, incluse le stabili organizzazioni in Italia di residenti in Paesi con i quali è in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione e con i quali lo scambio di informazioni è effettivo, la parziale detassazione dei proventi derivanti dallo sfruttamento dei citati beni immateriali*»[76].

In questo contesto, deve essere però evidenziato che l'evoluzione della società, in particolare quella che si esprime attraverso la dimensione digitale, ha portato anche alla creazione di modalità "ibride" (ossia, regolamentata in modo autonomo, spontaneo e parziale, in seguito ad un processo *bottom-up*), come ad esempio «*le Online Creation Communities (OCCs), sono aperte a qualsiasi utente anonimo che desidera contribuire, mentre altre hanno avvertimenti sull'identificazione dei partecipanti o escludono utenti antisociali o dirompenti, come i troll. […] Le limitazioni al flusso di informazioni personali o all'utilizzo da parte di estranei proteggono anche il valore delle risorse di conoscenza per i beneficiari previsti, siano essi membri della comunità o il pubblico in generale. Molti di questi "knowledge common" vietano l'uso commerciale delle informazioni personali condivise all'interno della comunità perché tali usi secondari al di fuori della conoscenza o del consenso degli interessati originali potrebbero presentare alcuni rischi per i partecipanti*»[77].

Si può ben comprendere, dunque, come il dato (o l'informazione) non possa essere considerato esclusivamente come una "componente informatica o digitale", bensì piuttosto come il supporto che contiene la rappresentazione della conoscenza ed il know-how, e per conseguenza le misure di sicurezza atte a garantirne la disponibilità, integrità e riservatezza, non afferiscono esclusivamente alla sfera della *cybersecurity*, bensì sono strumentali alla tutela e corretto sfruttamento, anche ai fini economici e commerciali, dei relativi diritti.

6. Una considerazione conclusiva su due rischi derivanti.

[76] come riportato da una descrizione dell'Agenzia delle Entrate.

[77] M. SANFILIPPO - B. FRISCHMANN - K. STANDBURG, *Privacy as Commons: Case Evaluation Through the Governing Knowledge Commons Framework*, in *Journal of Information Policy*, 2018, Vol. 8, p.138.

Dal quadro *supra* delineato emerge chiaramente come l'instaurazione di un qualsivoglia rapporto di lavoro - sia esso subordinato, o di altra natura – si fonda sulla reciproca lealtà ed affidabilità.

Questo è maggiormente vero in tutte quelle circostanze in cui il contesto in cui si sviluppa la relazione è incentrato sulle "*corporate information and data*" e sullo sviluppo di *know-how*, e *knowledge* finalizzato allo sfruttamento imprenditoriale. Pertanto, in un contesto di "patrimonializzazione del dato", emergono evidenti due rischi che sebbene distinti, rappresentano le due facce della medesima medaglia[78]. Una esemplificazione può aiutare ad illustrare e meglio comprendere la questione.

Nel corso di un rapporto di lavoro (*in itinere*), l'impresa affida al proprio lavoratore non solo dei task da eseguire, ma rivela (a) modalità ed (b) informazioni utili ed indispensabili per il raggiungimento di obiettivi: la combinazione tra i due elementi non solo arricchisce il "capitale umano", ma diventa un pericoloso rischio a violare quel patto di lealtà[79] che è alla base della relazione stessa.

D'altro canto, il citato rischio non cessa nel momento in cui si interrompe la relazione: infatti, una simile violazione della lealtà potrebbe materializzarsi tanto come logica prosecuzione della condotta illecita testé descritta, ma anche come una nuova ed autonoma, che potrebbe configurare la condotta di "concorrenza sleale". Invero, l'infedele essendo a conoscenza di informazioni e dati potrebbe agire in danno della precedente controparte, con un livello di efficacia molto elevato.

Pertanto, in una logica di *risk management* l'impresa deve attuare (*ex ante*) una politica preventiva per mitigare il "rischio di infedeltà", attuando sin dalla instaurazione del rapporto adeguati presidi[80] (tanto contrattuali[81], quanto

[78] Per un approfondimento in merito, si rinvia a M. D'AGOSTINO PANEBIANCO, *From "corporate disloyalty" to "unfair competition"*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2019, n.4, pp. 42-53.

[79] In tal senso è opportuno richiamare il Codice Civile all'art. 2105 (Obbligo di fedeltà) secondo cui, *expressis verbis*, «*il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*».

[80] In tal senso è opportuno richiamare Brocardi «*il dovere di fedeltà impone l'osservanza di due obblighi di natura negativa: a) divieto di concorrenza; b) obbligo di riservatezza*» per individuare le componenti essenziali su implementare tali presidi.

[81] *Inter alia*, individuando apposite clausole contrattuali.

organizzativi[82] e ICT[83]) atti ridurre la possibilità di successo di una potenziale azione fraudolenta.

[82] *Inter alia,* attenuando i potenziali conflitti d'interesse nonché implementando procedure di *segregation of duties*.

[83] *Inter alia,* prevedendo misure tecniche che limitino (ove non strettamente necessario) l'effettuazione di copie e/o la trasmissione di informazioni e dati.

IL COSTO AMBIENTALE DELLA RISORSA IDRICA INTERROGATIVI DI METODO

Roberto Louvin*

ABSTRACT [ITA]: Il concetto di 'costo ambientale' presuppone l'accettazione di criteri di valutazione economica dei processi naturali e dei servizi cd ecosistemici, ormai diffusamente accolti come strumento per la classificazione e la stima dei benefici che ricaviamo dall'ambiente. Il principio 'chi inquina paga' ha dato origine ad un'applicazione eccessivamente rigida del principio *full recovery cost*, obbligando la Corte di Giustizia ad intervenire per correggerne l'eccessivo rigore. I paesi membri dell'Unione europea hanno dato finora interpretazioni diverse e hanno seguito strade differenti per operare il recupero di questi costi, mentre la Commissione europea ha continuato ad operare per porre fine a quella che definisce "l'epoca dell'inquinamento gratuito". Malgrado tutto, però la logica sottesa al principio 'chi inquina paga' dovrebbe essere rivisitata alla luce dei principi emersi negli ultimi anni nel campo della giustizia climatica, per evitare che dalla sua applicazione meccanica discendano gravi iniquità sostanziali sul piano sociale e territoriale.

ABSTRACT [ENG]: *The concept of 'environmental cost' assumes that we accept the criteria for economic evaluation of natural processes and benefits that nature provides us that we name 'ecosystem services', now widely accepted as a general tool for the classification and estimation of these benefits. The 'Polluter-pays principle' has led us to an excessively rigid application of the full recovery cost principle, forcing the Court of Justice to intervene in order to correct its excessive rigour. The Member States of the European Union have, so far, given different interpretations and followed different paths for recovering these costs. The European Commission, on his side, is still trying to put an end to what it calls "the era of free pollution". Nevertheless, the logic behind the 'polluter pays' principle should be now revisited in the light of the principles that have emerged in recent years in the field of climate justice, to avoid serious substantial social and territorial inequities arising from its mechanical application.*

SOMMARIO: 1. Il concetto di 'costo ambientale'. **- 2.** La valutazione economica della Natura e dei suoi processi: un approccio contestato. **- 3.** Il principio 'chi inquina paga' come riferimento incerto per la definizione del costo ambientale **- 4.** I segni di un'applicazione deformante. **- 5.** L'opera interpretativa delle CGUE. **- 6.** Strumenti applicativi e modalità di calcolo del costo ambientale in ambito comunitario: gli Stati membri in ordine sparso **- 7.** La necessità di un ripensamento.

1. Il concetto di 'costo ambientale'.

Il termine 'costo ambientale', correntemente utilizzato nella nostra legislazione europea e nazionale, indica riassuntivamente il concetto di costo provocato da danni causati, direttamente o indirettamente, all'ambiente e agli ecosistemi da coloro che li utilizzano.

La sua utilizzazione a scopo normativo è stata veicolata nel diritto interno dal diritto dell'Unione europea che lo ha configurato genericamente come modalità per il calcolo economico di quel danno ambientale che la Direttiva sulla Responsabilità ambientale dell'Unione europea ha definito come "danno alle specie e agli habitat naturali protetti, vale a dire qualsiasi danno che produca significativi effetti negativi sul raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole di tali specie e habitat"[1], una degradazione che può verificarsi per effetto di prelievi, scarichi o trattamenti di diversa natura. Con il depauperamento della risorsa in sé, o degli elementi come le falde acquifere o il suolo, sorgono concretamente costi di trattamento o potabilizzazione che gravano sull'intera comunità.

Dal costo ambientale considerato nella sua accezione più ristretta, connessa al degrado degli ecosistemi, occorre tenere distinto il cd 'costo della risorsa', connesso alla rarità di un bene ambientale in rapporto con il luogo e il tempo di utilizzo della stessa. Anche se nella legislazione dell'Unione europea e in molte delle legislazioni nazionali derivate i concetti di costo ambientale e di costo della risorsa appaiono correlati, la loro matrice risulta essere diversa, in quanto il primo è originato da un'alterazione ambientale, mentre il secondo si riferisce al modello generale di consumo della risorsa e alla ridotta disponibilità del bene riguardo a diverse categorie di usi. La seconda di queste due nozioni – ossia quella di 'costo della risorsa' – non verrà trattata in questa sede.

Ci limiteremo dunque ad esaminare il 'danno ambientale', osservando come la sua architettura concettuale prenda le mosse dall'analisi costi-benefici, mediante l'individuazione delle esternalità negative prodotte dall'agente e dalla successiva quantificazione in termini economici attraverso giusti "segnali di prezzo"[2].

L'idea che si possano monetizzare le alterazioni dello stato naturale, quali che siano le ragioni o le responsabilità che hanno portato alle trasformazioni che ne sono all'origine, fa leva sulle analisi scientifiche che sono alla base dell'economia ambientale e delle risorse fin dagli anni sessanta e che hanno sviluppato specifici metodi di valutazione e internalizzazione degli impatti economici sull'ambiente per correggere le distorsioni che si possono osservare nei processi decisionali. La lettura

---

[1]* *Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università degli studi di Trieste.*

Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, art. 2, punto 2.

[2] Un contributo importante alla definizione e alla valutazione del costo ambientale è stato fornito da M. BOWMAN, A. BOYLE, *Environmental damage in international and comparative law: problems of definition and valuation*, Oxford University Press 2002.

economica delle risorse e dei fenomeni naturali fa ricorso a questo scopo al concetto di "servizio ecosistemico"[3] e quindi alla capacità della Natura di svolgere una 'funzione ecosistemica' attraverso organismi o processi che forniscono specifici benefici al genere umano[4].

I servizi ecosistemici così forniti dalla natura non sarebbero, in base a questo approccio, adeguatamente apprezzati se non fossero valutati nelle decisioni assunte sia dai produttori che dai consumatori al pari di altri servizi; secondo questa prospettiva economica, occorre 'prezzare' sia i costi (compresi quelli di prevenzione del degrado) che i benefici ambientali esterni in termini monetari, al fine di incorporarli nel processo decisionale economico. In questo modo, il soggetto che agisce può ricavare una rappresentazione chiara del valore dell'ambiente e regolare conseguentemente le sue scelte[5].

I metodi di stima dei costi che occorre sostenere per restituire la qualità ambientale originaria alla risorsa depauperata consentono in maniera diretta di allocare forfettariamente, individualmente o socialmente, l'onere del ripristino (mediante un'operazione globale di *cost recovery* oggi principalmente condotta attraverso regimi tariffari [6]) e in maniera indiretta di indurre gli operatori ad adottare condotte che favoriscano il raggiungimento di *standard* ambientali prefissati, prevenendo così l'ulteriore futuro degrado della risorsa. Questo approccio è stato così intensamente interiorizzato negli ultimi decenni da sembrare perfettamente naturale e totalmente

[3] La diffusione del concetto di 'servizio ecosistemico' si è diffusa a partire dall'articolo di R. COSTANZA *et al.*, *The value of the world's ecosystem services and natural capital*, in *Nature*, 1997, 387 pp. 253–260. Sull'acqua come fornitore di servizi ecosistemici e sull'assorbimento di questa nozione da parte del diritto europeo ed italiano: R. LOUVIN, Aqua æqua. *Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l'elemento idrico*, Torino, Giappichelli, 2018, 248-253.

[4] Tra queste funzioni possiamo annoverare la purificazione dell'aria e dell'acqua, la mitigazione dei rischi di alluvione o siccità, la disintossicazione e lo smaltimento dei rifiuti, la formazione e il rinnovo dei suoli e della loro fertilità, l'impollinazione e la dispersione dei semi, il controllo dei parassiti delle colture, il mantenimento della biodiversità e la stabilizzazione del clima.

[5] Sottende esemplarmente questo approccio il rapporto del 2005 del *Millennium Ecosystem Assessment* (MEA), sviluppato sotto l'egida delle Nazioni Unite (millenniumassessment.org) che individua ventiquattro servizi ecosistemici fra cui quelle di produzione di cibo, fibre, risorse genetiche, acqua dolce, regolazione della qualità dell'aria, regolazione del clima, regolazione dell'acqua, regolazione dell'erosione, purificazione dell'acqua e trattamento dei rifiuti, regolazione delle malattie, regolazione dei parassiti, impollinazione, regolazione dei rischi naturali, e servizi culturali. In base al MEA *per esempio*, l'acqua rappresenta sia *un servizio di approvvigionamento*, in quanto gli ecosistemi costituiscono la fonte stessa dell'acqua utilizzata dagli esseri umani, sia *un servizio di supporto*, poiché l'acqua è necessaria per la vita sulla Terra e quindi sostiene tutti i processi ecosistemici.

[6] Come evidenziato da EEA, *Assessment of cost recovery through water pricing, 2013. A guidance for assessing the recovery of Environmental and Resource Costs in the context of the Water Framework Directive*, 2015. per una puntuale illustrazione del meccanismo nel diritto vigente in Italia: Laboratorio Ref, *Costi ambientali e della risorsa: la tariffa idrica nel XXI secolo*, in *Acqua*, 164, 2020, p. 4 ss.

incontrovertibile. La sua apparente autoevidenza non ci esime però dal dovere di sollevare un certo numero di interrogativi metodologici.

2. La valutazione economica della natura e dei suoi processi: un approccio contestato.

Il ricorso a metodi di valutazione economica dei processi naturali allo scopo di trasporli artificialmente all'interno delle categorie economiche è un'operazione tutt'altro che neutra: essa produce infatti un sostanziale cambiamento nella nostra percezione del fenomeno naturale e induce rilevanti cambiamenti nei nostri riflessi psicologici e comportamentali, oltre avere conseguenze fondamentali in merito all'allocazione dei costi delle politiche pubbliche. Se le finalità del ricorso alla leva economica in funzione pedagogica per contrastare lo spreco delle risorse naturali sono genericamente condivisibili, non bisogna per questo accettare in maniera acritica l'intera logica che vi è sottesa.

È in primo luogo importante comprendere, come hanno spesso evidenziato studiosi di diverse discipline[7], che l'approccio economico alla Natura ha un effetto culturale per così dire 'analgesico', risolvendosi in un'operazione pragmatica che minimizza le preoccupazioni sociali sollevate dagli scienziati naturali circa la drammaticità della perdita della natura selvaggia e della biodiversità. La semplificazione così operata accredita diffusamente l'idea che la biodiversità e i processi naturali siano alla fine pur sempre, in un modo o nell'altro, surrogabili attraverso attività tecniche e compensazioni monetarie dei danni arrecati[8].

Per altro verso, la lente economica attraverso cui si considerano e valutano i servizi eco-sistemici offre immense opportunità di applicazione delle ideologie liberiste dominanti e al sistema del libero mercato. La 'cattura' del valore di nuovi beni e servizi[9], un tempo oggettivamente collocati al di fuori del mercato, sprona naturalmente ad ulteriori forme di accaparramento dei beni naturali per creare sempre nuove opportunità di crescita economica e di *business*. In termini psicologici, infine, si

---

[7] Tra le critiche più recenti, si veda il volume di S. VANUXEM, *Des choses de la nature et de leurs droits*, Quæ, Versailles, 2020.

[8] C.L. SPASH, *How Much is that Ecosystem in the Window? The One with the Bio-diverse Trail*, in *Environmental Values*, Vol. 17, No. 2, 2008, pp. 259-284 rileva gli effetti perversi di questa crescente caratterizzazione in termini monetari degli ecosistemi anche ad opera di ecologi e biologi della conservazione, che finiscono per trascurare o sottovalutare il pluralismo dei valori insiti nella Natura.

[9] Utili per comprendere questa dinamica di costruzione della ricchezza attraverso l'inclusione nel mercato dei valori naturali: B. CHEVASSUS-AU-LOUIS, (dir), *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes. Contribution à la décision publique*, Paris, Centre d'analyse stratégique, 2009 e J.-Ph. CARISÉ, *De la valeur à la monétarisation de la nature. Outils, mesures, méthodes,* in *Vraiment durable*, 4, 2013/2, 55-64.

opera una riduzione della nostra relazione con l'ambiente ad un rapporto guidato in prevalenza dall'interesse economico[10].

Una testimonianza decisiva della trasformazione operata in questo senso si è avuta con la diffusione del concetto di 'capitale naturale' quale fattore di sviluppo addizionale del mercato[11]. Ad essere state oggetto di disputa scientifica sono state a questo riguardo soprattutto le modalità adottate per il calcolo dei servizi ecosistemici. A superamento del tradizionale calcolo costi-benefici, da più parti si auspica però oggi l'introduzione di metodologie più articolate che consentano, accanto alle valutazioni quantitative e monetarie, anche valutazione qualitative[12] per rendere conto "del valore intrinseco della diversità biologica e dei valori ecologici, genetici, sociali, economici, scientifici, educativi, culturali, ricreativi ed estetici della diversità biologica e dei suoi componenti"[13].

In ragione di questa complessità valoriale e della sua capitale importanza per la vita stessa, la biodiversità risulta quasi sempre sottostimata in quanto non si prendono in considerazione alcune valenze non riconosciuti dal mercato, così come il valore del 'non uso' delle risorse[14]. La valutazione economica si risolve quindi in un metodo "*trasformativo e distruttivo del valore*"[15] e in una minaccia per la conservazione degli obblighi etici e solidaristici. Anche il valore socialmente coesivo della regolamentazione comunitaria tradizionale è per lo più ignorato nelle stime che si operano secondo il monismo valoriale del mero interesse economico[16].

---

[10] P. SCHWARTZ, *The polluter-pays principle*, in M. Faure (ed), *Elgar encyclopedia of environmental law*, Cheltenham; Northampton, Elgar, 2016, VI, 20, 270-271.

[11] Il non uso, da intendersi non solo come mero 'risparmio' Lo esplicita puntualmente, sulla scorta del lavoro svolto dalla TEEB initiative (Economics of Ecosystems and Biodiversity), la 'Dichiarazione sul Capitale Naturale' espressa dal settore finanziario in vista del Summit della Terra Rio+20 in cui si chiede espressamente ai governi di "Agevolare lo sviluppo di metodologie che possano integrare le considerazioni legate al Capitale Naturale nel processo decisionale relativo a tutti i prodotti e servizi finanziari – ivi incluse le politiche di prestito, investimento e assicurazione".

[12] Laboratorio Ref, *Costi ambientali e della risorsa: la tariffa idrica nel XXI secolo*, in *Acqua*, 164, 2020, 5.

[13] Convenzione sulla diversità biologica (CBD, *Convention on Biological Diversity*) del 1992, in vigore dal 29 dicembre 1993.

[14] Ciò può avvenire attraverso l'abbandono del concetto utilitaristico del non-uso nella prospettiva antropocentrica, costantemente avversato dal diritto moderno, a favore di un differente concetto positivo di non-uso di stampo ecocentrico, che si riconnette al dovere etico per l'uomo di rispettare le altre componenti dell'ecosistema anche nel rispetto dei loro ritmi naturali. Su questa prospettiva, che asseriva l'assoluta necessità che gli esseri umani concedano alle risorse naturali il diritto legale prospettiva, sostiene che è necessario che gli esseri umani concedano alle risorse naturali un vero e proprio "diritto di non uso" nel senso di essere protette da eccessivo sfruttamento ad opera degli uomini si veda J. G. Laitos, *Il diritto al non uso*, New York, Oxford University Press, 2012.

[15] C.L. SPASH, *How Much is that Ecosystem in the Window? … cit.*, p. 174.

[16] Questi benefici sono stati messi in luce soprattutto dagli studi di E. OSTROM, *Governing the commons, The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

Ad una parziale compensazione di queste lacune contribuisce però oggi il nuovo quadro concettuale sviluppato nell'ambito della nozione di "contributi della natura alle persone" (*Nature's Contribution to People* o NCP) che permette di tenere conto dell'intreccio delle profonde relazioni e obblighi reciproci dell'uomo rispetto all'ambiente, considerando la natura, i benefici della natura per le persone e la buona qualità della vita[17]. Si osservi peraltro come questo approccio tenda generalmente ad anteporre i benefici a favore della specie umana rispetto alle esternalità - positive o negative - che ricadono sulle diverse specie del mondo animale e vegetale.

3. Il principio 'chi inquina paga' come riferimento incerto nella definizione del costo ambientale.

Da semplice possibilità teorica, il ricorso alla valutazione economica dei beni e servizi ecosistemici è rapidamente diventato uno strumento insostituibile per l'operato dei poteri pubblici in virtù della rapidissima diffusione del principio 'chi inquina paga' (PPP o *Polluter-Pays Principle*)[18], fondato sulla considerazione per cui le risorse sono oggettivamente limitate e che il loro uso e consumo nelle attività di produzione porta inevitabilmente al loro deterioramento. Se il costo di questo deterioramento non si riflettesse nel sistema dei prezzi dei beni e dei servizi, il mercato non metterebbe correttamente in luce la scarsità di queste risorse sia a livello nazionale che internazionale. Affinché i governi siano concretamente spinti a ridurre l'inquinamento, ci si è dunque posti l'obiettivo di una migliore allocazione delle risorse, riflettendo quanto più possibile fedelmente nei prezzi la qualità e la quantità delle risorse ambientali disponibili inducendo, di conseguenza, gli agenti economici ad adottare comportamenti più corretti nel loro uso.

Questa regola era in origine rivolta ai soli operatori economici per indurli ad un uso ppiù oculato e virtuoso delle risorse, addebitando all'inquinatore i costi delle misure adottate dalle autorità pubbliche per riportare l'ambiente e i suoi singoli componenti ad uno stato accettabile. Si trattava in altri termini solo di una regola generale per evitare distorsioni nel commercio internazionale e negli investimenti. L'applicazione

---

[17] U. PASCUAL *et al.*, *Valuing nature's contributions to people: the IPBES approach*, in *Environmental Sustainability*, voll. 26–27, 2017, pp. 7-16 e S. DÍAZ et al., *Assessing nature's contributions to people*, in Science, Vol. 359, n. 6373, 2018, p. 271.

[18] La prima enunciazione del principio 'chi inquina paga' si trova nella Raccomandazione OCSE sulla politica ambientale del 1972 del 26 maggio 1972 n. 128, in cui sono formulate le linee guida sugli aspetti economici delle politiche ambientali a livello internazionale. Per un commento approfondito: P. Schwartz, *Principle 16, The Polluter-Pays Principle, in The Rio Declaration on environment and development: a commentary*, Oxford University Press 2015, 429-450. L'autrice sottolinea questa funzione guida del PPP come "*a firm legal basis as a principle of law deriving from a variety of legal sources, including international, and regional, treaties, domestic legislation, and as a regional custom, particularly in Europe*".

del PPP è però stata gradualmente estesa anche ai soggetti non economici con riferimento a tutti i costi di prevenzione e controllo dell'inquinamento dagli enti pubblici, assumendo quindi i contorni di una tassa di scopo.

Pensata in origine solo come regola generale del commercio internazionale, essa si è trasformata in una forma di vera e propria responsabilità ambientale generalizzata, diffondendosi a livello planetario attraverso la Dichiarazione di Rio su Ambiente e Sviluppo e diventando in breve tempo uno dei principi guida per uno sviluppo sostenibile: "Le autorità nazionali dovranno adoperarsi per promuovere l'internalizzazione dei costi per la tutela ambientale e l'uso di strumenti economici, considerando che, in linea di principio, è l'inquinatore a dover sostenere il costo dell'inquinamento, tenendo nel debito conto l'interesse pubblico e senza alterare il commercio e le finanze internazionali"[19].

La spontanea adesione che ha suscitato a questo principio che ha suscitato, come *mythe mobilisateur*[20], un ampio consenso a livello internazionale non cancella però le ambiguità implicite nel principio stesso legate alla sua portata indeterminata e alle contraddizioni che sorgono nella applicazione. Le incongruenze di questo principio si svelano infatti soprattutto quando si indaga attentamente sulla presupposta corrispondenza di identità fra il soggetto *inquinatore* e il soggetto *responsabile* e sulla presunzione di esistenza di un *nesso di causalità* tra le condotte umane (economiche e non) e il danno prodotto, oltre che sull'accertamento della colpa rispetto al verificarsi degli eventi inquinanti.

La semplificazione che è stata operata consiste nel considerare colui che produce il deterioramento della risorsa – per esempio un semplice utente domestico o irriguo - automaticamente come 'responsabile' e pertanto tenuto ad intervenire economicamente a compensazione del danno prodotto. Si tratta di una soluzione di comodo che ha portato a generalizzare una sorta di *responsabilità ambientale oggettiva* per riparare tutti i danni ecologici, anche se non vi è un inquinatore effettivo[21].

La giurisprudenza della CGUE ha cercato correttamente di circoscrivere la portata di questo meccanismo mediante la richiesta di un'applicazione rigorosa dei requisiti del nesso causale, della proporzionalità e del rispetto della capacità contributiva correlata con il servizio effettivamente reso e con il danno ambientale effettivo.

---

[19] Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, Principio 16.

[20] J. MORAND-DEVILLER, *Renforcement de la protection de l'environnement*, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 20 juin 1995, p. 440.

[21] Secondo E. DE SABRAN-PONTEVES, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 363, "*le pollueur, dans le cadre du principe d'internalisation des coûts environnementaux ne correspond pas nécessairement au pollueur réel ou effectif*».

Dopo la sua apparizione nel diritto dell'Unione europea[22] e la sua ripresa ad opera di numerose direttive[23], il PPP ha ormai assunto valore come 'criterio guida' per cui "*le persone fisiche o giuridiche, di diritto pubblico o privato, responsabili di inquinamento debbono sostenere i costi delle misure necessarie per evitare questo inquinamento o per ridurlo ... La protezione dell'ambiente non deve essere assicurata da politiche basate sulla concessione di aiuti, che addosserebbero alla collettività l'onere della lotta contro l'inquinamento*" [24]. Il richiamo al concetto di 'aiuto' rende esplicita la volontà di evitare soltanto interventi che falsassero la concorrenza.

Dopo il suo formale ingresso nei trattati europei[25] il principio ha però assunto caratteri cogenti di maggior ampiezza, obbligando tutti gli 'inquinatori' a sostenere appieno i costi dell'inquinamento che deriva dalle loro attività, compreso il costo generale delle misure adottate per prevenire, combattere ed eliminare l'inquinamento (anche mediante interventi di bonifica) impendendo che tali costi ricadessero sull'intera società[26], con una conseguente più rigorosa limitazione degli aiuti di Stato in materia ambientale diretti alle imprese[27].

Il principio PPP, oggi generalizzato nell'ordinamento e nelle politiche dell'UE con riferimento alle acque, ai rifiuti, alle emissioni di gas climalteranti e a qualunque situazione in cui sia possibile internalizzare i costi ambientali del consumo di risorse naturali addebitandoli alla responsabilità di un 'inquinatore', è così diventano un riferimento dall'incerta delimitazione quando si tratta di disporre misure, come i canoni e le tariffe in materia idrica, che dovrebbero però rispettare i principi costituzionali generali in materia di imposizione fiscale[28].

4. I segni di un'applicazione deformante.

[22] Con il Primo Programma di Azione in materia ambientale del 22 novembre 1973.

[23] Tra cui la Direttiva 75/442/CEE del Consiglio del 15 luglio 1975 relativa ai rifiuti.

[24] Raccomandazione del Consiglio n. 75/436/Euratom, CECA, CEE del 3 marzo 1975 concernente l'imputazione dei costi e l'intervento dei pubblici poteri in materia di ambiente.

[25] Il principio "chi inquina paga" è stato sancito nel 1987 dall'Atto unico europeo, diventando uno dei capisaldi della politica ambientale dell'Unione europea. L'art. 191, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce oggi che "la politica dell'Unione in materia ambientale [...] è fondata sui principi della precauzione e della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e sul principio "chi inquina paga"".

[26] Sulle aporie e le contraddizioni di questa applicazione: *Rapport spécial* n. 12, 2021, della Corte dei Conti europea, *Principe du pollueur-payeur. Une application incohérente dans les différentes politiques et actions environnementales de l'UE*.

[27] R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2014, Vol. 1, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, p. 172.

[28] P. SCHWARTZ, *The polluter-pays principle* … cit., VI.20, 264.

La Direttiva quadro sulle acque 2000/60/CE (DQA), nel dare concreta attuazione al principio che oggi opera in materia di tutela delle acque in relazione a tutti i danni riferibili all'ambiente acquatico, ha però disposto che "Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio "chi inquina paga"[29].

La prescrizione da parte dell'Unione si limita a chiedere che si "tenga conto" del principio di *full recovery cost* e non ne comporta un'applicazione generalizzata, come invece avvenuto in alcuni paesi, a dispetto del fatto che l'Unione rimandasse puntualmente ad una constestualizzazione del recupero dei costi ambientali, in sinergia con i poteri locali[30]. Il recupero dei costi non avrebbe dovuto avere un carattere automatico e la sua applicazione non avrebbe dovuto avere luogo in maniera puramente meccanica. Vi è infatti un sostanziale margine di apprezzamento delle autorità nazionali nel fissare la politica tariffaria dell'acqua, per cui gli Stati membri dovrebbero prendere in considerazione numerosi fattori, tra cui gli effetti sociali, ambientali ed economici del recupero dei costi stessi.

Alcuni paesi dell'Unione, tra cui l'Italia, hanno però sostanzialmente interpretato l'indirizzo dell'Unione Europea come un obbligo di applicazione generalizzata del meccanismo del *full recovery cost*. Il principio 'chi inquina paga' di cui all'art. 9 della DQA è stato infatti applicato nel diritto italiano con l'imposizione del recupero, nell'ambito sia delle tariffe che dei canoni di concessione, di tutti i costi, compresi quelli ambientali e della risorsa: "Ai fini del raggiungimento degli obiettivi di qualità di cui al Capo I del titolo II della parte terza del presente decreto, le Autorità competenti tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi quelli ambientali e relativi alla risorsa, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'Allegato 10 alla parte terza del presente decreto e, in particolare, secondo il principio "chi inquina paga""[31]. Si è dunque prodotta un'implicita deformazione del principio "chi inquina paga" che si è in questo modo tradotto, attraverso questa formulazione, nel diverso principio del recupero dei costi dei servizi idrici.

[29] DQA 2000/60/CE, art. 9.

[30] DQA2000/60/CE, Considerando 13: "*Le diverse condizioni ed esigenze riscontrabili all'interno della Comunità richiedono l'adozione di soluzioni specifiche. È opportuno tener conto di tale diversità nella programmazione e nell'esecuzione di misure atte a garantire la protezione ed un utilizzo sostenibile delle acque nell'ambito del bacino idrografico. Le decisioni dovrebbero essere adottate al livello più vicino possibile ai luoghi di utilizzo effettivo o di degrado delle acque. Si dovrebbero privilegiare le azioni che rientrino fra le competenze degli Stati membri, attraverso programmi di misure adeguati alle condizioni regionali e locali*".

[31] D.lgs. n. 152/2006, art. 119, c. 1.

5. L'opera interpretativa delle CGUE.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha ribadito con molta autorevolezza il carattere 'non automatico' dell'accollo dei costi ambientali in capo al responsabile-inquinatore, ritenendo che gli Stati membri non sono necessariamente tenuti ad applicare il criterio del recupero dei costi a tutti gli usi dell'acqua e che nel fissare la politica dei prezzi dell'acqua, gli Stati membri possono prendere in considerazione tutti gli effetti sociali, ambientali ed economici del recupero dei costi. Pertanto, essi hanno un margine di discrezionalità per decidere chi deve pagare, quanto e per quale servizio e non sono necessariamente tenuti ad applicare il concetto di recupero dei costi a tutti gli usi dell'acqua[32].

Le misure relative al recupero dei costi dei servizi idrici costituiscono perciò solo uno degli strumenti, a disposizione degli Stati membri per il raggiungimento degli obiettivi di tutela ambientale e la mancata tariffazione degli utilizzi idrici non pregiudica necessariamente la realizzazione degli obiettivi della DQA 2000/60/CE, il cui art. 9, par. 1 opera "in maniera flessibile e non vincolante", per quanto riguarda il recupero dei costi dei servizi legati all'uso dell'acqua[33]. La sentenza ha dunque censurato l'interpretazione della Commissione europea tendente ad accreditare una totale pervasività del principio *full recovery cost* attraverso la fissazione del prezzo dell'acqua [34], per cui gli Stati membri sono solo tenuti a garantire che il contributo dei vari settori (industriale, agricolo e domestico) al recupero dei costi dei servizi idrici sia adeguato ai loro rispettivi utilizzi[35].

---

[32] CGUE, sent. C-525/12, Sezione seconda, dell'11 settembre 2014. Il contenzioso opponeva la Repubblica federale tedesca alla Commissione. Quest'ultima aveva chiesto alla Corte di dichiarare che, escludendo taluni servizi, tra cui l'estrazione ai fini dell'irrigazione dell'acqua dal recupero di costi ambientali la Germania fosse venuta meno agli obblighi derivanti dalla Direttiva 2000/60/CE e, in particolare, dagli articoli 2, punto 38, e 9 di tale Direttiva. L'interpretazione della Corte fa leva sul § 38 dei 'Considerando' della DQA 2000/60/CE: "Può risultare opportuno che gli Stati membri ricorrano a strumenti economici nell'ambito di un programma di misure. Il principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi quelli ambientali e delle risorse, in relazione ai danni o alle ripercussioni negative per l'ambiente acquatico, dovrebbe essere preso in considerazione, in particolare, in base al principio "chi inquina paga". A tal fine, sarà necessaria un'analisi economica dei servizi idrici, basata sulle previsioni a lungo termine della domanda e dell'offerta nel distretto idrografico".

[33] Quest'interpretazione favorevole alle utenze più fragili è evidenziata anche da J.J. RUIZ RUIZ, *The Right2Water Initiative: the human right to water in the EU among social sustainability, vulnerable groups and exclusion of management benefits*, in S. BALDIN, S. DE VIDO (eds), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives,* EUT, Trieste, 2020, 139.

[34] P. DELIMATSIS, *The Regulation of Water Services in the European Union Internal Market*, in J. CHAISSE, *The Regulation of the Global Water Services Market*, Cambridge University Press, 2017, 280:

[35] "L'Unione, da un lato, ha proprio inteso affidare agli Stati membri il compito di determinare, sulla base di un'analisi economica, le misure da adottare ai fini di una corretta applicazione del principio del recupero dei costi e, dall'altro, ha inteso promuovere la tariffazione di tali costi in termini generali, ma

La Corte si è rivelata particolarmente attenta nel dichiarare essenziale, ai sensi della Direttiva 2004/35 sulla responsabilità ambientale, la necessità di accertare anche il nesso di causalità tra l'operatore che conduce una determinata attività e il danno che si assume provocato[36]. Gli operatori non sono per esempio tenuti a pagare per un inquinamento che non sia accertato che abbiano concretamente causato, in quanto si impone al riguardo una corretta applicazione del principio di proporzionalità[37].

L'opera interpretativa è sfociata nella formulazione di un diretto indirizzo operativo: "si dovrebbero privilegiare le azioni che rientrano fra le competenze degli Stati membri, attraverso programmi di misure adeguati alle condizioni regionali e locali" mediante l'attuazione di "di un'analisi economica delle modalità di tariffazione dell'acqua, della presa in considerazione delle ripercussioni sociali, ambientali ed economiche del recupero dei costi, nonché delle condizioni geografiche e climatiche della regione o delle regioni interessate"[38].

La Commissione europea ha preso atto di questa indicazione, precisando peraltro che "Quando uno Stato membro decide di non applicare il recupero dei costi a una determinata attività di utilizzo delle acque, deve indicare chiaramente quali altre misure sono in atto per garantire la realizzazione degli obiettivi della direttiva Acque"[39]. Un obbligo di motivazione della differente scelta, dunque, dovrebbe sostituire l'automatismo censurato dalla Corte.

Si delinea a questo punto un ampio spettro di possibilità di applicare varie forme di *exemptions*, ossia di deroghe (in senso proprio o con caratteri di semplice dilazione temporale) al recupero dei costi ambientali, tenendo anche conto della capacità di sopportarne i relativi costi (*affordability*) e di altri fattori come la scarsa remunerativitá economica (ma eventualmente del consistente beneficio ecologico indiretto) dell'agricoltura in particolari contesti come quello montano, evitando che un'applicazione uniforme del principio conduca, *de facto*, a irragionevoli disparità.

Se ne può concludere che il recupero dei costi ambientali attraverso lo strumento tariffario costituisce la via principale ma non esclusiva per l'assolvimento dei doveri degli Stati membri in materia ambientale.

---

senza estenderla a tutti i servizi connessi all'utilizzo delle acque dal momento che esisterebbero al riguardo pratiche molto divergenti tra gli Stati membri", CGUE, sent. C-525/12 cit..

[36] Case C-378/08: su questa correlazione insiste anche L. KRÄMER, *Environmental principles and the EU Court of Justice*, in M. FAURE (ed), *Elgar encyclopedia of environmental law*, Cheltenham; Northampton, Elgar, 2016, VI.42, p. 595.

[37] Così Corte di Giustizia, Caso C-293/97, Standley and Others, ECLI:EU:C, 1999, p. 215.

[38] Considerando 52-53.

[39] Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, Direttiva quadro Acque e direttiva Alluvioni: azioni a favore del 'buono stato' delle acque unionali e della riduzione dei rischi di alluvioni, COM/2015/0120 final, 5, 3.

6. Strumenti applicativi e modalità di calcolo del costo ambientale in ambito comunitario: gli Stati membri in ordine sparso.

I diversi paesi europei hanno finora affrontato in maniera diversificata nelle loro politiche ambientali il tema della copertura dei costi e la loro attuazione è rimasta incompleta, per cui il principio del recupero del costo dei servizi idrici rimane di incerta applicazione soprattutto in relazione all'inquinamento da fonti diffuse, come l'agricoltura, dove per esempio la maggior parte dell'acqua che utilizza l'agricoltura non viene scaricata nelle acque reflue e dunque non viene trattata[40].

L'Unione europea ha fornito attraverso l'Agenzia europea dell'ambiente delle linee-guida per individuare le possibili modalità di calcolo dei costi ambientali attraverso il sistema tariffario[41] e la *Pricing Policy* dispone di un preciso riferimento generale grazie a questi strumenti di *soft law* che favoriscono la ricerca di modalità di calcolo omogenee a livello nazionale[42].

Nel diritto italiano, la rigidità algoritmica delle modalità di calcolo tariffario fissate dalla deve però anche tenere in considerazione il fatto che per effetto della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, l'art. 41, c. 3 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente colloca sullo stesso piano le finalità sociali e le finalità ambientali: "La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali".

La tassazione ambientale - perché di questo si tratta[43] - deve essere ispirata a criteri ad un tempo di equità sociale e di tutela dell'ambiente e il principio 'chi inquina paga' deve essere sottoposto ad un attento scrutinio di costituzionalità. Secondo questa logica deve operare l'intervento affidato agli enti locali a cui compete, attraverso l'Autorità d'ambito, di determinare e modulare le tariffe all'utenza[44]. Agendo sotto la pressione dell'Unione, che aveva assegnato all'Italia tempo fino al 2010 per rendere

---

[40] Corte dei conti europea … cit., § 38.

[41] EEA, *Assessment of cost recovery through water pricing*, 2013; *Managing Scarce Water Resources - Implementing the Pricing Policies of the Water Framework Directive*, 2010; *A guidance for assessing the recovery of Environmental and Resource Costs in the context of the Water Framework Directive*, 15/02/2015, Draft prepared by the ERC drafting group (2015).

[42] Le statistiche ufficiali presentano nei risultati un quadro piuttosto eterogeneo sia tra i diversi paesi che riguardo agli specifici i settori: il servizio idrico integrato risulta comunque essere l'unico settore in cui i livelli di recupero sono prossimi al 100%.

[43] Sulla necessità di applicare in questo caso i principi propri della fiscalità: A. BUCCISANO, L. FERLAZZO NATOLI, *Imposta ecologica a tutela dell'ambiente e limitazione delle esternalità. Il tributo ecologico: presupposto e limiti costituzionali*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2-3/2004, 433-447, A. GRATANI, *Natura tributaria del prelievo ecoambientale: vaglio costituzionale e comunitario*, in Rivista giuridica dell'ambiente, 2010, 3-4, pp. 574-581 e, con specifico riferimento ai vincoli comunitari, A. BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2/2016, 1, pp. 590-652.

[44] D.lgs. n. 152/2006, art. 142, c. 3.

operativi dei meccanismi effettivi di recupero del costo ambientale nelle tariffe applicate all'utenza, implementando concretamente il principio del recupero integrale dei costi del servizio idrico, sia per quanto riguarda i costi ambientali che un ordine ai costi della risorsa.[45]. Il principio PPP dovrebbe perciò avere applicazione secondo criteri omogenei generali sia nelle tariffe idriche che nei canoni concessori: riguardo a questi ultimi, la flessibilità voluta dall'Unione europea è opportunamente attuata prescrivendo l'obbligo di prevedere "riduzioni del canone nell'ipotesi in cui il concessionario attui un riuso delle acque reimpiegando le acque risultanti a valle del processo produttivo o di una parte dello stesso o, ancora, restituisca le acque di scarico con le medesime caratteristiche qualitative di quelle prelevate"[46].

L'attuale metodo tariffario ha esteso l'ambito degli oneri riferibili al costo ambientale inserendo nei costi ambientali "la valorizzazione economica dalla riduzione e/o alterazione delle funzionalità proprie degli ecosistemi acquatici (ritenzione idraulica, laminazione delle piene, abbattimento dei nutrienti, fitodepurazione, ricarica della falda … tali da danneggiare il funzionamento degli ecosistemi acquatici stessi e/o alcuni usi degli ecosistemi acquatici e/o il benessere derivante dal non-uso di una certa risorsa", includendo fra gli oneri computabili ai fini del calcolo tariffario tutte le misure dirette ad assicurare la "protezione e la salvaguardia delle fonti idrico potabili, nonché agli interventi per prevenire la riduzione e l'alterazione delle funzionalità proprie degli ecosistemi acquatici e per ripristinare il funzionamento degli ecosistemi acquatici stessi" [47].

La Spagna opera il recupero del costo ambientale attraverso il cosiddetto *Canon de agua*, un'imposta calcolata sulla base dei quantitativi prelevati in ambito domestico ed industriale con un sistema a blocchi tariffari crescenti.

In Francia, la riparazione del danno ecologico attraverso la tariffa si differenzia sulla base della qualità e la quantità di acqua utilizzata ed in base ad altri parametri (tipologia di abitato, uso della risorsa …). La fiscalità ambientale francese attua il principio PPP sia in ottica preventiva che nella prospettiva riparativa. Il dovere di solidarietà fissato a livello costituzionale[48] richiede che la distribuzione del costo della

[45] L'inottemperanza rispetto a questo obbligo aveva portato a un formale richiamo all'Italia, insieme ad altri paesi europei come Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Spagna e Finlandia, da parte della Commissione europea: Commissione Europea (COM(2019) 95 finale).

[46] Codice dell'Ambiente, art. 154, c. 3.

[47] ARERA, Terzo periodo regolatorio (2020-2023, MTI-3). Per una ricostruzione di questi meccanismi tariffari: M. COLAIZZI, *definizione dei costi ambientali e dei costi della risorsa: linee guida nazionali*, commento a DM n° 39 2015, Ministero Ambiente, 16 aprile 2015.

[48] *Charte de l'Environnement*, art. 4 : "*Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi*".

lotta contro l'inquinamento sia imposta a tutti i cittadini[49]. La fiscalità ecologica nel settore idrico è attuata attraverso le *Agences de l'eau*, che determinano le tariffe dei canoni e sovvenzionano le azioni di controllo da parte di enti locali e privati. L'Olanda ha invece introdotto nelle tariffe delle voci strettamente connesse ai costi ambientali derivanti dall'uso della risorsa e chi inquina o peggior, la qualità dell'acqua è tenuto a pagarne la depurazione.

L'*Environmental Protection Act* della Slovenia ha seguito una via opposta, dandosi l'obiettivo di adottare il principio PPP soprattutto attraverso misure generali per il finanziamento di politiche di protezione ambientale. Il programma nazionale persegue obiettivi di aumento di risorse economiche per investimenti in progetti legati all'ambiente, di accelerazione nell'introduzione di sgravi fiscali e di introduzione di un sistema di depositi e rimborsi.

Non esiste perciò una regolamentazione uniforme a livello europeo per l'implementazione dell'art. 9 della DQA. L'Agenzia Europea per l'ambiente ritiene comunque che appositi accordi di cooperazione e l'introduzione di meccanismi di pagamento di servizi ecosistemici (PES) siano opzioni promettenti per affrontare l'inquinamento diffuso e per promuovere una sana gestione delle acque[50].

L'Unione europea si sta dotando di un piano d'azione *Towards zero air, water and soil pollution*[51] per cercare di includere la prevenzione dell'inquinamento in tutte le politiche dell'UE, massimizzando le sinergie in modo efficace e proporzionato, accelerare l'attuazione e individuare eventuali lacune o compromessi, ma non fornisce indicazioni precise in ordine agli strumenti alternativi al recupero dei costi. Esso si limita però ancora ad indicare solo una generale tendenza al rafforzamento degli strumenti di recupero dei costi ambientali. Nel criticare il fatto che tutt'oggi "l'inquinamento è affrontato principalmente attraverso la regolamentazione e i suoi costi esterni non sono pienamente riconosciuti", la Commissione ritiene esservi ancora "margine per promuovere un maggiore utilizzo dei prezzi come strumenti per sostenere questo processo". La prospettiva è dunque quella di un'ulteriore implementazione degli strumenti e incentivi per rafforzare l'attuazione del principio

[49] Il Conseil constitutionnel ha tuttavia stabilito che il principio di uguaglianza non impedisce al legislatore di regolamentare situazioni diverse in modi diversi, né di derogare all'uguaglianza per motivi di interesse generale, a condizione che la differenza di trattamento che ne deriva sia direttamente correlata allo scopo della legge che lo istituisce: dec. 2015-477 QPC del 31 luglio 2015, cons. 3.

[50] EEA, *Assessment of cost recovery through water pricing*, Technical report n. 16/2013, 6.2.3 *Most promising options for the EU context*.

[51] Commissione europea, *Towards a Zero Pollution for Air, Water and Soil*", Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Percorso verso un pianeta sano per tutti Piano d'azione dell'UE, 12 maggio 2021, COM/2021/400 def.

'chi inquina paga' e "porre fine all'epoca dell'"inquinamento gratuito", facendo seguito alla relazione della Corte dei conti europea di prossima pubblicazione"[52].

7. La necessità di un ripensamento.

La concezione generale del PPP come filosofia della responsabilità verso il modo in cui percepiamo le nostre risorse ambientali e l'uso che ne facciamo incomincia ad essere oggetto di un serio ripensamento.

È certamente ormai una convinzione generalizzata che il deterioramento ambientale discenda inevitabilmente dalle attività economiche, ma la linea interpretativa del PPP ha dato anche generato l'idea che esista, in fondo, una sorta di diritto di inquinare, purché si assumano a proprio carico i relativi costi. Questo purtroppo non ha portato a mettere un limite preciso alla nostra propensione a produrre, consumare e commerciare anche oltre il necessario, laddove questi eccessi fossero riconducibili all'interno di una logica complessiva di crescita.

Da un lato occorre fare salvo, nella misura del necessario anche a discapito del principio 'chi inquina paga', il rispetto del diritto fondamentale d tutti gli esseri umani ad accedere a risorse vitali come l'acqua, diritto alla cui attuazione tutti gli Stati devono concorrere. Sul versante delle attività economiche è invece necessario individuare soluzioni che coinvolgano il settore privato nell'affrontare collettivamente i problemi ambientali sia locali che globali. Non basta perciò sensibilizzare gli operatori sui costi delle loro azioni, ma si deve riuscire a responsabilizzarli e mobilitarli verso un profondo cambiamento del loro modo di agire, "*moving from a purely burden sharing version of PPP to a more preventive one*"[53].

Tra i motivi che spingono ad un ripensamento vi è anche la giusta osservazione secondo cui questo principio contiene anche, *in nuce*, un significato di profonda diseguaglianza laddove si guardi alle trasformazioni generali subite dall'ambiente e alle alterazioni climatiche.

Occorre valutare dunque l'inadeguatezza di questo principio alla luce dell'etica e della giustizia in materia ambientale e climatica. Non solo per gli Stati dovrebbero prendersi in conto delle "responsabilità comuni ma differenziate", perché anche all'interno delle nostre singole società si sono stratificate diseguaglianze profonde, per cui devono essere soppesate anche circostanze più complesse del puntuale ed attuale consumo di un bene, tra cui anche la maggiore o minore capacità di sostenere l'onere in questione.

Il principio "chi paga paga" dovrebbe essere integrato dalla considerazione che talune aree geografiche e taluni territori hanno beneficiato di una possibilità di

[52] *Ivi*, pp. 13-14.

[53] P. SCHWARTZ, *Principle 16*, *The Polluter-Pays Principle* … cit., p. 449.

infrastrutturazione migliore, godono di un più elevato tenore di vita ed hanno anche maggior resilienza di fronte al peggioramento della qualità di alcune risorse naturali indispensabili, fra cui l'acqua. Non è solo questione di puntuale compensazione di danni ambientali, ma più largamente di un vero e proprio recupero del complessivo debito ambientale delle nostre comunità, che ci fa ritenere necessario che degli obiettivi di mitigazione più severi debbano essere perseguiti con approccio che tenga conto anche di fattori ulteriori rispetto al puro e semplice consumo quantitativo. Solo così si potranno rispettare anche altri principi fondamentali del diritto europeo tra cui quello di proporzionalità[54].

Mutuando quanto acutamente osservato riguardo alle responsabilità climatiche[55], il principio della PPP dovrebbe essere oggi integrato da una versione più aggiornata che tenga conto anche del principio di *ability to pay* che è ormai considerato una componente fondamentale nella maggior parte delle teorie della giustizia globale[56].

[54] Come ricorda giustamente A. GRATANI., *Addebitabilità e proporzionalità dei costi ambientali. Principi europei e nazionali a confronto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3/2014, 429-442.

[55] S. Caney, *Climate change and the duties of the advantaged*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2010, 13, 1, 203.

[56] D. French, L.J. Kotzé (eds), *Research handbook on law, governance and planetary boundaries*, Cheltenham, Elgar, 2021, 79-80.

IL DEBITO SOVRANO DEGLI STATI E DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NEL PRISMA DELLA SOSTENIBILITÀ

Carla Piffer* - Daniele Porena* - Nicolò Basigli*

ABSTRACT (ITA): l'articolo mira ad illustrare come il principio di sostenibilità, nella sua proiezione socioeconomica ed intergenerazionale, interessi anche il campo del debito sovrano degli Stati. Nello specifico si analizza la sostenibilità del debito pubblico in relazione al sistema di previdenza pensionistica e si illustrano quali sono le variabili che incidono, in Italia, sulla sua insostenibilità, auspicando un tempestivo ripensamento del sistema.

ABSTRACT (ENG): *the article aims to illustrate how the principle of sustainability, in its social-economic and intergenerational meaning, also affects the field of sovereign debt of states. Specifically, the sustainability of the public debt in relation to the pension system is analyzed and the variables that affect its unsustainability, in Italy, are illustrated, hoping for a timely rethinking of the system.*

SOMMARIO: 1. Sostenibilità: brevi considerazioni introduttive. **2.** La progressiva costituzionalizzazione del principio di sostenibilità del debito pubblico. Alcune soluzioni a confronto. **3.** La sostenibilità del debito pubblico in relazione al sistema previdenziale pensionistico: analisi degli elementi influenti sulla sostenibilità.

1. Sostenibilità: brevi considerazioni introduttive.

Partendo dall'ipotesi che "Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos"[1], si

[1]* Carla Piffer, autrice del primo paragrafo, è professoressa (professor titular) di Diritto delle Migrazioni Transnazionali presso l'Universidade do Vale do Itajai/SC (Brasile). Questo lavoro è stato realizzato con l'ausilio della "Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior" – Brasile (CAPES) – con il sostegno del "Programa de
Excelência Acadêmica" - PROEX
* Danele Porena, autore del secondo paragrafo, è professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Perugia.
* Nicolò Basigli, autore del terzo paragrafo, è professore di Diritto Transnazionale presso l'Universidade do Vale do Itajai/SC (Brasile).

sono, instancabilmente, cercati gli strumenti per rispondere e dare una efficace soluzione alle domande che sorgono oggigiorno sul tema.

Santos[2], enfatizzando il suo pensiero pessimista a riguardo degli effetti della globalizzazione, arriva ad una conclusione che presenta una visione prognostica positiva, risultato dall'esercizio dialettico, cercando in tal modo di trovare nelle contraddizioni irreversibili della società attuale la possibilità di superamento delle stesse. Questa ricerca sfrenata di risposte fa sì che, molte volte, non sia possibile comprendere il fenomeno *ab origine*, e la sua non conoscenza, certamente, indebolisce le possibilità di successo di tale impresa. Sembra, infatti, che si sia verificato una sorta di fenomeno che rende tutto liquido, inclusa, la dialettica aristotelica[3].

Relativamente alla sostenibilità, avere cognizione della sua origine e del suo fondamento è imprescindibile quando si parla, inizialmente, di preservazione del pianeta per le presenti e future generazioni.

In modo innovativo, all'inizio del Secolo XIX, Humboldt allertava che "*o homem não pode agir sobre a natureza e não pode apropriar-se de nenhuma de suas forças para uso próprio se ele não conhecer as leis naturais*", dando un consiglio, assai avanguardista, che invitava all'esplorazione della natura secondo un metodo scientifico e razionale, come si fa, di fatto, oggigiorno con la necessità di studi e di piani d'impatto ambientale. Lo stesso ha anche vaticinato che l'umanità aveva il potere di distruggere l'ambiente naturale, e le conseguenze, alle volte, sarebbero state catastrofiche. Questa preoccupazione di humboldtiana memoria, è oggi la preoccupazione che si ha a livello globale per quanto riguarda la preservazione della natura[4].

Da queste riflessioni che riguardano la protezione dell'ambiente mondiale, anche se, vi è da dire, tali pensieri si sono sviluppati con una prospettiva votata più verso la

---

"Un mondo globalizzato presuppone nuove relazioni d'interdipendenza, nuove necessità, problemi e sfide ugualmente nuove" trad. ad opera dell'autore, M. OLIVIERO-P.M. CRUZ, *Reflexões sobre o Direito Transnacional*. Rivista *NEJ - Eletrônica*, Vol. 17 - n. 1 - p. 18-28 / gen-apr 2012. p. 27. Disponibile al sito sito: www.univali.br/periodicos Accesso: 31 ott. 2019.

[2] M. SANTOS, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 17-20.

[3] W.V. JAEGER, *Aristóteles. Bases para la Historia de su Desarrollo Intelectual*. Traduzione di José Gaos, Messico, Fondo de Cultura Económica, 1946.

[4] "L'uomo non può agire sulla natura e non può appropriarsi di nessuna delle sue forze per farne un uso personale se prima non conosce le leggi naturali", trad. ad opera dell'autore, A. WULF, *A invenção da natureza: a vida e as descobertas de Alexander Von Humboldt*. Titolo originale: *The invention of nature*. Traduzione di Renato Marques. 1 ed. São Paulo: Planeta, 2016, p. 125-126.

dimensione economica che non quella della sostenibilità, si ha un punto di partenza per il concetto di ecosviluppo, figlio della riflessione globale contenuta nel report denominato "Dilemmi dell'Umanità", redatto nel 1970, meglio conosciuto come "Report del Club di Roma" o "Rapporto Meadows", pubblicato del 1972, in forma di libro intitolato "Limiti della Crescita" [5], il quale ha causato un risveglio dell'interesse sul tema e ha portato alla prima Conferenza Mondiale sull'ambiente, realizzata dall'ONU, nel 1972, a Stoccolma in Svezia[6].

La nascita del termine sostenibilità, si è originato nell'anno 1987, a partire dalla pubblicazione del rapporto Bruntland elaborato dalla Commissione Mondiale sull'Ambiente, documento denominato: "*Our Common Future*"[7], il quale trattava di una concezione innovativa in ambito di sostenibilità, menzionando lo sviluppo sostenibile, il cui approccio mirava a conciliare lo sviluppo economico con la protezione ambientale, che avrebbe portato ad un traguardo importante verso la sostenibilità del pianeta.

Nonostante il rapporto Brundtland del 1987 sia certamente ispirato da questi precedenti storici, come ben spiegano Cruz e Bodnar[8], un concetto più completo di sostenibilità è stato costruito nel corso del tempo: a partire dal 2002, nella conferenza Rio+10, realizzata a Johannesburg, il concetto venne consacrato nella prospettiva ambientale, sociale ed economica, con l'intesa che qualunque progetto di sviluppo futuro avrebbe dovuto contemplare la dimensione ambientale, sociale ed economica dell'ambiente, con la finalità di mantenere il pianeta in uno stato di salute buono ed equilibrato.

Si tratta, pertanto, di un tema dal contenuto rilevante per il futuro dell'umanità, in quanto esistono delle potenziali minacce che possono compromettere la sostenibilità andando a coinvolgere, isolatamente o congiuntamente, le tre dimensioni precedentemente citate.

---

[5] Si annovera anche l'opera "*The Limits to Growth*", data la diversità dei temi dibattuti al suo interno, la quale ha concesso importanti sussidi per la creazione della prima Commissione Mondiale sull'Ambiente e lo Sviluppo (CMMAD), nel 1983, i cui lavori itineranti realizzati in varie parti del mondo, troveranno sbocco solo più tardi nel Rapporto Brundtland e nella dimensione della Sostenibilità.

[6] D.H. MEADOWS-D.L. MEADOWS-J. RANDERS-W.W. BEHRENS III, *The Limits to Growth: A report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind*. New York: Universe Books, 1972, p. 121.

[7] Il riferimento è al documento dal titolo "*Our Common Future*" adottato il 20 marzo del 1987 dalla World Commission on Environment and Development presieduta da Gro Harlem Brundtland.

[8] P.M. CRUZ-Z. BODNAR, *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí: Univali, 2012. p. 110.

Continuando nel ragionamento, esso acquista sempre più vigore con l'avanzare del tempo: la costruzione concettuale della sostenibilità in termini multidimensionali, infatti, è stata segnata da importanti eventi storici che sono stati assai significativi per l'instaurazione dei principi fondanti e della cornice di base della sostenibilità ambientale, eventi che si sono verificati in ambito inter e transnazionale. Tra tali eventi, non si può dimenticare, principalmente nel contesto socio-economico-ambientale, l'importanza del Club di Roma, fondato nel 1968, su iniziativa dell'economista ed impresario italiano Aurelio Peccei, per discutere a riguardo del controllo della crescita demografica, del controllo della crescita industriale, dell'insufficenza dei mezzi di produzione e dell'esaurimento delle risorse naturali per soddisfare il fabbisogno mondiale. Su tali tematiche, non essendo i fondatori esperti in materia ambientale, si sono concentrati anche altri ricercatori per discutere in maniera interdisciplinare su temi connessi alla politica, economia internazionale e sviluppo sostenibile[9].

E' facile notare che il concetto di sostenibilità non è nato già confezionato, come un essere vivente già completo in tutte le sue parti e complessità strutturali o come una opera già fatta. Questa costruzione è stata cesellata nel tempo e nello spazio, per mano di uomini provenienti dalle più varie formazioni accademiche, persone scientificamente ispirate nel corso della storia dell'umanità.

Per la maggior parte degli studiosi parlare di sostenibilità significa abbracciare unicamente la questione relazionata all'ambiente. Alle volte quando accade ciò, conformemente a come già detto, il suo significato originale è oriundo dall'ecologia/biologia. Invece, la sostenibilità, nella sua concezione moderna, va al di là della sua dimensione ambientale, presentando, al di là di questa accezione "tradizionale" altre due dimensioni: l'economica e la sociale. Queste tre dimensioni formano quello che viene denominato "treppiedi" della sostenibilità.

Sotto l'aspetto ambientale, tale dimensione coinvolge tutti gli interventi a favore dell'utilizzo delle risorse naturali (suolo, acqua, etc.) in maniera prudente, indicando, così "a importância de precaver as formas de ocupação em determinadas áreas suscetíveis a modificações provocando riscos diversos ao ambiente e à vida em um sentido amplo"[10].

[9] D.H. MEADOWS-D.L. MEADOWS-J. RANDERS- W.W. BEHRENS III, *The Limits to Growth: A report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind.* New York, Universe Books, 1972, p. 09.

[10] "L'importanza di prendere precauzioni a riguardo dei modi di utilizzo [delle risorse] in determinate aree suscettibili di modifiche provocando così rischi diversificati all'ambiente e alla vita in senso

La dimensione economica della Sostenibilità si rifersice all'equilibrio economico e consiste essenzialmente nel "resolver o desafio de aumentar a geração de riqueza, de forma ambientalmente sustentável, e em encontrar os mecanismos para uma distribuição mais justa e homogênea"[11].

Per il presente studio, di somma importanza è il pensiero di Almeida[12], per il quale l'idea della sostenibilità è collegata con la nozione di reddito che, per Almeida, è la cifra massima che una società può consumare in un anno congiuntamente alla possibilità di consumare lo stesso importo nell'anno seguente lasciando, quindi, intatta la capacità di produrre e consumare. La capacità di produrre, a sua volta, è rapportata all'idea di capitale, normalmente associato a ciò che è dall'uomo creato e costruito, che, in verità, dipende da altre due forme di capitale: quello naturale e quello sociale.

La dimensione sociale, a sua volta, cerca "uma maior equidade na distribuição do "ter" e da "renda", de modo a melhorar substancialmente os direitos e as condições de amplas massas de população e a reduzir a distância entre padrões de vida de abastados e não abastados"[13]. A fronte di tutto ciò, tra i criteri per la conquista della dimensione sociale, Sachs[14] annovera: il raggiungimento di un ragionevole livello di omogenità sociale; la distribuzione equa del reddito; l'impiego lavorativo a tempo indeterminato, una qualità di vita decente e l'uguaglianza nell'accesso alle risorse e ai servizi sociali.

Mantenendo questa direzione, si verifica che la dimensione sociale sviluppa in senso positivo la qualità di vita delle persone, soprattutto in relazione ai diritti fondamentali come: la salute, il lavoro, l'educazione e il tempo libero tra le altre cose.

---

ampio", Trad. ad opera dell'autore,A.S. SILVA-J.G. SOUZA-A.C. LEAL, *A sustentabilidade e suas dimensões como fundamento da qualidade de vida*, *Geoatos: Revista Geografia em Atos*, Presidente Prudente, v. 1, n. 12, p. 22-42, giu. 2012. Disponibile al sito: http://revista.fct.unesp.br/index.php/geografiaematos/article/view/1724/sergiosilva. Accesso: 25 feb. 2023. p. 31.

[11] "Risolvere la sfida di aumentare il gettito della ricchezza, in maniera ambientalmente sostenibile, e di trovare i meccanismi che permettano una distribuzione più giusta ed omogenea", trad. ad opera dell'autore,G. REAL FERRER, *Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro?* Rivista *NEJ - Eletrônica*, Vol. 17 - n. 3 - p. 305-326 / set-dic 2012 Disponibile al sito: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413 Accesso: 28 mar. 2023, p. 321.

[12] F. ALMEIDA, *Desenvolvimento sustentável. 2012 – 2050: visão, rumos e contradições*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 148.

[13] "Una maggiore equità nella distribuzione dell' "avere" e del "reddito", di modo che possa migliorare sostanzialmente i diritti e le condizioni di ampie masse della popolazione e ridurre la distanza tra gli standard di vita dei ricchi e dei non ricchi", trad. ad opera dell'autore, I. SACHS, *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: Studio Nobel - Fundap. 1993, p. 25.

[14] I. SACHS, *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 85.

A seguito dell'analisi concettuale – fatta in maniera individuale – delle tre dimensioni della sostenibilità, in ciò che interessa l'approccio qui articolato, è possibile unirsi al pensiero del professore Freitas[15], il quale illustra il concetto completo e sistematico di sostenibilità, che è determinato da un principio costituzionale, con efficacia diretta e immediata, ed è in capo allo Stato e alla società l'effettivizzazione in maniera solidaria del diritto al benessere nello sviluppo materiale ed immateriale, socialmente inclusivo, duraturo e equanime, ambientalmente pulito, innvovatore, etico ed efficiente, in una idea di protezione in modo preventivo e cautelare, nel presente e nel futuro.

Stando poi a quanto dicono Cruz e Real Ferrer, "[...] pelo menos desde a Cúpula de Johannesburgo fala-se com toda clareza das três dimensões da sustentabilidade: a social, a ambiental e a econômica"[16]. A seguito di ciò si è avuto un avanzamento significativo relazionato all'ampiezza e alla multidimensionalità della sostenibilità, rispetto al periodo anteriore dove, invece, la sostenibilità era pensata essenzialmente nelle questioni relazionate all'ambiente e alla natura.

In questo contesto, vale la pena evidenziare che nell'Agenda 2030, così come risulta dalla Conferenza realizzata nel 2015, già nel preambolo[17] si evince l'importanza dell'equilibrio tra le tre dimensioni per il raggiungimento degli obiettivi e delle mete proposte per uno sviluppo sostenibile.

E' chiarificante quanto affermato da Bermejo[18], il quale spiega che essendo un concetto tridimensionale, quello della sostenibilità, tale caratteristica è utilizzata, come si è visto, come una barriera di difesa dello *status quo*, rivendicando pertanto la

[15] J. FREITAS, *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2012, p. 54.

[16] "A cominciare dal congresso di Johannesburg si parla con assoluta chiarezza delle tre dimensioni della sostenibilità: la sociale, l'ambientale e l'economica", trad. ad opera dell'autore,P.M. CRUZ-G. REAL FERRER, *Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos*. In: A. SILVEIRA-J.C. ABREU- L.A. COELHO, *Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável*. Braga/Portogallo: Pensamento Sábio, 2020, p. 09.

[17] Preambolo: "[...]. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que estamos anunciando hoje demonstram a escala e a ambição desta nova Agenda universal. Eles se constroem sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e concluirão o que estes não conseguiram alcançar. Eles buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas. Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. [...]". Nazioni Unite Brasile. Agenda 2030. Disponibile al sito: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/. Accesso: 22 feb. 2022.

[18] R. BERMEJO, *La gran transición hacia la sostenibilidad*. Madrid: Catarata, 2005. p. 40.

necessità di prendere in considerazione tutti gli aspetti rilevanti delle dimensioni: sociale, economica ed anche ambientale. Dall'altra parte, invece, si vogliono limitare le dimensioni in compartimenti a tenuta stagna, ma è impossibile separare la dimensione sociale ed economica una volta che anche l'economia ambientale diventa una scienza sociale. E non si riesce a capire la dimensione ambientale, ossia la protezione dell'ambiente naturale, separata dal fattore economico e sociale che si stanno, anch'essi, a mano a mano deteriorando.

A seguito di questa idea, è possibile indicare alcuni elementi indispensabili che compongono il concetto operazionale di sostenibilità intergenerazionale adottato in questa ricerca, i quali sono: (i) che le varie dimensioni sviluppano una intima relazione di interdipendenza, senza nessuna predominanza di una sulle altre; (ii) che si esige efficenza nella gestione dell'utilizzo delle risorse necessarie ed indispensabili per la realizzazione delle dimensioni; (iii) che richiede una postura etica ferma di coloro che sono coinvolti – agenti sia pubblici che privati – nell'osservazione del fenomeno; (iv) che è connaturata con due principi irrinunciabili: uno, quello della prevenzione con lo scopo di evitare danni certi; (v) due, quello di precauzione, consistente nel dovere di evitare danni altamente probabili; (vi) sotto l'egida di una clausola solidaria e vincolante con le presenti e future generazioni (intergenearazionale); (vii) per quanto riguarda la responsabilità dell'Ente Statale e di tutta la società con l'effettività di questo principio vettore [19].

2. La progressiva costituzionalizzazione del principio di sostenibilità del debito pubblico. Alcune soluzioni a confronto.

Nel 1987, con il noto rapporto Brundtland, citato anteriormente, faceva la propria comparsa il principio dello sviluppo sostenibile.

Le preoccupazioni alla base della prima enunciazione del principio si concentrarono dapprima, essenzialmente, intorno alle dinamiche che regolano i rapporti tra uomo e ambiente.

[19] Testo adattato da C. PIFFER-B.A. ALVES, *Experiências de governança da sustentabilidade ambiental nacional e transnacional a cargo dos tribunais de contas*. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica dell' UNIVALI, Itajaí, Brasile v.15, n.1, 1º quadrimestre 2020. Disponibile al sito: *www.univali.br/direitoepolitica*. Accesso: 01 mar. 2023, p. 85.

Da qui la definizione offerta nel documento "*Our common future*"[20] – e che, tutt'ora, resiste nella sua struttura essenziale – secondo cui lo sviluppo sarebbe sostenibile nella misura in cui consenta alle generazioni presenti di soddisfare le loro necessità senza, con ciò, compromettere la soddisfazione di analoghi bisogni in capo alle generazioni future.

Pur gemmato nell'ambito della riflessione teorica sviluppata intorno ai principi chiamati a ispirare le regole di protezione ambientale, il concetto in esame ha poi nel tempo mostrato una vitalità e, soprattutto, capacità espansive tali da estenderne la portata ad ambiti e latitudini teorico-giuridiche quantomai vaste.

È infatti ormai dato di comune conoscenza quello secondo cui di sostenibilità si parla in senso non più solo ambientale ma, anche, economico e sociale. Addirittura, non è mancato in letteratura chi ha voluto elevare il concetto di sostenibilità al rango di autentico paradigma postmoderno capace di "repubblicanizzare" la globalizzazione[21]. In estrema sintesi, sembra proprio che le generazioni correnti – nate tra le insidie di quella che è stata definita la società del rischio[22] – abbiano preso piena coscienza delle responsabilità che sono chiamate ad assumere nell'ideale relazione intergenerazionale che le lega ai posteri. Sebbene le criticità ambientali rappresentino il terreno elettivo nel quale misurare l'idea di quel giusto risparmio di risorse che ciascuna generazione è chiamata a trasferire alle successive, il tema della sostenibilità si è poi imposto, come detto, anche lungo altri versanti.

In particolare, nell'ambito delle finanze pubbliche, la questione della ripartizione intergenerazionale degli oneri e dei benefici sembra aver ormai assunto una collocazione centrale nel quadro della riflessione teorico-giuridica.

---

[20] Come noto, il documento in oggetto rifluì negli atti conclusivi della Conferenza di Rio de Janeiro del 1992. Sul punto, cfr. S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio de Janeiro nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, p. 582 ss.; L. PINESCHI, *La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo*, in *Riv. giur. amb.*, 1992, p. 705 ss.; T. TREVES, *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, p. 577 ss.; P. SOAVE, *Lo sviluppo sostenibile nella prospettiva dell'Agenda 21. Programma d'azione lanciato alla Conferenza di Rio de Janeiro*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, p. 103 ss.

[21] Cfr. Cfr. P.M. CRUZ-Z. BODNAR, *Globalização, Transnacionalidade e sustentabilidade*, Itajaì, Brasile, 2012, p. 41 ss. e, ancora, P.M. CRUZ-Z. BODNAR, *O novo paradigma do direito na pós-modernidade*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 1, 2011.

[22] Il riferimento, ovviamente, è all'ormai celebre opera di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, ed. it. Roma, 2013.

In realtà la questione non è poi così recente. Già nel dialogo tra Madison e Jefferson, all'epoca della Convenzione di Philadelphia[23], emergeva infatti il nodo politico rappresentato da quella forma di "*taxation without representation*" che l'accumulo eccessivo di debito pubblico finisce per rappresentare a carico delle generazioni venture[24].

Le più attente riflessioni sul tema politico, prima ancora che giuridico, rappresentato dal ricorso degli Stati all'indebitamento illustrano oramai da tempo come, nelle forme del debito contratto per sostenere la spesa corrente, a questa scelta sia sotteso un preoccupante profilo di "egoismo intergenerazionale": il ricorso all'indebitamento delle generazioni future si pone infatti come strumento alternativo rispetto alla tassazione di quelle presenti[25].

Ancora, mentre il debito contratto per investimenti realizzerebbe un'equa ripartizione costi/benefici tra le diverse generazioni (sulle generazioni venture graverebbero i costi ma anche i benefici, di medio e lungo termine, prodotti dai relativi investimenti), dal debito contratto per fronteggiare la spesa corrente non deriverebbe alcun beneficio in favore delle generazioni future: ad esse competerebbe solo l'ingrato compito di saldare il conto[26].

---

[23] Confronto di recente ricordato da R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012. Cfr. anche L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020, p. 91.

[24] Cfr. R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, XXII, secondo i quali «un debito eccessivo ed incontrollato, nel momento in cui scarica irresponsabilmente oneri economici sulle generazioni successive, sottraendo alla loro discrezionalità decisionale enormi flussi finanziari (in Italia si è arrivati ormai a più di 60 miliardi di euro all'anno come spesa per gli interessi sul debito pubblico), finisce col rappresentare una sorta di tassazione iniqua, perché "without representation" (per usare la celebre formula della Magna Charta), e perché sganciata da qualsiasi presupposto di responsabilità; e così diventa, per quanto possa sembrare paradossale, un pesante ostacolo ad una realizzazione più efficace delle politiche di protezione dei diritti, uno di quegli "ostacoli di ordine economico-sociale" ai quali allude il secondo comma dell'art. 3 della Cost.».

[25] Cfr. L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, op. cit., p. 92.

[26] Cfr. J.M. BUCHANANR.E. WAGNER, *La democrazia in deficit. L'eredità politica di Lord Keynes*, (ed. a cura di D. DA EMPOLI, Roma, 1997), p. 32 ss. «il ricorso al prestito, all'emissione di debiti, deve essere limitato o a quelle situazioni in cui i bisogni di spesa sono concentrati nel tempo, a causa o di circostanze straordinarie come emergenze naturali o disastri, o quelle necessità di spesa, riunite in un unico momento, tipiche di un programma di investimento in conto capitale. (…) Guidato da questo principio

Tralasciando una lunga serie di ulteriori riferimenti a riflessioni del passato, basti dunque considerare come il tema abbia radici, in effetti, piuttosto risalenti.

In epoca recente, sembra che la questione della sostenibilità del debito pubblico – da preoccupazione essenzialmente politica – abbia progressivamente assunto i connotati propri delle categorie giuridiche.

In particolare, sconvolti dalle conseguenze della crisi economica degli ultimi anni – che in Europa si è severamente abbattuta sui diversi ordinamenti anche nella forma violenta della crisi dei debiti sovrani – vari Stati hanno affrontato, sul piano della disciplina costituzionale, la questione della sostenibilità del debito pubblico: ciò, attraverso riferimenti espressi oppure per il tramite di clausole e principi comunque implicitamente riconducibili alla medesima preoccupazione.

Una rapida rassegna di alcune tra le principali soluzioni costituzionali intraprese dai vari ordinamenti sarà utile alla prosecuzione del discorso[27].

Un disteso riferimento alle tre principali latitudini lungo le quali si esprime il principio di sostenibilità è oggi contenuto nella Costituzione del Belgio. Ed infatti, si legge all'art. 7 *bis*, che «nell'esercizio delle rispettive competenze, lo Stato federale, le comunità e le regioni perseguono gli obiettivi di uno sviluppo sostenibile nelle sue dimensioni sociali, economiche e ambientali, tenendo conto della solidarietà tra le generazioni».

La norma, in questo caso, non contiene un riferimento specifico alla sostenibilità del debito pubblico: tuttavia, sembra che la proiezione del principio lungo la direttrice economica, unitamente al riferimento alla solidarietà intergenerazionale, ben possa considerarsi idonea ad includere il tema della ripartizione dei rapporti debitori tra le diverse generazioni.

---

di responsabilità fiscale un Governo può, ad esempio, emettere debito pubblico per costruire una strada o un sistema di autostrade, ammesso che tale debito sia restituito durante gli anni in cui si prevede che generi benefici o rendimenti ai cittadini. Considerazioni simili sono alla base della distinzione tra spese correnti e spese in conto capitale che caratterizza i bilanci statali, con l'implicazione che i principi di finanziamento sono diversi a seconda della classe di spesa. Tali norme incorporano la nozione che soltanto la prospettiva di benefici generati in periodi successivi alla spesa rende legittimo proporne o dilazionarne i costi».

[27] Sul punto, il presente contributo è tra l'altro debitore nei confronti della indagine condotta da T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, n. 1, 2016 nonché di quella condotta da L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020, pp. 71 e ss.

Più specifico è invece il riferimento contenuto nell'art. 36 della Costituzione Ungherese.

La predetta norma prevede infatti che «l'Assemblea Nazionale non può approvare una Legge Finanziaria che causerebbe un debito pubblico superiore alla metà del prodotto interno lordo. Fino a quando il debito pubblico supera la metà del prodotto interno lordo, l'Assemblea Nazionale può approvare solo una Legge Finanziaria che contenga l'abbattimento del debito pubblico rispetto al prodotto interno lordo».

La disposizione da ultimo richiamata (salvo le deroghe di seguito previste per i casi emergenziali o di recessione economica) giunge dunque a identificare l'esatto limite al di sotto del quale il debito sovrano è considerato sostenibile.

Altro esempio di normazione costituzionale contenente non già la sola e semplice enunciazione del principio ma la previsione di specifici indicatori economici di sostenibilità è quella contenuta nella *Grundgesetz*.

L'art. 115 della *Grundgesetz*, nel testo che precedeva le più recenti riforme, prevedeva che «l'assunzione di prestiti, così come quella di fidejussioni, o malleverie, o simili garanzie, che possano comportare spese per i successivi anni finanziari, necessitano di un'autorizzazione certa, o accertabile in relazione all'importo, da concedersi con legge federale. Le entrate provenienti da prestiti non possono superare la somma delle spese previste nel bilancio per gli investimenti. Eccezioni sono ammissibili solo per eliminare distorsioni dell'equilibrio economico generale (…)».

Tuttavia, a seguito della legge di riforma n. 2248 del 29 luglio 2009, è stato conservato solo il primo periodo della norma mentre, di seguito, è stato aggiunto un secondo comma ai sensi del quale «entrate e uscite, in linea di principio, devono essere bilanciate senza computare come entrate i prestiti. Tale principio s'intende soddisfatto qualora le entrate derivanti da prestiti non superino lo 0,35% del prodotto interno lordo (…)». Ancora, dispone la norma, «in caso di catastrofi naturali o di straordinarie situazioni di emergenza che sfuggano al controllo dello Stato e compromettano in modo rilevante le finanze statali, i predetti limiti di prestito possono essere superati per decisione della maggioranza dei membri del Bundestag. La decisione deve essere collegata a un piano di ammortamento (…)».

Con le più recenti innovazioni la Costituzione tedesca ha dunque superato la c.d. *golden rule* che in precedenza ancorava il ricorso all'indebitamento alle spese per

investimenti: è oggi consentito il ricorso all'indebitamento anche in relazione alla spesa corrente purché ciò abbia luogo entro le soglie indicate[28].

Un richiamo espresso alla sostenibilità del debito pubblico è poi contenuto nell'art. 135 della Costituzione spagnola[29]. Dopo aver precisato che «il volume di debito pubblico di tutte le Pubbliche Amministrazioni in relazione al prodotto interno lordo dello Stato non può superare il valore di riferimento stabilito dal Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea», il quarto comma della disposizione richiamata prevede che «i limiti del disavanzo strutturale e del volume di debito pubblico possono essere superati solo in caso di catastrofi naturali, recessione economica o situazioni di emergenza straordinaria che sfuggano al controllo dello Stato e che pregiudichino seriamente la situazione finanziaria o la sostenibilità economica o sociale dello Stato, dichiarate con voto a maggioranza assoluta dei membri del Congresso dei Deputati»[30].

Norme costituzionali sulla sostenibilità del complessivo quadro economico-finanziario sono poi contenute, tra le altre, nella Costituzione francese, in quella slovena e in quelle di Polonia, Austria e Finlandia. Al di fuori dell'Unione europea,

[28] Sugli interventi di riforma adottati in Germania, cfr. R. BIFULCO, *Il pareggio di Bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*, in *Rivista Aic*, n. 3/2011; R. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2011; G. DELLE DONNE, *La procedura di bilancio tra equilibri della forma di governo e ricerca della stabilità economica: una ricostruzione comparatistica dell'esperienza francese e tedesca*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2011. Si ricordi, inoltre, quanto sostenuto dalla Corte costituzionale tedesca in ordine alla legittimità dei vincoli introdotti alla decisione di bilancio (BVERFG, 2 BvR 1390/12; 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvE 6/12, del 12 settembre 2012): secondo il Bundesverfassungsgericht «il fatto che i parlamenti si autovincolino (…) può essere necessario nell'interesse alla conservazione a lungo termine della capacità di determinazione democratica (…) se è vero che un vincolo di questo genere può anche limitare i margini di manovra nel presente, allo stesso tempo può essere funzionale alla loro preservazione per il futuro».

[29] In tema, cfr. R. BIFULCO, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*, in R. BIFULCO-O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, 2013, p. 142 ss.

[30] Sulla riforma introdotta in Spagna, cfr. C. FASONE, *La giustiziabilità della clausola sul pareggio di bilancio in Spagna. Quali indicazioni per il caso italiano?*, in C. DECARO-N. LUPO-G. RIVOSECCHI, *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, 2012, p. 227 ss., secondo la quale «dal contenuto delle nuove disposizioni emerge chiaramente, comunque, la ragione ultima per cui il legislatore ha deciso per la costituzionalizzazione della clausola, cioè la necessità di un controllo stringente sui bilanci delle autonomie territoriali e in particolare delle Comunità autonome, in coerenza, del resto, con l'indirizzo fornito dalla giurisprudenza costituzionale più recente».

analoghi riferimenti sono contenuti, tra le altre, nelle Costituzioni di Bolivia, Colombia, Messico, Perù, Serbia, Sudafrica e Venezuela.

In Italia è con la legge costituzionale n. 1 del 2012 che il principio della sostenibilità del debito pubblico ha fatto il proprio ingresso nella Carta[31].

Secondo quanto disposto all'art. 81 Cost., ult. comma, Cost., il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali, i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le spese e le entrate dei bilanci e la sostenibilità del debito delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge, approvata a maggioranza assoluta dei membri di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale.

Al secondo comma, la norma dispone invece che il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei propri componenti, al verificarsi di «eventi eccezionali».

In ultimo, il nuovo art. 97 Cost. dispone che le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurino l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

I principi costituzionali enunciati negli artt. 81 e 97 Cost. hanno poi trovato svolgimento e diretta attuazione grazie alle disposizioni contenute nella legge n. 243 del 24 dicembre 2012.

---

[31] Sul punto, si vedano in dottrina, tra gli altri, i contributi di M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana": qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *www.federalismi.it*, 2013; R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, op. cit.; A. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio: effetti sui rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali. Il caso italiano*, in *Rivista telematica dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, 2012; P. CANAPARO, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio ed il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in *www.federalismi.it*, 2012; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della seconda parte della Costituzione: profili di controriforma dell'autonomia regionale e locale*, in *www.federalismi.it*, 2012; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Le Regioni*, n. 1, 2014; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011, 2012; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 25.10.2011; D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in *www.federalismi.it*, 2012; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2014; G.M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali, in Costituzione e pareggio di bilancio*, *Il Filangieri*, Quaderno 2011, 2012; C. TUCCIARELLI, *Pareggio di bilancio e federalismo fiscale*, in *Quad. cost*., 2012.

In particolare, l'art. 4 della legge da ultimo richiamata, rubricato «sostenibilità del debito pubblico», dopo aver ribadito che «le amministrazioni pubbliche concorrono ad assicurare la sostenibilità del debito pubblico ai sensi dell'articolo 97, primo comma, della Costituzione», stabilisce che «i documenti di programmazione finanziaria e di bilancio stabiliscono obiettivi relativi al rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo coerenti con quanto disposto dall'ordinamento dell'Unione europea». Ancora, prevede la norma richiamata, «qualora il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo superi il valore di riferimento definito dall'ordinamento dell'Unione europea, in sede di definizione degli obiettivi di cui all'articolo 3, comma 3, si tiene conto della necessità di garantire una riduzione dell'eccedenza rispetto a tale valore in coerenza con il criterio e la disciplina in materia di fattori rilevanti previsti dal medesimo ordinamento».

Similmente a quanto previsto dalla normazione costituzionale tedesca, anche nel caso italiano sono previste deroghe rispetto ai limiti ora ricordati.

In particolare, in base a quanto previsto dall'art. 6 della legge n. 243/2012, scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico sono consentiti in caso di «eventi eccezionali». La stessa legge definisce poi la natura dei predetti eventi: tali sarebbero quelli riconducibili a periodi di grave recessione economica relativi anche all'area dell'euro o all'intera Unione europea o, ancora, eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse gravi crisi finanziarie o gravi calamità naturali dalle quali derivino rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese.

Nel caso italiano, dunque, oltre ad un esplicito riferimento costituzionale alla sostenibilità del debito pubblico, è stata altresì definita la misura al di sopra della quale il detto debito illustrerebbe elementi di criticità sul piano della sua sostenibilità.

La rapida rassegna di alcune tra le principali forme di costituzionalizzazione del principio di sostenibilità in relazione al debito pubblico illustra profili di una certa eterogeneità. In alcuni casi, il riferimento alla sostenibilità del debito pubblico è formulato in modo espresso, in altri, solo implicitamente. Più isolati, poi, sono i casi in cui le costituzioni giungono a identificare precisi parametri di sostenibilità del debito pubblico ponendolo in rapporto ad altre grandezze economiche.

In generale, è possibile osservare che i processi di costituzionalizzazione del principio di sostenibilità del debito pubblico non esauriscono, in effetti, il perimetro delle preoccupazioni emerse sul tema. In particolare, non lievi interrogativi sorgono

su quando, e in presenza di quali condizioni, il debito possa essere considerato sostenibile.

In proposito, non sembra siano reperibili indicazioni univoche circa l'impiego di questo o quel parametro economico di raffronto.

Attenti studi monografici sul tema prospettano la tesi secondo cui il debito pubblico sarebbe sostenibile laddove sia compatibile con le capacità di rimborso dello Stato che lo ha emesso o, ancora, laddove il tasso di interesse pagato sul debito non superi il tasso di crescita della ricchezza nazionale[32].

Altri temi cruciali, ma connessi alle incertezze di cui da ultimo si è detto, emergono poi in relazione ai profili di sostenibilità del debito pubblico dei Paesi dell'area euro che hanno cessato di battere autonomamente moneta e, in generale, alle forme di stato sociale diffuse nell'Europa continentale dove, come in Italia, emergono tendenze da parte dei rispettivi sistemi di giustizia costituzionale a considerare come costituzionalmente necessario un livello minimo di spesa finalizzata alla protezione, quantomeno, del nucleo essenziale dei diritti fondamentali[33].

La non "insularità" del problema del debito pubblico rispetto a temi e questioni sia di politica legislativa che di giustizia costituzionale rende dunque particolarmente complesso ingabbiarne le grandezze all'interno di rigidi indici e parametri economici. Ma il processo di giuridicizzazione e costituzionalizzazione delle scelte sul debito pubblico può solo dirsi appena cominciato: verosimilmente, le più sofisticate tecniche di gestione del debito elaborate dai diversi ordinamenti finiranno sempre più per permeare la sfera del giuridicamente doveroso finendo per imporsi quali autentiche regole applicative del principio in esame.

3. La sostenibilità del debito pubblico in relazione al sistema previdenziale pensionistico: analisi degli elementi influenti sulla sostenibilità.

La discussione sulla sostenibilità del debito pubblico si sta, sempre di più, focalizzando sulla spesa a debito che viene effettuata per il corretto funzionamento del sistema previdenziale pensionistico. Il fatto che l'attuale sistema stia, di anno in anno,

[32] Si veda, di recente, l'ampio ed approfondito studio di L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, op. cit., pp. 82 e ss.

[33] Con riferimento agli arresti della Corte costituzionale italiana, si vedano, da ultimo, le sentenze n. 154/2017, n. 103/2018 e n. 197/2019.

entrando in una crisi più profonda è evidenziato dai numerosi interventi normativi di riforma che ad ogni nuovo governo si susseguono tentando di dare risposte che si rivelano, spesso e volentieri, insoddisfacenti. La spesa a debito che viene stanziata per il sistema pensionistico è insostenibile e a doverne pagare il conto è l'attuale generazione, che vede innalzarsi sempre di più l'età anagrafica per poter accedere all'istituto, e le future che si troveranno a dover pagare un sistema oramai non più praticabile. Ma la causa della crisi dell'attuale sistema non è risolvibile con delle semplicistiche riforme e con l'innalzamento della soglia anagrafica; questo perché gli elementi che hanno determinato la crisi del sistema sono molteplici e, pertanto, senza un approccio olistico, il problema viene solo tamponato e mai risolto completamente.

Secondo il Global Pension Index 2022 del Mercer CFA Institut l'Italia ha una situazione molto critica in termini di sostenibilità. In tale documento, che confronta 43 sistemi di reddito pensionistico in tutto il mondo, si evidenziano i punti di forza e debolezza di ogni paese, i quali vanno a costituire un punteggio che permette di stilare una classifica. I criteri analizzati sono: adeguatezza (cosa si ottiene dal sistema pensionistico), sostenibilità (se il sistema può continuare ad erogare), integrità (se il sistema è affidabile). In tale classifica l'Italia si posiziona al 32° posto su 43, una posizione assai sconfortante. Analizzando il punteggio totalizzato dall'Italia nei tre criteri si nota che l'indice che incide in maniera determinante sul basso punteggio è proprio quello della sostenibilità[34].

Alcuni elementi che incidono sulla sostenibilità sono: una popolazione che si fa sempre più anziana, la bassa occupazione femminile insieme ad una bassa fecondità, il contrasto al fenomeno migratorio e le riforme che sono attualmente in discussione al parlamento, tutti elementi che a vario titolo comportano la non sostenibilità del sistema pensionistico, se non si prende coscienza del fatto che la riforma del sistema passa anche da un cambiamento di queste variabili e da un differente approvvigionamento finanziario che deve tenere conto del fattore di stabilità finanziaria del *welfare* pubblico e dell'equità sociale[35].

[34] Per consultare i dati e vedere la lista dei paesi presi in considerazione si rimanda al sito ufficiale: *https://www.mercer.com/our-thinking/global-pension-index.html*

[35] V. FILI', *La sostenibilità del sistema pensionistico italiano tra equilibri ed equilibrismi*, in *Massimario Giurisprudenza del Lavoro*, Giappichelli, 2018, disponibile presso il sito: *https://www.massimariogiurisprudenzadellavoro.it/sostenibilita-del-sistema-pensionistico-italiano*

Per riflettere sul sistema pensionistico è necessario, innanzitutto, analizzare qualche dato per poter basare le osservazioni che si sono appena fatte e che si faranno. I numeri che sono contenuti negli ultimi report dell'INPS mostrano come la spesa venga strutturata: al 1 gennaio 2023 le pensioni vigenti sono 17.718.685, di cui 13.685.475 (77,2%) di natura previdenziale (vecchiaia, invalidità e superstiti) e le restanti 4.033.210 (22,8%) di natura assistenziale (invalidità civili, indennità di accompagnamento, pensioni e assegni sociali). Nel 2022 sono state liquidate 1.350.222 pensioni, delle quali il 46,5% di natura assistenziale. Gli importi annualizzati, stanziati per le nuove pensioni liquidate del 2022, ammontano a 14,2 miliardi di euro, Il costo complessivo degli assegni liquidati è di 231 miliardi: 206,6 miliardi sostenuti dalle gestioni previdenziali e 24,4 miliardi riconducibili all'assistenza. I trattamenti di anzianità o anticipato sono 5,022 milioni e rappresentano circa un terzo del totale e ben il 37% dei 13,6 milioni di assegni prettamente previdenziali. Nel solo 2022 l'Istituto ha pagato 1.350.222 nuove pensioni, il 46,5% delle quali di natura assistenziale. E gli importi annualizzati stanziati per le nuove liquidate del 2022 ammontano a 14,2 miliardi, circa il 6,1% dell'importo complessivo annuo in pagamento al 1° gennaio 2023 [36].

Lo scenario finanziario che si prospetta stando a questi dati è che la crisi in corso sia, tuttavia, solo temporanea e non presenti effetti di tipo strutturale, infatti le fonti di finanziamento dell'istituto che si occupa della previdenza pensionistica sono fondamentalmente costituite dai contributi previdenziali e dai trasferimenti dal bilancio dello Stato [37]. L'equilibrio finanziario va valutato nel suo complesso in ragione dei diversi canali di finanziamento, senza scordarsi che è un sistema pubblico, obbligatorio, solidaristico e strutturato a ripartizione. Le regole contabili che sono applicabili all'istituto di previdenza italiano sono la palese traduzione di tali principi: relativamente alla spesa previdenziale a fronte di un disavanzo, che non è possibile

[36] Osservatorio sulle Pensioni 2022, dati INPS disponibili al sito: *https://www.inps.it/it/it/inps-comunica/notizie/dettaglio-news-page.news.2023.03.osservatorio-sulle-pensioni-i-dati-del-2022.html* e Documento MEF, *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario*, Roma, 2022, disponibile al sito: *https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Attivit--i/Spesa-soci/Attivita_di_previsione_RGS/2022/Rapporto2022.pdf*

[37] Sul finanziamento del sistema previdenziale cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 216 ss.; M. CINELLI-S. GIUBBONI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, CEDAM, Padova, 2022, p. 213 ss.; M. PERSIANI-M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 54-58; R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2016, p. 235 ss.

coprire con il gettito contributivo, interviene lo Stato che immette denaro che non sarà mai restituito dall' istituto previdenziale[38] andando a creare debito futuro.

Il funzionamento dell'INPS può essere raffigurato come un sistema a vasi comunicanti in cui le gestioni sono tutte collegate tra loro e con il bilancio dello Stato medesimo, pertanto è limitante vedere l'istituto come un semplice "erogatore di pensioni". In effetti in Italia una separazione rigida tra la spesa previdenziale e quella assistenziale non c'è mai stata e per rendere questa separazione effettiva occorrerebbe cambiare il sistema di calcolo della gran parte delle pensioni che sono erogate oggigiorno dato che, il calcolo retributivo, non corrisponde ai contributi versati e, pertanto, produce da solo una parte di prestazione di natura assistenziale, in quanto avulsa dalle regole attuariali[39]. Semplificando: Per le pensioni calcolate con il sistema retributivo esiste una parte di esse che è di natura assistenziale e, quindi, la divisione che è presente nel bilancio dell'Istituto tra previdenza ed assistenza è contabile, ma non sostanziale, questo in quanto le anticipazioni che lo Stato fa per sorreggere la gestione delle pensioni in disavanzo sono solo da un punto di vista nominale diverse dalle *tranche* di pagamento che lo Stato fa in favore dell'Istituto per l'erogazione delle pensioni.

Le previsioni fatte dall' ISTAT sul futuro scenario della popolazione italiana mostrano, già nel medio periodo, uno scenario assai critico. In effetti, prendendo in considerazione nel loro complesso tutte le previsioni già fatte dall'ISTAT, l'andamento demografico italiano risulta in calo rispetto ai dati del 2022 per tutto l'orizzonte futuro. I dati mostrano che la popolazione residente in Italia, nel medio periodo, si ridurrà da 59,0 milioni (1 Gennaio 2022) a 57,8 milioni (1 gennaio 2030), a 54,0 milioni (1 gennaio 2050) per arrivare all'infelice cifra di 47,6 milioni (1 gennaio 2070)[40]. Tali dati dimostrano che non solo la popolazione italiana diminuirà drasticamente ma anche che ci saranno sempre meno persone attive lavoratrici che dovranno sorreggere il pesante sistema previdenziale italiano, rendendolo sempre più insostenibile a fronte di un aumento della popolazione anziana.

---

[38] A bilancio, tali prestiti vengono rubricati come "anticipazione", ma si rivelano essere dei trasferimenti a titolo definitivo.

[39] A. BRAMBILLA, *Il nostro sistema previdenziale sarà sostenibile in un'Italia più anziana?* In *Il Punto*, 26/10/2021, disponibile al sito: *https://www.itinerariprevidenziali.it/site/home/ilpunto/pensioni/il-nostro-sistema-previdenziale-sara-ancora-sostenibile-in-italia-piu-anziana.html*, accesso il 04/04/2023

[40] Per i dati completi si rinvia al sito ufficiale dell'ISTAT dove è possibile consultare tutti i dati attinenti all'andamento demografico: *https://demo.istat.it/*

Nella fotografia del Paese restituita da questi dati, emerge con violenza un'immagine condizionante per le prospettive evolutive dell'intero sistema: la popolazione italiana sta invecchiando proporzionalmente all'aumento della speranza di vita e ad una diminuzione drastica della natalità e tutto ciò impatta in maniera assai preoccupante sul sistema pensionistico, ma, più in generale, sul sistema di *welfare* complessivo. Dai dati sopra esposti si può notare che nel 2040 la popolazione italiana sarà ridotta di quasi 7 milioni di unità anche a fronte dell'imponente fenomeno migratorio che coinvolge la penisola italiana. Per la sostenibilità del sistema è, pertanto, necessario che aumentino le nascite e che vi siano più persone possibili occupate che paghino i contributi[41]. E' anche per tali ragioni che una ulteriore variabile da prendere in considerazione, quando si parla di sostenibilità del sistema pensionistico, è il fenomeno migratorio che potrebbe permettere un aumento delle nascite. E' giusto permettere al sistema pensionistico di avere una certa flessibilità, ma al tempo stesso è necessario migliorare l'organizzazione del lavoro che, nella penisola italica, soffre di un arretratezza genetica. E' chiaro che non sia più possibile fare alcuni lavori (andare sui ponteggi, in fonderia, guidare mezzi pubblici, etc.), oltre una certa età. E' necessario, al contrario, permettere una programmazione della carriera lavorativa andando a prevedere, mediante un invecchiamento attivo, il passaggio a dei compiti che siano conformi con l'età anagrafica e lo stato di salute del lavoratore[42]: tali occorrenze, tuttavia, sono state completamente ignorate sia dalle imprese, dallo Stato, ma anche dai sindacati, che in questi ultimi anni hanno eluso completamente questa tematica, portando alle problematiche che sono note. Elemento su cui poi bisognerebbe riflettere è che in Italia, paese tra i primi per aspettativa di vita, risulta assai difficile progettare una vecchiaia in buona salute (il tasso di persone non autosufficienti è assai elevato). E' infatti mancante una normativa ed una gestione, sia essa pubblica o privata, che affronti questo fenomeno che continuerà ad aumentare nei prossimi anni, in progressione con l'invecchiamento della popolazione e manca, altresì, una

[41] M. CINELLI, *La sfida demografica al sistema delle pensioni tra immaginario e realtà*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 433 ss.

[42] V. FILI', *La sostenibilità del sistema pensionistico italiano tra equilibri ed equilibrismi*, in *Massimario Giurisprudenza del Lavoro*, Giappichelli, 2018, disponibile presso il sito: *https://www.massimariogiurisprudenzadellavoro.it/sostenibilita-del-sistema-pensionistico-italiano*

normativa che si occupi dell'assistenza sanitaria integrata che permetterebbe un alleggerimento del peso sulle finanze dello Stato[43].

L'attenzione, successivamente, si sposta dall'intervento a debito che fa lo Stato, alle politiche che coinvolgono le donne e l'immigrazione. Vale la pena ricordare che il rapporto della spesa pensionistica con il PIL permette di effettuare delle previsioni basate sulla legislazione vigente a marzo dell'anno corrente e, quindi, includono, specificatamente, gli effetti della attuale L 234/2021, i quali, in materia pensionistica, stabiliscono tra le altre cose la proroga di "Opzione Donna", ossia quella misura che permette il pensionamento anticipato per le donne a seguito del possesso di determinati requisiti. Tuttavia, a parte tale misura, nell'agenda politica l'emergenza demografica, andando oltre le esternazioni propagandistiche, non sembra essere prioritaria in quanto non sembra che si ponga sufficiente interesse nelle politiche volte all'aumento dell'occupazione femminile per quanto attiene la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Le lavoratrici di sesso femminile rappresentano un elemento essenziale per aumentare allo stesso tempo il gettito contributivo ed il tasso di natalità. I dati sull'occupazione femminile e sul divario occupazionale di genere nel nostro Paese sono oramai questioni ataviche che affliggono l'Italia[44]. La soluzione al problema della sostenibilità del debito pubblico in relazione al sistema previdenziale pensionistico passa anche dall'aumento dell'occupazione femminile, di modo tale che aumenti l'occupazione totale sensibilmente. Le politiche per il lavoro femminile sono strategiche se si vuole contribuire a risolvere il problema. Oltre a ciò, che siano le donne lavoratrici quelle più inclini a procreare è un dato anch'esso acquisito, ma nel mentre è sempre ed ancora sulle donne che, per retaggi di natura culturale, continua a pesare la cura dei figli (e ciò trova conferma nel fatto che due terzi dei neo-padri non hanno usufruito del giorno obbligatorio di congedo per la nascita del figlio)[45] . Sulla scorta di tale ragionamento c'è da aggiungere anche la patologica mancanza di servizi all'infanzia e alla terza età che responsabilizzano le donne delle inefficienze del sistema

[43]A. BRAMBILLA, *Il nostro sistema previdenziale sarà sostenibile in un'Italia più anziana?* In Il Punto, 26/10/2021, disponibile al sito: *https://www.itinerariprevidenziali.it/site/home/ilpunto/pensioni/il-nostro-sistema-previdenziale-sara-ancora-sostenibile-in-italia-piu-anziana.html*, accesso il 04/04/2023

[44] Dati disponibili nell'articolo giornalistico di: V. MELIS, *Donne, lavoro in ripresa dopo il Covid ma il Sud fatica*, Il Sole 24 Ore, 6 marzo 2023. Disponibile al sito: *https://www.ilsole24ore.com/art/donne-lavoro-ripresa-il-covid-ma-sud-fatica-AEchyIxC*

[45] INPS, Relazione annuale del presidente, XXI Rapporto Annuale, luglio 2022, disponibile al sito: *https://www.inps.it/it/it/dati-e-bilanci/rapporti-annuali/xxi-rapporto-annuale.html*

assistenziale, andando a creare un effetto boomerang che si riflette nella rinuncia all'eventuale desiderio riproduttivo, incompatibile con le aspirazioni lavorative delle donne, oppure, specie dopo il secondo figlio, della rinuncia al posto di lavoro[46].

Una strategia in più che può aiutare ad irrobustire la sostenibilità del sistema è quella di rendere programmatica la regolarizzazione di nuovi cittadini stranieri per coprire i posti di lavoro vacanti a causa dell'invecchiamento della popolazione residente. I dati sulla regolarizzazione del 2021 rilevati dall'ISPI ne dimostrano l'efficacia[47]. Il problema dell'immigrazione, soprattutto dai paesi africani, e della sua regolarizzazione può e deve essere incasellato in Italia anche nella dimensione della tenuta del sistema previdenziale del Paese, non solo da un punto di vista meramente occupazionale, ma anche di influenza sulla crescita demografica[48]. Il tema del fenomeno migratorio è un tema "scottante" nell'agenda politica italiana degli ultimi 10 anni che ha visto alternarsi politiche altamente restrittive ad altre più aperte. Nonostante ciò la variabile del fenomeno migratorio è importante nel quadro della sostenibilità del debito pubblico per quanto attiene l'ambito pensionistico perché sono i soggetti immigrati che compensano, almeno in parte, il calo delle nascite costante in Italia, ed aumentano le entrate contributive. Gli immigrati occupati attualmente in Italia, sono principalmente giovani e non hanno prospettive di pensionamento a breve termine, pertanto la loro presenza è, per questi motivi, importante per contenere il calo demografico ed aumentare il gettito contributivo.

E difatti, ragionando sulle variabili appena menzionate, nella seconda parte dell'orizzonte di previsione fatto dall'Istituto di Previdenza, il rapporto tra spesa pensionistica e PIL inizia, tuttavia, una rapida discesa. La spesa si attesta al livello del 16,1% del PIL nel 2050 e al 13,7% nel 2070[49]. La rapida riduzione del rapporto fra spesa pensionistica e PIL è determinata dall'applicazione generalizzata del calcolo contributivo che si accompagna alla stabilizzazione, e successiva inversione di

[46] XXI Rapporto Annuale INPS*: https://www.inps.it/it/it/dati-e-bilanci/rapporti-annuali/xxi-rapporto-annuale.html*

[47] Per avere conoscenza dei dati rilevati dall' ISPI in relazione al Decreto Flussi 2021 si rinvia al sito: *https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/ispitel-fact-checking-migrazioni-2021-31027?gclid=CjwKCAjwitShBhA6EiwAq3RqA-g5JEX4qNw9VjL8Uf1hKXFH2hwIJ6WLGGDCPg6D_l4M0Om07FuiCBoC5CIQAvD_BwE*

[48] INPS, Relazione annuale del presidente, XXI Rapporto Annuale, luglio 2022, disponibile al sito: *https://www.inps.it/it/it/dati-e-bilanci/rapporti-annuali/xxi-rapporto-annuale.html*

[49] XXI Rapporto Annuale INPS: *https://www.inps.it/it/it/dati-e-bilanci/rapporti-annuali/xxi-rapporto-annuale.html.*

tendenza, del rapporto fra numero di pensioni e numero di occupati. Tale andamento si spiega, da un lato, con la progressiva uscita delle generazioni dei *baby boomer* e, dall'altro, con l'entrata a pieno regime del sistema contributivo e con l'operare dei meccanismi di stabilizzazione previsti dal sistema pensionistico italiano, espressamente disegnati per garantire la sostenibilità finanziaria del sistema insieme all'adeguatezza delle prestazioni i quali prevedono l'adeguamento automatico dei requisiti minimi di pensionamento e dei coefficienti di trasformazione in funzione della speranza di vita[50].

La pandemia ha fornito una importante lezione: ci si può ritrovare tutti nella stessa situazione difficile e dal momento in cui non tutti godono di una stessa posizione stabile, per permettere alla generalità di rimanere in equilibrio è necessario che ognuno collabori e faccia la sua parte, lasciando da parte gli egoismi, per la costruzione della cosa pubblica. Il sistema previdenziale pensionistico è essenziale per il benessere della popolazione e curarne la sostenibilità, anche utilizzando il metodo del debito pubblico, è di fondamentale importanza. Le precedenti crisi e minacce alla sostenibilità del debito pubblico sono state troppo spesso rimesse alle virtù auto-regolamentari del mercato, con ben poco coinvolgimento e solidarietà da parte anche delle istituzioni comunitarie che, al contrario, hanno attuato politiche di *austerity* e crescenti dosi di flessibilizzazione del mercato del lavoro che hanno avuto effetti perversi, causando precarietà e abbassamento dei redditi. Oggigiorno sembra che il benessere dei cittadini sia tornato al centro dell'attenzione nonostante gli scarsi risultati dell'azione politica. Ma la sostenibilità passa per il concetto di *Res Publica*, ossia, rendere prioritario l'interesse collettivo, delle presenti e delle future generazioni, dimostrando la capacità di intercettare quelle che sono le necessità nascenti, di comunicare l'esistenza delle prestazioni esistenti, di rendere più agevole l'erogazione e migliorare i controlli *ex ante*, di riuscire a rendicontare l'uso delle risorse in maniera costante. Tali sfide si collocano non solo nella dimensione della sostenibilità del debito pubblico, ma anche in quella crescita e ripresa dell'Italia così come delineata dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, cominciando proprio da un ripensamento delle politiche attive che riguardano i giovani, l'occupazione femminile ed il fenomeno migratorio.

[50] A. BRAMBILLA, *Il nostro sistema previdenziale sarà sostenibile in un'Italia più anziana?* In *Il Punto*, 26/10/2021, disponibile al sito: *https://www.itinerariprevidenziali.it/site/home/ilpunto/pensioni/il-nostro-sistema-previdenziale-sara-ancora-sostenibile-in-italia-piu-anziana.html*, accesso il 04/04/2023.

IL GOVERNO DEL TERRITORIO TRA ARCHEOLOGIA PUBBLICA E PREVENTIVA

Gaetano Armao

Dipartimento di scienze politiche e delle relazioni internazionali-Unipa

ABSTRACT [ITA]: Il contributo approfondisce il tema del rapporto tra il governo del territorio e la tutela e la valorizzazione del patrimonio archeologico come delineato dal legislatore statale e regionale e dalla giurisprudenza. In particolare vengono esaminati i profili del rapporto rafforzato tra pianificazione urbanistica ed analisi territoriale archeologica nella prospettiva dell'archeologia pubblica e preventiva.

Governo del territorio – pianificazione urbanistica – archeologia preventiva

***ABSTRACT [ENG]**: The contribution explores the theme of the relationship between the government of the territory and the protection and enhancement of the archaeological heritage as outlined by the state and regional legislator and by jurisprudence. In particular, the profiles of the strengthened relationship between urban planning and archaeological territorial analysis are examined in the perspective of public and preventive archeology.*

Town planning – archeology – regulation – preventive archeology

SOMMARIO: - 1. Premessa. **- 2.** La disciplina del codice dei beni culturali: cenni. **- 3.** La Convenzione di Faro. **- 4** Vincolo archeologico e disciplina del governo del territorio: l'apporto della giurisprudenza. **- 5.** La verifica preventiva dell'interesse archeologico (*VPIA*) nella disciplina dei contratti pubblici (passando dal d.lgs. n. 50 del 2016 al d.lgs. n. 36 del 2023). **- 6.1.** L'integrazione tra pianificazione urbanistica ed analisi territoriale archeologica nella prospettiva della *Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico.* **- 6.2.** L'approccio dell'archeologia predittiva applicato alla pianificazione urbanistica: la l.r. siciliana l.r. 13 agosto 2020, n. 19 (art. 26) **- 7.** Alcune considerazioni conclusive.

1. Il contributo di Filippo Salvia[1] alla compiuta declinazione di una nuova categoria di beni protetti - quelli culturali urbanistici - ha consentito di rilevare un'osmosi

[1] *Questo contributo, con integrazioni ed aggiornamenti imposti dalle modifiche normative intervenute nel 2023, riprende quello pubblicato in G. Corso, M. Immordino,* Studi in onore di Filippo Salvia, *Napoli, 2022. Presso la cattedra di diritto amministrativo del Prof. Salvia, nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Palermo,*

progressiva tra discipline apparentemente distinte, ma sempre più connesse sul piano legislativo, dottrinario[2] e giurisprudenziale[3], in una visione del diritto urbanistico volta a cogliere le spinte provenienti dalla società[4].

Con particolare riguardo alla tutela dei beni culturali archeologici[5] può dirsi che governo del territorio ed archeologia rappresentano un tessuto a lungo lacerato, che ha progressivamente recuperato una trama coesa, in particolare nelle aree urbane, che non consente cesure o strappi proprio perché, in termini più complessi rispetto alle vicende ordinarie, tutela, valorizzazione e promozione di un bene archeologico, vieppiù in un contesto urbano o periurbano, appaiono certamente più complesse ed interferenti con la disciplina dell'uso del territorio, di quanto possa avvenire in aree rurali o montane.

Invero, il progressivo incedere della "*nuova urbanistica regionale*"[6] ha rafforzato la definizione di bene culturale urbanistico ed, ancor di più, di bene culturale

oggi Dipartimento di Scienze politiche e delle relazioni internazionali, ho iniziato l'attività di ricerca sino a succedergli nell'insegnamento.

[2] Da ultimo in F. Salvia, *Spunti di riflessione per una teoria sui beni culturali urbanistici*, in *Pausania.it,* aprile 2018, 4, ma già in AA.VV., *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, 25 e ss., secondo il quale: *"il patrimonio culturale urbanistico è costituito da un insieme variegato di beni in parte artificiali (come ad es. quelli architettonici), in parte naturali (come ad es. talune località di rilevanza paesistica identificate dalle persone del luogo come "Bagni di Venere", "Grotte delle Sirene", "Monte del Re Cucco" e simili), in parte seminaturali o misti in cui l'elemento naturale e la mano dell'uomo hanno dato luogo a un* tertium genus *non definibile "a priori" (si pensi ad es. al paesaggio rurale, a certi paesaggi marini del nostro Mezzogiorno caratterizzati dalla presenza di strutture industriali come tonnare, saline, mulini a vento o altro o ad ambienti rocciosi, in apparenza inaccessibili, nei quali si innestano miracolosamente mura di cinta o altre fortificazioni che danno luogo a un tutt'uno in cui non è più facile capire quanto è opera della natura o dell'uomo)*". Del Maestro si vedano anche *La tutela trasversale dei beni culturali. I beni culturali urbanistici,* in *Studi in on. di Giorgio Berti,* Napoli, 2005, 2273 e ss.; *Le testimonianze culturali e urbanistiche del passato: le ragioni di una maggior tutela. Vecchi e nuovi dilemmi su centri storici e periferie urbane*, in *Dir. Soc.,* 2006, 327 e ss., *I beni culturali urbanistici. Una categoria retta da criteri peculiari non assimilabili a quelli valevoli per il patrimonio culturale della Nazione* (*Relazione* al convegno promosso a Palermo dall'Associazione avvocati amministrativisti di Sicilia il 30.9.2006); F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico,* Milano, 2021, 319 e ss. In merito va richiamata la posizione di A. Bartolini, *Patrimonio culturale e urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 3, 2016, 25, secondo il quale i centri storici potrebbero annoverarsi tra i «*beni culturali urbanisti*ci», nonostante essi si configurano «*di incerta definizione ed inquadramento*», nel presupposto che nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, siano qualificati come beni paesaggistici (art. 136, comma 1, lett. c)).

[3] All'analisi della giurisprudenza è dedicato il quarto paragrafo di questo lavoro.

[4] Così in F. Salvia, *Prefazione* al mio *Redimibile Sicilia. L'autonomia dissipata e le opportunità dell'insularità,* Soveria Mannelli, 2017, 7-9.

[5] V. per tutti R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale,* in *Dir. amm.*, 2016, 4, 495 ss. per il quale: "*nel genus "patrimonio culturale" s'individuano normalmente due species: i beni culturali (storici, artistici, etnoantropologici, archeologici) e quelli paesaggistici".*

[6] In tal senso di veda, da ultimo, il volume che raccoglie gli atti del Convegno AIDU, organizzato a Palermo il 27-28 ottobre 2019 e curato da P. Stella Richter, *La nuova urbanistica regionale,* Milano, 2021.

archeologico collocato in un'area urbana con tutto quel che di incognito, presupposto ed imponderabile reca con se la ricerca archeologica in un Paese nel quale molti centri storici di città e centri minori insistono su preesistenti strutture archeologiche, alcune delle quali non sempre recuperabili per la pubblica fruizione in quanto inglobate in edifici ed esercizi commerciali privati, coperte da strade, palazzi, infrastrutture[7].

La necessità di bilanciare vincoli diretti ed indiretti per molti di questi beni sottoposti a tutela, in un contesto urbano che diviene e muta costantemente, evidenzia tuttavia la complessità di compendiare l'evoluzione della legislazione urbanistica e della stessa dimensione urbana[8], ed in particolare dei centri storici[9], con la disciplina dei beni culturali archeologici[10].

In tale prospettiva evolutiva si inserisce l'archeologia urbana[11] che, pur se connotata da un rilievo crescente, sconta un'attenzione limitata dalla normativa che regola il governo del territorio[12], assumendo, come in generale la stessa tutela archeologica, più

[7] Sull'evoluzione della disciplina in materia, a partire dall'art. 1, quinto comma, l. n. 1187 del 1968 cfr. F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 321 e ss., anche per i riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

[8] In merito si rinvia alle considerazioni di P. Stella Richter, *Evoluzione della legislazione urbanistica postunitaria,* in *www.pausania.it/wp-content/uploads/files/Evoluzione%20legislazione%20urbanistica%20postunitaria%20_4_%20STELLA%20RICHETE.pdf*

[9] E' nei centri storici che prevalentemente (ma non sempre, basti ricordare le aree archeologiche di Roma o di Agrigento) sono allocate le aree di rilevanza archeologica. Sui centri storici da ultimo si veda A. Simonati, *La disciplina regionale dei contri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti,* in P. Stella Richter (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, cit. 251 e ss. e Id., *Il giudice amministrativo nei meandri del centro storico: alla ricerca di un paradigma unitario, fra governo del territorio e salvaguardia del patrimonio culturale,* in *Nuove Aut.,* n. 2/2021, 501 e ss. alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

[10] Per una ricostruzione dei principi generali in materia si veda per tutti V. Cerulli Irelli, Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione, in Giust. Civ., 1/2015, 5 e ss.

[11] Sullo sviluppo dell'archeologia urbana di v. per tutti, S. Gelichi, *Archeologia urbana e storia della città alto-medievale: quale futuro?*, in G. Baldini, P. Giroldini (a cura di), *Dalla Valdelsa al Conero. Ricerche di archeologia e topografia storica in ricordo di Giuliano de Marinis, (Supp.Soprintendenza per i Beni Archeologici della Toscana),* Firenze 2017, 163, al quale si rinvia anche per i riferimenti in dottrina e che sottolinea come "*nonostante i molti tentativi di programmare la ricerca in ambito urbano, l'archeologia resta d'emergenza perché non è governata ed orientata da un progetto generale ma discende dalla casualità, anche programmata, delle singole esperienze*".

[12] Cfr. P. Chirulli, *I rapporti tra urbanistica e discipline differenziate*, in F. G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio,* Milano, 2018, I, 20 e ss., ma anche Id., *Cosa rimane della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urbanistica,* 3/2021, 484 e ss. Il preminente rilievo riconosciuto alle politiche di rigenerazione e riduzione del consumo di suolo e dell'espansione edilizia hanno rafforzato l'incidenza delle tutele multisettoriali dei piani urbanistici imponendo di coniugare profili di tutela di interessi significativi (beni culturali, paesaggio, suolo, ambiente, contrasto al degrado urbano) e governo del territorio.

che altro il ruolo di eterolimite alla funzione pianificatoria del territorio[13] ed ai progressivi (e permanenti) mutamenti d'uso dei beni culturali urbanistici[14].

In disparte, in un più articolato scenario, il rapporto tra archeologia e governo dell'uso del territorio va visto, nel contesto dell'"*archeologia pubblica*" (con accezione non giuridica di "*pubblico*"), un filone di studi dell'archeologia di matrice angloamericana, e più recentemente iberica[15], particolarmente sviluppata in Italia nell'ultimo decennio, che ne declina un rapporto dialogico con la società contemporanea e quindi, *a fortiori*, con i contesti urbani nei quali si incastonano le aree archeologiche allocate nelle città e nei centri storici.

In queste considerazioni, effettuata una sintetica ricostruzione del quadro normativo in materia, invero poco perlustrato in dottrina, anche alla luce del contributo offerto dalla giurisprudenza amministrativa, si concentrerà l'attenzione sul rapporto tra il governo del territorio e l'archeologia pubblica anche alla luce di un recente intervento normativo in materia della Regione Siciliana che può costituire un utile riferimento per l'estensione dell'archeologia preventiva/predittiva all'urbanistica ed all'edilizia.

La normativa ha, infatti, introdotto un elemento innovativo volto a rafforzare l'auspicata connessione tra il potere di regolazione urbanistica (ripartito tra il livello regionale e comunale) e quello attribuito alle soprintendenze in materia di tutela archeologica[16], rispondendo così all'esigenza, da un lato, di un rafforzamento ed approfondimento del quadro delle tutele multilivello nel contesto del Governo del territorio e, dall'altro, di favorire in sede attuativa quella "*ricucitura*" del tessuto urbano che, superando la mera recezione nella pianificazione urbanistica dei "*lacerti di*

[13] Soccorre qui il concetto di tutele "*concorrenti e parallele*" elaborato sin dalla prima edizione dello storico manuale F. Salvia, F. Teresi, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Padova, 1980, adesso declinato come "*sistema multilivello delle tutele*" F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 293 e ss., e che altra autorevole dottrina G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico,* Milano, 2010, 877, estende sino al concetto di tutele "integrate" e multilivello. In generale sulla crisi della pianificazione urbanistica si veda per tutti P. Stella Richter, *La fine del piano e del suo mito*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 3, 432 e ss.

[14] Si tratta della categoria richiamata dalla giurisprudenza proprio per descrivere i centri storici quali complessi monumentali, che vengono tutelati in quanto "*fondono mirabilmente l'espressione della natura e quella del lavoro umano, frutto della creatività artistica*", cfr. Cons. Stato, VI, 21 giugno 2006, n. 3733.

[15] M. Nucciotti C. Bonacchi C. Molducci (a cura di), *Archeologia Pubblica in Italia*, Roma, 2019 e G. Volpe, *Archeologia pubblica. Metodi, tecniche ed esperienze,* Bari, 2020 ai quali si rinvia per i riferimenti alla dottrina straniera. Di quest'ultimo v. anche la conferenza su "*Archeologia pubblica*" alla *Scuola Normale di Pisa https://www.youtube.com/watch?v=L9v1WVI3MWc.*

[16] Sul rapporto tra potere urbanistico comunale e poteri esercitati dalle autorità competenti in materia di patrimonio culturale v. per tutti A. Bartolini, *Patrimonio culturale e urbanistica, op. ult. cit,* ma anche in P. Stella Richter (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, Milano, 2017, 5 e ss. Alla soprintendenza, alla stregua delle linee guida emanate con d.P.C.M. 14 febbraio 2022 di cui si dirà sono equiparati gli uffici ministeriali dotati di funzioni di tutela, come i parchi archeologici.

conservazione", spesso totalmente decontestualizzati, quali sovente divengono le aree e siti archeologici[17], affidi al piano urbanistico, pur nella sua immanente fluidità ed al suo procedimento approvativo ed attuativo, il compito di rafforzarne la capacità attrattiva per la fruizione civica e turistica con le connesse previsioni per servizi, attività commerciali ed ospitalità etc.[18] e le ineludibili sinergie con il tessuto urbano.

Si guardi agli esempi emblematici, ma se ne potrebbero enumerare molteplici, dell'area archeologica di Largo Argentina a Roma, dell'area Zecca vecchia a Milano, del Quartiere Ellenistico-Romano di Agrigento, della *Neapolis* di Siracusa, dell'anfiteatro di Catania, incastonati nelle città, ma dalle stesse sostanzialmente separati, ben al di là dell'effetto fisico di recinti e cancelli, privi di interazioni, strutture, ospitalità che ne agevolino la fruizione e rafforzino la coesione urbana e sociale[19].

---

[17] Si vedano le interessanti considerazioni di C. Frettoloso, *Archaeological heritage and anthropized contexts: limits and opportunities*, in *UPLanD - Journal of Urban Planning, Landscape & Environmental Design*, 2019, 4(2), 63 e ss. la quale conclude "*A sustainable approach to cultural heritage means, first of all, a rational use of the cultural resource and requires us to move the interest from the protection to the controlling of the transformations of the territory. In terms of protection, this means considering the public fruition of a good as the main purpose of a conservation process" poiché appare necessario "tries to go beyond the communicative component of the use, i.e. all those aspects which, when properly integrated into "extended" accessibility help to make the archaeological ruins com- prehensible, readable, and therefore fully accessible. Sharing the concept of sustainable use in the sense of the rational use of the cultural artefact, it is possible to construct a hypothesis of an integrated system in which the environmental, cultural and urban heritage is represented by the most significant elements, physical or virtual. In fact, the research hypothesis of an "enriched" path high- lights the need to select those goods that, not only individually but above "systematized" in range of thematic paths, have the ability to "tell". It is understood that the premise of the implementation of any strategy to upgrade and enhance the existing urban heritage is the critical knowledge of the places in which they must operate, the active participation of all public and private entities involved and, not finally, a careful economic planning of interventions to be carried out".*

[18] Come opportunamente osserva G. Volpe, *Un Faro per il patrimonio culturale nel postCovid-19*, in *Scienze del Territorio*, 2020, 195, infatti: "*l'alleanza tra turismo e patrimonio risulta assolutamente fondamentale, non già per snaturare il patrimonio culturale ma semmai per rendere più colto il turismo: non più elitario, ma di migliore qualità, più rispettoso dei paesaggi e del patrimonio, e anche più lento e capace di offrire una vera, intesa, piacevole esperienza di vita e di conoscenza delle mille peculiarità culturali dell'Italia e delle popolazioni di ogni parte, anche la più remota, del nostro Paese*".

[19] La dottrina archeologica parla al riguardo di città pluristratificate, cfr. S. Gelichi, *Città pluristratificate: la conoscenza è la conservazione dei bacini archeologici*, in A. Ricci, *Archeologia e urbanistica*, Siena 2002, 61 e ss., ma si veda anche F. Fabiani; *L'urbanistica: città e paesaggi. Archeologia classica,* Roma 2022, che osserva: "*Mura, case, templi e terre: si è cercato, dunque, di delineare l'aspetto fisico della città o, meglio, delle città, che con il passare del tempo si avvicendano in luoghi diversi o che si rinnovano e si rimodellano negli stessi luoghi. Le tracce materiali descritte, le loro forme, le loro funzioni non sono comunque che uno strumento per comprendere gli uomini che le hanno prodotte e che costituivano essi stessi la città nell'accezione più completa. Gli antichi stessi erano consapevoli della complessità di valori implicita nel concetto di città come edifici e luoghi, come comunità di uomini e come organizzazione politica e istituzionale, concetti separati ma che trovano pieno significato nella loro perfetta integrazione*".

Mentre sotto il primo profilo una più dettagliata analisi degli studi e delle analisi archeologiche in termini preventivi di un territorio[20] può condurre alla una definizione del piano urbanistico che porti con sé alcune valutazioni predittive che possono meglio orientare la riqualificazione e lo sviluppo, l'attività di imprese e degli investitori ma anche quella dei cittadini[21].

Si tratta quindi di prospettare un intervento che si iscriva nella prospettiva dell'archeologia pubblica in quanto capace di rafforzare il confronto tra istituzioni e cittadini sui temi dell'archeologia urbana, proprio a partire dal piano regolatore, uno degli atti amministrativi di più risalente partecipazione civica con finalità collaborativa[22] ed in piena applicazione del principio di cui all'art. 9 Cost.[23] che affida

[20] Ovviamente in tale prospettiva predittiva svolge un ruolo essenziale la tecnologia *Geographic Information System* (*Sistema Informativo Geografico* o *Sistema Informativo Territoriale* - GIS), ormai utilizzata da tutte le Regioni e dai più grandi comuni per la pianificazione territoriale e strategica. Il sistema informativo computerizzato, accompagnato da database topografici è strumento essenziale per la digitalizzazione del processo di pianificazione urbanistica permette l'acquisizione, registrazione, analisi, visualizzazione, restituzione, condivisione e presentazione di informazioni derivanti da dati geografici (geo-riferiti), si tratta quindi di un sistema informatico capace di associare i dati alla posizione geografica elaborandoli con l'obiettivo di estrarne informazioni.

[21] In tal senso si vedano B. Amendolea (a cura di), *Carta archeologica e pianificazione territoriale. Un problema politico e metodologico. Primo incontro di studi (Roma 1997)*, Roma 1999; ma sopratutto due tra le esperienze regionali più avanzate quella emiliana-romagnola della CART e quella ligure: M.P. Guermandi (a cura di), *C.A.R.T. Carta Archeologica del Rischio Territoriale,* in *IBC Informazioni, Commenti, Inchieste sui Beni Culturali,* 6, n.3, Bologna 1998, 41-72, ma adesso si consulti *https://www.patrimonioculturale-er.it/webgis/*, V. Tiné, A. Bruno, S. Costa, *Liguria. Atlante delle aree a rischio archeologico*, Genova, 2022; a livello locale si veda per tutti il *SITAR-Sistema Informativo Territoriale Archeologico di Roma,* progetto di archeologia pubblica partecipata promosso dalla Soprintendenza Speciale Archeologia Belle Arti e Paesaggio di Roma, in *https://www.archeositarproject.it*. il sistema informativo georeferenziato della Capitale ha ottenuto il Premio per il patrimonio archeologico europeo per il 2021 della *European Association of Archaeologists*. Mentre a livello statale opera il SITAN (*Sistema Informativo Territoriale del patrimonio archeologico nazionale*) e, sul quale si veda G. Azzena, S. Campana, P. Carafa, A. Gottarelli, *Il Sistema Informativo Territoriale Archeologico Nazionale-SITAN,* in *SITAR Sistema Informativo Territoriale Archeologico di Roma,* Roma, 2012, 41-46, successivamente, il sistema informativo territoriale della *Carta del Rischio del Patrimonio culturale* ('CDR'), progettato dall'*Istituto Centrale per il Restauro* sul quale v. A. M. Ferroni, C. Cacace, *Il sistema informativo territoriale della "Carta del rischio del patrimonio culturale italiano" e i siti UNESCO italiani: un processo virtuoso per il monitoraggio della vulnerabilità dei beni patrimonio mondiale,* in *Restauro Archeologico*, 2022, 282 e ss.

[22] Sul punto si rinvia nuovamente a F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 297 e ss. anche per quanto concerne gli orientamenti della variegata giurisprudenza amministrativa in merito.

[23] In guisa da garantire l'inveramento del "*diritto soggettivo a godere del bene culturale come elemento essenziale d'identità e d'appartenenza dell'individuo alla Sovranità nazionale (cittadinanza), che per chi nasce cittadino è un vincolo costituzionale di fedeltà"* così R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della Nazione,* in F. Astone, *Patrimonio culturale, modelli organizzativi e sviluppo territoriale,* Napoli, 2019, 27, ma già in *Dir. amm.*, 2016, cit.

alla Repubblica, nelle sue diverse componenti, la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione[24] ed, adesso - intervenuta la modifica della norma con la l.cost. 11 febbraio 2022, n. 1[25] - quella dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi "*anche nell'interesse delle future generazioni*".

2. Come noto, la disciplina del Codice dei beni culturali e dei beni paesaggistici (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i.) declina il concetto di "*patrimonio culturale*" all'art. 2[26].

Giusta tale disposizione, infatti, esso é costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici, in attuazione di quanto sancito dall'art. 9 Cost., in particolare "*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*" (secondo comma).

---

[24] F. Merusi, *Significato e portata dell'art. 9 della Costituzione,* in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale,* III, Varese, 1977, 802. Come precisato dalla Corte costituzionale, con la sent. 28 luglio 1988, n. 921, il richiamo alla Repubblica contenuto all'art.9 riguarda lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le Università ecc. la disposizione costituzionale secondo il Giudice delle leggi, infatti, "*non postula una riserva statale, ma è intesa a promuovere il concorso o la collaborazione, nella sfera di rispettiva competenza, delle strutture centrali e locali per il migliore perseguimento di un grande obbiettivo di civiltà*" (p. 4 del cons. in dir.). Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sull'art.9 Cost. G.Repetto, *Il diritto alla cultura,* in www.gruppodipisa.it e, più recentemente, S. Cavaliere, La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà, Bari, 2018, 5 e ss. e S. Mabellini, La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello, Torino, 2021, 19 ss.

[25] Sulla quale si veda, a prima lettura, F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura,* in *www.apertacontrada.it,* 28.2.2022; R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2022, 7 e 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 *Quad. Cost.*, 2021, 287 ss. nonché le altre relazioni al convegno dell'associazione *Aidambiente* su "*La riforma costituzionale in materia dell'ambiente*" tenutosi il 28 gennaio 2022 di cui è disponibile la registrazione sul sito *www.aidambiente.it* (ed i cui atti sono in corso di pubblicazione) di A. Morrone, F. Fracchia, M.D'Orsogna, L. Cassetti, B. Mattarella, M. Ramajoli, N. Lupo, E. Chiti, A. Police, M. Monteduro e L. Antonini, nonchè G. Demuro, *I diritti della Natura*, in *www.federalismi.it*, 6/2022; C. De Fiores, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, 3/2021, 149 ss.; L. Imarisio, *La riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 della Costituzione: un (prudente) ampliamento di prospettiva del diritto costituzionale dell'ambiente*, in *www.piemonteautonomie.it*, 2022. Utile anche la consultazione dell'approfondito dossier del Senato sul testo del d.d.l. di riforma in *https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01299303.pdf*.

[26] Cfr. per tutti L. Casini, Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale, Bologna, 2016, 58 e ss. e A.L. Tarasco, Diritto e gestione del patrimonio culturale, Bari-Roma, 2019, 5 e ss.; M. Cammelli, Il diritto del patrimonio culturale: una introduzione, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, Diritto del patrimonio culturale, Bologna, 2020, 11 e ss.

La riforma del 2004 é intervenuta in esito ad un lungo percorso iniziato per lo Stato unitario ai primi del '900 con la l. 12 giugno 1902, n. 185 ("*Conservazione dei monumenti e degli oggetti di antichità ed arte*"). Tale normativa introduceva la prima disciplina organica "nazionale" con la quale si imponeva l'iscrizione nel "*Catalogo Unico*" (opere artistiche e storiche dello Stato) per i monumenti e delle opere di interesse storico, artistico e archeologico e quali di questi beni, per il loro singolare valore, non fossero alienabili ai privati, fissando l'obbligo per i proprietari dei beni inseriti in catalogo di comunicare qualunque atto di vendita o di mutamento del loro possesso, in quanto a parità di condizioni il Governo doveva poter esercitare la prelazione. La restrizione imposta alle esportazioni di tali beni era poi sostanzialmente circoscritta alle opere di altissimo pregio[27].

La legge del 1902 porta il nome del ministro siciliano della pubblica istruzione che la concepì: il trapanese on. Nunzio Nasi[28], che presentò il testo alla Camera il 23 marzo di quell'anno. Il disegno di legge nasceva da una proposta presentata al Senato il 4 dicembre 1900 dal suo predecessore, anch'egli siciliano, l'agrigentino Nicolò Gallo[29], ed in questo senso, proprio per la provenienza dei Ministri proponenti da luoghi assai ricchi di beni archeologici, può intuirsi una plausibile corrispondenza tra iniziativa politica e sensibilità culturale.

In tale contesto, giova ricordare che il codice dei beni culturali in materia di archeologia ha innovato rispetto alle previsioni della legge n. 1089 del 1939 ("*legge Bottai*"),[30] peraltro mantenendo in vigore, seppure a titolo transitorio e per quanto non richiamato da leggi successive, il R.D. 30 gennaio 1913, n. 363[31].

In particolare all'art. 101, primo comma, lett. *e*) del citato codice viene data la definizione di "*parco archeologico*" quale ambito territoriale caratterizzato da importanti evidenze archeologiche e dalla compresenza di valori storici, paesaggistici o

[27] Per una completa ricostruzione della legislazione anteriore al codice v. per tutti S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini,* in Id., *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, 160 ss.

[28] Nunzio Nasi (Trapani il 3 aprile 1850- Erice il 17 settembre 1935), avvocato e docente universitario, fu sindaco di Trapani, più volte deputato e Ministro, in particolare Ministro della Pubblica Istruzione nel Governo Zanardelli dal febbraio 1901 al novembre 1903). Sulla legge e la sua formazione si veda per tutti A. Ragusa, *Alle origini dello Stato contemporaneo. Politiche di gestione dei beni culturali e ambientali tra Ottocento e Novecento*, Milano, 2011, 120 e ss., mentre sulla controversa figura del politico trapanese si veda, da ultimo, A. Blando, *Corti e lunghi circuiti politici. Il caso Nunzio Nasi,* in *Meridiana*, 2017, 171 e ss.

[29] Nicolò Gallo (Agrigento, 10 agosto 1849-Roma, il 7 marzo 1907), fu autorevole giurista, più volte deputato, ministro, rivestì anche la carica di di Vicepresidente e, per pochi giorni, anche quella di Presidente della Camera.

[30] In merito si vedano per tutti L. Malnati, M. G. Fichera, S. Martone, La tutela del patrimonio archeologico italiano: i limiti dell'attuale normativa e nuove proposte di integrazione al Codice, in Aedon, 3/2015.

[31] Regolamento per l'esecuzione delle ll. 20 giugno 1909, n. 364 e 23 giugno 1912, n. 688, relative ad antichità e belle arti.

ambientali, "*attrezzato come museo all'aperto*"[32], che il Codice inserisce tra gli istituti e i luoghi di cultura, distinguendolo dall'"*area archeologica*", che consiste più specificamente in "*un sito caratterizzato dalla presenza di resti di natura fossile o di manufatti o strutture preistorici o di età antica*" (lett. d)[33]. Non può sfuggire la delineata prospettiva

[32] Sul tema I. Tricomi, sub art. 101, in G. Leone, A. L. Tarasco (a cura di), Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio, Padova, 2006, 659 e ss.; Fruizione e valorizzazione dei beni culturali e, più recentemente, C, Feliziani, Parchi archeologici e attività di pianificazione. Riflessioni a partire dal caso di Urbs Salvia, intervento al Convegno Annuale Aipda 2018 "Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e Amministrazione", in Riv. giur. dell'edilizia, 2019, 3, 213 e ss. Si vedano altresì, però alcune considerazioni metagiuridiche, le relazioni di G. Carbonara, Archeologia, architettura e restauro: problemi di conservazione e presentazione; G. Sassatelli, Archeologia tra ricerca, formazione e tutela; S.Gelichi e L. Malnati, La pianificazione territoriale: archeologia preventiva sul territorio e nelle città, L. Malnati, La situazione dell'archeologia tra 2016 e 2017 al Convegno. "L'archeologia in Italia: la sfida con la realtà", Bologna, 1 dicembre 2015, pubblicate in Aedon, 2017, ma già Id., La verifica preventiva dell'interesse archeologico, ivi, 3/2005. Sembra al riguardo acconcio ricordare che il termine parco archeologico compare per la prima volta nel 1990, nella circolare del Ministero dei Beni Culturali 15 novembre 1990, n.12059 nella quale viene definito: "area protetta, nella quale, per la consistenza di presenze monumentali, può individuarsi e definirsi uno spazio di particolare valenza, attrezzato come museo all'aperto". Mentre il d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art.1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352", all'art. 99 prevedeva, nel contesto della disciplina della Apertura al pubblico di musei, monumenti, aree e parchi archeologici, archivi e biblioteche"(L. 23 luglio 1980, n. 502, art. 1, sost. dalla l. 27 giugno 1985, n. 332, art. 1; d.P.R. 5 luglio 1995, n. 417, art. 27; d.m. 11 dicembre 1997, n. 507, art.5, c.1) la definizione di museo ("struttura comunque denominata organizzata per la conservazione, la valorizzazione e la fruizione pubblica di raccolte di beni culturali"), area archeologica ("sito su cui insistono i resti di un insieme edilizio originariamente concluso per funzione e destinazione d'uso complessiva") e parco archeologico ("ambito territoriale caratterizzato da importanti evidenze archeologiche e dalla compresenza di valori storici, paesaggistici o ambientali, attrezzato come museo all'aperto in modo da facilitarne la lettura attraverso itinerari ragionati e sussidi didattici").

[33] In generale sugli istituti e luoghi di cultura v. per tutti C. Barbati, Organizzazione e servizi, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, Diritto del patrimonio culturale, cit., 107 e ss., spec. 127.

della valorizzazione[34] del grande patrimonio archeologico della Repubblica[35], sia di proprietà pubblica che privata[36], ma anche a gestione pubblica, privata o mista (partenariato pubblico-privato), proprio perché, ai sensi dell'art. 9 della Costituzione, il riferimento è al patrimonio "*storico e artistico della Nazione*", e non al solo patrimonio dello Stato[37].

Si tratta di una prospettiva che ha il chiaro obiettivo di superare la mera tutela del giacimento culturale, proiettandolo verso la più ampia fruizione[38] e la ricerca

[34] La nozione di valorizzazione si rinviene all'art. 6 del codice "nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso (…) al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale (…)". Mentre secondo l'art. 111, rubricato "Attività di valorizzazione": "Le attività di valorizzazione dei beni culturali consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, nonché nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie e strumentali, finalizzate al miglioramento della conoscenza e delle condizioni di conservazione e di fruizione dei beni culturali".
Come opportunamente sottolineato da M. Dugato, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica, Fruizione e valorizzazione dei beni culturali,* in *Aedon*, 2/2007, la fruizione dei beni di appartenenza pubblica va letta in chiave di servizio pubblico in senso proprio, ed essa va senz'altro ricompresa nel concetto generale di valorizzazione di cui all'art. 6, ma distinta ed autonoma rispetto alla fattispecie dell'attività di valorizzazione così come la disegna l'art. 111. Quest'ultima, infatti, consisterebbe nella regolazione e nella gestione dei beni e delle reti culturali, mentre la fruizione costituirebbe la gestione del servizio pubblico culturale in senso stretto.

[35] La scienza archeologica é, come noto, articolata in molteplici partizioni scientifiche, la preistorica, la classica, la cristiana, la medievale sulle quali si veda da ultimo D. Manacorda, A proposito dei 40 anni di «Archeologia medievale» in Italia, in Reti Medievali Rivista, 18, 1 2017, 3 e ss.

[36] Sulla valorizzazione dei beni culturali di proprietà privata v. per tutti G. Piperata, La valorizzazione dei beni culturali di proprietà privata (art. 113), in Aedon, 1/2004, in giurisprudenza da ultimo v. Cons. St., Sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3605.

[37] In questo senso da E. Battelli, I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale, in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela, Roma, 2016, 53 e ss.

[38] Giova ricordare che è con il D.Lgs. 112 del 1998 e s.m.i. che si sancisce una piena distinzione dal punto di vista normativo, introducendo altresì un ulteriore profilo: la funzione della gestione. In particolare, i concetti di "*tutela*", "*gestione*" e "*valorizzazione*" venivano descritti all'art. 148 di tale decreto alle lettere c), d) ed e) (la tutela "*ogni attività diretta a riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali e ambientali*", la gestione "*ogni attività diretta, mediante l'organizzazione di risorse umane e materiali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione*", la valorizzazione "*ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione*"). Valorizzazione che poi trova un riferimento specifico nella novella del 2001 all'art. 117 (che attribuisce alla competenza concorrente la "*valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali*". Sui variegati profili del concetto di valorizzazione si vedano: S. Gardini, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 416 ss.; A. Iacopino, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella*

scientifica, progressivamente assunta nella dimensione globale.Che la gestione del patrimonio archeologico sia dei beni[39], sia dei "*siti archeologici*" - come definiti dal codice dei beni culturali secondo le disposizioni appena ricordate -, che dei "*depositi archeologici*" o "*siti archeologici sepolti*", entità non definite giuridicamente[40] (la cui cura é affidata alla disciplina del procedimento per la verifica preventiva dell'interesse archeologico[41] delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico giusta l'art. 25 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. in attuazione dell'art. 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio[42]) - di cui si dirà meglio più

prospettiva del risultato amministrativo, Napoli, 2017; C. Vitale, *La valorizzazione del patrimonio culturale nelle Aree Interne. Considerazioni preliminari, in Aedon,* 3/2018; M. C. Cavallaro, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica,* ivi; L. Casini, *Valorizzazione e gestione,* in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale,* cit., 107 e ss., spec. 191 e ss., B. Accettura, *Politiche di valorizzazione e funzione sociale dei beni culturali. Pratiche di cittadinanza attiva,* in *www.federalismi*, 16/2019; G. Albisinni, *Nuovi paradigmi e nuovi attori in tema di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, fra Costituzione e processi di liberalizzazione,* ivi; F.. Morollo, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di "democrazia diretta" per lo sviluppo dei territori,* in DPCE online, n. 2/2019.

[39] La dottrina riconduce i beni archeologici alla categoria, che una copiosa letteratura pluridisciplinare contribuisce, non senza incertezze, a definire dei beni comuni. In merito si vedano, per restare tra il diritto privato e quello pubblico, nell'impianto dottrina: i contributi di L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il privato e il pubblico. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 71 ss. e più recentemente Id., *I beni comuni: dalla fruizione alla gestione*, in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, cit., 155 e ss.; L. D'Andrea, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive, in RivistaAic*, 3/2015; ID., I *beni comuni nella giurisprudenza sovrannazionale,* in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestr*i, Torino, 2016, 733 ss. S. Staiano, *"Beni comuni" categoria ideologicamente estenuata,* in *Dir. soc.*, 2016, 415 ss.; F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Trento, 2016, 37 e ss.; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa,* in *Giustamm.it*, 3/2017 e P. Chirulli, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Studi in onore di C. Rossano*, Napoli, 2013, 601 ss. Secondo l'A. si pone: "*un problema di qualità, oltre che di quantità della fruizione, problema ben noto, ad esempio, in materia di beni culturali e archeologici, laddove la particolare fragilità di alcune opere o complessi di opere richiede necessariamente non solo una programmazione numerica dell'accesso ma la previsione di particolari condizioni di fruizione*".

[40] Così L. Malnati, M. G. Fichera, S. Martone, op.ult.cit., 5.

[41] Sulle procedure di apposizione del vincolo e di espressione delle valutazioni di competenza delle Soprintendenze sulla pianificazione urbanistica e gli atti di gestione del piano v., da ultimo, A. Bondini, *Riforme e Mibac: alcune note in tema di archeologia*, in *Aedon,* 1/2019, la quale esprime preoccupazioni tra la riorganizzazione delle Soprintendenze e la tempestività nella definizione dei procedimenti di competenza.

[42] Su tale peculiare disciplina, a compendio della quale era intervenuta la Circolare del MIBAC n. 1 del 2016 recante: *"Disciplina del procedimento di cui all'articolo 28, comma 4, del Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ed agli articoli 95 e 96 del Decreto Legislativo 14 aprile 2006, n. 163, per la verifica preventiva dell'interesse archeologico",* consultabile in *http://www.archeologia.beniculturali.it/getFile.php?id=6084*, v. per tutti L. Perfetti, *sub artt. 95 e 96*, in Id. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici,* Milano, 2013, 1269 ss.; A. Sau, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di*

avanti – e che quello definito "*rischio archeologico*"[43] assumano, infatti, una sempre più rilevante regolazione multilivello[44] é conclusione ormai ampiamente condivisa[45], a partire dalle previsioni contenute nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 28, quarto comma)[46].

In merito giova poi ricordare che sono assoggettati a vincolo, giusta l'art. 142, comma 1, lettera *m*) del codice, le zone di interesse archeologico caratterizzate da

specialità, in *Aedon*, 1/2017, sulla disciplina previgente si veda, ancorché il libro sia successivo alla modifica delle disposizioni in materia, anche A. Mansi, *Il diritto dell'archeologia,* Udine 2016, 134 e ss. Mentre con riguardo a quanto disposto dell'art. 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio v. A. Roccella, *sub Art. 28*, in M. Cammelli (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 169 e ss., A.L. Tarasco, *Misure cautelari e preventive (art. 28),* in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio,* Milano, 2011, 302 ss., A. Fantin, *L'archeologia preventiva nella normativa recente*, in *Il capitale culturale*, VII-2013, 153 e ss. Appare opportuno sottolineare che il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. con mod. dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 recante: "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*" ha introdotto un regime speciale temporaneo per la verifica preventiva dell'interesse archeologico delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico stabilendo che "*fino al 31 dicembre 2020, possono essere oggetto di riserva anche gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 25 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'accordo bonario di cui all'articolo 205 del medesimo decreto legislativo*" (art. 1, decimo c.).

[43] Il concetto è ampiamente declinato dalla giurisprudenza amministrativa e dalla normativa sulla VPIA per alcune considerazioni in termini di *risk management* G. Di Trapani, A. Esposito, *La Valutazione del Rischio per i Beni culturali nell'aree archeologiche*, in *Riv. el. Dir., Econ, Management,* 98 e ss. 3/2015, 98 e ss.

[44] L'art. 29, comma 1 e 2, più volte modificato, del codice dei beni culturali, prevede, come noto, che la conservazione del patrimonio culturale sia assicurata attraverso una coerente, coordinata e programmata attività di studio, prevenzione, manutenzione e restauro, intendendo per prevenzione "il complesso delle attività idonee a limitare le situazioni di rischio connesse al bene culturale nel suo contesto". In generale si v. P. Güll, Archeologia preventiva. Il codice appalti e la gestione del rischio archeologico, Palermo, 2015; Id., Dalla "bonifica archeologica" alla gestione del rischio. Nuove sfide per la ricerca e la tutela, in Il capitale culturale, 14/2016, 1055 e ss.; S.Gelichi e L. Malnati, La pianificazione territoriale: archeologia preventiva sul territorio e nelle città, op.e loco ult. cit.

[45] Si vedano per tutti L. Casini, Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale, cit., 70 ss.; ma già Id., La globalizzazione dei beni culturali, Bologna 2010; M. Cammelli, L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione, Aedon 3/2017, 6 e, più recentemente, P. Chirulli, Il governo multilivello del patrimonio culturale, rel. al Convegno Annuale Aipda 2018, in Arte, cultura, ricerca scientifica.Costituzione e Amministrazione", Reggio Calabria 4-6 ottobre 2018, cit., 61 e ss. e sia consentito rinviare anche al mio contributo Eredità culturale e siti UNESCO in Sicilia, in E. Baroncini (a cura di), Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale, Bologna, 2021, 255 e ss.

[46] Art. 28, comma 4 del d.lgs. 42 del 2004 e ss.mm.ii. come noto modificato dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156 stabilisce: "*in caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, anche quando per esse non siano intervenute la verifica di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13, il soprintendente può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese del committente*".

requisiti, compresenti e concorrenti, che derivano dalla presenza di beni archeologici - siano essi emergenti oppure ancora sepolti - e dall'intrinseco legame che essi presentano con il paesaggio circostante, in guisa da istituire un complesso inscindibile contraddistinto da una profonda compenetrazione fra valori archeologici, assetto morfologico del territorio e contesto naturale di giacenza. Ad essi si aggiungono, ai sensi della norma citata del codice, i beni archeologici vincolati giusta la parte seconda del codice che presentano valenza paesaggistica e come tali sono individuati quali zone di interesse archeologico. Senza tralasciare poi la disciplina sui parchi e le aree archeologiche[47] per la quale, oltre alle previsioni del codice, ed alla declinazione in alcune normative regionali[48], occorre richiamare le "*Linee guida per la costituzione e la valorizzazione dei parchi archeologici*" diramate con il D.M. 18 aprile 2012[49], attuate nella Regione Siciliana con D.A. BB.CC. e I.S. del 26 gennaio 2016, n. 3[50].

[47] Sui quali si v. G.P. Treccani, Aree archeologiche e centri storici, in Id.(a cura di), Aree archeologiche e centri storici, Milano, 2010, 7 e ss. il quale ricorda che tali aree, sorte come "recinti della memoria" in seno alla città, hanno progressivamente espresso, sia per la sottolineata connotazione che per l'impossibilità di abbattere gli edifici circostanti a causa dell'onere degli espropri: "l'impossibilità percettiva prima ancora che fisica di un' effettiva continuità fra la città moderna e le sue radici più antiche".

[48] Per la Sicilia si v. l.r. 3 novembre 2000, n. 20 ed il D.Ass. BB.CC. e I.S. 25 marzo 2019, n. 13 ed inoltre la l.r. Lazio 15 novembre 2019, n. 24, recante "Disposizioni in materia di servizi culturali regionali e di valorizzazione culturale". Sul sistema dei parchi e delle aree archeologiche sia consentito rinviare al mio contributo: Il sistema dei Parchi Archeologici della Sicilia ed il Parco Archeologico di Pantelleria, in Aedon, 3/2020.

[49] Consultabile nel sito del Ministero http://www.archeologia.beniculturali.it/getFile.php?id=1591, che individua obiettivi di qualità nonché requisiti minimi per l'adozione del sistema di accreditamento per i parchi archeologici, sulla quale si veda F. Ghedini, Parchi archeologici e sviluppo del territorio, in h*ttp://riviste.unimi.it/index.php/lanx/index*, 19/2014, 194 e ss. Secondo la Commissione che ha contributo alla redazione delle stesse: "la definizione «archeologico» è stata interpretata in relazione non tanto alla cronologia dei resti quanto alle metodologie (proprie dell'indagine archeologica) attraverso le quali tali resti vengono individuati, indagati, interpretati e valorizzati. Dopo aver passato in rassegna le definizioni relative alle aree/siti archeologici e le normative regionali relative ai Parchi archeologici, si è ritenuto di proporre una aggiornata definizione, che desse maggior evidenza agli aspetti della ricerca, secondo la quale «un Parco archeologico è un ambito territoriale caratterizzato da importanti testimonianze archeologiche e dalla compresenza di valori storici, culturali, paesaggistici ed ambientali, oggetto di valorizzazione ai sensi degli artt. 6 e 111 del d. lgs. 42/2004, sulla base di un progetto scientifico e gestionale». Ne consegue che la presenza di consistenti resti archeologici e di valori storici, paesaggistici e ambientali, è condizione necessaria ma non sufficiente: per la realizzazione di un Parco archeologico è indispensabile l'elaborazione di uno specifico progetto, che sia espressione e sintesi di aspetti settoriali diversi, tutti omogeneamente concorrenti alla piena valorizzazione del bene culturale".

[50] V. http://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_LaStrutturaRegionale/PIR_AssBeniCulturali/PIR_Infoedocumenti/PIR_Decreti/PIR_Decretiassessoriali/DA%203GAB%20-%2026.01.2016.pdf, che in attuazione del "Sistema regionale di accreditamento, di monitoraggio e

3. Un riferimento innovativo rispetto alla tendenza evolutiva della legislazione urbanistica italiana con riguardo ai profili di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale va certamente rinvenuto nella *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società* (c.d "*Convenzione di Faro*")[51].

La Convenzione individua la conoscenza e l'uso dell'eredità culturale fra i diritti umani, e, più specificatamente, il diritto della persona a partecipare liberamente alle espressioni della vita culturale ed artistica della comunità[52], con l'obiettivo di promuovere la più ampia comprensione del patrimonio culturale e del suo rapporto con le comunità che lo hanno prodotto ed ospitato, incoraggiando a riconoscere

valutazione dei luoghi della cultura" da applicarsi a musei, parchi e aree archeologiche singolarmente considerati e a reti e o sistemi territoriali e/o tematici di beni culturali del territorio della Regione, ha individuato i requisiti minimi per i musei, le aree/parchi archeologici e le reti e i sistemi di beni culturali relativamente a ciascuno degli otto ambiti individuati dal D.M. 10 maggio 2001 necessari per valutare la gestione dei luoghi della cultura in termini di efficienza ed efficacia, nonché di qualità dei servizi di fruizione e valorizzazione erogati. Per quanto riguarda i parchi archeologici si veda l'allegato "Manuale per le aree ed i parchi archeologici".

[51] Sulla quale si vedano, nell'ampia dottrina, C. Carmosino, La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, in Aedon, 2013, 1 e ss., A. D'Alessandro, La Convenzione di Faro e il nuovo Action Plan del Consiglio d'Europa per la promozione dei processi partecipativi. I casi di Marsiglia e Venezia, in L. Zagato, M. Vecco (a cura di), Citizens of Europe. Culture e diritti, Venezia, 2015, 77 e ss.; M. Giampieretti, Quali strumenti giuridici statali e regionali per le comunità patrimoniali?, ivi, 335 e ss.; M. Montella, P. Petraroia, D, Manacorda, M. Di Macco, La "Convenzione di Faro" e la tradizione culturale italiana, in P. Feliciati (a cura di), La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia, (Atti del convegno di studi in occasione del 5° anno della rivista), in Il Capitale Culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage, n. 5/2016, 15 e ss.; P. Carpentieri, La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico), in www.federalismi.it, 2017 e, più recentemente, A. Gualdani, I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia, in Aedon, 1/2019 e L. Pavan-Woolfe, S. Pinton (a cura di), Il valore del patrimonio culturale per la società e le comunità. La Convenzione del Consiglio d'Europa tra teoria e prassi, Bologna, 2019; P. Forte, Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico, in P.A. Persona e Amministrazione, 2019, 2, 245 ss.; K. Möller, "Will they or won't they? Herman heritage laws, public participation and the Faro Convention", in Eu. Journal of Post-Classical Arch., n. 9/2019, 199 ss.; A. Gualdani, L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?, in Aedon, 3/2020; C.A. D'Alessandro, La ratifica della Convenzione di Faro e il difficile inserimento del cultural heritage nell'ordinamento giuridico italiano, in Soc. e diritti, 10/2020, 208 e ss.; G. Volpe, Un Faro per il patrimonio culturale nel post- Covid-19, cit., 194 e ss.; V. Di Capua, La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune, ivi, 3/2021; G. Severini, P. Carpentieri, La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?, in Federalismi.it, 8/2021; L. M. Guzzo, La Convezione di Faro e il patrimonio culturale religioso: (alcune brevi) questioni di ordine definitorio, in B. Cortese (a cura di), Il diritto dei beni culturali, Roma 2021, 141 e ss.

[52] Cfr. art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

l'importanza degli oggetti e dei luoghi in ragione dei significati e degli usi loro attribuiti sul piano culturale e valoriale.

Nella delineata prospettiva un ruolo cruciale é assegnato alla partecipazione civica per accrescere la consapevolezza del valore del patrimonio culturale e del suo contributo al benessere e alla qualità della vita, innescando un processo di valorizzazione partecipativo, fondato sulla sinergia fra pubbliche istituzioni, cittadini privati, associazioni.

La natura di "*Convenzione quadro*" fa si che essa definisca gli obiettivi generali lasciando agli Stati sottoscrittori la possibilità di specificare, individuando i mezzi più convenienti, misure ed interventi attuativi in ordine alla promozione di un processo partecipativo di valorizzazione del patrimonio culturale.

Come noto, la ratifica è intervenuta, in un controverso contesto di adesioni, con notevole ritardo (ed invero la ricorrente tenue attenzione per risorse finanziarie stanziate) da parte del Parlamento[53], nonostante sia stata sottoscritta dall'Italia già il 27 febbraio 2013[54] - che giunge ad una nozione estesa di "*patrimonio comune dell'Europa*"[55],

[53] I disegni di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Faro in materia di patrimonio culturale-Atti Senato-XVIII Leg. (n.257) Sen. Marcucci ed altri (n.702), Sen. Montevecchi ed altri entrambi intitolati "*Ratifica ed esecuzione della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005*", dopo essere approdati in Aula al Senato per la votazione il 27 febbraio 2019, sono stati nuovamente sottoposti all'esame della Commissione Esteri, per approfondimenti, ed approvati.

[54] La "Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società" del Consiglio d'Europa, é stata presentata il 27 ottobre 2005 nella città portoghese di Faro e sottoscritta dall'Italia nel 2013 é consultabile in http://musei.beniculturali.it/wp-content/uploads/2016/01/Convenzione-di-Faro.pdf, laddove si precisa che termine "*cultural heritage*" e' stato volutamente tradotto come eredità culturale, per evitare confusioni o sovrapposizioni con la definizione di patrimonio culturale di cui all'art.2 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. E proprio tale profilo ha motivato la questione sospensiva posta a base della ritrasmissione in Commissione affari esteri del Senato, deliberata ai sensi dell'articolo 93 del Regolamento, che ha sospeso la discussione dei disegni di legge nn. 257 e 702 dall'Aula il 27 febbraio 2019 cfr. Atti Senato-Resoconto stenografico, Seduta del 27 febbraio 2019, 55-56. Relativamente alla Convenzione si veda anche L'*Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*, in *https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3814*

[55] Ai sensi dell'articolo 3 della convenzione, esso consiste in: "a) tutte le forme di patrimonio culturale che costituiscono, nel loro insieme, una fonte condivisa di ricordo, comprensione, identità, coesione e creatività; e b) gli ideali, i principi e i valori, derivati dall'esperienza ottenuta grazie al progresso e nei conflitti passati, che promuovono lo sviluppo di una società pacifica e stabile, fondata sul rispetto dei diritti dell'uomo, della democrazia e dello Stato di diritto". In tal guisa, come opportunamente sottolineato, il patrimonio comune europeo si compone di due dimensioni: da un lato, quella più propriamente culturale, costituita da tutte le manifestazioni che ricordano gli avvenimenti che hanno segnato la storia europea; dall'altro, una dimensione intellettuale, costituita dall'insieme condiviso dei

proiettata verso una "*cultura transeuropea del ricordo*"[56]. Essa consiste in un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione e comprende tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato dell'interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi (art. 1).

Tale ratifica tuttavia, per non restare un mero atto formale, non può che imporre un ripensamento della legislazione statale e regionale in materia di protezione e valorizzazione del patrimonio culturale, dispiegando i propri effetti anche sulla legislazione urbanistica statale e regionale per la quale costituisce un indiscusso riferimento.

4. Al fine di meglio perlustrare la fattispecie in esame appare opportuno volgere l'attenzione al contributo che ha offerto la giurisprudenza, invero copioso, nella puntuale declinazione degli istituti.

In merito all'apposizione del vincolo archeologico - *"posto al vertice nella gerarchia dei valori storico-culturali, fa dunque oramai parte dei principi fondamentali della Costituzione"*[57] - va ricordato come sia ritenuto ragionevole che l'autorità amministrativa ritenga di sottoporre a tutela un'intera area complessivamente abitata nell'antichità e solo eventualmente cinta da mura[58], comprendendovi anche gli spazi verdi, dal momento che le esigenze di salvaguardia riguardano non i reperti in sé e solo in quanto addossati gli uni agli altri: "*ma complessivamente tutta la superficie destinata, storicamente, all'insediamento umano*"[59].

---

valori sociali e degli ideali europei, frutto della travagliata storia dell'Europa, cosi ancora C. Carmosino, La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa, cit., 3.

[56] In tal senso Parlamento Europeo, DG Politiche interne, Ricerca per la commissione CULT L'identità europea, 2017, 30 e ss. *http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/585921/IPOL_STU(2017)585921_IT.pdf*

[57] In questo senso, espressamente, Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2022, n. 5536, al riguardo di veda, tra i commenti, A. Lucia De Cesaris, M. Gabriella Marrone, *Vincolo paesaggistico e vincolo Archeologico: due lati della stessa medaglia?*, in *RGAonline*, 3 novembre 2022.

[58] È, infatti, considerata: "misura proporzionata e congruente alle finalità di pubblico interesse l'apposizione del vincolo archeologico, quale misura di tutela complessiva di un'area abitata nell'antichità, anche se non cinta da mura, giacché le esigenze di salvaguardia concernono non solo i reperti in sé e solo se addossati gli uni agli altri ma tutta la complessiva superficie destinata *illo tempore* all'insediamento umano" (Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 17).

[59] Così, tra le altre, Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2013, n.522 e, più recentemente, Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2019, n. 1485, ove si precisa come: "*ai fini della tutela vincolistica archeologica, l'effettiva esistenza delle cose da tutelare può essere dimostrata anche per presunzioni, essendo a tale scopo non rilevante ex se che i materiali da tutelare siano stati già portati alla luce o siano ancora interrati. E' sufficiente che il complesso delle aree archeologiche risulti adeguatamente definito e che la misura adottata con il vincolo appaia, rebus sic stantibus ed*

In particolare, l'effettiva esistenza delle cose da tutelare può esser dimostrata anche per presunzione[60], essendo a tal uopo irrilevante *ex se* che i materiali da tutelare siano stati già portati alla luce o siano ancora interrati. È sufficiente, infatti, che il complesso delle aree archeologiche risulti adeguatamente definito e che la misura adottata col vincolo appaia adeguata alla finalità di pubblico interesse cui esso è preordinato[61].

Come delineato da consolidato orientamento con riguardo ai beni di interesse archeologico, infatti, il c.d. *vincolo diretto* scaturente dalla dichiarazione di interesse culturale storico-artistico particolarmente importante, ai sensi degli artt. 10, comma 3, lett. *a*), 13 e 14 d.lgs. n. 42 del 2004 e s.m.i. (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*), connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, è connesso all'effettivo ritrovamento o alla certezza dell'esistenza di reperti archeologici ed assume carattere unitario se il complesso risulta dall'affioramento di resti murari e di materiale mobile, dall'omogeneità delle strutture, dalla dimensione e dalla continuità degli allineamenti murari tra i singoli settori scavati e visibili o ricoperti e parzialmente sommerso[62].

In altre parole, è richiesta una valutazione specifica dei singoli reperti e della loro ubicazione, esercizio di un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecnico-scientifiche specialistiche proprie degli ambiti disciplinari interessati (della storia, dell'arte e dell'architettura ecc.) caratterizzati da ampi margini di opinabilità al fine di dimostrare che essi costituiscono un complesso inscindibile, essendo illegittima l'imposizione del vincolo ove non risulti valutata la

alla luce delle risultanze ottenute, plausibile sotto l'aspetto scientifico ed adeguata alla finalità di pubblico interesse a cui il vincolo è preordinato".

[60] Il ritrovamento di resti di insediamenti di epoche passate in una determinata area rende evidentemente probabile la presenza di altri resti nelle immediate vicinanze. È pertanto *"ragionevole ad attendibile, sotto il profilo tecnico e scientifico, la scelta dell'amministrazione di vincolare non solo la particella in cui sono esattamente stati ritrovati i reperti archeologici, ma anche tutta la zona ad essa circostante"* (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2015, n. 999), dovendosi ritenere *"ininfluente che i materiali oggetto di tutela siano stati portati alla luce o siano ancora interrati, essendo sufficiente che il complesso risulti adeguatamente definito e che il vincolo archeologico appaia adeguato alla finalità di pubblico interesse al quale è preordinato*", così Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005, n. 805.

[61] In questo senso si veda, in termini generali, Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 17.

[62] Cfr. per tutti Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2018, n. 2736 e 1 marzo 2021, n. 1730. E ciò nel presupposto che tale vincolo: *"è espressione di ampia discrezionalità tecnico-specialistica; ed è pertanto tendenzialmente insindacabile innanzi dal giudice amministrativo, se non per eccesso di potere per intrinseca illogicità o travisamento dei fatti indotto da uno o più errori obiettivamente rilevabili, quali gli errori di calcolo (matematico, topografico, antropometrico) e/o gli errori nell'applicazione di regole mutuate da scienze esatte (matematica, geometria, geologia, biologia, chimica, fisica, ecc.) o di regole sulle quali si basano discipline applicative di queste ultime"* (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 2 marzo 2020, n. 145).

notevole dimensione ed eterogeneità del comprensorio interessato all'atto conformativo[63].

Mentre il vincolo c.d. *indiretto*[64] concerne la "*cornice ambientale di un bene culturale*" e può essere imposto su beni ed aree circostanti a quelli oggetto di vincolo diretto per garantire la migliore visibilità o fruizione di questi ultimi, ovvero migliori condizioni ambientali o di decoro.

Sotto altro profilo l'individuazione e le modalità di tutela dei beni soggetti a vincolo costituiscono espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, insindacabile nel merito, ma soggetta a sindacato di legittimità in rapporto ai consueti parametri di corretto apprezzamento dei presupposti di fatto e congruità delle valutazioni, con possibilità di riscontro di tali fattori – indice di completezza dell'istruttoria espletata e di logicità delle conclusioni tratte – in base alla motivazione del provvedimento conclusivo, da cui deve potersi desumere l'adeguatezza del sacrificio imposto ai privati proprietari, nel superiore interesse pubblico perseguito[65].

Con particolare riguardo al richiamato "*vincolo indiretto*", la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che esso non abbia contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale - fino all'inedificabilità assoluta - se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un pregiudizio ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che

[63] Il vincolo diretto, invece, dovrebbe ritenersi sproporzionato ove "non sia stata indicata specificamente nel provvedimento amministrativo l'esatta allocazione dei singoli reperti nelle diverse particelle catastali di una vasta area vincolata, di guisa che va considerata legittima l'imposizione del vincolo diretto esteso ad un'intera area", nel lessico tecnico-giuridico il c.d. predium, espressione ellittica che sta ad indicare "l'unitarietà di un'area archeologica inscindibile documentata dalle fonti antiche", oltre che dalle modalità, storicamente stratificatesi, di fruizione estetica e visiva dei beni del complesso archeologico medesimo, "solo quando i ruderi costituiscano un complesso inscindibile", cfr. Cons. St., sez.VI, 2 novembre 2021, n. 7318.

[64] L'art. 45 del d.lgs. n. 42 del 2004, al primo comma dispone che: "*[i]l Ministero ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro*".

[65] La giurisprudenza è conforme in materia ed ha declinato i principi di riferimento, in questo senso già Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2008, n. 3880; 19 gennaio 2007, n. 111; 8 settembre 2005, n. 4599; 24 agosto 1992, n. 615; 31 ottobre 1992, n. 823; 13 gennaio 1988, n. 107; 7 ottobre 1987, n. 806, 26 giugno 1985, n. 353; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 24 dicembre 1994, n. 475 e più recentemente Cons. St., VI, 28 gennaio 2016, n. 334, e, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923. Per alcune considerazioni sulla giurisprudenza alla stregua della quale in caso di vincolo archeologico non è necessaria la presenza materiale del bene da tutelare essendo sufficiente soltanto una presunzione della sua esistenza nel contesto di un'area archeologica v. M. Pellingra Contino, Vincoli archeologici su un terreno limitrofo e presunzione di interesse? Una breve disamina tra diritto interno ed europeo della sentenza n. 334/2016 del Consiglio di Stato, in *https://extranet.dbi.it/Archivio_allegati/Allegati/46340.pdf* .

si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui alterazione formale o sostanziale possa considerarsi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti il contesto interessato.

In tal guisa, l'apposizione del vincolo indiretto, fermi ed impregiudicati restando i noti limiti di sindacato giurisdizionale[66], si basa sull'esigenza che lo stesso sia valorizzato: "*nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale*"[67].

Tale peculiare forma di vincolo, in altri termini, sebbene scaturisca da una ponderazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione procedente, è sottoposta a limiti puntuali derivanti dai principi generali di logicità, ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, dovendosi, sotto altro profilo, scongiurare che la vincolatività indiretta, e di natura conseguentemente strumentale ed accessoria rispetto al vincolo diretto, possa trasformarsi in una vincolatività generale ed indiscriminata[68].

---

[66] Secondo un orientamento più che consolidato della giustizia amministrativa la valutazione di apposizione del vincolo, proprio in quanto è espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, logicità, coerenza e completezza della valutazione e della falsità di presupposti, in altre parole, solo quando l'istruttoria si riveli insufficiente o errata o la motivazione risulti inadeguata o presenti manifeste incongruenze o illogicità anche per l'insussistenza di un'obiettiva proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse storico-artistico. Sul punto, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 1 marzo 2021, n.1730, con richiami alla giurisprudenza in materia di discrezionalità tecnica dell'attività vincolistica. In dottrina si vedano: G. Tropea, Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?, in Dir. proc. amm., 2, 2012, 718 e ss.; G. Severini, Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità, in Aedon, 3, 2016.

[67] Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2018, n. 2839 e, più recentemente, Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, che sottolinea, in particolare, sull'esigenza che il bene tutelato mediante vincolo diretto sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche "*immobili non adiacenti"* a quello tutelato "purché *allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale*". I Giudici di Palazzo Spada richiamano nella pronuncia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che: "*ha chiarito che la classificazione di un'area come rilevante dal punto di vista culturale ed archeologico - ed il conseguente divieto di edificazione che venga eventualmente disposto senza indennizzo alcuno - trova giustificazione nella necessità di proteggere il patrimonio culturale ed archeologico - esso riguardando una collettività* ben pi*ù vasta di quella che si trova nel territorio ove lo stesso materialmente ricade*".

[68] Per costante giurisprudenza: "l'imposizione del "vincolo indiretto" disciplinato dall'art. 49 del d.lgs. n. 490 del 1999, e oggi dall'art. 45 del d.lgs. n. 42 del 2004, si basa sull'esigenza che lo stesso sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale. Il c.d. "vincolo indiretto", inoltre, non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento

Un profilo che merita di essere sottolineato riguarda poi la connessione tra il provvedimento confermativo e la dimostrata, effettiva esistenza delle cose da tutelare. Da ciò discende che tale procedimento va considerato illegittimo, per difetto o errore nei presupposti, ove sia stato acclarato che in un'area non irrilevante della zona vincolata in realtà non esista alcun bene archeologico suscettibile di protezione.

L'apposizione di un vincolo archeologico impone, infatti, indagini ed analisi che possono richiedere anche diversi anni, che sovente si allungano per la necessità di reperire le risorse finanziarie necessarie, oltre che opportuni finanziamenti non sempre disponibili. È stata così ritenuta non illogica la scelta di sottoporre a vincolo una determinata zona anche a "*distanza di vari anni ed anche successivamente alla edificazione di manufatti*". In tal senso il vincolo: *"si giustifica maggiormente con la esigenza di non consentire o comunque regolare un siffatto sfruttamento una volta accertato l'interesse archeologico del sito proprio al fine di preservare l'intera zona*"[69].

Resta tuttavia impregiudicato, come sottolinea il Consiglio di Stato, che la tutela paesaggistica e quella archeologica, siano *"distinte e autonome*" e tale conclusione rileva ai fini della strutturazione posta a base di questo contributo che intende sottolineare la rilevanza di una considerazione anticipatoria nella pianificazione urbanistica e nella sua attuazione puntuale di cui si dirà oltre.

Nel primo caso il vincolo paesaggistico, infatti, concerne i territori interessati da presenze di rilevanza archeologica, che vengono tutelati non per la loro *facies*, bensì per l'attitudine «*alla conservazione del contesto di giacenza del patrimonio archeologico nazionale*». Mentre quella archeologica, connessa all'apposizione del vincolo, postula un'intrinseca valenza archeologica del bene ed ha pertanto ad oggetto diretto il bene e non il territorio su cui esso si trova la cui tutela costituisce primario interesse pubblico[70].

---

dell'Amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale – fino all'inedificabilità assoluta –, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un *vulnus* ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si stimi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti lo spazio circostante" (C.d.S., sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, cfr. ex multis, C.d.S., VI, 23 maggio 2006, n. 3078; Cons. St., VI, 29 gennaio 2013 n. 522; id., 9 aprile 2013 n. 1906; cfr. pure id., 15 dicembre 2014 n. 6152).

[69] Al riguardo si veda Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2018, n. 100 che pronuncia sul vincolo archeologico diretto e indiretto con riferimento ad immobili siti nell'area interessata da una necropoli romana di età imperiale.

[70] Così ancora Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2022, n. 5536 che testualmente afferma: che il vincolo paesaggistico per le zone di interesse archeologico disciplinato dall'art. 142 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, risulta *"di tipo ubicazionale e ha la funzione di tutelare i siti al fine di garantire la conservazione del contesto di giacenza del patrimonio archeologico nazionale. Questo vincolo quindi prescinde dall'accertamento, in via amministrativa o legale, dell'interesse archeologico dell'area. Al contrario, il vincolo archeologico, previsto*

Sin qui l'apporto articolato della giurisprudenza amministrativa. Ma non può sottacersi che, al di là dell'illustrato contesto normativo, sebbene incrementale in senso quantitativo e qualitativo, e del pur rilevante contributo dei giuridici, per il Paese con il più grande patrimonio archeologico (in molte parti ancora inesplorato, anche per carenza di risorse e sovente recuperato grazie all'impegno negli scavi di università straniere) e con gli insediamenti urbani tra i più risalenti a livello planetario si tratta di un quadro ancora insufficiente e per certi versi incompleto.

5. Un profilo della disciplina pubblicistica dell'archeologia che ha visto una progressiva definizione normativa nel recente passato è la *verifica preventiva dell'interesse archeologico* delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico (*VPIA*, già *ViArch*), che rientra nel più ampio contesto della c.d. archeologia preventiva o predittiva[71].

Non è questa la sede per un'approfondita disamina dell'istituto, peraltro recentemente sottoposto ad interventi di modifica sia normativa che attuativa, ma è di tutta

dagli art. 136 ss. del predetto Codice, presuppone un'intrinseca valenza archeologica del bene su cui viene apposto e ha ad oggetto direttamente il bene e non anche il territorio su cui esso si trova".

[71] Uno degli esempi più rilevanti di interventi di archeologia preventiva realizzati a livello europeo si rinviene proprio in Sicilia per l'esecuzione della tratta "*Fiumetorto*" (Comune di Termini Imerese) e Cefalù Ogliastrillo, sulla linea Palermo-Messina, nei pressi dell'antica Città di Himera - importante colonia greca fondata nel 648 a.c.. da Calcidesi di Zancle e da Dorici esuli da Siracusa e distrutta a seguito dai punici Annibale del 409 a.c. - che ha condotto alla scoperta nell'area del campo della battaglia che si tenne nel 480 a.c., una delle più grandi della storia antica, vinta dai greci sui cartaginesi di Amilcare - della necropoli con quasi 10.000 tombe in ottimo stato di conservazione, proprio per la peculiare circostanza, unica in Sicilia, per la quale la Città dopo la distruzione non fu mai più abitata, ed un immenso patrimonio archeologico di oltre 20.000 reperti. L'intesa raggiunta tra la *Soprintendenza ai Beni Culturali e Ambientali di Palermo,* da un lato ed RFI e Italferr dall'altro, ha consentito di raggiungere una soluzione condivisa per l'eliminazione del vecchio tracciato ferroviario interferente con l'area archeologica, la realizzazione di una variante di tracciato e lo scavo integrale dell'area della necropoli occidentale interferente con il raddoppio della tratta ferroviaria attivato nel dicembre del 2017. Le campagne di scavo, che hanno condotto alla scoperta di alcune fosse comuni raccoglievano i caduti delle grandi battaglie imeresi del 480 e del 409 a.C. narrate da Erodoto e Diodoro Siculo. Gli scavi hanno impegnato tra il 2009 ed 2011 oltre cento tra archeologi, topografi, disegnatori, antropologi, restauratori, operai specializzati ed un investimento di oltre 17 milioni €. In merito per più puntuali dettagli v. F. Palazzo, I. Maggiorotti, A. Iacono, F. Frandi, P. Barbina, *Archeologia preventiva: il caso di Himera nella realizzazione del raddoppio della linea Messina-Palermo*, in *AR&T*. Più in generale nella dottrina archeologica per tutti S. Vassallo, *Himera città greca,* Palermo, 2005; Id., *Le battaglie di Himera alla luce degli scavi nella necropoli occidentale e alle fortificazioni. I luoghi, i protagonisti*, in *Sicilia Antiqua*, VII, 2010, 17 e ss.; Id., *La battaglia di Himera del 480 a.C. tra storia e archeologia,* in S. Sciascia, *Le grandi battaglie della storia antica di Sicilia,* Caltanissetta, 2016, 101 e ss., nonché F. Spatafora, *Himera. Un'occasione di ricerca,* in AA.VV., *Himera: archeologia e nuove linee ferroviarie, un esempio di pianificazione e programmazione nel rispetto del territorio antico,* in *Argomenti. Riv. Quad. F.S. S.p.A.*, luglio 2010, 134-135.

evidenza l'obiettivo perseguito di introdurre il principio del c.d. "*developer pays*" e limitare i casi di c.d. "*sorpresa archeologica*" nell'esecuzione dei lavori ha quale fine di preservare il patrimonio archeologico da distruzioni ed alterazioni e, nel contempo, di scongiurare, dopo la scoperta "in corso d'opera", sospensione dei lavori, onerose varianti e, sovente, anche contenziosi che dilatano i tempi di realizzazione delle opere pubbliche e ne aggravano le esigenze di copertura finanziaria [72].

Le misure di archeologia preventiva, come noto, vanno ricondotte alle previsioni della "*Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico*", c.d. Convenzione de La Valletta, del 16 gennaio 1992[73], ratificata soltanto dopo ventitré anni con la l. 29

[72] In tema di appalti pubblici e "*sorpresa archeologica",* si veda, tra le altre, Corte di Cass., 17 febbraio 2014, I, Ord. n. 3670/2014, secondo la quale: "*la forza maggiore idonea a determinare la sospensione dell'esecuzione dei lavori ai sensi dell'art. 30, primo comma, del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 è integrata dal mero collegamento con l'area di cantiere della cosiddetta "sorpresa archeologica", tanto se essa venga ad emergere totalmente o parzialmente dal cantiere stesso, quanto se la sua emersione sia configurata come possibile dal provvedimento del competente organo della P.A. che imponga un'attività di indagine, essendo sufficiente, a tal fine, la probabile reperibilità del reperto e, cioè, che sia accertata la sussistenza di un quadro che renda ineludibile far precedere il normale corso dell'esecuzione dell'appalto da un'attività di "esplorazione" archeologica",* ne discende che "*la sospensione disposta dalla stazione appaltante, non avendo natura discrezionale per ragioni di interesse pubblico, non consente all'appaltatore di richiedere, ai sensi dell'art. 30, comma 2, del medesimo d.P.R., lo scioglimento del contratto ove la stessa superi i termini ivi stabiliti e, in caso di rifiuto da parte del committente, di ottenere l'indennizzo dei maggiori oneri sopportati",* così Corte di Cass., I, 5 febbraio 2016, n. 2316 e, da ultimo, Trib. Roma, Sez. XVI-Impr., 3 gennaio 2022, n. 16. Le pronunce del 2014 e del 2016 sono annotate da I. Pagani, Sorpresa archeologica e sospensione dei lavori per causa di forza maggiore, in Urb. e app., 2014, 5, 520 e ss. e Id., Sospensione per sorpresa archeologica e iscrizione di riserva per illegittimità sopravvenuta, ivi, 2016, 4,406 e ss.

[73] Consultabile in https://rm.coe.int/168007bd45. La Convenzione firmata nel 1992 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, è stata sottoscritta da 46 Paesi, dei quali 42 hanno proceduto alla ratifica, ed ha quale obiettivo quello di proteggere il patrimonio archeologico "*in quanto fonte della memoria collettiva europea e strumento di studio storico e scientifico".* La Convenzione della Valletta è stata elaborata partendo dal convincimento che fossero stati raggiunti in gran parte gli obiettivi delle disposizioni della precedente Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico, stipulata a Londra il 6 maggio 1969 (e ratificata dall'Italia con legge 12 aprile 1973, n. 202), ma anche dall'avvertita necessità di rafforzare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio archeologico propio nelle politiche urbane e di pianificazione, fornendo la nozione di bene archeologico ed individuando gli obblighi che gravano sugli Stati in materia di protezione del patrimonio archeologico. Tra le finalità della Convenzione vi è proprio quella di garantire l'integrazione tra la pianificazione e la gestione territoriale e l'introduzione di un principio analogo a quello di matrice ambientale (*polluter p*ays) alla stregua del quale gli oneri della tutela sono a carico dei soggetti che attraverso lavori di trasformazione territoriale rendono necessaria l'attivazione della tutela medesima e recependo la c.d. "compliance driven archaeology" ed alla "developement funded *archaeology*". Sulla *Convenzione de La Valletta* si vedano, tra gli altri, P. J.O'Keefe, The European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage, in Antiquity, 1993, 406 ss.; G. Trotzig, The New European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage, ivi, 414-415; M.P. Guermandi, K. S. Salas Rossenbach (eds.), Twenty years after Malta: preventive archaeology in Europe and in Italy, Bologna, 2013; P. Florjanowicz (ed.), When

aprile 2015, n. 57, offrendo un quadro di riferimento che, nel linguaggio tecnico degli archeologi, è definito della "*post-Malta archaeology*"[74].

La Convenzione, all'art. 6, impegna gli Stati aderenti ad assicurare il finanziamento pubblico della ricerca archeologica e ad accrescere le misure destinate all'archeologia preventiva adottando disposizioni utili affinché, in caso di lavori pubblici o privati di rilievo[75], siano stanziate risorse finanziarie di matrice pubblica o privata, che coprano la totalità dei costi delle operazioni archeologiche necessarie connesse ai lavori che debbono prevedere gli studi e le ricerche archeologiche preliminari, i documenti scientifici di sintesi, nonché le comunicazioni e le pubblicazioni integrali delle scoperte[76].

Valletta meets Faro. The reality of European Ar-chaeology in the 21st century, Budapest, 2016; A. Roccella, *L'adesione dell'Italia alla Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico (La Valletta, 1992),* in S. Lusuardi Siena, C. Perassi, F. Sacchi, M. Sannazaro (a cura di), *Archeologia classica e post-classica tra Italia e Mediterraneo: scritti in ricordo di Maria Pia Rossignani,* Milano, 2016, 561 e ss.; F. Benetti, *op.ult.cit.*, 67 e ss.

[74] Cfr. M. P. Guermandi, K. S. Rossenbach (eds.), *Twenty years after Malta: preventive archaeology in Europe and in Italy,* Bologna, 2013, in particolare la prima, nel suo contributo *Twenty years after Malta: taking stock*, opportunamente sottolinea, in un contesto nel quale dopo venti anni non era stata ancora ratificata la Convenzione di Malta, *"There is no specific law which governs preventive archaeology per se. Not only, but legislation in this area has been lawed from the outset, since the introduction of article 28 of the Code of Cultural Heritage and Landscape: practically the only legislation in Europe to have restricted preventive archaeology to public works alone. This limitation was only partly - and clumsily - remedied by law 106 of 2011*".

[75] La questione della piena applicazione dell'archeologia preventiva ai lavori privati è ancora aperta nell'ordinamento italiano cfr. in merito: A. Garrisi, M.Giorgio, *Benefici dell'estensione ai lavori privati dell'archeologia preventiva*, in *AR&T*, 2-3, 2020,164 e ss., cons. in *http://art.siat.torino.it/wp-content/uploads/2021/04/A_RT_LXXIV_2-3_ESP.-TERRITORI-e-PROFESSIONI_garrisi-giorgio.pdf* i quali giustamente si interrogano a quale criterio si ispiri una regolazione alla stregua della quale "*se il Comune di Roma appaltasse la realizzazione di una nuova edificazione per un asilo sulla via Cassia l'opera entrerebbe nella procedura dell'archeologia preventiva …, mentre se alla medesima altezza della via Cassia il sig. Mario Bianchi decidesse di costruire un edificio residenziale in un terreno di sua proprietà, la procedura di archeologia preventiva non si attiverebbe e il sig. Bianchi (che è un bravo cittadino e ha informato tutti gli uffici pubblici delle sue intenzioni) riceverebbe dalla Soprintendenza una prescrizione a far sorvegliare i lavori in corso d'opera*", con la conseguenza dover fermare il cantiere in fase esecutiva, con notevole aggravio di costi, nel caso di ritrovamento di beni archeologici, ma ricordando in nota che per il Comune di Roma ha stabilito con norma tecnica attuativa del 2008 del PRG (art. 16 comma 8) che: "*la definizione progettuale degli interventi di categoria NC e NIU, o di qualsiasi intervento che comporti escavazioni, perforazioni o rinterri, è subordinata all'effettuazione di indagini archeologiche preventive, a cura e spese del soggetto attuatore, indirizzate e sorvegliate dalla Soprintendenza statale competente*".

[76] Il riferimento all'*archeologia preventiva* della Convenzione è alle Raccomandazioni dell'*UNESCO* sulla Conservazione del patrimonio culturale minacciato da lavori pubblici o privati (19 novembre 1968), del Consiglio d'Europa n. R(89)5 e della Carta *ICOMOS* e grava sui soggetti che realizzano rilevanti lavori pubblici o privati, gli oneri le prospezioni archeologiche e la responsabilità di preservare gli eventuali rinvenimenti, nel presupposto che gli oneri della tutela non gravino sul pubblico laddove essi derivino da attività svolte a beneficio di interessi privati.

Come noto già l'art. 28, comma 4, del *Codice dei beni culturali e del paesaggio,* poi completato, nel solco di precedenti norme in materia di appalti[77], dall'art. 25 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. (*Codice dei contratti pubblici*)[78], aveva definito una disciplina[79]

[77] La norma ha riformulato con alcune significative modifiche la procedura di "*Verifica preventiva dell'Interesse Archeologico"* (VIArch), contenuta agli artt. 95 e 96 del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. Si trattava di una previsione che ha ulteriormente inverato gli indirizzi della Convenzione di Valletta per quanto concerne la realizzazione dei lavori pubblici, mentre, nel caso di lavori privati, condizioni simili possono essere applicate qualora gli enti locali abbiano così disposto tramite i loro piani urbanistici e territoriali. A compendio della compiuta normativa sull'archeologia preventiva è sopravvenuta una più articolata disciplina attuativa attraverso le previsioni del codice dei contratti pubblici di lavori, forniture, servizi e concessioni.

[78] Come opportunamente ricorda G. Pietra, *Archeologia di Stato e falsi miti,* in Layers Supp. al n. 6, 2021, 50 la regolamentazione normativa che impone di verificare preventivamente la compatibilità di un'opera di trasformazione del territorio con eventuali preesistenze archeologiche interviene: "*a disciplinare una situazione di fatto e una prassi adottata dalle Soprintendenze, anche in stretta collaborazione con le amministrazioni comunali nell'ambito della pianificazione urbanistica, a partire dagli anni '80 del Novecento".*

[79] Come noto, la disciplina normativa è introdotta in Italia con gli artt. 2 *ter* e 2 *quater* della l. n. 109 del 2005, "*Disposizioni urgenti per lo sviluppo e la coesione territoriale, nonché per la tutela del diritto d'autore, e altre misure urgenti"*in sede di conversione del d.l. 26 aprile 2005, n. 63 e poi successivamente inserita nel d.lgs. n. 163 del 2006 ("*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*"), agli artt. 95-96, successivamente confluita nel d.lgs. n. 50 del 2016 ("*Codice dei contratti pubblici"*) all'art. 25 come "*Verifica preventiva dell'interesse archeologico"*. Giusta il d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194, nell'ipotesi di un prolungamento eccessivo del procedimento relativo a opere "*di rilevante impatto sul territorio"* ovvero di "*infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese"*, si è previsto che la stazione appaltante può accedere alla procedura di c.d. *fast track* al fine di conseguire un accorciamento dei tempi ed attivare il potere sostitutivo del Presidente del Consiglio dei ministri, prevedendo si inoltre che la stazione appaltante può ricorrervi anche nel caso in cui non siano stati rispettati i termini dell'accordo di collaborazione e coordinamento che stazione appaltante e soprintendenza possono stipulare entro 30 giorni dall'avvio della fase esecutiva ai sensi dell'art. 26, 14 comma, con l'obiettivo precipuo di attenuare la complessità del procedimento di verifica preventiva riducendo fasi e contenuti e contingentandone i tempi.
Per quanto concerne la Regione Siciliana giova richiamare il parere reso all'*Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione* che interpellato dall'allora Assessorato ai lavori pubblici (oggi Assessorato alle infrastrutture) si è pronunciato per la diretta applicazione dell'istituto della verifica preventiva nel presupposto che la Regione siciliana, sebbene titolare di competenza legislativa esclusiva in materia di beni culturali, non ha mai emanato una propria disciplina organica sostanziale sulla materia o su taluni aspetti di essa, sicché ha ritenuto trovi "*applicazione "di pieno diritto" anche in ambito regionale la disciplina di fonte statale, alla quale va riconosciuta efficacia suppletiva, nel senso che può operare in ambito regionale se e fino a quando la Regione non abbia predisposto una propria disciplina*" e ciò in "*conseguenza del vuoto normativo lasciato dal legislatore regionale*" e "*sino a quando la competenza regionale esclusiva non verrà in concreto esercitata"* (Par. n. 325.11.2006,"*Beni culturali - Verifica preventiva dell'interesse archeologico, artt.95 e 96, D.Lgs. n.163/2006, Applicazione in Sicilia.*"), in *http://www.gurs.regione.sicilia.it/Pareri/P060325.HTM*.

che consentiva di valutare l'impatto della realizzazione di un'opera pubblica o di interesse pubblico rispetto alle esigenze di tutela del patrimonio archeologico[80], con la possibilità di incidere sulle scelte progettuali ed esecutive sino all'eventuale riorientamento al fine di compendiare la realizzazione dall'infrastruttura e la tutela del sito o dei beni archeologici[81].

Tale soluzione, come meglio si vedrà, ha ulteriormente trovato riscontro estensivo nella legislazione regionale siciliana che ha inteso rafforzare le convergenze tra archeologia preventiva e pianificazione territoriale.

Il ricordato art. 25, d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., ormai abrogato[82], ha offerto un corpo normativo per una disciplina complessa ed articolata, attraverso la fluidificazione del circuito informativo tra stazioni appaltanti e sovrintendenze, volta a consentire una compiuta valutazione della sussistenza dell'interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione, con finalità certi versi predittive, ai fini dell'avvio del procedimento

[80] Sull'evoluzione della displica in materia di VPIA (gia ViArch) si veda L. Malnati, La verifica preventiva dell'interesse archeologico, in *Aedon*, 3-2005; G. Failla, P. Urciuoli, *L'archeologia preventiva e i suoi riflessi sulla progettazione dei lavori pubblici,* in *Riv. trim. appalti,* 2006, 351 ss.; P. Carpentieri, *Le garanzie e la verifica della progettazione. La verifica preventiva dell'interesse archeologico,* in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, III, 2369 ss.; F. Ghedini, *Archeologia preventiva*, in M.L.Nava (a cura di) *Archeologia preventiva. Esperienze a confronto*, Venosa 2009, 11 e ss. ; G.P. Brogiolo, *La tutela dei paesaggi storici tra archeologia preventiva e archeologia d'emergenza,* in AA.VV., *V Congresso Nazionale di archeologia Medievale*, Firenze 2009, 3 e ss.; A.L. Tarasco, *Misure cautelari e preventive (Sub art. 28*), in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2011, 302 ss. spec. 306 ss.; A. Sau, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità,* in *Aedon,* 1-2017; A. Roccella, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico nella normativa vigente,* in *Riv. trim. app.,* 2019, 790 e ss.; C. Videtta, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico: inquadramento giuridico*, in *AR&T*, 2-3, 2020, 26 e ss. (*http://art.siat.torino.it*); F. Benetti, *Il diritto di partecipare. aspetti giuridici del rapporto tra pubblico e archeologia*, Mantova, 2020, 218 e ss.

[81] In particolare, tra le diverse forme di tutela, la norma prevede al comma 4 che: «in caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, anche quando per esse non siano intervenute la verifica di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13, il soprintendente può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese del committente». Comma modificato dal D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 156, sostituendo l'espressione originale "*opere pubbliche*" con quella di "*lavori pubblici"* di portata più estesa e potendo così annoverare: "*attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere*" (art. 3, c. 1, lett. *nn*), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Regioni dei contratti pubblici). Questa estensione anticipatoria esprime per la dottrina il concetto di un interesse di carattere "*presuntivo o indiziario*", in tal senso G. Sciullo, *Tutela,* in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, cit.,156.

[82] Giusta l'art. 226, primo comma, del codice dei contratti pubblici approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023 di cui si dirà.

vero e proprio di verifica preventiva[83] e di accertare, prima di iniziare i lavori, la sussistenza di giacimenti archeologici ancora conservati nel sottosuolo e di evitarne la distruzione[84].

La verifica preventiva dell'interesse archeologico, peraltro, è inserita nell'ambito della progettazione di fattibilità tecnica ed economica e la prima è applicabile a tutti i progetti assoggettati a VIA, con la conseguenza che tutte le "*opere a iniziativa privata di pubblica utilità assoggettabili a VIA risultano automaticamente assoggettate alla procedura di VPIA"*[85].

A questo riguardo va da ultimo precisato che alla stregua delle previsioni dell'art. 14, comma 5 *ter*, del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 conv. con mod. ed int. dalla l. 21 aprile 2023, n. 41 - che giova sottolineare incide sulle previsioni dell'art. 25 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel frattempo sostitute da quelle del nuovo codice di cui si dirà - le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla VPIA sono acquisite "*nel corso della conferenza di servizi"* e non più in termini preliminari.

Nel caso in cui non emerga la sussistenza di un interesse archeologico, le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla VPIA "*sono corredate delle eventuali prescrizioni relative alle attivita' di assistenza archeologica in corso d'opera"*. Nell'ipotesi, invece, di esito positivo dell'interesse archeologico il soprintendente avvia il procedimento "*tenuto conto del cronoprogramma dell'intervento"* secondo le previsioni di un apposito decreto del Presidente del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

---

[83] E conseguentemente di prevedere eventuali variazioni progettuali, in attuazione del disposto dell'art. 20 del D.Lgs. 42/2004 e ss.mm.ii: "*I beni culturali non possono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione*". La procedura dettagliatamente disciplinata, con opportune misure di flessibilità, gradualità ed interlocuzione, si componeva, ma si tratta di struttura sostanzialmente recepita, come si avrà modo di verificare, nel nuovo codice dei contratti pubblici di una fase necessaria volta alla verifica della sussistenza dell'interesse archeologico delle aree sulle quali è allocato l'intervento infrastrutturale o il lavoro pubblico, ed una eventuale che seguisse alla declaratoria di tale interesse con la conseguenti varianti progettuali e d'opera.

[84] Da ultimo, va ricordato che col d.P.C.M. 14 febbraio 2022, recante "Approvazione delle linee guida per la procedura di verifica dell'interesse archeologico e individuazione di procedimenti semplificati", in attuazione del richiamato art. 25, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sono state approvate le linee guida per la procedura di verifica dell'interesse archeologico, con l'obiettivo di snellire, semplificare ed accelerare le modalità procedurali e operative che assicurino il coordinamento tra le attività di progettazione delle opere pubbliche o di interesse pubblico e le attività di verifica preventiva della sussistenza dell'interesse archeologico negli ambiti territoriali e nelle aree prescelti per la localizzazione delle opere nel rispetto della tutela del patrimonio archeologico. Ulteriore obiettivo del provvedimento del 2022 l'individuazione dei procedimenti semplificati, con termini certi, che garantissero la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera garantendo, al contempo, il contenimento dei costi e dei tempi di realizzazione delle opere, deflazionando un contenzioso giudiziale altrimenti paralizzante.

[85] Si consulti, da ultimo, la Circolare del Ministero della cultura del 22 dicembre 2022, n. 53.

Come noto, la legge 21 giugno 2022, n. 78 ha conferito al Governo la delega in materia di contratti pubblici, senza particolari riferimenti alla verifica preventiva di interesse archeologico[86] e l'esecutivo ha affidato al Consiglio di Stato il compito di elaborare uno schema dettagliato del codice dei contratti pubblici[87], che è stato poi emanato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36[88].

Il codice dei contratti pubblici appena approvato offre ancora una volta specifica disciplina sulla verifica preventiva di interesse archeologico ricollegandoli espressamente non solo alla ricordata norma del codice dei beni culturali, ma espressamente anche alla citata Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico, ratificata dall'Italia nel 2015.

In particolare all'art. 41, quarto comma, del codice si prevede che tale verifica venga svolta con le modalità procedurali di cui all'allegato *I.8*, con un peculiare intervento regolativo articolato in tre tempi: un primo, quello delineato dallo stesso allegato al codice, un secondo, contente semplificazioni e fluidificazioni da emanare con d.P. C.M. entro il 31 dicembre 2023[89], ed un terzo, a regime, lasciato alla competenza regolamentare del Governo, tale regolamento sostituirà l'allegato stesso[90].

Va segnalato che la richiamata disposizione del codice attribuisce alle regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano la possibilità di dotarsi di una disciplina specifica della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico per le opere di loro competenza sulla base di quanto disposto dal predetto allegato.

---

[86] Tra i primi commenti alla disciplina di riforma si vedano M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *L'amministrativista*, dicembre 2022; S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, ivi, 2 gennaio 2023; L. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio,* in *Urb. e appalti,* 1-2023, 5 e ss. e Id., *L'avvio di un dibattito sul nuovo Codice dei contratti pubblici,* ivi, 2-2023, 145 e ss.

[87] Si veda al riguardo la relazione agli articoli ed agli allegati, che precede lo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, trasmesso dal Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri il 7 dicembre 2022, poi rielaborato prima della trasmissione conclusiva all'esecutivo.

[88] In S. O. n. 12 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 77 del 31 marzo 2023.

[89] Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, è previsto venga emanato su proposta del Ministro della cultura, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, per l'adozione delle linee guida "*finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo. Con il medesimo decreto sono individuati procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera*".

[90] L'allegato, in sede di prima applicazione del codice, regola la fattispecie sino alla data di entrata in vigore di un "*corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della cultura, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice*".

Si tratta, invero, di uno dei pochi riferimenti in tal senso presenti nel codice a differenza dei precedenti testi del d.lgs. n. 163 del 2006 e del d.lgs. n. 50 del 2016 che espressamente prevedevano una disciplina delle competenze regionali in materia e sulla scorta delle quali si è svolto l'esercizio della potestà legislativa delle Regioni.

Per l'esercizio di quest'ultima, pur progressivamente circoscritta nel presupposto della portata di norma di riforma economico-sociale della disciplina statale dei contratti pubblici e del preminente rilievo della materia della tutela della concorrenza[91], ma comunque ancora sussistente, occorre quindi far riferimento alla "*clausola di salvaguardia*" sancita dall'art. 2, primo comma, della citata legge delega. Tale disposizione riconosce alle regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano la competenza ad adeguare la propria legislazione "*ai principi di cui alla presente legge nel rispetto delle disposizioni contenute nei rispettivi statuti e nelle relative norme di attuazione*".

Non possono in questa sede essere trattate le questioni che pone la scelta del legislatore delegato di aver escluso, al netto di qualche limitato riferimento ed a differenza dei codici del 2006 e 2016, le competenze delle regioni a Statuto speciale[92] da una specifica disciplina a compendio della ricordata clausola di salvaguardia contemplata del citato art. 2 della l. n. 78 del 2022.

La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia[93] ha, infatti, decisamente circoscritto tale competenza nel presupposto della riconducibilità alla tutela della concorrenza, ex art. 117, secondo comma lett. *e*) Cost., di esclusiva competenza del legislatore statale ed alla categoria delle norme di riforma economico-sociale della disciplina delle procedure di gara[94]. Ma non può revocarsi in dubbio che un'esplicita previsione

---

[91] Per una ricostruzione del contesto evolutivo v., tra i contributi più recenti, F. Guella, *La disciplina sugli appalti e le competenze dell'autonomia speciale, dai lavori ai contratti pubblici,* in *Nuove aut.*, 2-2017, 279 e ss.; H. Simonetti, *La disciplina dei contratti pubblici: le esperienze nazionale e siciliana a confronto*, ivi, 343 e ss.; V. Latorraca, *Le competenze dello Stato e delle Regioni (art. 2)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., Torino, 2019, 123 ss.; C. Castaldo, *Criteri premiali di aggiudicazione: concorrenza e non discriminazione nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (nota a Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2022, n. 4*, in *Piemonte delle aut.*, 2-2022; V. Desantis, *La sent. 23/2022 come occasione di nuova razionalizzazione del riparto di competenze in materia di procedure a evidenza pubblica,* in *le Regioni*, 3-2022, 527 e ss. In generale sul rapporto tra concorrenza, disciplina degli appalti e competenze regionali v. per tutti G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato),* in *Dir. Pubbl.*, 2002, 981 ss. e M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 1-2016, 71 ss.

[92] Anche se va ricordato che sono recentemente intervenute due norme di attuazione che hanno aperto margini di intervento in materia per il legislatore regionale v. d.lgs. n. 162 del 2017 per il Trentino-Alto Adige ed il d.lgs. n. 159 del 2022 per il Friuli-Venezia Giulia.

[93] In merito il riferimento è alle sentenze del 9 luglio 2019, n. 166 relative alla Regione Sardegna, del 2021, n. 16 e del 28 gennaio 2022, n. 23 relativa alle Provincie autonome di Trento e di Bolzano.

[94] In particolare: della regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto miranti a garantire il rispetto delle regole

nel nuovo codice dei contratti pubblici avrebbe potuto meglio delineare confini che appaiono tutt'ora incerti[95], con il rischio, invero prevedibile, di interventi tendenzialmente "straripanti", come comprova l'esteso contenzioso costituzionale, dei legislatori regionali[96] e di conseguenti contenziosi costituzionali che pregiudichino le esigenze di fluidificazione delle procedure per l'approntamento delle infrastrutture ed, in generale, del regime dei contratti pubblici che hanno imposto un nuovo recepimento delle direttive in materia del 2014.

Tornando a trattare della disciplina della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico va ricordato che per le opere sottoposte all'applicazione delle disposizioni della normativa di riforma dei contratti pubblici del 2023[97] si prevede che: "*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti trasmettono al soprintendente territorialmente competente, prima dell'approvazione, copia del progetto di fattibilità dell'intervento o di uno stralcio di esso sufficiente ai fini archeologici*" con gli indicati allegati tecnici.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti si avvalgono, a tal uopo, dei dipartimenti archeologici delle università e di qualificati professionisti iscritti in apposito elenco tenuto dal Ministro della cultura che ne disciplina con decreto del Ministro la formazione[98] e debbono farsi carico dei costi della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico, degli adempimenti tecnici ed indagini volti a perlustrare l'eventuale esistenza di emergenze archeologiche[99].

Sulla base di un sommario esame del progetto di fattibilità la Soprintendenza, laddove ravvisi "*l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione*", provvede a richiedere, entro il perentorio termine di trenta giorni (*sessanta per i progetti*

concorrenziali e dei principi eurounitari di libera circolazione delle merci, libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento.

[95] Come condivisibilmente sottolineato, infatti, deve allarmare la circostanza che "*il restringimento delle prerogative regionali e provinciali non sia ancora stato del tutto definito e che i limiti imposti alle legislazioni regionali in materia di «lavori pubblici» siano molto più vasti di quel che le stesse autonomie parrebbero ritenere*", così Desantis, *op.cit.*, 531.

[96] Pur in un mutato quadro di riferimento di fronte ridimensionamento delle competenze risultano tuttavia ancora attuali alcune delle preoccupazioni espresse sui rischi di frammentazione della disciplina da R. De Nictolis, *Appalti di lavori pubblici e Corte costituzionale: da uno a sette codici dei lavori pubblici?*, in *Urb. e appalti*, n. 4/2010, 377 e ss.

[97] La trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti.

[98] Nelle more resta, secondo la richiamata disciplina contenuta nel l'allegato, valido l'elenco degli istituti archeologici universitari e dei soggetti in possesso della necessaria qualificazione esistente e continuano ad applicarsi i criteri per la sua tenuta adottati con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali 20 marzo 2009, n. 60.

[99] Giusta il punto 2 dell'allegato "*la trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti*".

di grandi opere infrastrutturali o a rete)[100], l'assoggettamento o meno dell'intervento alla procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico, comunicando gli esiti della verifica di assoggettabilità in sede di conferenza di servizi anche nell'ipotesi in cui si ravvisi un rischio archeologico basso, molto basso o nullo[101]. Il perfezionamento della comunicazione alla conferenza di servizi dell'esito della verifica di assoggettabilità consente di definirne gli adempimenti per quanto attiene ai profili archeologici, salve ed impregiudicato le valutazioni nel caso in cui detta verifica sia attivata.

Con riguardo ai tempi di definizione procedurale si prevede che la soprintendenza debba concludere il procedimento di verifica con la produzione della verific archeologica definitiva che detta le eventuali prescrizioni sugli interventi conseguenti entro il termine perentorio di novanta giorni dalla richiesta con la redazione della relazione approvata dal soprintendente di settore territorialmente competente. Detta verifica deve contenere la descrizione analitica delle indagini eseguite, con i relativi esiti e le conseguenti prescrizioni.

La valutazione della soprintendenza, come nella precedente disciplina può, in relazione alle consistenze rilevate: constatare l'insussistenza dell'interesse archeologico nell'area interessata dai lavori, richiedere misure necessarie ad assicurare la conoscenza, la conservazione e la protezione dei rinvenimenti archeologicamente rilevanti, salve le misure di tutela eventualmente da adottare relativamente a singoli rinvenimenti o al loro contesto.

Infine, nel caso di sussistenza di complessi la cui conservazione "*non può essere altrimenti assicurata che in forma contestualizzata mediante l'integrale mantenimento in sito*", il provvedimento detta prescrizioni per l'assoggettamento a tutela dell'area interessata dai rinvenimenti con conseguente avvio del procedimento di dichiarazione di cui agli artt. 12 e 13 del codice dei beni culturali e del paesaggio[102].

In disparte occorre ricordare, in quanto tale disciplina interseca quella sinteticamente richiamata sulla verifica preventiva dell'interesse archeologico, che giusta l'art.

---

[100] Entrambi i termini sono eccezionalmente prorogabili di ulteriori quindici giorni nel caso di necessità di approfondimenti istruttori o acquisizioni documentali.

[101] In tali ultimi casi la Soprintendenza potrà emanare prescrizioni mirate come l'assistenza archeologica in corso d'opera nell'ipotesi di aree con potenziale archeologico presunto, ma non agevolmente delimitabile.

[102] Per le ipotesi in cui, per esigenze obiettive, il procedimento di VPIA debba protrarsi oltre l'avvio della procedura di affidamento dei lavori, la disposizione allegata prevede che il capitolato speciale del progetto posto a base dell'affidamento dei lavori: "*deve rigorosamente disciplinare, a tutela dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera, i possibili scenari contrattuali e tecnici che potrebbero derivare in ragione dell'esito della verifica medesima. In ogni caso, la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico deve concludersi entro e non oltre la data prevista per l'avvio dei lavori*".

29 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con mod. ed int. della l. 29 luglio 2021, n. 108[103], è stata istituita, presso il Ministero della cultura, la *Soprintendenza speciale per il PNRR*[104] - peraltro dotata di una segreteria tecnica composta da personale di ruolo del Ministero a cui si aggiunge un contingente di esperti di comprovata qualificazione professionale - con l'obiettivo di garantire la più efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, la cui operatività permane sino al 31 dicembre 2026[105].

La norma, con l'intento di fluidificare ulteriormente l'assunzione delle decisioni in ragione dei tempi (invero ormai stringenti) di attuazione delle misure del PNRR, è stata da ultimo integrata dall'art. 20, primo comma, del citato d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 conv. con mod. ed int. dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, alla stregua del quale la *Soprintendenza speciale* svolge le funzioni di tutela dei beni culturali e paesaggistici nei casi in cui i beni in questione siano interessati dagli interventi previsti dal PNRR, adottando il provvedimento finale "*in sostituzione delle Soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio, avvalendosi di queste ultime per l'attivita' istruttoria*"[106].

---

[103] Recante: "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"c.d. "decreto semplificazioni bis".
Sul sostanziale affastellamento di norme apparentemente semplificative delle procedure relative all 'emergenza pandemica prima ed al PNRR si veda per tutti. L. Perfetti, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici,* in *Urb. e appalti*, 4, 2022, 441 e ss., che sottolinea come piuttosto che di semplificazioni le norme dei decreti "*semplificazioni*" e "*semplificazioni bis*" abbiano introdotto "*deroghe emergenziali*".

[104] Sull'organizzazione della Soprintendenza speciale si veda altresì il del d.P.C.M. 24 giugno 2021, n. 123. Va parimenti ricordato che per tutti i procedimenti aventi per oggetto beni culturali e paesaggistici interessati da finanziamenti PNRR, avviati a partire dal 25 febbraio 2023, il richiedente deve inviare l'istanza sia alla Soprintendenza competente per territorio che alla *Soprintendenza speciale per il PNRR.*
Per una valutazione dei profili organizzatori che scaturiscono dagli ultimi interventi sulla struttura ministeriale deficitaria di risorse umane si veda in dottrina L. Casini, *Il Ministero della Cultura di fronte al PNRR,* in *Aedon,* 2-2021.

[105] Resta tuttavia ancora incerta la compatibilità tra la normativa in questione, che all'art. 66 *sexies* reca la ricorrente clausola di salvaguardia ("*Le disposizioni del presente decreto si applicano nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti speciali e con le relative norme di attuazione*") e l'ordinamento della Regione Siciliana nel quale - come meglio si preciserà più avanti - le competenze in materia sono attribuite in via esclusiva giusta l'art. 14 St. con riguardo alla: lett. *n*) "*tutela del paesaggio, conservazione delle antichità e delle opere artistiche"* e lett. *r*) "*musei, biblioteche ed accademie*". Le competenze in tema di beni culturali sono state esercitate a partire dal 1975, con l'emanazione delle norme di attuazione dello Statuto in materia di "*biblioteche e accademie*" (decreto n. 635) e in materia di "*paesaggio, antichità, musei, e belle arti"* (decreto n. 637). Appare auspicabile una risoluzione in via amministrativa della questione mediante la stipula di un accordo tra l'amministrazioni statale e quella regionale.

[106] Innovazione, quest'ultima, che rende ancor più urgente il chiarimento prospettato alla nota precedente.

6.1. Tornando al tema del rapporto tra governo del territorio ed archeologia giova sottolineare che città e borghi italiani[107] hanno sovente consistenze ed emergenze archeologiche che incidono sul tessuto urbano e periurbano.

Soprattutto nel Mezzogiorno le città insistono su preesistenti siti che - di fronte alla crescente rilevanza del tema della valorizzazione e sinergia con il turismo, ma anche a quello della ricerca e della fruizione - impongono alla pianificazione urbanistica di andare oltre la registrazione e l'inserimento delle previsioni di tutela e salvaguardia.

Invero, la disciplina legislativa urbanistica, ed in particolare quella pianificatoria, si limitano ad un generico approccio di tutela e salvaguardia relegando l'archeologia a fenomeno di tutela statica, mentre i diversi interessi che si muovono attorno le aree archeologiche urbane e periurbane impongono tutt'altro approccio[108].

Sul piano dell'interrelazione tra potestà urbanistica e disciplina paesaggistica, esistono alcuni nessi di coordinamento interistituzionale proprio nella pianificazione paesaggistica tra Ministeri e Regione (ma nella Regione Siciliana le competenze sono tutte ricomprese a livello regionale).

Ad essi si aggiungono le previsioni del codice dei beni culturali che attribuiscono a Province e Comuni la potestà, ancorché residuale, di applicare le previsioni del piano paesaggistico prevedendo misure di coordinamento con la pianificazione territoriale (art. 145, secondo comma) e di attuare, mediante misure di "*conformazione ed adeguamento*", i relativi strumenti di pianificazione urbanistica alle previsioni dei piani paesaggistici in (art. 145, quarto comma), inverando quella "*clausola di supremazia*" che se vieta ogni deroga rispetto alla pianificazione paesaggistica, consente l'adattamento a quest'ultima "*nell'ambito del* quid proprium *del potere urbanistico*"[109].

---

[107] Sui borghi storici si v., da ultimo, E. Guarnieri, *Ripresa e resilienza tra le vie dei borghi storici,* in *Aedon*, 3-2022.

[108] Ma la questione qui posta riguarda anche le città del "*Nuovo Mondo*" come sottolinea T. Ireland, *Up* Close and Personal: Feeling the Past at Urban Archaeological Sites, in Public History Review, 2016, 23, 43 e ss. la quale conclude: *"conservation in situ enlists these archaeological remains in public memory work that is both allegorical and rhetorical, and the 'up close and personal' experience of the material past that they provide intensifies the experience of authenticity, perceived through the deep history of ruins and the sensuous qualities of the patina of age. In understanding heritage as a material structure for the 'accumulation of affect', I argue that the affective qualities of ruins and archaeological traces, and of how people feel heritage and the past through aesthetic and sensuous experiences of materiality, authenticity, locality and identity, bring us closer to understanding how heritage works*".

[109] Così A. Bartolini, *Urbanistica,* in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (dir.), *Le funzioni amministrative, Enc. Dir. - I tematici,* III, Milano, 2022, 1263-4, che opportunamente sottolinea come il potere urbanistico: "*se, per un verso, non può essere svuotato dalla potestà di tutela, per altro verso, può aggiungersi a quello esercitato dalle autorità preposte alla tutela del patrimonio culturale. In altri termini, è arrivato il momento di chiedersi se i titolari del potere urbanistico possano concorrere a conservare il patrimonio culturale*", svolgendo quella "*tutela diversificata*" che richiama al riguardo G. Severini, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali,* in *www.federalismi.it*, 2020, 16, 37 e ss.

6.2. Nella prospettiva dell'utilizzo dell'approccio dell'archeologia preventiva anche alla pianificazione urbanistica sembra opportuno segnalare l'intervento legislativo della Regione Siciliana nell'ambito di quella che è stata definita la quarta regionalizzazione[110] della disciplina urbanistica dalla l.r. 13 agosto 2020, n. 19 e s.m.i. recante "*Norme per il governo del territorio*".

Giova ricordare in merito che la Regione Siciliana ha, quanto ai beni culturali, competenza legislativa esclusiva in materia di "*conservazione delle antichità e delle opere artistiche*", in materia di "*musei e biblioteche di interesse locale*" e di "*accademie e istituzioni culturali*" (art. 14, lett. *r*), mentre con riguardo ai beni ambientali ha competenza esclusiva (art. 14, lett. *n*) in materia di "*tutela del paesaggio*", nonché potestà legislativa esclusiva e concorrente in quasi tutte le materie sulle quali incide la tutela ambientale.

Alla stregua di tale quadro di riferimento: «*la Regione esercita in queste materie anche quelle funzioni di "tutela" oggi riservate dal nuovo art. 117 allo Stato*» a norma del quale (lett. *s*) è attribuita allo Stato la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali[111].

Queste competenze, vale la pena precisare, sono di ampiezza tale che non è dato riscontrarne di analoghe nelle altre Regioni. La Sicilia ha potuto esercitare le suddette competenze soltanto a partire dal 1975, con l'emanazione delle norme di attuazione dello Statuto in materia di "*biblioteche e accademie*" (decreto n. 635) ed in materia di "*paesaggio, antichità, musei, e belle arti*" (decreto n. 637)[112].

La l.r. 1 agosto 1977, n. 80[113], nell'individuare, all'art. 1, le finalità della disciplina ("*valorizzare il patrimonio storico-culturale dell'Isola e di sviluppare la più ampia fruizione dei*

---

[110] Sulla legislazione regionale urbanistica di quarta generazione si vedano per tutti gli atti dei Convegno AIDU di Varese e Palermo P. Stella Richter (a cura di), *Verso le leggi regionali di IV generazione,* Milano, 2019 e Id. (a cura di), *La nuova urbanistica regionale*, cit.

[111] Per una disamina della giurisprudenza costituzionale in materia, che ha offerto un contributo assai rilevante a demarcare puntualmente i confini delle competenze statale e regionali, v. P. Scarlatti, *Beni culturali e riparto di competenze tra Stato e Regioni nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale,* in *le Regioni*, 4-2018, 645 e ss. e L. Casini, *Patrimonio culturale* (ad vocem), in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (dir.), *Funzioni amministrative,* cit., 817 e ss., spec. 827 e ss.

[112] Con le norme di attuazione sono state trasferite alla Regione (con alcune eccezioni) tutti i poteri che le leggi del 1939, la n. 1089 e la n. 1497, attribuivano all'amministrazione dello Stato con la sola eccezione della competenza per il rilascio del nulla osta in materia di licenze di esportazione, rimasta in capo all'amministrazione statale, e i poteri sostitutivi del ministero nell'esercizio del diritto di prelazione o nella facoltà di acquisto, in caso di rinuncia all'esercizio di detti diritti da parte dell'amministrazione regionale.

[113] Recante "*Norme per la tutela, la valorizzazione e l'uso sociale dei beni culturali ed ambientali nel territorio della Regione Siciliana*", sulla quale sia consentito rinviare al mio contributo *Eredità culturale e siti UNESCO in Sicilia,* in E. Baroncini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale nel diritto internazionale,* Bologna, 2021, 253 e ss.

beni culturali e ambientali e di ogni altro bene che possa costituire testimonianza di civiltà, provvede alla loro tutela e promuove le più idonee attività sociali e culturali"), offre una considerazione unitaria del patrimonio culturale e paesaggistico dell'Isola, accogliendo così una nozione ampia di bene culturale, come "*bene avente valore di civiltà*", con la conseguenza di considerare beni culturali assoggettati alla normativa di tutela e di valorizzazione dalla stessa dettata anche i beni-attività e i beni dell'arte contemporanea.

Sotto tale punto di vista, la legge regionale anticipa, quindi, i contenuti delle riforme succedutesi nel tempo al livello statale. A partire dal profilo organizzativo, la normativa richiamata, infatti, presenta elementi innovativi rispetto alla stessa legislazione statale, avendo previsto, molto tempo prima delle recenti modifiche legislative statali, quali strutture periferiche dell'assessorato competente, le soprintendenze uniche provinciali e quella del mare[114].

In tale contesto ordinamentale nel 2000 viene approvata dal Parlamento siciliano la normativa sull'organizzazione dei parchi archeologici in Sicilia. La legge offre un quadro regolativo articolato soprattutto con riguardo al Parco archeologico e paesaggistico della Valle dei Templi di Agrigento (artt. 1-19) ed una più sintetica disciplina relativa ai parchi archeologici (art.20-23).

In particolare, questa seconda parte della legge offre una disciplina che, se per un verso, costituisce un quadro di riferimento regolativo, per altro risulta non privo di carenze ed incongruenze[115]. La normativa regionale si pone, quindi, in diretta correlazione con la "*Costituzione culturale*" che trova il proprio riferimento oltre che ricordato all'art.9, agli artt. 33, 34, 117 e 118, nella richiamata "*Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico*", anche sotto tale profilo anticipando il legislatore statale[116].

---

[114] Sull'istituzione a livello statale delle Soprintendenze uniche *Archeologia, Belle arti e Paesaggio* e dalla fusione delle omonime direzioni generali del Ministero cfr. C. Carmosino, *Il completamento della riforma organizzativa del Mibact: i nuovi istituti autonomi e il rafforzamento dei poli museali*, in *Aedon*, 1/2016.

[115] Come opportunamente ricordato da M. Immordino, *Beni culturali e ambiente nelle scelte della regione Sicilia,* in *Aedon,* 1/2003, il legislatore regionale è intervento a normare forme di intervento per il recupero ed il risanamento dei centri storici. Con leggi speciali dettate per fronteggiare casi particolari (l. 38 del 1977); e prima del '75, alcune leggi regionali hanno avuto ad oggetto il recupero ed il risanamento del Rione di San Berillo di Catania (due leggine del 1954) e del centro storico di Palermo (due leggi del 1962). Con la legge n. 70 del 1976 la Regione ha poi dettato una normativa di carattere generale sul recupero dei centri storici, e, segnatamente, per il recupero del patrimonio edilizio, degli spazi urbani, del sistema viario, del tessuto sociale esistente, nonché dei valori culturali presenti nel territorio, anche se, analogamente a quanto sin qui sottolineato per la legislazione statale, "*il limite principale di questa legislazione è quasi sempre quello della modestia degli stanziamenti*".

[116] Per una compiuta ricostruzione del quadro regolativo della fattispecie in esame giova segnalare che la normativa regionale del 2000 offre, invero, una più articolata e puntuale disciplina ai parchi archeologici a quella già introdotta dall'art. 107 della l.r. 1 settembre 1993, n. 25 (recante norme per la "*istituzione di un sistema di parchi archeologici della Regione siciliana per la tutela, la valorizzazione e l'uso*

In merito al più intenso raccordo tra governo del territorio ed archeologia un recente significativo riferimento giunge dalla richiamata l.r. siciliana 13 agosto 2020, n. 19 e s.m.i. che, come ricordato, detta nuove norme per il governo del territorio[117]. La novella, da un lato, prevede che il *Piano territoriale regionale con valenza economico-sociale* (PTR) (art. 19, sesto comma, lett. *a*), il *Piano territoriale consortile* (PTC) o il *Piano della Città metropolitana* (PCM) (art. 22, secondo comma lett. a) ed il *Piano urbanistico generale comunale* (PUG) (art.25) individuino gli elementi costitutivi del territorio, (rispettivamente regionale, consortile o metropolitano, comunale) con particolare riferimento alle caratteristiche naturali, culturali, paesaggistico-ambientali, geologiche, rurali, agro-silvo-pastorali, antropiche, storico-archeologiche, e per quest'ultimo: "*definisce il perimetro degli insediamenti esistenti in condizione di degrado o in assenza di qualità, al fine di….b) rispettare gli interessi di carattere storico, artistico, archeologico, paesaggistico-ambientale ed idrogeologico*" (art. 25, terzo comma), in linea con le previsioni delle altre normative regionali introduce, tuttavia, un adempimento specifico nel procedimento di approvazione dello strumento urbanistico comunale.

La normativa regionale si spinge, infatti, oltre le scarne previsioni dell'art. 7 della l. urbanistica del 1942, modificata dall'art. 1, primo comm, n. 5 della l. 19 novembre 1968, n. 1187 la quale, nel disciplinare i contenuti del piano regolatore generale, indica *"i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico"*[118], che la migliore dottrina ha ritenuto consentire ai Comuni, attraverso gli strumenti urbanistici, *di "tutelare luoghi e beni che, pur non rivestendo grande rilievo per l'arte e la storia nazionale, hanno tuttavia importanza per custodire la memoria di quelle più limitate comunità di cui i medesimi*

---

sociale delle aree archeologiche di interesse primario"); disciplina che é rimasta priva di attuazione ed é stata poi abrogata dall'art. 24 della L.r. n. 20 del 2000 nella quale sono state in parte trasfuse alcune delle disposizioni normative.

La normativa regionale si collegava ad altre previsioni che già si riferivano ai parchi archeologici come l'art. 15, lett. e), della l. r. 78 del 1976, che ha introdotto un divieto assoluto di edificare nella fascia di rispetto di 200 metri dai confini dei parchi archeologici e l'articolo 25 della l.r. n. 37 del 1985 ed al successivo D. P. Reg. 13 giugno 1991, che recavano menzione del Parco archeologico di Agrigento successivamente istituito sulla base della l.r. n. 20 del 2000. Sino alla legge regionale n. 10 del 2000, che pur mantenendo a livello centrale (Assessorato e Soprintendenze provinciali alle quali si aggiunge quella regionale del Mare) le funzioni in materia di tutela e valorizzazione dell'ambiente, dei beni culturali e delle iniziative turistiche di interesse regionale, reca disposizioni relative alla distribuzione delle competenze tra regione ed enti locali.

[117] Nel testo coordinato con le ll.rr.. 30 dicembre 2020, n. 36 e 3 febbraio 2021, n. 2, consultabile in www.regione.sicilia.it/sites/default/files/2021-07/Testo%20coordinato%20Legge%20Regione%20siciliana%20n%2019%20del%2013%20agosto%202020%20con%20le%20successive%20modificazioni.pdf

[118] In merito si veda per tutti ancora A. Bartolini, *Urbanistica, op.cit.*, 1264 ed il richiamo al contributo di di A.M. Sandulli, *Profili giuridici in materia di urbanistica e paesaggi napoletani,* in *Amm.it.*, 1957, 954 e ss,

sono espressione: c.d. tutela delle "identità minori"[119]. Mentre la giurisprudenza costituzionale[120] e quella amministrativa[121], in precedenza richiamate, hanno contribuito a declinare ulteriormente ed in concreto gli spazi ed i limiti di intervento della pianificazione urbanistica sui richiamati beni culturali urbanistici.

Giusta l'art. 26, primo comma, della normativa regionale si prevede che per la redazione del Piano urbanistico generale comunale siano obbligatori e propedeutici gli studi agricolo-forestale e geologico ed allo studio demografico e socio-economico, ma anche uno "*studio archeologico, redatto dalla competente soprintendenza per i beni culturali e ambientali e presentato entro sessanta giorni dalla richiesta da parte del comune*".

Si tratta della prima normativa urbanistica regionale che impone una valutazione, propedeutica alla redazione del piano comunale, delle incidenze archeologiche del territorio con il preciso obiettivo di integrare i profili di tutela e valorizzazione e quelli della pianificazione urbana, evitando, per quanto possibile, che i profili di compatibilità si dispieghino successivamente, possano invece essere ponderati anteriormente all'approvazione dello strumento urbanistico ed ai singoli provvedimenti di attuazione, come meglio potrà osservarsi.

La previsione mira, quindi, non solo a rafforzare il raccordo tra la pianificazione urbanistica e la tutela archeologica, ma anche ad inverare il "*valore primario*" della tutela del patrimonio culturale rispetto ad altre forme di regolazione del territorio, a partire dalla disciplina del governo del territorio declinata dalla giurisprudenza costituzionale[122].

---

[119] Così ancora F. Salvia, *Spunti di riflessione per una teoria sui beni culturali urbanistici*, in AA.VV., *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, cit., 25 e ss. F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico,* cit., 321 e ss. In generale, sul diritto all'identità minore, v. G. De Giorgi Cezzi, *Il diritto all'identità minore. Beni culturali e tutela degli status,* in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 219 ss..

[120] Cfr. Corte cost. 26 novembre 2002, n. 478 e 16 giugno 2005, n. 232.

[121] Il riferimento è a Cons. Stato, IV, 9 febbraio 2016, n. 519.

[122] Sul punto il rinvio è d'obbligo a P. Stella Richter, *Diritto del territorio e Costituzione*, in F. G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio,* cit., I, 3 e ss., spec. 17, il quale ricorda che il Giudice delle leggi (sent. 27 luglio 2000, n. 378) se per un verso ha statuito in merito che la tutela dei beni culturali è contemplata in Costituzione insieme a quella del paesaggio in guisa da formare un'endiadi, espressione di un principio fondamentale unitario dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo, dall'altro ha precisato che tutela costituisce funzione della Repubblica nelle diverse articolazioni e non solo dello Stato, ma anche delle regioni e degli autonomie locali. Ciò in quanto l'originaria stesura dell'art. 9 l'espressione «Stato» fu sostituito con quello di «*Repubblica*» proprio «*per lasciare impregiudicata la questione delle autonomie regionali*», «*con conseguente possibilità di aperture legislative intese a svolgere il principio risultante dalla modifica, chiamando all'azione per la tutela e l'incremento dei beni culturali tutti i soggetti provvisti di autonomia (dallo Stato alle regioni, ai comuni, alle università)*» (Corte cost. sent. 28 luglio 1988, n. 921).

In altre parole, la predisposizione di uno specifico "*studio archeologico*" propedeutico alla stesura del piano urbanistico generale comunale da parte della competente Soprintendenza induce, ed in termini analitici preventivi, non solo a pervenire ad una più completa e dettagliata individuazione e mappatura delle aree di interesse archeologico del territorio comunale, ma anche a far si che la stessa sia compiutamente trasposta nel piano urbanistico[123]: sia che siano intervenute la verifica, di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13, del codice dei beni culturali, ma anche quelle relative alle aree di interesse ove l'attività di uso del territorio possa essere subordinata all'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese degli interessati[124].

Si supera, in tal guisa, l'approccio consultivo, ma in qualche modo ispirato alla "*separazione*", e si consolida invece quello integrato delle tutele differenziate del territorio, rafforzando il ruolo del piano quale strumento complessivo di governo del territorio, ferma ed impregiudicata restando l'adozione delle misure cautelari e preventive previste dalla normativa di settore.

Come opportunamente sottolineato la valenza culturale di un immobile o di un'area non può esser data per scontata, ciò in quanto *"l'estensore degli strumenti urbanistici non è portatore delle conoscenze richieste per certificare il rilievo culturale dei singoli beni*", con la conseguenza che tale requisito avrebbe dovuto esser verificato attraverso apposita e mirata istruttoria[125].

---

[123] Nella prospettiva delineata da P. Urbani, Le nuove frontiere della pianificazione urbanistica comunale, in https://www.pausania.it/wp- content/uploads/le-nuove-frontiere-in-diritto-e-processo-amm..pdf, pag. 17, secondo il quale quadro conoscitivo del territorio comunale "costituisce in buona sostanza un vincolo di sostenibilità alle ipotesi di sviluppo delineate con il quadro programmatorio e che appare abbastanza analitico perché, in particolare per ciò che qui interessa, definisce e "individua" le aree a rischio o vulnerabili, le aree d'interesse archeologico e i beni d'interesse paesistico o storico monumentale, i siti ambientali d'interesse comunitario, la struttura del paesaggio agrario e ogni altra emergenza del territorio che "vincoli la trasformabilità del suolo e del sottosuolo".

[124] In senso analogo a quanto prospettato dalla giurisprudenza, come in precedenza ricordato, secondo la quale (Cons. St., Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923) In tema di tutela di valori storici-artistici (c.d. vincolo indiretto) per finalità di tutela paesaggistica le valutazioni volte alla tutela storico artistica, tra le quali è compreso il vincolo indiretto, "*operano su di un piano differente, esterno e sovraordinato rispetto a quello urbanistico*", come si desume chiaramente dall'art. 45 comma 2 del decreto legislativo n. 42 del 2004, secondo il quale gli enti pubblici territoriali recepiscono le prescrizioni nei regolamenti edilizi e negli strumenti urbanistici, mentre con riferimento al rapporto tra tutela dei valori culturali e paesaggistici e pianificazione urbanistica, sulla base dell'art. 9 Cost., emerge la prevalenza dell'impronta unitaria della tutela culturale e paesaggistica sulle determinazioni urbanistiche, pur nella necessaria considerazione della compresenza degli interessi pubblici intestati alle due funzioni, v. *supra*.

[125] In tal senso, nuovamente, A. Simonati, *Il giudice amministrativo nei meandri del centro storico,* cit., 514 e ss. la quale sottolinea che l'evoluzione della giurisprudenza ha fatto prevalere un orientamento estensivo e flessibile dei giudici amministrativi con un'estensione della disciplina dei vincoli diretti ed indiretti scaturenti dalla mera allocazione nel centro storico.

La previsione di una pianificazione territoriale redatta sulla base di precipui e preventivi studi archeologici da parte delle competenti soprintendenze - senza per questo riesumare alcuna mitizzazione degli strumenti urbanistici a partire dal piano regolatore di cui è ormai consolidata la contrazione di rilievo - consente una più adeguata applicazione del principio dell'archeologia preventiva[126] e se consente di superare asimmetrie e zone di incertezza puntando alla integrazione delle conoscenze del territorio, offre la possibilità di redigere i piani allo stato delle conoscenze al momento date, limitando al massimo i casi di "*sorpresa archeologica*", non solo per i lavori pubblici e di pubblica utilità - che si è ricordato sono accompagnati da specifiche previsioni di legge - ma, per certi versi, anche di quelli privati e consentendo una più rafforzata integrazione delle aree e dei siti esistenti e censiti nella pianificazione di settore.

Nel caso di lavori privati, ma lo si è in parte anticipato, condizioni simili a quelle declinate dalla richiamata legislazione in materia di lavori pubblici possono essere applicate qualora gli enti locali dispongano, per il tramite dei loro piani urbanistici e territoriali, sia generali che attuativi[127].

---

[126] Come noto le spese della valutazione sono a carico dei lavori pubblici, anche se affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici (cioè non sono amministrazioni dello Stato, enti pubblici territoriali, da altri enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico e associazioni, unioni, consorzi costituiti da detti soggetti), nonché i lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, se strettamente strumentali alla gestione del servizio e se le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, i lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permessi di costruire o altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire o eseguono le opere in regime di convenzione, si veda in merito M. R. Spasiano, M. Calabrò G. Mari, F. Gambardella, P. Tanda, A. G. Pietrosanti, *Fondamento di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile,* Napoli, 2020, 262.

[127] In senso analogo anche F. Benetti, *op.cit.*, 127, "*Nel caso invece di lavori privati, in molti centri urbani, dove è alta la possibilità di scoprire accidentalmente beni archeologici nel corso di lavori edilizi che prevedono scavi, gli enti locali hanno introdotto per i privati l'obbligo di notificare alla Soprintendenza il progetto e la denuncia di inizio lavori, qualora questi si svolgano in zone "ad alto rischio archeologico" (individuate dai piani degli enti locali, verosimilmente in collaborazione con la Soprintendenza), in modo da permettere alla Soprintendenza competente di atti-vare misure a norma dell'art. 28. Generalmente le misure consistono nella richiesta di assistenza archeologica a spese del committente durante i lavori; è però vero che questa pratica non è standardizzata, come non lo sono a livello nazionale le procedure relative all'archeologia* "commerciale" *(ad es. quale documentazione consegnare in Soprintendenza e con quali tempi), che comportano pratiche differenti tra le diverse Soprintendenze e a volte anche tra diversi funzionari*".

Si veda anche G. Pietra, *Archeologia di Stato e falsi miti*, cit., 51 che al riguardo sottolinea "*Resta aperto il dibattito sull'opportunità di estendere al privato la norma italiana, attualmente applicabile soltanto alle opere pubbliche, che rischia di apparire un ulteriore recesso dello Stato dalle proprie responsabilità e dai propri compiti e un tentativo di allargare il bacino della committenza, in una visione privatistica dell'archeologia e della tutela che cerca di farsi strada. Vero è che gli interventi ex post vanno vieppiù riducendosi anche nell'ambito dei lavori privati, grazie alla mediazione della pianificazione urbanistica a livello comunale, che sempre più spesso, nelle proprie regolamentazioni, prevede attività di tutela preventiva del patrimonio archeologico*".

Il che porta a concludere che la pur scarna previsione della normativa regionale ricordata appare gravida di ben più consistenti conseguenze se saranno attivate puntuali prescrizioni nella pianificazione urbanistica dei comuni siciliani, soprattutto in quelli ove è più consistente la presenza di emergenze archeologiche, sia per la realizzazione di nuove opere, ma anche per le iniziative di riqualificazione e rigenerazione urbana[128].

La scelta operata dal legislatore siciliano, sotto altro profilo, consente di garantire l'inveramento della "*Convenzione europea per la salvaguardia del patrimonio archeologico*"[129] che, nel titolo relativo alla "*Conservazione integrata del patrimonio archeologico*", impegna gli Stati a conciliare ed articolare i "*bisogni dell'archeologia e della pianificazione, facendo in modo che degli archeologi partecipino: alle politiche di pianificazione volte a definire delle strategie equilibrate di protezione, conservazione e valorizzazione dei siti di interesse archeologico; allo svolgimento delle diverse fasi dei programmi di pianificazione*", nonché a garantire una consultazione sistematica tra archeologi, urbanisti e enti titolari del potere di pianificazione del territorio, al fine di consentire: *"la modifica dei progetti di pianificazione che rischiano di alterare il patrimonio archeologico"* e "*la concessione di tempo e mezzi sufficienti per effettuare uno studio scientifico adeguato del sito e per la pubblicazione dei risultati*".

Sul piano attuativo occorre rilevare che spetta ai Comuni, a seguito dell'approvazione dei piani regolatori che recepiscano lo studio in argomento, accompagnare la richiamata previsione con prescrizioni specifiche nel regolamento edilizio.

Giova ricordare con specifico riferimento alla normativa regionale in esame che il regolamento-tipo regionale[130] offre già un primo riferimento al riguardo. In particolare

---

[128] In merito si veda M. R. Spasiano, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, in *Riv. trim. Urb.*, 2/2022, 394 e ss.; nonché il fascicolo di *Istituzioni del federalismo,* 3, 2017, *La rigenerazione urbana e le nuove sfide per il governo del territorio,* con contributi di M. Dugato, G.F. Cartei, R. Dipace ed altri.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione,* Napoli, 2018; C. Ventimiglia, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici,* in *www.federalismi.it*, 19/2019; P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in AA.VV., *Dall'urbanistica al governo del territorio*, Milano, 2020, 127 e ss.; G.F. Cartei, *Note critiche a margine di un disegno di legge in materia di rigenerazione urbana,* in *Munus*, 2022, n. 1, 133 ss.. G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022; L. Di Giovanni, *Rigenerazione integrata europea e rigenerazione urbana nazionale: due modi diversi di intendere la trasformazione del territorio?*, 1-2023 in *https://www.dpceonline.it,* ai quali si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina.

[129] Come ricordato la Convenzione, approvata a Malta il 16 gennaio del 1992, è stata ratificata con grave ritardo dall'Italia soltanto con la l. 29 aprile 2015, n. 57, v. *supra*.

[130] V. decreto del Presidente della Regione Siciliana del 20 maggio 2022, n. 531 con il quale è stato approvato il Regolamento Tipo Edilizio Unico della Regione Siciliana, ai sensi dell'art. 2 della l.r. 10 agosto 2016, n. 16 e s.m.i. nonché dell'art. 29 della l.r. 13 agosto 2020, n. 19 e s.m.i. in *https://www.regione.sicilia.it/sites/default/files/2022-05/D.P. 531- GAB con allegato Regolamento Edilizio*

tale regolamento stabilisce che per le aree non vincolate ai sensi del codice dei beni culturali, ma comprese nelle zone A o di centro storico come perimetrate dallo strumento urbanistico comunale, i progetti di opere edilizie che comportino lavori di scavo, e quindi anche quelli ad iniziativa privata, "*debbono essere sottoposti a segnalazione preventiva alla Soprintendenza competente*"[131].

Tale previsione, tuttavia, non preclude che nell'esercizio della propria autonomia regolamentare i Comuni possano introdurre ulteriori e più puntuali previsioni che nelle zone individuate di rilievo archeologico la definizione progettuale degli interventi che comportino escavazioni, perforazioni o rinterri, venga subordinata all'effettuazione di indagini archeologiche preventive, a cura e spese del soggetto attuatore, sottoposte alla vigilanza della competente Soprintendenza garantendo, in tal guisa, un più appropriato inveramento della *Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico.*

7. In conclusione può quindi affermarsi che il rafforzamento dell'integrazione tra i livelli di regolazione del territorio e del suo governo sia un'ulteriore tappa di quel cammino svolto dal nostro ordinamento nel progressivo riconoscimento del "*patrimonio culturale urbanistico-edilizio e storico*"[132] e dell'archeologia predittiva come metodo per l'approccio alle consistenze archeologiche del territorio nel solco tracciato dalla ricordata convenzione de la Valletta.

L'obiettivo è, per un verso, quello di anticipare la decisione amministrativa di tutela a livello pianificatorio, scongiurando, per quanto possibile, che le questioni insorgano

---

Unico.pdf . In merito al quale si veda anche la Circolare dell'Assessorato regionale al Territorio ed ambiente n. 3/2023.

[131] L'art. 30 comma terzo, dello schema di regolamento prevede, infatti , che: *"i progetti di opere edilizie comportanti i lavori di scavo in aree non vincolate ai sensi del Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ma comprese nelle zone A o di centro storico come perimetrate dallo strumento urbanistico comunale, devono essere sottoposti a segnalazione preventiva alla Soprintendenza competente. Tale segnalazione deve essere inviata almeno 15 giorni prima della presentazione del progetto e copia della stessa deve essere allegata alla presentazione del titolo edilizio. Tutte le opere e gli interventi dovranno rispettare pedissequamente le indicazioni e le eventuali prescrizioni dettate dalla Soprintendenza competente atte ad evitare il danneggiamento del patrimonio archeologico. Per le opere pubbliche e di interesse pubblico, comprese le opere di urbanizzazione, la verifica dell'interesse archeologico deve essere anticipata alla fase del progetto preliminare".*

[132] Cosi ancora F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 320. In questo solco si colloca la giurisprudenza, recentemente confermata da TAR Umbria, I, 24 marzo 2022, n. 161, secondo la quale la parziale antropizzazione dei dintorni non attenua le esigenze di tutela "*in quanto la presenza di eventuali costruzioni nelle prossimità di un'area di interesse archeologico non fa venir meno l'esigenza di apporre vincoli di natura diretta o indiretta, ma semmai contribuisce a rafforzarla, stanti le finalità cautelari e conservative di detta tutela"* (ex *multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 22 giugno 2017, n. 7310; C.d.S., sez. VI, 16 luglio 2015 n. 3560; Id. 8 aprile 2015, n. 1779; Id. 3 aprile 2003 n. 1718; Id. 3 settembre 2001 n. 4591; Id. 28 dicembre 2000 n. 7034 e 30 novembre 1995 n. 1362) .

al momento dell'adozione dell'atto ampliativo autorizzatorio, della conferenza di servizi, della formazione del silenzio o in conseguenza di segnalazione certificata di inizio attività, o, peggio ancora, nel corso dei lavori con l'intento di fluidificare le decisioni edilizie puntuali, la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità, ma anche di quelle private, e deflazionare il contenzioso amministrativo, favorendo decisioni celeri e trasparenti per cittadini ed imprese. Per altro verso, si mira ad una più stretta integrazione pianificatoria delle aree e dei siti archeologici (e quindi non solo ai fini, pur rilevanti, della tutela, ma soprattutto della valorizzazione) garantendo l'interesse urbanistico generale per l'ordinato ed armonioso sviluppo, anche economico, del territorio[133].

Per le aree ed i siti archeologici allocati nei centri urbani, in particolare nelle grandi città, si pone poi la questione della progressiva ricomposizione e ripristino del tessuto urbano che, nella gran parte dei casi, incide su quelle che sono opportunamente definite "*opere incongrue*", ossia opere e manufatti edilizi che, sebbene regolarmente autorizzati dal comune, e quindi non abusivi, tuttavia incidono sensibilmente sul degrado del territorio, sull'alterazione morfologica dei luoghi e delle prospettive.

A questo riguardo giova ricordare le previsioni della l.r. dell'Emilia, Romagna n. 16 del 2002 che all'art. 10 definisce tali opere: "*le costruzioni e gli esiti di interventi di trasformazione del territorio che per impatto visivo, per dimensioni planivolumetriche o per caratteristiche tipologiche e funzionali, alterano in modo permanente l'identità storica, culturale o paesaggistica dei luoghi*".

Come opportunamente sottolineato da Filippo Salvia - riferimento indiscusso del diritto urbanistico italiano e che non ha mai risparmiato giudizi caustici nei confronti di una legislazione per molti versi contraddittoria - questa normativa innovativa: "*prevede tutta una serie di meccanismi per la eliminazione di tali "opere", che vengono assistiti coraggiosamente da finanziamenti pubblici*", consentendo così di "*affrontare l'annoso problema delle opere incongrue, rimasto forse per troppi anni sopito*", attraverso una "*disciplina innovativa di grande interesse, che potrebbe segnare l'inizio di una vera e propria svolta nella gestione del territorio soprattutto qualora anche le altre regioni - come sarebbe da augurarsi - si orientassero nello stesso senso*"[134].

---

[133] In merito ai complessi intrecci tra attività commerciali e tutela dei centri storici v. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Cultura e attività* commerciali, in *Giustamm.it*, 3, 2017 e L. Di Giovanni, *I centri storici quali critici punti d'incontro degli interessi culturali e commerciali*, in *le Ist. del federalismo,* 2018, 1, 161 e ss.

[134] Si rinvia all'analisi della disposizione che svolge il Maestro nel suo contributo *Il recupero degli edifici storico-artistici nella l.r. Emilia-Romagna 15 luglio 2002, n. 16,* in *Aedon,* 1/2003, il quale ricorda che il comune, anzitutto, nell'ambito del "*piano strutturale*" individua le opere incongrue presenti nel proprio territorio, definendo poi sia gli obiettivi di qualificazione da realizzare, sia gli indirizzi e le direttive relativi agli interventi da attuare. Spetta invece al "*piano operativo comunale*" il compito di disciplinare concretamente gli interventi di trasformazione per la eliminazione totale o parziale delle predette opere ed il ripristino e la riqualificazione paesaggistica, architettonica o ambientale del luogo. Sono previsti

Ad ottant'anni dall'entrata in vigore della legge urbanistica[135], che seguì solo di qualche anno le leggi Bottai del 1939 sulla tutela delle cose di interesse artistico e storico e sulla protezione delle bellezze naturali, senza tuttavia prevedere un nesso specifico tra pianificazione urbanistica e tutela delle aree archeologiche, l'urbanistica regionale segna un primo passo in avanti verso un'osmosi che, prima che concettuale, è materiale tra aree territoriali sottoposte a pianificazione e che è stato efficacemente sintetizzato come "*gestione della città*"[136], declinazione della più ampia concezione di governo del territorio[137].

---

infine "*accordi*" con i soggetti proprietari degli immobili e "*accordi di programma*" promossi dalla regione, dalla provincia, dal comune, per superare il più possibile opposizioni e resistenze. Secondo le condivisibili conclusioni del Maestro infatti: "*una diversa situazione di (auspicabile) espansione dell'economia e di normalità dei conti pubblici - non sarebbe affatto fuori luogo immaginare che tutti gli enti, in vario modo coinvolti nel governo del territorio, potessero fare la loro parte per la bonifica dello stesso, rimediando (sia pure tardivamente) ai molti errori commessi. Si potrebbe ad es. pensare - facendo correre con un po' di ottimismo la fantasia - ad un piano nazionale di interventi straordinari (analogo per impegno finanziario a quello varato negli anni '50 per il Mezzogiorno, ma diversissimo nella filosofia di base), con il compito di realizzare su tutto il territorio nazionale "opere pubbliche" di diversa tipologia: non più dirette (come spesso è avvenuto in passato) alla ...* reformatio in peius, *ma alla eliminazione di opere incongrue sia private che pubbliche, nonché al recupero del patrimonio storico-artistico e paesaggistico: in una parola ad un complesso organico di interventi volti a promuovere - sull'esempio della legge regionale che si commenta - la qualità del territorio e dell'ambiente*"-

[135] Sulla quale si rinvia alle relazioni alla *Giornata di studi in onore di Paolo Stella Richter*, promossa dall'AIDU "*Ottant'anni dalla legge urbanistica*", Facoltà di Economia, Università di Roma "*la Sapienza*", Roma, 1 dicembre 2022, in corso di pubblicazione sul sito *http://www.dirittourbanistico.it/2022/11/23/ottantanni-dalla-legge-urbanisticagiornata-di-studi-in-onore-di-paolo-stella-richter/*.

[136] Per più approfondite considerazioni in merito si veda P. L. Portaluri, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*, in *www.federalismi.it*, 19/2019, il quale richiama il consolidarsi del fenomeno della "*depianificazione*" ossia "*dell'abbandono del modello urbanistico, razional-comprensivo e discendente consegnatoci dalla legge del 1942, è difficile negarne la crisi profonda, acuita dal moltiplicarsi di piani tematici sopraordinati e anch'essi, talvolta, totalizzanti: il piano paesaggistico ne è un esempio classico*".

[137] In merito si veda F. Patroni Griffi, *Dall'urbanistica al governo del territorio. Valori culturali, crescita economica, infrastrutture pubbliche e tutela del cittadino*, in AA.VV., *Dall'urbanistica al governo del territorio*, cit., 17 e ss.

Quest'orientamento ormai consolidato anche in giurisprudenza trova la propria consacrazione nella classica sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV 10 maggio 2012, n. 2710 sul piano urbanistico di Cortina d'Ampezzo secondo la quale "*l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo*" di guisa che "*il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti*". In questo solco si colloca la proposta di d.d.l. "*Principi fondamentali e norme generali in materia*

Resta impregiudicato che tale previsione non sia soltanto orientata a garantire la massima tutela delle aree e dei siti archeologici allocati nel territorio oggetto della pianificazione, ma anche la loro piena integrazione nel tessuto urbano.

Tale prospettiva si dispiega, peraltro, proprio a partire dai centri storici consentendo una pianificazione armoniosa, scevra dal rischio di "*monumentalizzazione*" di ogni dettaglio del patrimonio edilizio ricompreso, ma soprattutto tesa a valorizzare le aree archeologiche incastonate in tale contesto, superando l'idea dei "*recinti della memoria*" meramente conservativi (e troppo spesso isolati o, peggio, abbandonati, il che diviene paradossale causa di degrado) e puntando a restituire continuità ed armonia al tessuto urbano, a quei "*beni di famiglia*"[138] - come li ha definiti Filippo Salvia - la cui cura va ricondotta alla gestione ordinaria dei beni comuni che trova una prospettiva rafforzata proprio dall'archeologia pubblica, pur nell'ormai consolidato contesto del "*lento prevalere del software (l'edilizia) sull'hardware (il piano)*" e nello spostamento progressivo dell'attenzione "*dal piano al progetto urbano, da questo all'accordo urbanistico sempre più in deroga al piano*"[139].

di governo del territorio" elaborato dalla sotto-commissione in materia di riforma urbanistica, nominata dal Ministro delle Infrastrutture, presieduta dal Cons. R. Greco e dal Prof P. Urbani consultabile, con la relazione di accompagnamento, in *https://www.pausania.it/riforma-urbanistica-la-proposta-del-ministero-delle-infrastrutture/*.

[138] F. Salvia, La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente, in Dir. econ., 1/2020, 169 e ss. il quale conclude che il diritto amministrativo negli ultimi anni ha subìto profonde trasformazioni non per la mutazione formale dell'impianto costituzionale, "ma sotto la spinta di una cultura interessata fondamentalmente all'immediatezza dei risultati e alle opere faraoniche. Allergica invece ai beni comuni e a ogni forma di gestione ordinaria".
In questa prospettiva si veda, per analoghe conclusioni, lo sguardo d'insieme alle politiche culturali dello Stato di G. Melis, *Le istituzioni imperfette. Politiche culturali e debolezza dello Stato,* in *Le carte e la storia,* 2022, 2, 5 e ss.

[139] Così P. Urbani, *Alla ricerca della città pubblica,* in *www.Pausania.it,* 2023 (14), 11.

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DI VERIFICA DELL'INTERESSE CULTURALE TRA LIMITI E CRITICITÀ

Mario Tocci *

ABSTRACT [ITA]: Il procedimento amministrativo di verifica dell'interesse culturale presenta tuttora numerosi limiti, vieppiù sottesi a rilevanti criticità. Anzitutto e oggidì, l'ordinamento giuridico non consente la riconoscibilità giuridica del patrimonio culturale in sé. Nondimeno, le Regioni e le Province Autonome non sono ancora legittimate al riconoscimento di beni culturali identitari. Alla luce di tali limiti e in considerazione delle suddette criticità, sono maturi i tempi per il riconoscimento - a livello locale - di una nuova categoria di beni culturali, efficacemente definibili quali beni "para-culturali" o "memorialistici"; nondimeno risulterebbe utile indagare scientificamente sull'utilizzabilità dell'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo medesimo.

ABSTRACT [ENG]: *The administrative verification procedure of the cultural interest still has many restrictions, often related to real criticalities. First and foremost, it's not possible to recognize specifically a cultural heritage. Moreover, Regions and Autonomous Provinces are unable to recognize some cultural identitary assets. This paper aims to explain that restrictions and criticalities, also containing an original proposal concerning the regional (or provincial, regarding Trento and Bolzano) recognition of a new type of cultural asset, the "para-cultural" or "memorialistic" asset, and a thinking about the applicability of the artificial intelligence.*

SOMMARIO: 1. I procedimenti amministrativi di attribuzione del carattere culturalistico, anche al lume delle diverse tipologie di interesse culturale. **- 2.** Riconoscibilità giuridica del bene culturale ma non del patrimonio culturale in sé: una vecchia problematica. **- 3.** Ammissibilità ordinamentale di una macro-tipologia procedimentale di riconoscimento a disciplina regionale o provinciale: i beni "para-culturali" o "memorialistici". **- 4.** I beni "para-culturali" o "memorialistici" come strumenti ausiliari di rigenerazione urbana. **- 5** Problemi, effettivi e inesistenti, conseguenti all'ipotizzato mero riconoscimento dei beni "para-culturali" o "memorialistici". **- 5.1** Applicabilità delle disposizioni normative circa gli strumenti di "pianificazione programmatica". **- 5.2** L'inapplicabilità delle disposizioni sulla fiscalità di vantaggio. **- 5.3.** L'ignavia del potenzialmente risolutore legislatore europeo. **- 6.** Una riflessione finale: l'utilizzabilità procedimentale dell'intelligenza artificiale.

1. I procedimenti amministrativi di attribuzione del carattere culturalistico, anche in ragione delle diverse tipologie di interesse culturale.

A dispetto delle tendenze di semplificazione, sempre più preponderanti (e fortunatamente prevalenti)[1], l'ordinamento giuridico italiano contempla due distinti procedimenti finalizzati all'attribuzione del carattere culturalistico ad una determinata cosa[2], ancorché espressiva di valore immateriale.

Segnatamente, a seconda del regime dominicale, si applica il procedimento di verifica dell'interesse culturale di cui al disposto dell'art. 12 del Codice dei beni culturali e del paesaggio alle cose appartenenti agli enti pubblici e alle persone giuridiche private senza scopo di lucro *ex* art. 10 comma secondo del medesimo, mentre è necessario il procedimento di dichiarazione dell'interesse culturale di cui al disposto dell'art. 13 del prefato Codice per le cose in proprietà di altri soggetti *ex* art. 10 comma terzo di esso.

La differenza tra i due procedimenti non è meramente formale, ma ha rilevanti ricadute sostanziali.

Difatti, la verifica interviene posteriormente all'assoggettamento della *res* alle disposizioni protezionistiche peculiari dei beni culturali, in quanto il vincolo culturale risulta imposto presuntivamente e dura finché la preordinata attività non sia conclusa[3].

Tanto implica una grave criticità, laddove il soggetto proprietario del bene potrebbe essere indotto a non richiedere mai l'avvio del procedimento ovvero il competente dicastero potrebbe preferire di non darvi mai corso *ex officio*, onde sfuggire all'alea dell'ablazione dei privilegi di tutela. Ciò potrebbe allora rappresentare un punto di partenza per future ricerche volte a individuare un rimedio normativo idoneo all'introduzione dell'obbligo di instaurazione procedimentale. Ad esempio, de iure condendo, sarebbe ipotizzabile l'attribuzione ai Prefetti o ai Procuratori della Repubblica della potestà di disporre l'avvio del procedimento *de quo* ogniqualvolta essi ravvisassero la necessità di accertare l'effettiva culturalità del presunto bene culturale. Per vero una novella legislativa di tal guisa consentirebbe notevoli risparmi di spesa pubblica, attraverso l'eliminazione dal "catalogo" dei beni culturali di *res* prive effettivamente di valenza culturalistica, al lume dell'ingente quantitativo di risorse economiche indispensabili per l'attuazione degli interventi di tutela e valorizzazione dei beni culturali.

---

[1] **Avvocato - Dottore di ricerca.*

G.F. FERRARI - J.O. FROSINI (EDS.), *Better Regulation and Administrative Simplification: a Comparative Study*, Bologna, 2007; M. P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in G. VESPERINI (A CURA DI), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002.

[2] M. TIMO, *La disciplina dei beni culturali. Tendenze attuali ed aspetti problematici*, Pisa, 2017, p. 153.

[3] Sul punto: TAR Liguria, Sez. I, 19 maggio 2014, n. 787.

L'interesse culturale, che - come si è già detto - implica l'attribuzione della culturalità a una cosa, ha varie gradazioni, da mettere in relazione con la proprietà del bene riguardatone (la quale può essere di un soggetto pubblico o privato), ma anche con la qualità dello stesso.

Si distinguono: l'interesse culturale semplice, l'interesse culturale particolarmente importante e l'interesse culturale eccezionale.

Per vero, non esiste una nozione estesa e paradigmatica di ciascuna tipologia dell'interesse culturale; donde il Legislatore dovrebbe al riguardo intervenire, nondimeno ciò costituendo un punto di partenza di ulteriori studi.

2. Riconoscibilità giuridica del bene culturale ma non del patrimonio culturale in sé: una vecchia problematica.

La normativa italiana di dettaglio non si è mai curata dell'elaborazione del concetto di «patrimonio culturale» come entità a sé.

Al patrimonio culturale hanno sempre e soltanto fatto riferimento le fonti di produzione del diritto di natura costituzionale e sovranazionale. Sicché, *ab ovo*, il procedimento ricognitivo (per quel che in questa sede interessa) non riguarda il patrimonio culturale ma il singolo bene culturale.

Il patrimonio culturale è una categoria di risulta, poiché nel suo alveo confluiscono tutti i beni culturali già così qualificati. D'altronde, non v'è chi non veda che in sede normativa sia relativamente più facile scrivere elenchi di beni culturali piuttosto che definire la consistenza di un bene culturale[4]. Tanto conduce, però, a spostare l'attenzione del Legislatore sul valore (o interesse) culturale del bene, dal cui accertamento dipende appunto la qualificazione di un bene come culturale. Indi, il valore culturale potrebbe assurgere - come sostenuto[5] - a bene giuridico a parte, immateriale, distinto dal bene materiale concreto e prescindente da qualsivoglia profilo economico-patrimoniale, in modo da neutralizzare la rilevanza di ogni assetto proprietario e renderne centrale la destinazione alla pubblica fruizione.

Siffatta visione non sottende un'idea "socialistica", che pure si è cercato di intravedere a tutti i costi[6], ma permette di includere i beni culturali nella più ampia categoria dei beni comuni (di cui scrisse la Commissione Rodotà[7] nel 2008), preclusi

[4] F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI - B. CORTESE - A. GEMMA - A. MASSARO, *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma-Tre Press, Roma, 2017, p. 94.

[5] M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1976, p. 5.

[6] B. CORTESE, *Patrimonio culturale, diritto e storia*, in E. BATTELLI - B. CORTESE - A. GEMMA - A. MASSARO, *op. cit.*, p. 20.

[7] Commissione nominata con il decreto del Ministro della giustizia del 14 giugno 2007 e incaricata di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del codice civile sui beni

dall'assoggettabilità a un regime di proprietà privata assoluta, *melius* idiosincratica[8], perché di pubblica fruibilità, ma non per questo insuscettibili di divenire oggetto di diversi diritti dominicali: cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona[9] e che, pertanto, devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico anche a beneficio delle generazioni future. Anzi, a proposito di beni culturali si potrebbe richiamare la visione pluralista della proprietà[10], tale per cui il regime proprietario si distingue in base al bene che ne sia oggetto e al soggetto che ne sia titolare in vista della peculiare funzione sociale di volta in volta attribuibile *ex* art. 42 Cost.[11] O, se non si volesse graduare la proprietà, si potrebbe ammettere la tesi dell'ascrivibilità dei beni culturali in un *tertium genus*, proprio perché beni di pubblica fruibilità, come argomentato da tempo in giurisprudenza[12] e dottrina[13].

Quantunque, la mancata (a tutt'oggi) elaborazione del concetto di «patrimonio culturale» come entità a sé è, con ogni evidenza, una scelta del legislatore. Che però, finora, ad avviso di chi scrive, non si è rivelata premiale in quanto ha verosimilmente rappresentato il vero ostacolo all'ideazione di politiche di promozione e valorizzazione del complessivo compendio culturale nazionale, laddove risulta ancora impossibile individuare il minimo comun denominatore di qualsivoglia azione positiva volta a produrre effetti per così dire "di categoria", ossia in generale ed astratto, come tali applicabili indistintamente a tutti i beni culturali.

Né varrebbe, ad eventuale confutazione, la pur autorevole tesi di chi pretenderebbe di affermare che la promozione della cultura possa non coincidere con la tutela del patrimonio culturale, alla luce dell'inopinata considerazione in virtù della quale la prima possa svolgersi anche mediante sperimentazioni e nuove creazioni negatorie

pubblici; consegnò al Guardasigilli, nel febbraio del 2008, una proposta fortemente innovativa mai realmente presa in considerazione dalla politica.

[8] U. MATTEI, *Beni culturali, beni comuni, estrazione*, in E. BATTELLI - B. CORTESE - A. GEMMA - A. MASSARO, *op. cit.*, p. 152.

[9] D. D'ORSOGNA - A. IACOPINO, *El patrimonio cultural en el marco del la teoría de los bienes comunes. ¿De lo público "institucional" a lo publico "común?*, in *Ambientediritto*, 2/2022

[10] S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, *passim*.

[11] F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati*, in E. BATTELLI - B. CORTESE - A. GEMMA - A. MASSARO, *op. cit.*, p. 213.

[12] Cass. Civ., Ss. Uu., 10 marzo 1969, n. 763, in *Giurisp. It.*, 1969, p. 987.

[13] G. CARDUCCI, *La restitution international des biens culturels et objects de l'art*, L.G.D.J., Parigi, 1997, p. 396; M. CALVANO, *I beni culturali: restituzione dei beni illecitamente esportati e nuova disciplina dell'esportazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1995, pp. 761 ss.; S. RODOTÀ, *Lo statuto giuridico del bene culturale*, in *Annali dell'Associazione "Bianchi Bandinelli"*, Roma, 1994, pp. 15 ss.

dell'esistente[14]; che, invece e piuttosto, proprio in ragione di tale asserzione, deve costituire la base di partenza.

Di certo, bisogna evitare di confondere - così da scongiurare un'irragionevole sineddoche - contenuti (i beni culturali in senso stretto) e contenitori (musei o parchi archeologici), salvo che questi ultimi abbiano a propria volta rilevanza culturale (come i musei ospitati in edifici di pregio).

Al patrimonio storico-artistico della Nazione vollero poi fare riferimento i Costituenti nell'art. 9 della Carta Costituzionale; sicché occorre comprendere se e in quale misura, eventualmente, la nozione positivizzata di patrimonio storico-artistico coincida con quella, più dogmatica, di patrimonio culturale. Come si dirà innanzi, l'art. 2 del d. Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 sottendeva (e tuttora l'art. 9 del vigente Codice dei beni culturali e del paesaggio sottende) al *genus* dell'interesse culturale le *species* dell'interesse artistico, storico, archeologico, o demo-etno- antropologico. Ciò faceva apparire (e mostra tuttora) una non corrispondenza tra il patrimonio storico-artistico della Nazione e, appunto, l'insieme dei beni culturali espressivi di una di quelle *species* di interesse culturale (tralasciando, vieppiù, i beni archivistici e librari). Un'importante (e remediale, per certi versi) chiave interpretativa è stata data dalla Corte Costituzionale[15], che ha ritenuto il disposto dell'art. 9 del d. Lgs. 22 gennaio n. 2004 n. 42, nelle more sostituitosi al d Lgs. 490/1999, quale norma "interposta" tra la Costituzione e la legislazione ordinaria, indi immediatamente attuativa della Carta medesima. Se ne potrebbe tracciare, segnando anche un punto di partenza di possibili ricerche future, un principio alla stregua del quale gli interessi storico ed artistico vanno piuttosto interpretati come valori transeunti, di talché il patrimonio culturale risulta composto da beni che, muniti di una delle prefate specialità di interesse culturale, denotino un aspetto memoriale della Nazione (valore storico) e abbiano una cifra estetica percettibile (valore artistico).

D'altronde, il patrimonio storico-artistico (insieme al paesaggio) rappresentano l'immagine forse più fedele della storia e dell'identità di un Paese, costituendo una vera e propria eredità in cui il Paese medesimo si riconosce e radica il presente, per guardare con lungimiranza al proprio futuro[16]. È il concetto "giusculturalistico" di *heritage* (di cui aveva già parlato autorevole dottrina straniera[17]), altresì da sviluppare come *asset* economico in quanto parte della ricchezza di un luogo e della relativa

[14] A. L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon*, 1, 2018, par. 3.

[15] Corte Cost., 17 luglio 2013, n. 194. Per un approfondimento: S. CAVALIERE, *Oscillazioni in senso centralistico della giurisprudenza costituzionale in tema di altri beni culturali diversi da quelli identificati tali ai sensi della normativa statale*, in *Amministrazione in Cammino*, 2014, pp. 7 ss.

[16] M. A. CABIDDU, *Bellezza - Per un sistema nazionale*, Napoli, 2021, p. 16.

[17] D. LOWENTHAL, *Possessed by the past. The heritage crusade and the spoils of history*, Londra, 1997.

popolazione[18]. Per vero, nel 1972, la Convenzione UNESCO per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale, ratificata dall'Italia con l. 6 aprile 1977 n. 184, aveva individuato quale patrimonio culturale mondiale di eccezionale valore universale l'insieme dei siti inseriti nell'apposita *Lista del Patrimonio Mondiale*, meglio nota come *World Heritage List*[19].

Il quadro nozionistico ha beneficiato di un'importante esemplificazione allorché è stata stipulata, nel 2005, a Faro, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, ratificata dall'Italia con l. 1 ottobre 2020 n. 133[20].

Detta Convenzione, al disposto dell'art. 2*a*, definisce il patrimonio culturale come un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente dalla loro appartenenza, come riflesso ed espressione dei propri valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione… ricomprendente tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato dell'interazione tra l'uomo e i luoghi nel corso del tempo.

Siffatta definizione non implica requisiti di forma o di manifestazione, includendo elementi materiali e immateriali, mobili e immobili. Nel 2003 e nel 2005 l'UNESCO ha adottato, a Parigi, la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale[21] e la Convenzione per la protezione e la promozione delle diversità culturali [22], rispettivamente ratificate dall'Italia con leggi 27 settembre 2007 n. 167 e 19 febbraio 2007 n. 19 La prima ha esteso (con l'art. 2, comma primo) il perimetro del

---

[18] P. BATTILANI, *Si fa presto a dire patrimonio culturale. Problemi e prospettive di un secolo di patrimonializzazione della cultura*, in *Rivista on line "Storia e Futuro"*, 47/2018, *passim*.

[19] R. ROLLI, *Beni culturali e patrimonio UNESCO*, in R. ROLLI - G. FESTA - C. AQUINO - A. PUZZANGHERA - F. LILLO - L. DE ROSE - M. MAESANO - S. LAFACI - S. SCRUFARI - N. VALENTI, *Studi in materia di legislazione dei beni culturali*, Padova, 2022, pp. 91 ss.

[20] V. DI CAPUA, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune*, in *Aedon*, 2021, 1; C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 2013, 1, par. 3; D. THÉROND, *Benefits and innovations of the Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*, in COUNCIL OF EUROPE, *Heritage and Beyond*, Strasburgo, 2009, pp.9-11

[21] T. SCOVAZZI, *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in T. SCOVAZZI - B. UBERTAZZI - L. ZAGATO (A CURA DI), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Milano, 2012; S. OGGIANU, *La disciplina pubblica delle attività artistiche e culturali nella prospettiva del federalismo*, Torino, 2012; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La valorizzazione del patrimonio culturale nel diritto internazionale*, in L. DEGRASSI (A CURA DI), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008; M. JADÈ, *Le patrimoine immatérielle. Perspectives d'interprétation du concept de patrimoin*, Parigi, 2006, pp. 33 ss.

[22] G. POGGESCHI, *La "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" dell'Unesco entra a far parte del* corpus *legislativo italiano. Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?*, in *Aedon*, 2, 2007.

patrimonio culturale a prassi, rappresentazioni, espressioni, conoscenze, *know-how*, strumenti, oggetti, manufatti e spazi culturali associati agli stessi ritenuti parte del proprio bagaglio identitario da comunità, gruppi e talvolta singoli individui riconoscono in quanto parte del loro bagaglio identitario. La seconda ha decriptato (con l'art. 4, comma primo) il concetto di diversità culturale come molteplicità delle forme mediante le quali si esprimono le culture dei gruppi e delle società.

Occorrendo, però, precisare che la categoria di patrimonio immateriale è stata configurata, sempre dall'UNESCO, in anni ben più remoti, mediante la *Recommendation for Safeguarding of Traditional and Popular Culture* del 1989 e il progetto *Intangible Heritage* del 1999.

Attenta dottrina aveva addirittura coniato l'espressione di *beni volatili*[23] al fine di delineare una categoria di beni non immediatamente tangibili, segnatamente né mobili né immobili in quanto, per essere fruiti più volte, devono essere rieseguiti o rifatti.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio si è, per effetto delle modifiche apportate attraverso i dd. Llgs. 26 marzo 2008 n. 62 e 26 marzo 2008 n. 63, arricchito dell'art. 7 *bis*, che ha sancito l'assoggettabilità alle proprie disposizioni delle espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle prefate Convenzioni UNESCO a condizione del collegamento rappresentativo a testimonianze materiali e sussistenza, previa verifica, dell'interesse culturale. La necessaria corporeità del bene immateriale è stata criticata in dottrina[24], per vero non condivisibilmente ad avviso di chi scrive. Infatti, proprio per consentire l'applicazione del procedimento di verifica dell'interesse culturale, il riferimento materialistico diventa ineludibile. Un esempio emblematico può essere costituito dagli itinerari turistico-culturali, di cui non esiste una nozione concettuale.

Per itinerario turistico-culturale potrebbe invero intendersi un percorso organizzato, passivamente (cioè attraverso cartelli segnalatori) ovvero attivamente (ossia per mezzo di guide), e contraddistinto da unitario interesse di tipo storico o artistico o archeologico o demo-etno-antropologico nonché inseribile nell'offerta turistica predisposta periodicamente dagli Enti Pubblici territoriali[25].

Lo sviluppo di ciascun itinerario culturale dovrebbe inevitabilmente sottendere una strategia pre-determinata di sviluppo, da articolarsi attraverso elementi precipuamente prodromici (ossia: identificazione dell'interesse unificante;

---

[23] A. M. CIRESE, *Introduzione*, in R. GRIMALDI, *I beni culturali demo - antropologici. Schedatura e sistema informativo*, Torino, 1988, pp. 13-22.

[24] V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Bene comune (obblighi e utilità comuni) e tutela del patrimonio culturale*, in *Giustamm*, 9, 2015, *passim*; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in *Aedon*, 2014, par. 1.

[25] M. TOCCI, *Marketing territoriale: gli itinerari turistici a sfondo culturale e lo sviluppo occupazionale*, in *Filodiritto*, rubrica "Sentieri interrotti", 21 giugno 2019.

individuazione della porzione di territorio da mappare; analisi dei punti di maggiore attrattiva; creazione dei contenuti dei pannelli illustrativi e dei criteri ispiratori delle illustrazioni delle guide; eventuale coinvolgimento di *players* locali quali artigiani, residenti, studiosi, ecc.).

Ne consegue che l'interesse unificante non possa, appunto, prescindere da una speculazione materialistica e da un'osservazione degli elementi fisici. Sebbene - come si diceva - non esista nel codice dei beni culturali e del paesaggio una definizione organica di "itinerario turistico-culturale"[26], alcuni legislatori regionali hanno contemplato gli itinerari eno-gastronomici[27], tratturali[28] e di interesse storico, artistico o sociale[29].

3. Ammissibilità ordinamentale di una macro-tipologia procedimentale di riconoscimento a disciplina regionale o provinciale: i beni "para-culturali" o "memorialistici".

Non è ardito, anzi e piuttosto prestandosi il tema ad offrire uno spunto di riflessione, domandarsi se sia configurabile un modello di procedimento di verifica e/o dichiarazione dell'interesse culturale regolamentato da legge regionale o provinciale con effetti sostanziali limitati al solo ambito territoriale d'efficacia della legge medesima.

L'interrogativo testé formulato non è di scarsa rilevanza in quanto la verifica e/o la dichiarazione di interesse culturale mirano teleologicamente soprattutto ad attrarre interventi di protezione e valorizzazione, delle quali *ex* art. 117 comma secondo lett. *s* e comma terzo Cost. - all'indomani della riforma del 2001 - l'una è di competenza legislativa esclusiva dello Stato e l'altra afferisce alla potestà legislativa concorrente delle prefate autonomie.

Del resto, la Regione Lazio[30], come la Regione Piemonte[31], prima della promulgazione del codice Urbani, aveva previsto la costituzione di un elenco di locali aventi "valore storico, artistico ed ambientale" in base a criteri elaborati da uffici

[26] A. AREDDU, *Analisi giuridica degli itinerari culturali*, in *Aedon*, 1/2020.

[27] L. r. Emilia Romagna 7 aprile 2000 n. 23 (*Disciplina degli itinerari turistici enogastronomici dell'Emilia-Romagna*); L. r. Basilicata 11 agosto 2015 n. 27 (*Disposizioni in materia di patrimonio culturale, finalizzate alla valorizzazione, gestione e fruizione dei beni materiali ed immateriali della regione Basilicata*).

[28] L. r. Molise 5 maggio 2005 n. 19 (*Ulteriori modifiche alla legge regionale 8 aprile 1997, n. 7, concernente: «Norme sulla riorganizzazione dell'amministrazione regionale secondo i principi stabiliti dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29», come modificata ed integrata dalle leggi regionali 28 maggio 2002, n. 6, e 26 agosto 2002, n. 19*).

[29] L. r. Lombardia 7 ottobre 2016 n. 25 (*Politiche regionali in materia culturale - Riordino normativo*).

[30] L. r. Lazio, 6 dicembre 2001 n. 31 (*Tutela e valorizzazione dei locali storici*).

[31] Si consideri, appunto, anche l'esempio della l. r Piemonte 14 marzo 995 n. 34 (*Tutela e valorizzazione dei locali storici*).

regionali d'intesa con gli organi territoriali decentrati del competente dicastero onde accedere a finanziamenti finalizzati a manutenzioni o restauri o ancora (per gli immobili detenuti in regime di locazione) all'ammortizzazione di aumenti di canoni locatizi. Sollecitata a scrutinarne la conformità di tale legge al dettato costituzionale, la Consulta[32] ha rigettato il ricorso in via d'azione dello Stato, affermando che il legislatore regionale del Lazio non avesse interferito con la riserva statale in materia di tutela dei beni culturali poiché limitatosi all'introduzione di mere misure di valorizzazione[33].

D'altronde, la valorizzazione dei beni culturali è stata felicemente definita dalla dottrina come materia ontologicamente attigua[34] alla tutela.

Muovendo proprio da questa felice considerazione dottrinaria, tuttavia, non può darsi credito alla quantunque suggestiva ipotesi di elaborazione della categoria del bene culturale "regionale" o "provinciale" sebbene a meri fini di attrattiva di istituti di valorizzazione. Ciò perché il riconoscimento del bene culturale in quanto tale, pur finalizzandosi tendenzialmente a siffatta potenzialità, produce altri effetti giuridici; quali: l'attribuzione allo Stato ovvero alle Regioni e agli altri enti pubblici territoriali

[32] Corte Cost., 28 marzo 2003, n. 94. Afferma la Consulta nel par. 4 del *Considerato in diritto*: *La distinzione fra tutela e valorizzazione dei beni culturali può essere desunta dalla legislazione vigente ed in particolare dagli articoli 148, 149 e 152 del decreto legislativo 11 marzo 1998 n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59) e dal decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art. 1 della l. 8 ottobre 1997, n. 352): in particolare, il terzo comma dell'art. 149 del d.lgs. n. 112 del 1998 riserva alla esclusiva competenza statale anzitutto la "apposizione di vincolo, diretto e indiretto, di interesse storico o artistico e vigilanza sui beni vincolati" e tutto quanto riguarda "autorizzazioni, prescrizioni, divieti, approvazioni e altri provvedimenti, anche di natura interinale, diretti a garantire la conservazione, l'integrità e la sicurezza dei beni di interesse storico o artistico" ed "esercizio del diritto di prelazione"; il primo comma dell'art. 152 del medesimo testo normativo afferma, invece, che "lo Stato, le regioni e gli enti locali curano, ciascuno nel proprio ambito, la valorizzazione dei beni culturali". Queste funzioni peraltro ineriscono ai beni culturali quali attualmente definiti e disciplinati dal d. Lgs. n. 490 del 1999, ma non riguardano altri beni cui, a fini di valorizzazione, possa essere riconosciuto particolare valore storico o culturale da parte della comunità regionale o locale, senza che ciò comporti la loro qualificazione come beni culturali ai sensi del d. Lgs. n. 490 del 1999 e la conseguente speciale conformazione del loro regime giuridico. La legge regionale del Lazio n. 31 del 2001 non pretende quindi di determinare una nuova categoria di beni culturali ai sensi del d.lgs. n. 490 del 1999, ma prevede semplicemente una disciplina per la salvaguardia degli "esercizi commerciali ed artigianali del Lazio aperti al pubblico che hanno valore storico, artistico, ambientale e la cui attività costituisce testimonianza storica, culturale, tradizionale, anche con riferimento agli antichi mestieri".*

[33] A. RUGGERI, *Riforma del Titolo V e vizi delle leggi regionali: verso la conferma della vecchia giurisprudenza*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006; P. CARPENTIERI, *Le Regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini di valorizzazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 9/2003.

[34] A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice* coniugio *tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, 4/2018, p. 16.

del diritto di prelazione in caso di alienazione a titolo oneroso[35], l'insorgenza dei vari obblighi autorizzativi quanto all'intrapresa di una vasta gamma di attività aventilo ad oggetto e la configurazione della rilevanza penale di determinati fatti commessivi in danno.

In sostanza, si darebbe ingresso ordinamentale ad una categoria di beni culturali minori, per vero già teorizzata in dottrina[36] e avallata dalla Consulta, che però non convince proprio in ragione dell'unitarietà del patrimonio culturale e dell'esercizio unitario della relativa tutela - vieppiù richiamate dal Giudice delle Leggi nel 2013[37] e nel 2015[38] e dell'irragionevole esclusione di essi dall'alveo previsionale delle norme sui beni culturali *tout court*.

E, allora, le Regioni (e le Province Autonome di Trento e Bolzano) - come condivisibilmente rilevato[39] - potrebbero individuare beni "nuovi", a parere di chi scrive definibili "para-culturali" o "memorialistici", senza definirli culturali indi rifuggendo dall'emblematico errore del legislatore regionale calabrese[40] in materia di riconoscimento del metodo storico «Moscato al Governo di Saracena» quale bene culturale della Calabria, sorprendentemente non impugnata dallo Stato, che al disposto dell'art. 1 ha individuato alla stregua di beni culturali immateriali, oltre a quelli indicati e descritti nel codice Urbani, i metodi di produzione artigianale ed enogastronomica, documentati attraverso fonti storiche accreditate e/o tramandati, anche

---

[35] M. MAZZUCA, *Osservazioni sulla prelazione artistica*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2020, pp. 360 ss.; F. S. MARINI - L. PIROZZI, *Il regime della prelazione storico-artistica nel codice dei beni culturali*, in V. PIERGIGLI - A. I. MACCARI (A CURA DI), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, 2006, pp. 268 ss.

[36] G. SEVERINI, *Artt. 1-2*, in M. A. SANDULLI (A CURA DI), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Milano, 2012, pp. 3 ss.

[37] Corte Cost., 17 luglio 2013, n. 194. Afferma la Consulta: *la circostanza [...] che una specifica cosa non venga "classificata" dallo Stato come di "interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico", e dunque non venga considerata come "bene culturale", non equivale ad escludere che essa possa, invece, presentare, sia pure residualmente, un qualche interesse "culturale" per una determinata comunità territoriale: restando questo interesse ancorato, in ipotesi, a un patrimonio identitario inalienabile, di idealità e di esperienze e perfino di simboli, di quella singola e specifica comunità*, indi è *[i]n tale contesto e solo entro tali limiti» che la potestà legislativa delle Regioni può «legittimamente esercitarsi - al di fuori dello schema tutela/valorizzazione - non già in posizione antagonistica rispetto allo Stato, ma in funzione di una salvaguardia diversa ed aggiuntiva: volta a far sì che, nella predisposizione degli strumenti normativi, ci si possa rivolgere [...] oltre che ai "beni culturali" identificati secondo la disciplina statale, e rilevanti sul piano della me- moria dell'intera comunità nazionale, eventualmente (e residualmente) anche ad altre espressioni di una memoria "particolare", coltivata in quelle terre da parte di quelle persone, con le proprie peculiarità e le proprie storie*.

[38] Corte Cost., 09 giugno 2015, n. 140. Afferma la Consulta che *non spetta alla Regione definire quali beni siano sottoposti alla normativa di tutela*.

[39] L. CASINI, *Le parole e le cose: la nozione giuridica di bene culturale nella legislazione regionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3/2014, p. 264.

[40] L. r. Calabria 15 dicembre 2012 n. 59 (*Riconoscimento del metodo storico «Moscato al Governo di Saracena» quale bene culturale della Calabria*).

soltanto oralmente, caratterizzati da unicità ed esclusività e a rischio di andare definitivamente perduti; col rischio, tutt'altro che astratto, dell'eccesso in fenomeni di "panculturalismo"[41] o "benculturalismo"[42].

Molte Regioni hanno legiferato al riguardo[43].

Sotto il profilo squisitamente normativistico, sembra altresì opportuno argomentare intorno alla possibilità per le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano di disciplinare il procedimento amministrativo ad hoc per il riconoscimento, sotto forma di verifica o dichiarazione dell'interesse culturale, dei beni testè classificati come "para-culturali" o "memorialistici".

L'art. 29 della l. 07 agosto 1990 n. 241 consente a tali autonomie di dettare norme di disciplina dei procedimenti amministrativi di rispettiva competenza, salvo l'ossequio dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali stabiliti dal legislatore statale ex art. 117 comma secondo lett. m Cost. circa la partecipazione degli interessati, l'individuazione del responsabile, gli obblighi di durata e tempestiva conclusione, i regimi di accesso e trasparenza della documentazione[44].

Cosicché siffatta potestà regolamentatrice esiste indubbiamente ma sottende una modalità di edizione alquanto difficoltosa poiché sia la semplificazione sia l'aggravamento dell'iter procedurale rischierebbero di aprir la strada a pronunce falcidiatorie della Consulta, già intervenuta in materia[45]. Precisamente si è avuta la declaratoria dell'illegittimità costituzionale: della l. r. Abruzzo 04 settembre 2017 n. 51 (*Impresa Abruzzo. Competitività - sviluppo - territorio*) censurando proprio l'inutile moltiplicazione di strumenti comunicativi di talune fasi procedimentali[46]; del disposto

---

[41] T. DE MAURO, *Qualche premessa teorica alla nozione di cultura e bene culturale*, ne *Il Comune democratico*, 1978, pp. 15 ss.

[42] S. SETTIS, *Benculturalismo parolaio: il Patrimonio "boccheggia", ma tutti esaltano le "Eccezionali Mostre"*, ne *Il Sole 24 ore*, 28 maggio 2006.

[43] L. r. Veneto 16 giugno 2013 n. 15 (*Norme per la tutela e la valorizzazione delle "Città murarie del Veneto"*); L. r. Umbria 20 marzo 2013 n. 5 (*Valorizzazione del patrimonio di archeologia industriale*); L. r. Emilia Romagna 10 marzo 2008 n. 5 (*Promozione e valorizzazione delle botteghe storiche*).

[44] G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010; P. LAZZARA, *La disciplina del procedimento amministrativo nel riparto delle competenze Stato-Regione*, in *Dir. Amm.*, 2007; G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. Amm.*, 2006; R. DE NICTOLIS, *La legge generale sul procedimento amministrativo e la legislazione regionale: alla ricerca del procedimento amministrativo nella Costituzione*, in *Foro Amm. - TAR*, 2004.

[45] A. I. ARENA, *Autonomia delle regioni e disciplina del procedimento amministrativo (Nota alle sentenze n. 246/2018 e n. 9/2019 della Corte Costituzionale)*, ne *Le Regioni*, 2019, pp. 282 ss.; A. SIMONATI, *Semplificazione dell'attività amministrativa e livelli essenziali delle prestazioni: la Consulta e il regionalismo "temperato"*, *ivi*, pp. 292 ss.

[46] Corte Cost., 27 dicembre 2018, n. 246. Afferma la Consulta:

dell'art. 2 comma 1 lett. *b* della l. r. Lombardia 12 dicembre 2017 n. 36 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento regionale ai decreti legislativi n. 126/2016, n. 127/2016, n. 222/2016 e n. 104/2017, relative alla disciplina della conferenza dei servizi, ai regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti e a ulteriori misure di razionalizzazione*) nella parte in cui ha introdotto il comma 1 *quater* nell'art. 13 della l. r. Lombardia 01 febbraio 2012 n. 1 (*Riordino normativo in materia di procedimento amministrativo, diritto di accesso ai documenti amministrativi, semplificazione amministrativa, potere sostitutivo e potestà sanzionatoria*) poiché scorporava dall'iter della conferenza decisoria dei servizi l'atto procedimentale di competenza dell'organo di indirizzo politico onde collocarla al di fuori della determinazione motivata conclusiva, la cui efficacia restava così sospesa fino alla formalizzazione (eventuale) di tale atto, così complicando lo svolgimento di tutta la procedura[47].

La norma regionale impugnata - prevedendo <<una comunicazione unica regionale [CUR] resa al SUAP dal legale rappresentante dell'impresa ovvero dal titolare dell'attivita' economica, sotto forma di dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorieta', che attesti la presenza nel fascicolo informatico d'impresa o il rilascio da parte della pubblica amministrazione dei documenti sulla conformita' o la regolarita' degli interventi o delle attivita'>> - ha introdotto una nuova forma di comunicazione che sostituisce quelle gia' previste dal legislatore statale (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 126 del 2016). Per espressa menzione del comma 1 dell'art. 6 della l. reg. Abruzzo n. 51 del 2017, la CUR ''sostituisce'' - relativamente alle attivita' ivi indicate e cioe' <<all'avvio, svolgimento, trasformazione e cessazione di attivita' economiche, nonche' per l'installazione, attivazione, esercizio e sicurezza di impianti e agibilita' degli edifici funzionali alle attivita' economiche>> - i procedimenti amministrativi <<il cui esito dipenda esclusivamente dal rispetto di requisiti e prescrizioni di leggi, regolamenti o disposizioni amministrative vigenti>>. La previsione regionale. appena citata non coincide con quella statale dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 126 del 2016 (che invece fa riferimento <<all'edilizia e all'avvio di attivita' produttive>>), e soprattutto non realizza una evidente semplificazione del procedimento, finendo anzi per tradursi in un'inutile complicazione per gli operatori economici che, di volta in volta, dovranno preventivamente stabilire se, ed eventualmente in che misura, essi sono tenuti alla CUR o alle diverse forme di comunicazione previste dalla normativa statale. In altre parole, l'intervento del legislatore abruzzese, lungi dal perseguire l'obiettivo dichiarato di realizzare una forma di <<[s]emplificazione>> (cosi' la rubrica dell'art. 6), comporta un aggravamento degli oneri cui sono tenuti i legali rappresentanti di un'impresa o i titolari di un'attivita' economica.

[47] Corte Cost., 25 gennaio 2019, n. 9. Afferma la Consulta: *Nel caso di specie, tuttavia, è agevole constatare che il legislatore regionale - escludendo dalla conferenza la valutazione dell'organo politico inscindibilmente legata alla determinazione da assumere, in quanto quest'ultima "presuppone o implica" la prima - si pone in una logica che, lungi dal potenziare o sviluppare il disegno di semplificazione e accelerazione definito dal legislatore statale, finisce con il vanificare il senso stesso della conferenza e l'efficacia della sua determinazione conclusiva. In base alla previsione regionale contestata, infatti, la decisione dell'organo di indirizzo politico mantiene la sua autonomia e può arrivare a stravolgere, dall'esterno, l'esito della conferenza, giacché le valutazioni espresse da detto organo (siano esse assunte prima o dopo lo svolgimento della conferenza) prevalgono su quelle degli altri partecipanti. Così disponendo, il legislatore lombardo assegna alla decisione dell'organo di indirizzo politico (estrapolata dalla conferenza di servizi) un valore diverso e maggiore rispetto a quello delle valutazioni espresse dalle altre amministrazioni competenti. Inoltre, la norma regionale - prevedendo che l'efficacia della determinazione di conclusione della conferenza sia sospesa nelle more della formalizzazione del provvedimento dell'organo politico - tradisce anche sotto un diverso profilo la ratio dell'istituto, eludendo l'esigenza di speditezza e contestualità cui*

Insomma, l'art. 29 della l. 07 agosto 1990 n. 241 ha dato luogo ad un ruolo "recessivo"[48] delle Regioni e delle Province Autonome quanto alla disciplina del procedimento amministrativo[49].

Sicchè la procedura di riconoscimento del bene "paraculturale" o "memorialistico", qualsivoglia ne sia la forma, non potrà che essere disciplinata in modo pressoché conforme al dettato normativo della l. 241/1990.

4. I beni "para-culturali" o "memorialistici" come strumenti ausiliari di rigenerazione urbana.

L'individuazione e il riconoscimento di nuovi beni "paraculturali" o "memorialistici" potrebbe altresì fungere da ulteriore strumento di attuazione della rigenerazione urbana, vieppiù ad attrattiva di flussi turistici - come detto - e dunque anche ai fini della sempre più necessaria elisione del divario esistente tra le aree centrali e il cosiddetto "entroterra"[50]. Infatti, il preordinato procedimento ricognitivo - in quanto prodromico alla valorizzazione - stimolerebbe un'attività comune e condivisa tra gli appartenenti alla comunità locale, così da svilupparne un più

risponde la previsione che non solo impone a tutte le amministrazioni interessate di esprimere il proprio dissenso in conferenza, ma assegna alla determinazione ivi assunta efficacia sostitutiva, a ogni effetto, di tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni coinvolte. Come questa Corte ha recentemente osservato - occupandosi della previsione contenuta in una legge regionale che disciplinava le forme della partecipazione pubblica per la realizzazione di opere, progetti o interventi di particolare rilevanza - la facoltà per la Regione di sospendere l'approvazione o l'attuazione di atti di sua competenza connessi ad un determinato intervento pubblico concreta il «rischio di abuso dell'istituto, consentendo, tramite l'astensione dall'adozione dell'atto di propria competenza, di bloccare la realizzazione dell'opera per un tempo indefinito», e ciò «senza considerare che la sospensione in sé è incompatibile con la logica stessa della partecipazione regionale che, quale che sia l'atto in cui sostanzia, deve rispettare il canone della leale collaborazione, che impedisce di opporre preclusioni pregiudiziali, sia pure temporanee» (sentenza n. 235 del 2018). In conclusione, la norma regionale impugnata non assicura «livelli ulteriori di tutela», e anzi chiaramente sacrifica le finalità di semplificazione e velocità alla cui protezione è orientata la disciplina statale. Essa configura inoltre un modello di conferenza di servizi del tutto squilibrato e contraddittorio: squilibrato, perché assegna una netta prevalenza alla valutazione degli organi di indirizzo politico (senza precisare inoltre che cosa avvenga in caso di coinvolgimento di più organi politici); contraddittorio, perché, sebbene la decisione da assumere in conferenza presupponga o implichi un provvedimento di questi organi, la loro valutazione è separata da quella degli altri soggetti interessati. Sicché si deve parimenti escludere che il modello così prefigurato costituisca sviluppo coerente e armonioso del quadro definito dalle norme statali interposte.

[48] G. ARMAO, *Note minime sulla disciplina della Regione Siciliana sul procedimento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 3/2020, p. 934.

[49] A. CELOTTO - M. A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un nodo di "Gordio"*, in *Federalismi*, 16/2005; *contra*: A ROMANO TASSONE, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto - M. A. Sandulli*, in *Federalismi*, 5/2006.

[50] In tema: M. MARCHETTI - S. PANUNZI - R. PAZZAGLIA (A CURA DI), *Aree interne. Per una rinascita dei territori rurali e montani*, Soveria Mannelli, 2017, *passim*.

pregnante sentimento di appartenenza[51]. D'altronde, il concetto di rigenerazione urbana sottende una nozione latamente polisemica, da adattare caso per caso a contesti differenti[52].

Se, dunque, si fanno coincidere rigenerazione e riqualificazione, ci si ritrova nel disposto del comma quarto dell'art. 131 del codice Urbani al riguardo dei contenuti della valorizzazione[53]. E, ancora, siffatta attività condivisa prelude all'applicazione, particolarmente significativa in materia di beni culturali, del principio di sussidiarietà orizzontale di cui al disposto dell'art. 118 Cost.[54], che a fortiori si traduce in un'esplicazione del più ampio principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost.[55]

In subiecta materia la democrazia rappresentativa[56] o partecipativa[57], che dir si voglia, rinviene la propria espressione più alta[58], a giusta ragione definita "paricrazia" [59], e consente la realizzazione di quell'auspicata "società aperta"[60] ove l'autoritatività cessa di essere l'unico carattere dell'*agere* amministrativo[61].

A maggiore ragione, allora, anche i beni "paraculturali" o "memorialistici" si connotano della medesima funzione sociale dei beni culturali *tout court*[62]. Assodato, allora, che vari corpi sociali possano e debbano essere i propulsori dell'attività di cui

---

[51] F. DI LASCIO - F. GIGLIONI (A CURA DI), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto della città*, Bologna, 2017, *passim*; C. IAIONE, *La città collaborativa: la* governance *dei beni comuni per l'urbanistica collaborata e collaborativa*, in E. FONTANARI - G. PIPERATA, *Agenda Re-cycle. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017, p. 792.

[52] G. F. CARTEI, *Rigenerazione urbana e* governance *del territorio*, in *Ist. Fed.*, 2017, p. 603.

[53] G. PIPERATA, *Paesaggio*, in in C. BARBATI - M. CAMMELLI - L. CASINI - G. PIPERATA - G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, p. 263.

[54] Sul tema: F. MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di "democrazia diretta" per lo sviluppo dei territori*, in *DPCE online*, 2/2019, pp. 1133 ss.

[55] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Volontariato* no-profit *e beni culturali*, in *Federalismi*, 10/2017, p. 4. Sul tema anche: S. GIOVANNINI, *Sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa*, in *Riv. Amm.*, 2011, p. 5.

[56] F. SCUTO, *Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica*, in *Federalismi*, 1/2017.

[57] G. C. DE MARTIN - D. BOLOGNINO (A CURA DI), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, 2010; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009; M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. ARENA - F.CORTESE (A CURA DI), *Per governare insieme. Il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Torino, 2011.

[58] A. D'ATENA, *Tensione e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

[59] D. CIAFFI, *Il ruolo del nuovo terzo settore nella società italiana che cerca paricrazia*, in G. ARENA - C. IAIONE (A CURA DI), *L'età della condivisione. La collaborazione per i beni comuni*, Roma, 2015, p. 137.

[60] F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

[61] A. PAJNO, *Benvenuti e il futuro*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1/2017, parr. 9 e 10 in particolare

[62] A. LAZZARO, *Valorizzazione dei beni culturali e funzione sociale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 1213; G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, ne *Le Regioni*, 1987, p. 53.

si discetta[63], è necessario tener conto delle caratteristiche dei siti interessati al fine di evitare pericolose, perché controproducenti, disarmonia col contesto urbanistico[64]. Anzi, bisogna proprio evitare che le politiche di pianificazione urbanistica non trascurino lo spessore della realtà ma colgano le singolarità e le diversità dei vari "quartieri"[65], per non cadere nell'errore della banalizzazione delle forme urbane[66].

Senza tacer del fatto che anche tali bene potrebbero popolare i cosiddetti "distretti culturali"[67].

5. Problemi, effettivi e inesistenti, conseguenti all'ipotizzato mero riconoscimento dei beni "para-culturali" o "memorialistici".

5.1 Applicabilità delle disposizioni normative circa gli strumenti di "pianificazione programmatica".

È indubbio che il patrimonio culturale in senso ampio costituisca un fattore propulsivo dello sviluppo del territorio, in ispecie dei luoghi di ubicazione di beni culturali (e "para-culturali" o "memorialistici", che dir si voglia), dal punto di vista dell'attrattiva turistica[68].

Raffinata dottrina ha da tempo segnalato come in Italia il rapporto tra beni culturali e turismo possa considerarsi incompiuto a cagione della mancata ideazione di politiche specificamente concernenti il turismo culturale, autoreferenzialmente promossosi ex se per via della propria naturale capacità attrattiva[69].

Per vero, a lungo il turismo di tal guisa ha risentito di un'impostazione elitaria in virtù della quale soltanto in pochi, vieppiù dotati di adeguati mezzi economici, erano in grado di accedere al patrimonio culturale; oggidì siffatta impostazione risulta non più vigente grazie all'implementazione dei livelli reddituali e di scolarizzazione, all'aumento del numero e delle destinazioni dei voli *low-cost*, la distribuzione capillare delle strutture ricettive alternative a quelle tradizionali, la diffusione di forme

---

[63] F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. Soc.*, 2016, p. 305.
[64] C. CHALINE, *Les politiques de la ville*, Parigi, 2010, pp. 83 ss.
[65] B. ALLEN - M. BONETTI, *L'Habiter, un impensé de la politique de la ville*, La Tour-d'Aigues, 2018, *passim*.
[66] R. EPSTEIN, *La rénovation urbaine: Démolition-reconstruction de l'État*, Parigi, 2013, *passim*.
[67] G. BIASUTTI, *Il distretto culturale: l'inveramento delle garanzie obbiettive attraverso la codeterminazione dell'interesse collettivo*, in *Ambientediritto*, 3/2022; *W. Santagata, Cultural Districts and Their Role in Developed and Developing Countries*, in V. GINSBURG - D. THROSBY (EDS,), *Handbook on the Economics of Art and Culture*, Amsterdam, 2006.
[68] A. POGGI, *La difficile attuazione del titolo V: il caso dei beni culturali*, in *Federalismi*, 8/2003, p. 3.
[69] A. PAPA, *Il turismo culturale in Italia:* multilevel governance *e promozione dell'identità culturale locale*, in *Federalismi*, 4/2007, pp. 1 ss.

pubblicitarie meno formali e strutturate indi più dirette e immediate (quali quelle dei *social network*)[70].

La nozione di turismo culturale elaborata dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione Mondiale del Turismo[71] nel corso della sua ventiduesima sessione tenutasi a Chengdu, in Cina, nel settembre 2017 è molto esaustiva: si tratta, secondo la libera traduzione dello scrivente dal testo originale in inglese, di una tipologia di turismo ove lo scopo essenziale del turista è quello di imparare, scoprire, sperimentare e fruire degli elementi attrattivi della cultura materiale ed immateriale[72].

Siamo dunque al cospetto di un turismo "esperienziale" se non addirittura creativo[73].

Per vero, l'art. 25 comma 2 del d. Lgs. 23 maggio 2011 n. 70 (meglio noto come Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, o, ancor più semplicemente, come codice del turismo) demanda, in difetto di puntuali specificazioni, agli strumenti di "pianificazione programmatica"[74] l'assunzione di misure atte alla promozione, con finalità turistiche, di iniziative protese alla valorizzazione nonché all'accessibilità collettiva e all'effettiva fruibilità del patrimonio storico-artistico, archeologico, architettonico e paesaggistico presente sul territorio italiano.

A ben considerare, la divisata disposizione normativa non si riferisce ai beni culturali di cui al codice Urbani, ma genericamente al patrimonio culturale, cosicché i

---

[70] J. GAGLIARDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella valorizzazione dei beni culturali: una possibile leva nel processo di riqualificazione territoriale*, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

[71] L'Organizzazione Mondiale del Turismo (*UNWTO - United Nation World Tourist Organization*) è l'agenzia specialistica dell'ONU deputata alla promozione del turismo responsabile, sostenibile e accessibile a tutti. È strutturata in Commissioni Territoriali, rispettivamente competenti per l'Africa, le Americhe, l'Europa, l'Asia e il bacino dell'Oceano Pacifico, il Medio Oriente. I suoi organi sono: l'Assemblea Generale (che approva i bilanci e definisce il programma con cadenza tendenzialmente biennale), il Segretario Generale (eletto dall'Assemblea Generale e responsabile della realizzazione del programma, oltre che dotato di poteri rappresentativi), il Consiglio Esecutivo (titolare di funzioni di verifica e compulsazione dell'attuazione del programma) e i Comitati Specializzati (a valore consultivo). Ha sede a Madrid.

[72] *…a type of tourism activity in which the visitor's essential motivation is to learn, discover, experience and consume the tangible and intangible cultural attractions/products in a tourism destination*.

[73] A. SAU, *Le frontiere del turismo culturale*, in *Aedon*, 1/2020, par. 1.

[74] Si fa riferimento agli strumenti di cui al disposto dell'art. 2, comma 203, della l. 23 dicembre 1996 n. 662. In materia: R. CUONZO, *La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico*, Padova, 2007; A. CONTIERI, *Strumenti di programmazione negoziata: la consensualità per lo sviluppo: i principi*, Napoli, 2000; F. GRANATA, *Strumenti di programmazione negoziata*, Napoli, 1999; R. FERRARA, *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 3/4, 1999, pp. 437 ss.; G. DI GASPARE, *L'accordo di programma: strutture, efficacia giuridica e problemi di gestione*, ne *Le Regioni*, 2/1998, pp. 278 ss.

menzionati strumenti programmatici ben potrebbero attagliarsi anche ai beni "para-culturali" o "memorialistici".

D'altronde, l'utilizzo di strumenti di pianificazione programmatica è invalso nel comparto dei beni culturali, tant'è che numerose sono le esperienze avutesi in proposito e commentate in dottrina[75].

Il problema da risolvere al riguardo concerne però l'applicabilità del disposto dell'art. 112, comma 4, del codice Urbani ai beni "para-culturali" o "memorialistici", essendo esso piuttosto riferito ai beni culturali *tout court*.

In realtà si tratta di un inesistente, e quindi falso, problema, se si considera che gli strumenti di pianificazione programmatica sono stati configurati dal legislatore dello Stato, al di fuori dell'ambito applicativo di cui al menzionato disposto normativo, per la realizzazione di specifici obiettivi in varie dimensioni territoriali e molteplici materie[76].

5.2 L'inapplicabilità delle disposizioni sulla fiscalità di vantaggio.

Da sempre, l'ordinamento giuridico si è preoccupato di reperire fonti di finanziamento delle attività di tutela e promozione del patrimonio culturale, specialmente di quello appartenente ai privati, purtroppo atavicamente afflitto da croniche carenze e gravi lacune sostentative. Cosicché nel corso degli anni si sono via via succedute svariate disposizioni normative di fiscalità di vantaggio per i privati proprietari o detentori di beni culturali in ordine a determinate fattispecie.

La dottrina più risalente ha collegato la ratio di siffatte disposizioni alla ridotta capacità contributiva di tali soggetti[77]; siffatta tesi è stata comunque ripresa anche di recente dai sostenitori dell'idea secondo cui il settore culturale rappresenti l'ipostasi del fallimento del mercato[78], in considerazione delle caratteristiche di non escludibilità e non rivalità per via delle quali sarebbero richiesti esborsi molto rilevanti a fronte di vantaggi estesi all'intera collettività così da determinare una generale tendenza al

[75] B. ACCETTURA, *L'accordo di programma quadro tra il Ministero per i beni e le attività culturali e la regione Campania*, in *Aedon*, 3/2009; V. FOÀ, *L'accordo di programma quadro tra il Ministero per i beni e le attività culturali e la regione Piemonte*, in *Aedon*, 2/2001; M. RENNA, *L'accordo di programma quadro tra il Ministero per i beni e le attività culturali e la regione Lombardia*, in *Aedon*, 2/1999.

[76] R. GALLIA, *La nuova disciplina della "Programmazione Negoziata"*, in *Riv. Giur. del Mezzogiorno*, 1/1997, p. 25. Per una disamina sulle varie afferenti delbere CIPE: S. GENTILE, *Tutela della concorrenza e programmazione negoziata al vaglio della Corte Costituzionale: verso un nuovo ritaglio restrittivo delle competenze regionali e locali nel sistema delle autonomie*, in *Amministrazione in Cammino*, 4/2010.

[77] F. MOSCHETTI, *Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi in tema di agevolazioni tributarie*, in *Rass. Trib.*, I, 1986, p. 355.

[78] M. TRIMARCHI, *Economia e cultura: organizzazione e finanziamento delle istituzioni culturali*, Milano, 2002, pp. 47 ss.

disinvestimento[79]. Taluni hanno pure sostenuto che le attività culturali presentino costi realizzativi insuscettibili di diminuire con l'impiego di moderne tecnologie[80], il che non sempre è vero: si pensi ai risparmi di spesa registrantisi con l'organizzazione delle mostre virtuali).

Dunque, l'intervento pubblico ausiliativo in materia tributaria può rinvenire un proprio fondamento nel principio di idoneità economica dei consociati dell'ordinamento a concorrere alla spesa pubblica *ex* art. 53 Cost. Va però considerato che le attività culturali sono anche in grado di generare esternalità economiche tanto dirette e funzionali alla creazione di veri e propri mercati secondari (come la crescita dei flussi turistici e il conseguente aumento dei livelli occupazionali della "macchina" ricettiva)[81] quanto indirette (come il rafforzamento dell'identità nazionale, l'elevazione del grado educativo della popolazione e la diversificazione dell'offerta culturale[82]). Cosicché l'attenuazione della leva fiscale per i proprietari o detentori di beni culturali in ordine a determinate fattispecie affonda le proprie radici anche nella necessità di soddisfacimento del principio di promozione del patrimonio storico-artistico nazionale *ex* art. 9 Cost.[83]

Prendere posizione nettamente a favore dell'uno o dell'altro precetto costituzionale è erroneo[84] in quanto la stessa Consulta[85] ha sancito che la fiscalità di vantaggio di cui si sta discettando[86] rinviene la propria ragion d'essere nella riduzione del valore

[79] K. GOTO, *Why Do Governments Financially Support the Creative Industries?*, in S. HEMELS- K. GOTO, *Tax incentives for the Creative Industries*, Berlino, 2017, p. 26.

[80] W. J. BAUMOL - W. G. BOWEN, *Performing arts: the economic dilemma*, New York, 1996.

[81] W. SANTAGATA, *Il governo della cultura. Promuovere sviluppo e qualità sociale*, Bologna, 2014, *passim*; D. THROSBY, *The economic of cultural policy*, Cambridge, 2010, p. 95.

[82] S. GIORGI, *Finanziamento pubblico e misure tributarie per la tutela e la promozione del patrimonio culturale*, *Paper* del Convegno Annuale *AIPDA* del 2018 "Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e amministrazione, p. 4, in *www.aipda.it*

[83] F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, pp. 58 ss.

[84] M. L. COSTANZO, *Fisco e cultura: la tassazione degli immobili di interesse storico artistico e l'intervento dei privati a sostegno del patrimonio culturale*, in *Rass. Avv. St.*, 4/2015, p. 277.

[85] Corte Cost., 28 novembre 2003, n. 345. Afferma la Corte Costituzionale che la *ratio* delle agevolazioni è rintracciabile *in un'esigenza di equità fiscale, derivante dalla considerazione della minore utilità economica che presentano i beni immobili di interesse storico o artistico in conseguenza dei vincoli e limiti cui la proprietà è sottoposta*. Per un commento: F. D'AYALA VALVA, *La tutela del patrimonio storico e artistico della nazione e la funzione di stimolo della corte costituzionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, II, pp. 23 ss.; M. PROCOPIO, *Immobili di interesse storico/artistico: legittimità costituzionale del particolare trattamento tributario*, *ivi*, pp. 8 ss.; G. MARONGIU, *Le agevolazioni per gli immobili di interesse storico o artistico*, in *Giur. Trib.*, 2004, pp. 312 ss.

[86] Per una panoramica: G. GIUSTI, *La fiscalità dei beni culturali all'indomani della crisi post-Covid*, in *Aedon*, 2/2021; F. PISTOLESI, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempi di crisi*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, I, pp. 1213 ss.

economico dei beni culturali a cagione delle limitazioni derivanti dal particolare regime giuridico cui essi sono assoggettati[87].

Argutamente in dottrina è stato affermato che i beni culturali sono inclusi in un "micro-sistema" avente un'imposizione differente da quella ordinaria riservata ad altri beni[88]. Ciò che comunque rileva, contrariamente a quanto paventato[89], non sono i beni culturali *tout court* ma la venuta a realizzazione di specifiche fattispecie ben dettagliate. Di certo, il bene non strettamente culturale non è attrattivo delle disposizioni normative della fiscalità di vantaggio, in quanto non suscettibili di interpretazione analogica *ex* art. 14 delle pre-leggi perché introduttive di esenzioni alle regole impositive generali[90].

E non può assumere rilevanza il tentativo dottrinario di scovare nella fiscalità di vantaggio del comparto cultura un'equa compensazione piuttosto che un privilegio[91].

L'agevolazione fiscale è infatti, senza distinzioni di sorta, sottesa a qualsiasi regola di favore atta ad alleviare la pressione fiscale[92]. Vieppiù le agevolazioni fiscali sono *generaliter* coperte da riserva di legge *ex* art. 23 Cost.[93], di talché - si ribadisca - i beni "para-culturali" o "memorialistici", così riconosciuti da leggi regionali o provinciali, non potrebbero giammai esserne attrattori.

5.3 L'ignavia del potenzialmente risolutore legislatore europeo.

Altro problema, per vero finora scarsamente considerato dalla dottrina (che pure non ha trascurato la materia del diritto europeo dei beni culturali[94]) concerne la

[87] E. D'ALFONSO, *L'agevolazione ICI per gli immobili di interesse storico od artistico tra vincolo diretto e indiretto*, in *Rass. Trib.*, 2009, I, p. 264.

[88] P. SORRENTINO, *Tassazione degli immobili di interesse storico-artistico: il "diritto vivente" della Corte di Cassazione all'esame della Corte Costituzionale*, in *Boll. Trib.*, 2003, gennaio/aprile, p. 635.

[89] M. ANNECCHINO, *Osservazioni sulla costituzionalità dell'esecuzione riconosciuta ai proprietari di immobili vincolati*, ne *Il Foro Italiano*, 2004, pp. 3288-3293.

[90] A. MEI, *Riflessioni sull'interpretazione delle disposizioni legislative in materia tributaria*, ne *La Nuova Procedura Civile*, 25 maggio 2018, p. 7; G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017, pp. 118 ss.

[91] G. PISTORIO, *Le imposte sugli immobili di interesse storico-artistico: una querelle interpretativa non ancora del tutto risolta*, in *Giur. It.*, 2005, maggio/settembre, p. 1753.

[92] P. BORIA, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, p. 1031.

[93] S. LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie*, in AA. VV., *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, pp. 430 ss.

[94] M. AIME, *Cultura*, Torino, 2013; I. LIAKOPOULOU - D. LIAKOPOULOS, *Politica e patrimonio culturale nel contesto comunitario*, Roma, 2012; L. ZAGATO, *Lezioni di diritto internazionale ed europeo del patrimonio culturale*, Venezia, 2011; L. CASINI (A CURA DI), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010; D. FERRI, *La Costituzione culturale dell'Unione Europea*, Padova, 2008; A. LOMAN - K. MORTELMANS - H. H. G. POST - S. WATSON, *Culture And Community Law Before And After Maastricht*, Alphen aan den Rijn, 2006; M. MARLETTA, *I beni culturali*, in A. TIZZANO (A CURA DI), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2000;

mancanza di una normativa euro-unitaria sull'attribuzione del valore culturalistico alle cose, ancorché espressive di elementi immateriali, aventi interesse memorialistico in senso ampio. Normativa apparentemente - come si cercherà di dimostrare nel prosieguo - preclusa dall'insussistenza di competenze legislative dell'Unione Europea in materia di beni culturali.

L'art. 167 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea demanda a questa competenze di sostegno all'azione degli Stati Membri sul miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei nonché quanto alla conservazione o alla salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea.

A parere di chi scrive, è la stessa formulazione del menzionato disposto normativo a consentire, preliminarmente, al legislatore euro-unitario di normare la categoria, e, per l'effetto, disciplinare i requisiti di riconoscibilità, del bene culturale "di importanza europea" quale *res* idonea alla prefata diffusione della cultura e della storia dei popoli d'Europa. L'opportunità del conio di una normativa "comunitaria" in materia è decisamente concreta, atteso che l'interesse culturale legittimante l'attribuzione del valore della culturalità sembra essere, pressoché in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati Membri dell'Unione, calibrato su analisi e valutazioni focalizzate sull'identità culturale prettamente domestica. È innegabile, sebbene possa apparire come la scaturigine di un ragionamento superficiale, vieppiù non dimostrabili (e, anzi, perbenisticamente assai facile da contestare), che l'opera pittorica o scultorea - giusto per citare un esempio - priva di qualità estetiche significative ma raffigurante, magari anche in modo alquanto implicito e quasi criptico, un evento poco conosciuto dalla storia di un piccolo centro urbano del territorio di uno Stato diverso da quello di ubicazione, indi di effettuazione della procedura ricognitiva al lume della normativa nazionale, molto probabilmente riceverà una valutazione negativa circa la titolarità di interesse culturale; se però l'episodio raffigurato si inserisce in qualche modo nel ricco ordito del processo evolutivo di costruzione della cittadinanza europea e integrazione dei popoli d'Europa, si potrebbe utilizzare uno strumento di riconoscimento apprestato dal legislatore euro-unitario a valle della cui attuazione il singolo Stato Membro UE "ospitante", in ossequio al già citato disposto dell'art. 167 TFUE, avrebbe facoltà di applicare le proprie disposizioni normative interne e, perdipiù, fruire di eventuali (di certo moltiplicantisi) azioni di sostegno dell'Unione.

Ma v'è di più. Il bisogno di una normativa euro-unitaria sul bene culturale, dunque l'elaborazione della nozione di "bene culturale europeo", servirebbe pure a far

E. VARESE, *La politica culturale europea: cronache di una storia*, in *Economia della Cultura*, 2000, pp. 13 ss.; M. P. CHITI, *Beni culturali e Comunità europea*, Milano, 1994.

funzionare in modo ottimale le normative sottese al Regolamento (CE) 116/2009[95] - a propria volta abrogativo del Regolamento (CEE) 3911/1992[96] - nonché alle Direttive 93/7/CEE e 2014/60/UE[97], rispettivamente relative all'esportazione dei beni culturali e alla restituzione dei beni culturali illecitamente usciti dal territorio di uno Stato Membro UE[98]. Non da ultimo per importanza, l'auspicata normativa sarebbe utile come base decisionale per le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di beni culturali[99].

6. Una riflessione finale: l'utilizzabilità procedimentale dell'intelligenza artificiale.

A valle di tutto quanto esposto, si pensi a un tema nuovo, su cui di certo potranno basarsi i futuri studi dottrinari (invero tesaurizzando gli orientamenti già espressi): l'utilizzabilità della cosiddetta intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo di verifica dell'interesse culturale.

Occorre partire, quantunque, per imbastire un compiuto ragionamento già in questa sede, dalla definizione di intelligenza artificiale formulata nel 2018 dall'apposito gruppo di esperti della Commissione Europea (*AI HLEG*[100]): alla stregua di siffatta

---

[95] A. PAPA, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo"*, in *Federalismi*, 4/2022.

[96] C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il Regolamento n. 3911/92 del Consiglio relativo all'esportazione dei beni culturali ed il trattato sull'Unione Europea*, in *Dir. Comm. Int.*, 1992, pp. 485 ss.

[97] A. MIGLIO, *La restituzione dei beni culturali nell'Unione Europea: dalla Direttiva 93/7 alla Direttiva 2014/60 tra mercato interno e competenza esterna dell'Unione*, in *Dir. Comm. Int.*, 4/2016, pp. 863 ss.; R. BUONOMO, *La restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato Membro alla luce della Direttiva 2014/60/UE*, in *Aedon*, 3/2014; K. A. SHORT, *Preventing the Theft and Illegal Export of Art in Europe*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1993, pp. 113 ss.

[98] Sulla circolazione "europea" dei beni culturali: M. GRAZIADEI - B. PASA, *Il mercato unico europeo e il patrimonio culturale: la protezione dei tesori nazionali in Europa*, in A. JAKUBOWSKI - K. HAUSLER - F. FIORENTINI (EDS.), *Cultural heritage in the European Union. A critical inquiry into law and policy*, Leida, 2019; F. FIORENTINI, *New Challenges for the Global Art Market: The Enforcement of Cultural Property Law in International Trade*, in A. APPERS (ED.), *Property Law Perspectives*, III, Cambridge, 2015; J. ULPH - I. SMITH, *The illicit trade in art and antiquities*, Londra, 2012; G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e requisiti di restituzione*, Napoli, 2011; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2007; L. V. PROTT, *The international movement of cultural objects*, in *International Journal of Cultural Property*, vol. 12, 2, 2005.

[99] In generale, vedasi: M. SHENADE - K. FOUSEKI - K. W. TUBB, *Editorial: Alternative Dispute Resolution in Cultural Property Disputes: Merging Theory and Practice*, in *International Journal of Cultural Property*, 2016, pp. 344 ss. Sulla mediazione, vedasi: I. PATTA, *La procedura di mediazione nelle controversie sui beni culturali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/2018, pp. 569 ss. Sull'arbitrato vedasi: I. PATTA, *Natura giuspubblicistica dell'arbitrato per i contenziosi aventi ad oggetto il patrimonio culturale*, in *Riv. dell'Arbitrato*, 3/2019, pp. 637 ss.

[100] *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*

nozione, *i sistemi di intelligenza artificiale sono sistemi di software (e verosimilmente anche di hardware) progettati da esseri umani che, dato un obiettivo complesso, agiscono all'interno di una dimensione fisica o digitale percependo il loro insieme attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati raccolti, siano essi strutturali o non strutturali, ragionando sulla conoscenza, o elaborando le informazioni derivate da questi dati e selezionando, tra tutte le azioni possibili, le migliori per il raggiungimento dell'obiettivo indicato*[101]. Più specificamente, poi, v'è stato chi ha parlato di azione amministrativa algoritmica come processo (in senso atecnico) decisionale fondato su operazioni algoritmiche, vieppiù idonee a generare predizioni, e gestito da macchine al fine di automatizzare la determinazione umana[102].

Generaliter, il referente normativo dell'attività amministrativa automatizzata è l'art. 3 *bis* della l. 241/1990[103], che - unitamente alle disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale[104], ove emergono veri e propri diritti di cittadinanza digitale[105], ha fatto emergere l'ammissibilità ordinamentale del procedimento amministrativo digitalizzato[106]. In effetti, l'unico procedimento amministrativo automatizzabile è quello in cui gli algoritmi riconnettono, senza necessità di intervento umano, dati e informazioni contenuti nei vari documenti istruttori al fatto e alla normativa, così da far promanare il provvedimento. Si pensi a tutte le fattispecie, in quanto sottese a passaggi ripetitivi o predeterminati[107] e non necessitanti garanzie di partecipazione procedimentale[108], di provvedimento vincolato[109]. Salvo, infatti, che nei procedimenti "a destino segnato", l'uso dell'algoritmo *tout court* rischierebbe di vanificare le indispensabili guarentigie partecipative degli interessati[110]. Sicché, nelle procedure connotate da discrezionalità, l'automazione non può che inferire alla fase

---

[101] G. MARCHIANÒ, *Intelligenza artificiale: IA specifiche e l'amministrazione provvedimentale - IA generale e i servizi pubblici*, in *Federalismi*, 11/2021, p. 142.

[102] J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision Making*, in *Legal Studies*, 39, 4, 2015, p. 3. Vedasi pure: I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi*, in *Ist. Fed.*, 3/2019, pp. 643 ss.

[103] D. U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni anche alla luce degli ultimissimi arresti in materia*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2020, p. 505.

[104] d. Lgs. 07/03/2005 n. 82.

[105] R. CAVALLO PERIN - L. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN - D. U. GALETTA (A CURA DI), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 119 ss.

[106] P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi*, 7/2021, p. 189.

[107] G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. informaz. e inform.*, 3/2021, p. 462.

[108] In tal senso: Cons. St., Sez. VI, 08 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019 nn. 8472, 8473.

[109] P. OTRANTO, *cit.*, p. 192.

[110] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2/2020, p. 282.

pre-procedimentale, allorché però ancora il procedimento vero e proprio non esiste ancora. Si pensi alle procedure di vigilanza predittiva, nelle quali il sistema automatizzato offre all'attenzione dell'autorità di pubblica sicurezza una serie di situazioni indicizzate come sottoponibili a controllo e verifica onde sottoporle alla scelta selettiva del decisore fisico quanto all'effettivo avvio di verifica[111]. E, comunque, se si ritenesse la fase pre-procedimentale non appartenente alla filiera procedurale *ex se*, allora si dovrebbe concludere per l'inapplicabilità dell'automazione ai procedimenti da ultimo menzionati[112].

D'altronde, l'automatizzazione di una decisione discrezionale sottende la sua riconducibilità al frutto di una scelta fra un quantitativo delimitato di possibilità predefinite, indi la sua sussumibilità in un alveo già ristretto indi in seno ad un comportamento vincolato[113]. È vero, infatti, che l'automazione decisionale non si innesta sull'esito ma sulle modalità di sua maturazione[114].

Del resto, a prescindere dalla pur basilare partecipazione procedimentale, la giurisprudenza ha già mostrato di prediligere simile orientamento[115] circa il solo aspetto della caratterizzazione discrezionale dei procedimenti, come già caldeggiato dall'Agenzia per l'Italia Digitale[116] col plauso della dottrina[117].

Ne deriva che, essendo contraddistinto da elevata discrezionalità e notevole "partecipabilità"di interessati, il procedimento di verifica dell'interesse culturale non rientra nel novero dei procedimenti automatizzabili. A meno che non si utilizzino reti neurali, ossia sistemi capaci di simulare il ragionamento umano[118], le quali si limiterebbero però a valorizzare gli aspetti più superficiali *della conoscenza e del ragionamento giuridico*[119], o non si crei un formante, quantunque irrealizzabile, atto a

---

[111] M. B. ARMIENTO, *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Dir. Amm.*, 4/2020, *passim*.

[112] A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, pp. 31 ss.; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. Inf.*, 1993, pp. 180-181; G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, 1983, pp. 145 ss.

[113] D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005, pp. 60 ss.; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, pp. 97 ss.

[114] M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Dir. Ec.*, 2020, p. 775.

[115] Da ultimo, oltre ai già citati arresti del Consiglio di Stato: TAR Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 24 giugno 2021, n. 7589.

[116] AGID, Libro Bianco rubricato "L'intelligenza artificiale al servizio dei cittadini", 2018.

[117] S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amm. - TAR*, 2018, pp. 1787 ss.; P. SAVONA, *Administrative Decision-Making after the Big data Revolution*, in *Federalismi*, 19/2018, pp. 10 ss.

[118] G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, 2012, p. 287; P. L. M. LUCATUORTO, *Teorie e modelli del diritto per il ragionamento giuridico automatico*, Milano, 2009, pp. 30 ss.

[119] P. L. M. LUCATUORTO - S. BIANCHINI, *Discrezionalità e contemperamento degli interessi nei processi decisionali dell'amministrazione digitale*, in *Cyberspazio e Dir.*, 2009, p. 43.

dar vita a ramificazioni procedurali tali da consentire - ove necessario - l'intervento umano[120].

[120] A. MASUCCI, *op. cit.*, pp. 19 e 23.

IL REGIME DELLE ESCLUSIONI NON AUTOMATICHE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Federico Francesco Guzzi

ABSTRACT [ITA]: L'articolo analizza la nuova normativa di cui al D.lgs. n. 36/2023 (attuativa dell'art. 1 del D.lgs. n. 78/2022) in tema di esclusione dell'operatore economico. In particolare focalizza l'attenzione sulle cause di esclusione non automatiche e sui gravi illeciti professionali. Lo studio mette in evidenza gli aspetti positivi del nuovo regime (come l'elencazione delle ipotesi di grave illecito professionale) nonché le criticità che permangono in ragione della complessità del sistema connessa all'esigenza di tenere assieme molteplici interessi.

***ABSTACT [ENG]**:This article analyzes the new legislation of Legislative Decree n. 36/2023 (implementation of Article 1, Legislative Decree n.78/2022) on exclusion causes of the economic operator. In particular, the research focuses on non-automatic exclusion causes. The analysis highlights the positive aspects of the new discipline (such as the list of serious professional torts) and also the critical aspects that remain for the complexity of the system connected to the need to keep multiple needs together.*

SOMMARIO 1. Introduzione **2.** Il nuovo regime delle esclusioni ex artt. 94-98 del Codice dei contratti pubblici. **3**. Art. 95 Cause di esclusione non automatiche. **4**. Art. 96 Disciplina dell'esclusione. **5.** Art. 98 Illecito professionale grave. **6.** Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

In un recente scritto sullo spinoso tema del regime delle esclusioni dell'operatore economico dalla procedura di gara, era stato analizzato il pregresso impianto

normativo[1]; erano state messe in evidenza le (notevoli) criticità del sistema[2]; in particolare, quelle connesse alle cd esclusioni facoltative di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e ss. del d.lgs. n. 50/2016[3].

Più nel dettaglio, in quella sede - alla luce dell'analisi normativa e giurisprudenziale - erano emersi numerosi problemi che davano luogo ad un quadro confuso, eterogeneo, affatto chiaro; tutto ciò anche in virtù della sovrapposizione di più questioni, connesse ad esempio: al sindacato (debole) sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione in merito all'esclusione dell'operatore economico[4]; agli effetti

[1] F. F. GUZZI, *L'esclusione dell'operatore economico dalla gara ex art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) c-ter) del Codice degli appalti pubblici: brevi riflessioni critiche*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022. Sul tema si veda altresì: M. DI DONNA, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urb. e app.*, n. 1/2016; A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2018; J. VAVALLI, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2020; da ultimo, G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.* n. 3/2022.

[2] Era stato appunto messo in evidenza - in sede di analisi dell'art. 80 - che nonostante gli sforzi interpretativi tesi a colmare le lacune legislative; nonostante l'opera di coordinamento con gli aggiornamenti legislativi stessi (di cui al d.lgs. n. 56/2017, d.l. n. 135/2018 e d.l. n. 32/2019), il quadro normativo risultava oltremodo farraginoso con tutto ciò che ne conseguiva in termini di solidità del sistema e di chiarezza della materia. Alla luce infatti della distinzione tra cause di esclusione automatiche (connesse a reati specifici) e cause di esclusione connesse alla (ampia) valutazione discrezionale della stazione appaltante; in virtù poi del regime temporale della durata dell'effetto preclusivo il quale non ha un limite cronologico di carattere generale; alla luce del connesso problema del termine di decorrenza del *dies a quo* e del rilievo delle stesse esclusioni (che i commi 10 e 10-*bis* dell'art. 80 sembravano equiparare); alla luce altresì dell'impatto/sovrapposizione della violazione degli obblighi dichiarativi (incidenti sull'illecito professionale), l'operatore economico non era affatto in grado di prevedere con certezza la possibilità di partecipazione e altresì di comprendere appieno eventuali motivi di esclusione.

[3] La direttiva europea 24/2014, Considerando 101, prevede appunto che le amministrazioni aggiudicatrici: "*dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni. Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificarne l'esclusione*".

[4] Sul potere discrezionale dell'amministrazione la bibliografia è vastissima, senza pretese di esaustività, possiamo citare: G. BARONE, *Discrezionalità (ad vocem),* in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*,

delle dichiarazioni (omesse, false, fuorvianti, non veritiere) degli operatori economici in sede di gara; ai termini di decorrenza dell'esclusione e alla durata della stessa; tutti aspetti, come visto nell'analisi del precedente impianto normativo (a cui si rinvia per avere un quadro completo delle questioni poste sul tappeto), in merito ai quali si sono formate, nel tempo, interpretazioni non univoche; con tutto ciò che ne è conseguito in termini di certezza del diritto; non a caso infatti, è proprio sulle problematiche citate - e dunque sull'interpretazione dell'art. 80 comma 5, del vecchio Codice - che si è sviluppato il più corposo contenzioso tra stazioni appaltanti e operatori economici. È di tutta evidenza che laddove lo spazio per procedere alla esclusione dell'operatore, non solo sia caratterizzato da un alto tasso di discrezionalità[5] ma sia altresì connesso ad un ampio ventaglio di 'ipotesi escludenti', i margini del conflitto interpretativo aumentano in modo direttamente proporzionale.

Il legislatore in realtà, era ben consapevole della criticità in materia; non a caso, nella legge delega n. 78/2022 (attuativa del PNRR[6]), appunto nella prospettiva di rendere più chiaro il farraginoso quadro normativo, peraltro appesantito dagli innesti normativi successivi all'impianto originario del Codice (si veda il decreto "correttivo" n. 56/2017, il decreto legge n. 32/2019 e soprattutto, i decreti legge n. 76/2020 e n. 77/2021 i quali si sono posti quali elementi di complicazione ulteriore), all'art. 1, lett. n), aveva previsto la "*razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*".

1984; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale*, Napoli, 2008; Id. *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità,* in *Jus* n. 3/2011; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa (ad vocem),* in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65

[5] Si veda ad esempio Consiglio di Stato, V, n. 4712/2022: *"ben può accadere che due stazioni appaltanti, chiamate a valutare le medesime pregresse vicende professionali di uno stesso operatore economico, diano giudizi opposti, l'una dicendo affidabile quel che l'altra ritenga non affidabile, senza che si possa sol per questo dire l'uno o l'altro provvedimento viziato da eccesso di potere".*

[6] Sulla giurisprudenza in tema di "bandi PNRR" si vedano: TAR Campania, n. 7512/2022; TAR Lombardia n. 212/2023; TAR Abruzzo n. 75/2023.

Dal 1° luglio 2023 saranno operative le norme del nuovo Codice dei contratti pubblici[7] il quale - per quanto ci interessa in questa sede - ha "ridisegnato" (nell'ottica della semplificazione) il regime delle esclusioni.

Nelle pagine seguenti verrà analizzato il nuovo impianto normativo e, in particolare, il regime delle cd esclusioni non automatiche (così infatti vengono definite nel nuovo Codice[8]), con particolare riferimento ai "gravi illeciti professionali" i quali hanno trovato autonoma e separata disciplina in un articolo *ad hoc*: l'art. 98 del nuovo Codice; norma che ha proceduto ad una elencazione al fine di eliminare incertezze in ordine alle condizioni dell'esclusione discrezionale che rimane tale, ma irreggimentata dalle (più strette maglie) delle nuove disposizioni.

Nel corso di queste brevi riflessioni si avrà modo di verificare se, alla luce della nostra prospettiva interpretativa, l'obiettivo di razionalizzazione e di risoluzione delle vecchie problematiche della materia possa considerarsi raggiunto oppure se permangono delle criticità.

Anticipando le conclusioni di questa analisi, si può affermare che sebbene nel nuovo impianto normativo sussistano alcuni elementi positivi, talune criticità non sono del tutto superate; gli obiettivi di chiarezza e, a cascata, di deflazione del contenzioso, si ritiene non siano stati pienamente raggiunti; se infatti può essere considerato un fattore positivo (in termini di maggiore certezza e chiarezza) aver proceduto alla elencazione delle ipotesi di esclusione non automatiche connesse all'illecito professionale grave e dei mezzi adeguati a supporto - avendo conseguentemente proceduto ad una maggiore (o comunque più chiara) perimetrazione del potere della stazione appaltante, posta la necessaria sussistenza, ai fini dell'esclusione, di tre condizioni cumulative[9] - non si può comunque negare la permanente complessità della disciplina;

[7] La cui elaborazione, è stata affidata dal precedente Governo Draghi al Consiglio di Stato il quale, già nel mese di ottobre 2022, aveva proceduto a licenziare una prima bozza; alla luce delle successive interlocuzioni con il nuovo Governo, il 7 Dicembre 2022, è stata inviata una successiva bozza, di cui si è approvato lo schema in Consiglio dei Ministri il 16 Dicembre 2022. Il 31 Marzo 2023 è stato pubblicato il Codice (D.lgs. n. 36/2023) che abroga dal 1°Luglio 2023 il D.lgs. n. 50/2016.

[8] "La ragione della modifica rispetto alla denominazione di "cause di esclusione facoltativa", sino a questo momento invalsa, riposa nella constatazione che essa si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli "facoltativi"), la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione dell'operatore economico" Cfr. Relazione del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati.

[9] 1.Elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; 2. Idoneità dello stesso ad incidere sulla sua affidabilità e integrità; 3. Sussistenza di adeguati mezzi di prova.

il che determina la necessità (come in passato) di una delicata opera di esegesi e di valutazione da parte dell'operatore economico al fine di stabilire se la stazione appaltante abbia effettivamente rispettato i paletti imposti dalla normativa (decidendo conseguentemente di non procedere con eventuali impugnative) oppure, per converso, dare luogo ad un contenzioso per presunta carenza della sussistenza delle condizioni elencate.

La complessità a cui si è accennato - connessa alla necessità di valutare tutte le componenti in gioco - è correlata ad una esigenza più ampia (che secondo la nostra prospettiva è elemento intrinseco di complessità del sistema) di tenere assieme contrapposti interessi o, comunque, una molteplicità di principi che non possono trovare semplificazione nel momento in cui non si ragiona in termini di priorità: in sostanza, se non si stabilisce quale interesse debba primariamente essere perseguito. Se non viene risolto questo dilemma, gli elementi di criticità permarranno, posta la impossibilità di semplificare e razionalizzare una norma che contenga, tenendole assieme, componenti diverse e contrapposte. Di fatto, la nuova disciplina si è infatti limitata a ''spacchettare' (con qualche opportuno correttivo) la normativa che in precedenza era disciplinata in un unico, prolisso ed eterogeneo articolo.

2. Il nuovo regime delle esclusioni ex artt. 94-98 del Codice dei contratti pubblici.

Come si evince dalla relazione di accompagnamento al Codice elaborato dalla Commissione del Consiglio di Stato, si è intervenuti in materia disarticolando - per ragioni di chiarezza e semplificazione - il regime delle esclusioni in quattro distinte disposizioni: l'art. 94 (*Cause di esclusione automatica*), il quale contiene (con modificazioni) ciò che era previsto nel vecchio art. 80, comma 1 del Codice, riguardo alle cd esclusioni obbligatorie (ora "automatiche"). Questa disposizione non sarà oggetto di analisi dello scritto. L'art. 95 (*Cause di esclusione non automatica*), contiene invece le cd esclusioni facoltative previste nel vecchio art. 80, comma 5, del Codice (ora definite "non automatiche")[10].

[10] "In sintesi, il "potere" demandato alla Stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l'aggettivo "non automatiche" (peraltro a più riprese utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale: cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 27

Su questa disposizione si concentreranno invece le nostre riflessioni, così come sul successivo art. 96 (*Disciplina dell'esclusione*), il quale contiene appunto le modalità e i termini dell'esclusione di cui ai commi 6 e ss. del vecchio art. 80 del Codice; termini e modalità che, come era stato messo in evidenza nel citato, precedente scritto sul tema, avevano determinato non pochi problemi applicativi.

Il quadro, infatti, si presentava in termini affatto chiari in virtù della sovrapposizione di problemi a cui si accennava in premessa: quello concernente la valutazione ampiamente discrezionale sulla gravità dell'illecito, nonché la facoltà della stazione appaltante di valutare l'incidenza del fatto costituente grave illecito professionale anche quando sull'accertamento dello stesso era ancora pendente un giudizio; quello connesso alla tipologia dell'illecito nonché delle dichiarazioni degli operatori economici in merito agli stessi; infine il *dies a quo* e il regime della durata dell'esclusione (se è equiparato o meno per tutti gli illeciti), che è aspetto distinto dalla valutazione della gravità dell'illecito quale fonte di esclusione dalla gara.

Tralasciando il successivo art. 97 (*Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti*), l'analisi si concentrerà infine sull'art. 98 *(Illecito professionale grave*); in merito a questa fattispecie si è preferito - sempre nell'ottica della maggiore chiarezza e semplificazione - regolamentarlo in modo autonomo, con conseguente collocazione in uno specifico articolo; diversamente, nell'impianto del vecchio Codice trovava disciplina (assieme alle altre cause di esclusione facoltative) all'interno del comma 5, dell'art. 80, lett. c), alla luce del quale l'esclusione poteva avvenire altresì quando: "*la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*".

---

maggio 2021, n. 9) meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione "automatica" annoverate nell'art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza)". Cfr. Relazione del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati. In generale, sul rapporto tra potere discrezionale e potere vincolato, si veda: G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975; E. CASETTA, (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo,* Padova, 2006; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità,* cit.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2007; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004; Id. *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e merito),* in *www.giustamm.it*, 2016.

Nel nuovo Codice è stabilita una disciplina piuttosto corposa e articolata in ben otto commi.

Come si vedrà, e anticipando fin da ora qualche osservazione critica, il nuovo impianto seppure tenti di fare chiarezza - per lo meno sotto il profilo della collocazione sistematica, dell'elencazione dei requisiti rilevanti della fattispecie e della valorizzazione dell'obbligo motivazionale - in virtù dell'esigenza di contemperare molteplici interessi, lascia aperti vecchi problemi che inevitabilmente influiranno sul futuro contenzioso.

3. Art. 95 Cause di esclusione non automatiche.

Le ipotesi di esclusione facoltativa, ora definite "non automatiche", trovano regolamentazione nell'art. 95 il quale elenca varie ipotesi, rispettivamente alle lettere a): infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché obblighi in materia ambientale (era la disposizione di cui all'art. 80 comma 5 lett. a).

Nelle lettere, rispettivamente, b) c) e d), sono poi previste le ipotesi di esclusione nelle singole procedure di gara, lettera b): in caso di conflitto di interesse dell'operatore economico, lettera c): in caso di distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori nella preparazione della gara, lettera d): in caso di gravi indizi che possano far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale (erano le ipotesi previste nelle lettere d, e, m, comma 5, dell'articolo 80).

Infine, la lettera e), fa riferimento all'ipotesi (nel vecchio codice collocata nel comma 5, lett. c, dell'art. 80), in cui l'offerente abbia commesso un "*illecito professionale grave tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*", illecito che la stazione appaltante deve dimostrare "*con mezzi adeguati*".

Come anticipato, la disposizione rinvia poi all'art. 98, all'interno del quale sono elencate le ipotesi (tassative) da cui possano desumersi i gravi illeciti professionali, così come quali siano i mezzi di prova adeguati a dimostrarli (sul punto infra par. 5). Il comma 2 dell'art. 95, prevede altresì il caso dell'esclusione connessa a gravi violazioni non definitivamente accertate (se fossero accertate si rientrerebbe infatti nell'ipotesi di esclusione automatica di cui all'art. 94 comma 6), relative ad obblighi di pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali, rinviando, per fare chiarezza in merito, all'allegato II.10, in cui viene specificato quando la violazione possa essere appunto considerata grave. L'ultimo comma fa invece riferimento ai reati di cui all'art. 98,

comma 3, lett. h), in cui l'esclusione non è disposta in virtù della depenalizzazione del reato, di intervenuta riabilitazione, di estinzione dello stesso e di revoca. Come anticipato, il vecchio comma 5 dell'art. 80, è ora transitato in una disposizione autonoma che elenca le cause di esclusione facoltative (*rectius*: non automatiche) la quale specifica che le ipotesi di omessa informazione o di non veridicità della stessa, non assumono di per sé una causa di esclusione ma possono 'solo' supportare la valutazione di gravità dell'illecito professionale. Nel vecchio regime normativo, l'omessa informazione "*dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara"* (art. 80, comma 5, lett. c-bis) - e dunque tesa a mettere in condizione la stazione appaltante di conoscere anche le circostanze rilevanti per l'apprezzamento dei requisiti di affidabilità del partecipante - alla luce di una certa interpretazione, poteva assumere valenza autonoma, concretizzando cioè una forma di grave illecito professionale *ex sé, sub-specie* in termini di "*grave errore professionale endoprocedurale*"[11]. *Idem* la documentazione e le dichiarazioni non veritiere presentate nella gara; non a caso il Consiglio di Stato, V, nell'ordinanza n. 2332/2020, aveva appunto messo in evidenza che in siffatta prospettiva, gli obblighi informativi fuoriuscivano dalla logica della mera strumentalità assurgendo, per converso, ad obblighi finali, dotati di autonoma rilevanza: *"di tal che l'omissione, la reticenza, l'incompletezza divengono – insieme alle più gravi decettività e falsità – forme in certo senso sintomatiche di grave illecito professionale in sé e per sé".*

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 16/2020[12] in realtà era intervenuta sulla spinosa questione affermando diversamente che, innanzitutto, anche le false informazioni rese dall'operatore economico finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, erano comunque soggette a valutazione di integrità e affidabilità da parte della stessa stazione appaltante, senza alcun automatismo espulsivo; così, a maggior ragione, l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione *"nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici*

[11] Cfr. Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 5142/2018.

[12] Per i commenti alla sentenza, si veda Cfr. C. NAPOLITANO, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16),* in *www.giustiziainsieme.it*

ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione". In merito all'ambito di estensione delle dichiarazioni[13], l'orientamento prevalente della giurisprudenza[14], interpretava l'ultimo inciso dell'art. 80, comma 5, lett. c) (poi lettera c-bis) in termini di "*norma di chiusura*" che imponeva agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, a prescindere dal fatto che assurgessero a cause tipizzate di esclusione.

Il meccanismo rimane sostanzialmente invariato nel momento in cui, ora, l'art. 96, comma 14, prevede che: "*l'operatore abbia l'obbligo di comunicare la sussistenza di fatti e provvedimenti che possono costituire causa di esclusione"* (automatiche e non); come anticipato, si specifica però che: "*l'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'art. 98"* (cioè nella valutazione di gravità dell'illecito). La valenza dell'omissione informativa è dunque lasciata all'amministrazione la quale, potrà decidere se la stessa possa assumere un rilievo tale da configurarsi come grave e supportare la configurazione di illecito professionale. Lo spazio di autonomia valutativa è ampio, di conseguenza non sarà facile determinarne gli esiti.

Hanno invece valenza espulsiva autonoma (sempre che ovviamente, ad essa, si associno le altre condizioni previste dalla legge) ex art. 98, comma 3, lettera b): "*le informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, selezione*

---

[13] Che ha valore immanente, nel senso cioè che l'operatore economico ha l'obbligo di dichiarare gli illeciti pregressi, a prescindere dalla gravità o meno degli stessi; non può di conseguenza procedere invia autonoma alla valutazione dell'inadempimento, facendo egli stesso una sorta di filtro di selezione delle sue condotte pregresse condotte; deve dichiarare qualunque atto (risoluzione, transazione, etc.) che si sia verificato in gare anteriori ovvero illeciti di natura penale; sarà poi la stazione appaltante a procedere alla valutazione delle condotte dichiarate. Sul punto Consiglio di Stato, V, n. 7728/2022: "*il concorrente deve pertanto fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, "gli è stata contestata una condotta contraria a norma" o si è comunque verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti. Alla luce dei rilievi che precedono deve dunque confermarsi l'orientamento consolidato – dal quale non vi è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie – secondo cui la nozione di "grave illecito professionale" ex art. 80, comma 5 lett. c), cit. – ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante – ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa*". La nuova disposizione normativa specifica l'obbligo di comunicare ex art. 96 comma 12, l'atto di rinvio a giudizio e la sanzione irrogata dall'AGCM o da altra autorità; ex art. 96 comma 14, le cause di esclusione automatiche e non automatiche.

[14] Consiglio di Stato, V, n. 3592/2018; Consiglio di Stato n. 4532/2018; Consiglio di Stato n. 6530/2018; Consiglio di Stato, III, n. 6787/2018.

e aggiudicazione". Il punto è che anche l'omissione può avere attitudine decettiva, di conseguenza, oltre a rilevare ai fini della valutazione di gravità può altresì essere presa in considerazione come causa di esclusione autonoma; siamo dinanzi ad una sovrapposizione che la norma non risolve.

La condotta decettiva, in sostanza, non può ricondursi solo all'aver fornito un'informazione falsa, posto che l'omissione può essere equiparata ad una condotta (condotta commissiva mediante omissione). Di conseguenza, più che distinguere tra la condotta attiva (fornire informazioni false o fuorvianti) con valenza espulsiva autonoma, e la mera omissione (rilevante solo nella valutazione di gravità), bisognerebbe stabilire sotto il profilo soggettivo se vi è dolo o colpa, di conseguenza l'omissione dolosa potrebbe essere parificata all'ipotesi di cui all'art. 98, comma 3, lettera b). In sostanza dovrebbe venire in rilievo il profilo soggettivo più che quello oggettivo della condotta (attiva od omissiva).

Volendo quindi sintetizzare il quadro normativo, in definitiva vengono riproposti gli obblighi informativi (art. 96, comma 14), continuando a distinguere le diverse tipologie: informazioni omesse o non veritiere le quali, pur non costituendo causa di esclusione possono rilevare ai fini della gravità dell'illecito professionale (*ex* artt. 96 comma 14 e art. 98 comma 5); le informazioni false o fuorvianti[15] tese a influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione[16] (*ex* art. 98, comma 3, lettera

[15] "La loro distinzione sul piano strutturale è estremamente difficile e gravosa: ciò in quanto i provvedimenti della Stazione appaltante non si basano soltanto sull'accertamento dei presupposti di fatto ma anche su valutazioni di tipo giuridico e dunque opinabili". Cfr. C. NAPOLITANO, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16),* cit.

[16] In merito alla distinzione tipologica, l'ordinanza n. 2332/2020, della V sezione del Consiglio di Stato, ha specificato le due fattispecie distinte*: "a) l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare la stessa ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico (cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142); b) la falsità delle dichiarazioni, ovvero la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero, cui conseguirebbe, per contro, l'automatica esclusione dalla procedura di gara, deponendo in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico (laddove, per l'appunto, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporterebbe l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso) (cfr. Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407). La distinzione può essere approfondita e precisata, osservando che l'ordito normativo – peraltro frutto di vari interventi correttivi, integrativi e, nel caso della lettera c), anche diairetici stratificati nel tempo – fa variamente riferimento: a) alla falsità di "informazioni" fornite (lettera c-bis), di "dichiarazioni" rese e di "documentazione" presentata (lettere f-bis, f- ter e g, nonché il comma 12), talora, peraltro, dando rilevanza alla mera (ed obiettiva) "non veridicità", talaltra ai profili di concreta "rilevanza o gravità" ovvero*

b), che hanno valore espulsivo autonomo (in associazione alla sussistenza delle altre condizioni di legge); le false dichiarazioni o la falsa documentazione che possono transitare nella causa di esclusione automatica di cui all'art. 94, comma 5, lettera e)[17] alla luce della valutazione dell'ANAC che ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico.

Non sembra comunque che il quadro descritto abbia semplificato il problema, posto che - al netto della spinosa questione (che permane) relativa alla esatta distinzione e portata dei rispettivi *deficit* informativi (in particolare tra informazione fornita e omessa) - l'impatto dell'adempimento (*rectius*: inadempimento) degli obblighi dichiarativi rimane connesso alla valutazione ampiamente discrezionale e complessa[18].

---

ai profili soggettivi di imputabilità (evocati dal riferimento alla negligenza, alla colpa, anche grave, o addirittura al dolo); b) alla attitudine "fuorviante" delle informazioni (intesa quale suscettibilità di influenzare il processo decisionale in ordine all'esito della fase di ammissione); c) alla mera "omissione" (di informazioni dovute). Inoltre, si distingue, con esclusivo riguardo alle falsità dichiarative e documentali, secondo che le stesse rimontino a condotte (attive od omissive), a loro volta poste in essere (cfr. comma 6), prima ovvero nel corso della procedura. In altri termini, è un dato positivo la distinzione tra dichiarazioni omesse (rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale), fuorvianti (rilevanti nella loro attitudine decettiva, di "influenza indebita") e propriamente false (rilevanti, per contro, in quanto tali). E se si considera che la reticenza corrisponde, in definitiva, alla c.d. mezza verità (la cui attitudine decettiva opera, quindi, in negativo, in relazione a ciò che viene taciuto, costituendo, quindi, una forma di omissione parziale), le informazioni fuorvianti son quelle che manifestano attitudine decettiva in positivo, per il contenuto manipolatorio di dati reali: una sorta di mezza falsità)."

[17] L'art. 94, comma 5, lettera e) prevede come ipotesi di esclusione automatica: *"aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. La causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico"*. L'art. 94, comma 5, lettera f), prevede altresì, come ipotesi di esclusione automatica, l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'ANAC *"per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione"*.

[18] "*In effetti, la distinzione tra dichiarazioni false (che importano sempre l'esclusione) e dichiarazioni semplicemente omesse (per le quali si pone l'illustrata alternativa tra la tesi, formalistica, dell'automatica esclusione e quella, sostanzialistica, della rimessione al previo e necessario filtro valutativo della stazione appaltante) trae fondamento dal rilievo che la falsità, come predicato contrapposto alla verità, costituisce frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, cioè di una situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente (anche in sede giudiziale, in virtù della pienezza dell'accesso al fatto garantita dalle regole del processo amministrativo: cfr. art. 64 cod. proc. amm.). Per contro, la dichiarazione mancante non potrebbe essere apprezzata in quanto tale, dovendo essere, volta a volta, valutate le circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità del concorrente. Tale valutazione, in quanto frutto di apprezzamenti ampiamente discrezionali, non potrebbe essere rimessa all'organo giurisdizionale, ma andrebbe necessariamente effettuata (eventualmente a posteriori) dalla stazione appaltante; a differenza della falsità, che è di immediata verifica e riscontro, anche in sede contenziosa"*. Cfr. Consiglio di Stato, V, ordinanza n. 2332/2020. In merito si veda Consiglio di Stato, III, n. 4201/2021, secondo cui: "*la falsità (informativa, dichiarativa ovvero documentale) ha attitudine espulsiva automatica oltreché (potenzialmente e*

Sarebbe stato preferibile da parte del legislatore del nuovo Codice un maggiore sforzo esplicativo e semplificativo in ordine al "quadro informativo", prendendo posizione netta in merito alle informazioni e alle conseguenze che, invece, rimangono attratte nel magma interpretativo (e incerto) della valutazione discrezionale della stazione appaltante. Di conseguenza, i vecchi problemi relativi alle comunicazioni fornite dall'operatore economico permarranno - a nostro modo di vedere - anche nel nuovo regime. Si è consapevoli, al contempo, che la necessità di contemperare le esigenze di legalità e di valutazione circa l'affidabilità dell'operatore economico da parte della stazione appaltante, con la tutela, altresì, del *favor partecipationis*, trova riflesso nella normativa la quale, differenziando le molteplici ipotesi connesse ai *deficit* informativi, finisce inevitabilmente per determinare i problemi sopra evidenziati.

4. Art. 96 Disciplina dell'esclusione.

Come anticipato, in luogo di un unico articolo relativo alle cause di esclusione e al regime delle stesse, la disciplina è stata disarticolata in più disposizioni. Nell'art. 96 trova regolamentazione la disciplina delle esclusioni. Per quanto ci interessa in questa sede, analizzeremo quella relativa alle esclusioni non automatiche. Nel dettaglio, tra le più rilevanti novità vi è la più specifica disciplina del periodo di rilevanza e del connesso *dies a quo* della esclusione.

A parte le ipotesi connesse a sentenze penali di condanna (la cui disciplina ricalca, nell'attuale comma 8 dell'art. 96, quella di cui al comma 10 dell'art. 80), a differenza della precedente normativa (di cui al comma 10-*bis* dell'art. 80), l'art. 96, comma 10, precisa che il termine di rilevanza triennale dell'esclusione sia in caso di violazione delle norme in tema di sicurezza sul lavoro sia nelle ipotesi di gravi illeciti professionali, decorre dalla "*commissione del fatto*" (come del resto previsto dall'art. 57, comma 7, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici).

Al netto delle ipotesi di cui al comma 10, lett. b) dell'art. 96, cioè delle ipotesi in cui l'esclusione è circoscritta alla singola gara cui la condotta si riferisce[19], ed eccetto le

temporaneamente) ultrattiva; laddove le informazioni semplicemente fuorvianti giustificano solo – trattandosi di modalità atta ad influenzare indebitamente il concreto processo decisionale in atto – l'estromissione dalla procedura nella quale si collocano".

[19] Quelle di cui all'articolo 95, comma 1, lettere b): partecipazione dell'operatore economico che determini una situazione di conflitto di interesse di cui all'articolo 16 non diversamente risolvibile); lett. c): sussistenza di una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con

ipotesi (di cui all' art. 96 comma 10, lett. c, n. 1 e 2) in cui il *dies a quo* decorre dalla data del rinvio a giudizio o di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale nonché dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità del settore, "*in tutti gli altri casi"* (art. 96, comma 10, lett. c, n. 3) come detto, il termine triennale decorre "*dalla commissione del fatto"*.

In sostanza, in ottemperanza a quanto previsto dal diritto europeo, si è previsto un *dies a quo* di decorrenza di carattere generale, dal quale computare il periodo di rilevanza triennale dell'esclusione. Si è dunque optato per il criterio che fa riferimento alla "*commissione del fatto*" eliminando il riferimento alla "*data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione"*. Il successivo comma 11 dell'art. 96, prevede che: "*l'eventuale impugnazione di taluno dei provvedimenti suindicati, non rileva ai fini della decorrenza del triennio"*.

Il tema del *dies a quo* è stato indagato dalla giurisprudenza al fine di conciliare la normativa europea[20] con il diritto interno. Si veda ad esempio TAR Lombardia - Milano – n. 705/2017, secondo cui la preclusione alla partecipazione per chi abbia commesso un grave errore durante la propria attività professionale: *"deve essere necessariamente interpretata come azionabile soltanto entro un determinato arco di tempo dal compimento (o dall'accertamento) del grave errore* […]. *Il periodo temporale entro il quale può essere sanzionata con l'esclusione l'impresa che abbia commesso un grave errore professionale può essere ragionevolmente individuato in tre anni dalla data del fatto in questione"*. Il Consiglio di Stato, V, n. 6576/2018, aveva successivamente affermato che il periodo di esclusione, per grave illecito professionale connesso alle significative carenze nell'esecuzione dell'appalto, fonte di risoluzione anticipata non contestata in giudizio - in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7 - aveva durata triennale "*dalla data del fatto riconducibile alla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale*". Vi è quindi una commistione di riferimenti: al compimento del fatto e alla data di accertamento postumo dello stesso, fonte ad esempio di una

misure meno intrusive; e lett. d): sussistenza di rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa.

[20] Sull'influenza del diritto europeo nel sistema amministrativo interno, si veda S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in *L'amministrazione europea e le sue regole* (a cura di) L. De Lucia e B. Marchetti, Bologna, 2015, pp. 247 e ss. Più in generale, *Diritto amministrativo europeo* (a cura di) M.P. Chiti, Milano, 2018; *Diritto amministrativo europeo e diritti nazionali - Influenze, tensioni e prospettive,* (a cura di) I. Martin Delgado e F. Di Lascio, Napoli, 2018.

risoluzione. In merito, Consiglio di Stato, III, sentenza n. 4201/2021: "*simmetricamente a quanto previsto dal primo periodo del comma 10 bis dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alle sentenze penali di condanna (per i casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10 dell'art. 80), qualsiasi altra situazione/provvedimento o vicenda – in definitiva qualsiasi "fatto" – che possa dar luogo ad un provvedimento di esclusione ai sensi del comma 5 dell'art. 80 conserva tale valenza per una durata non superiore al triennio. Un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d'appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio. In definitiva, allora, laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai "casi di cui al comma 5", è come se dicesse "la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5", corrisponde al triennio."*[21] Più di recente, il Consiglio di Stato, sentenza n. 8611/2022, ha affermato (in linea con l'orientamento maggioritario) che il *dies a quo* decorre non dalla commissione del fatto rilevante bensì dal momento della sua formale contestazione.

Se interpretata letteralmente, la nuova disciplina normativa (al netto delle ipotesi di rilevanza penale delle condotte o di provvedimenti sanzionatori dell'AGCM o di altre autorità) facendo espresso riferimento "*alla commissione del fatto*" (e non più al "*provvedimento amministrativo di esclusione*") potrebbe sganciare il termine di rilevanza dall'atto di accertamento postumo dell'amministrazione (che "prenda atto" dell'inadempimento e del grave illecito professionale). Siffatta interpretazione potrebbe quindi favorire l'operatore economico il quale non vedrà più protrarsi (in modo oscillante, mediante sfalsamenti temporali) il periodo di esclusione in ragione di un atto successivo; il che rappresenterebbe un indubbio vantaggio in termini di possibilità di 'rientrare nel mercato' e dunque nel circuito concorrenziale.

Se diversamente la "commissione del fatto" continuerà ad identificarsi con "il momento di accertamento dello stesso" (poi fonte di risoluzione ed eventualmente di futura esclusione), la disposizione non determinerà modifiche rispetto al previgente

[21] "*Giova premettere che il comma 10 bis dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, inserito dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. sblocca cantieri), è stato introdotto per dare risposta all'esigenza di delimitare il periodo nel quale una pregressa vicenda professionale negativa possa comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara, nella consapevolezza che, con il passare del tempo, le pregresse vicende professionali perdono il loro disvalore ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità del concorrente e possono ritenersi superate dalla regolare continuazione dell'attività di impresa (Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635).*" Cfr. Consiglio di Stato, III, n. 4201/2021.

quadro normativo. Quest'ultima interpretazione però, se poteva trovare una sua logica in base al pregresso dettato normativo, il quale non recepiva letteralmente la direttiva europea (nel momento in cui faceva appunto riferimento al "*provvedimento amministrativo di esclusione*"), alla luce del netto e chiaro riferimento della nuova disciplina al "fatto", l'interpretazione in linea con dettato normativo sembra essere proprio quella che non consente più sfalsamenti temporali in ordine al *dies a quo* del termine di decorrenza; di conseguenza, in caso di inadempimento (fonte di grave illecito professionale), il termine dovrebbe decorrere dalla data dello stesso e non da una fonte diversa, rinvenibile nell'atto postumo che da rilevanza giuridica al primo.

5. Illecito professionale grave.

A differenza della vecchia normativa l'illecito professionale grave, causa di esclusione non automatica ex art. 95, comma 1, lettera e), trova una disciplina autonoma all'interno del successivo art. 98.

Una prima novità della normativa è connessa alla 'semplice' elencazione (*ex* art. 98 comma 2) della necessaria sussistenza (cumulativa) di tre condizioni ai fini dell'esclusione; specificamente: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) adeguati mezzi di prova (elencati nel successivo comma 6). Attraverso la richiesta cumulativa di queste tre condizioni, si cerca dunque di irreggimentare il potere discrezionale della stazione appaltante sebbene, in sostanza, i suddetti requisiti rilevavano anche nell'ambito del vecchio regime, posto che l'illecito doveva essere grave, doveva incidere sull'affidabilità e integrità, erano necessari mezzi adeguati a dimostrarlo. Ci troviamo quindi dinanzi ad un'opera di sistematizzazione, posto che si chiarisce in un unico comma che i suddetti tre requisiti debbano sussistere contemporaneamente e non alternativamente; requisiti che in precedenza erano 'sparsi' all'interno del comma 5 dell'art. 80 del vecchio Codice.

Una significativa novità sta invece nel comma 3 della norma in oggetto, il quale fa un elenco delle ipotesi (tassative) da cui possa desumersi la sussistenza dell'illecito professionale[22]; siffatta elencazione - alla pari dell'elenco di cui al successivo comma 6

[22] *Ex* art. 98, comma 3, "*l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi* a*) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto; b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a*

in ordine ai mezzi adeguati a provare l'illecito – potrebbe facilitare sia il compito dell'amministrazione sia quello dell'interprete che andrà a valutare la sussistenza delle condizioni dell'esclusione.

Il problema della perimetrazione del potere di esclusione (che è sì discrezionale ma soggetto a limiti e condizioni), si pone però alla luce del richiamo operato dal successivo comma 4, il quale aggiunge che la valutazione della gravità debba tener conto del "*bene giuridico*" e "*dell'entità della lesione inferta*" della condotta illecita nonché del "*tempo trascorso dalla violazione*" (in realtà il fattore temporale ha già una valenza autonoma posto che è idoneo a limitare il periodo di rilevanza dell'esclusione, mentre qui sembrerebbe incidere sull'*an* dell'esclusione stessa). Siffatta disposizione, per la sua ampiezza, ripropone i vecchi problemi di cui si è detto, relativi alla discrezionalità del potere amministrativo.

Il comma 5 - collegandoci a quanto detto in riferimento agli obblighi informativi - prevede che le dichiarazioni omesse o non veritiere (diverse da quelle false e

proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione; c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale; d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori; e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa; f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione; g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94; h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei seguenti reati consumati: 1) abusivo esercizio di una professione ai sensi dell'art. 348 del codice penale; 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito di cui agli artt. 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civili o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale; 4) i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1 lettere b) e c) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; 5)i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231".

fuorvianti) possano essere utilizzate "a supporto" della valutazione di gravità. Probabilmente, nell'ottica della semplificazione e chiarezza normativa, sarebbe stato più opportuno che le ipotesi, la disciplina, le conseguenze e il richiamo a tutti gli oneri informativi e alle connesse omissioni, dichiarazioni non veritiere, etc., avessero trovato sede in un unico comma; i riferimenti, oltre che all'interno del comma in oggetto, li troviamo invece sparsi, per come visto, nel comma 3, lettera b) dell'articolo in commento, nonché nei commi 12, 14 e 15 dell'art. 96 e nell'art. 94, comma 5, lettera e) ed f). Come anticipato, il comma 6, procede ad un ulteriore elenco relativo ai "*mezzi adeguati*" a supportare la reale sussistenza dell'illecito professionale[23]. Anche siffatto elenco è motivo di pregio della nuova disposizione normativa, posto che agevola l'amministrazione in ordine alla valutazione della sussistenza delle condizioni per procedere all'esclusione dell'operatore economico.

Infine, i commi 7 e 8, conferiscono, enfaticamente e ripetutamente, un ruolo centrale all'obbligo di motivazione[24], ruolo che in realtà ha a prescindere, in quanto principio cardine dell'atto amministrativo. Ad ogni modo, in base al comma 7, l'amministrazione deve motivare la ritenuta idoneità dei provvedimenti sanzionatori

[23] "*Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3: a) quanto alla lettera a), i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o da altra autorità di settore; b) quanto alla lettera b), la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente; c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili; d) quanto alla lettera d), la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi; e) quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione; f) quanto alla lettera f), gli elementi ivi indicati; g) quanto alla lettera g), gli atti di cui all'articolo 407 bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale; h) quanto alla lettera h), la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale consentiti".*

[24] Sull'obbligo di motivazione in generale si veda G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione nel provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge 241 del 1990*) in *Dir. amm*., 2000; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento, Codice dell'azione amministrativa,* (a cura di) M.A. Sandulli, Milano, 2017; A. CASSATELLA *Il dovere di amministrazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur*., Vol. V, agg., 2001; M. DE DONNO, *Riflessioni sulla motivazione in diritto del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., n. 3/2013; M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir*., vol. XXVII, Milano, 1977; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo* (a cura di) M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012; B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm*., n. 6/2007; A. R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm*., n. 4/2017.

e giurisdizionali ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'offerente; il successivo comma 8, prevede che il provvedimento di esclusione debba essere motivato "*in relazione a tutte e tre le condizioni*" previste dalla norma.

Sebbene sia pacifica la centralità della motivazione[25], la specificazione fatta in questa sede è comunque importante perché sembra chiarire e rendere esplicita la circostanza che l'amministrazione non può ridurre la motivazione ad un mero richiamo, ad un inadempimento pregresso o ad un'omessa informazione; deve invece specificare in modo esaustivo come gli elementi presi in considerazione incidano sul giudizio di inaffidabilità e sulla conseguente esclusione; motivazione che trova maggiore irreggimentazione nell'obbligo, come detto, di dare conto di tutti i requisiti richiesti dalla norma.

La puntualizzazione in merito agli obblighi di motivazione, seppure ridondante e 'non innovativa' si può comunque considerare quale motivo di pregio alla luce della circostanza che, in passato, a tale obbligo si ottemperava a volte in modo piuttosto formalistico o *de relato*; specularmente, la stessa giurisprudenza - nel timore di sostituirsi al potere discrezionale dell'amministrazione (in ordine alla gravità dell'illecito professionale) e di conseguenza al fine di non debordare in un giudicato di tipo sostitutivo - non sempre ha posto in essere un sindacato penetrante circa la sussistenza dei presupposti dell'esclusione, ritenendo invece 'sufficiente' l'illecito richiamato/invocato dall'amministrazione e dunque il giudizio della stazione appaltante circa la "*inaffidabilità dell'operatore economico*".

Questi problemi dovrebbero trovare un ridimensionamento alla luce sia della chiara specificazione del dettato normativo (che ribadisce un principio generale in ordine alla necessaria motivazione del provvedimento di esclusione) sia alla luce della

[25] Si veda in ordine alla motivazione connessa alle esclusioni discrezionali di cui al vecchio regime, quanto statuito dal Consiglio di Stato, V, n. 4668/2020, secondo cui: "*la motivazione sulla gravità delle "significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto" che ne hanno causato la risoluzione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c- ter), non può limitarsi a dare conto di tali carenze ma deve essere adeguata a sorreggere, sotto il profilo sostanziale, la valutazione di gravità effettuata dalla stazione appaltante e quindi il giudizio di definitiva compromissione del rapporto fiduciario con l'appaltatore, ostativo alla sua partecipazione alla gara successiva* […]. La *motivazione che la stazione appaltante deve fornire in ordine alla gravità della violazione ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara (oltre che al "tempo trascorso dalla stessa") non consiste tanto nella ripetizione (o addirittura nel rafforzamento), nel procedimento amministrativo di scelta del contraente per l'affidamento di un diverso appalto, degli argomenti posti a fondamento della risoluzione del precedente contratto, bensì nella valutazione della (già riscontrata e contestata) gravità delle violazioni precedenti, in rapporto alla fiducia riposta nell'appaltatore ed alle conseguenze della compromissione del rapporto fiduciario riguardo all'appalto da affidare*".

irreggimentazione del potere di esclusione medesimo che è connesso alla sussistenza (contemporanea e dunque cumulativa) di tre requisiti, oltre alla presenza di un elenco (in ordine alla tipologia di illecito e ai mezzi adeguati) che agevola l'operato dell'amministrazione e sul quale la stessa motivazione deve a questo punto modularsi in un'ottica di corrispondenza tra fattispecie prevista e relativa esclusione.

6. Osservazioni conclusive.

L'analisi del nuovo impianto normativo si presenta - a onta del tentativo di semplificazione del legislatore della riforma - ancora piuttosto complesso; il che non aiuta operatore economici, amministrazioni e interpreti, nel valutare sempre con sufficiente chiarezza le condizioni di partecipazione nonché quelle connesse ad una eventuale esclusione. Sarebbe stato opportuno un ulteriore sforzo semplificativo sebbene, come si specificherà in chiusura, la semplificazione trova un limite intrinseco nella volontà/necessità di tenere assieme tutti gli interessi che emergono nelle procedure di gara.

Per quanto ci interessa in questa sede, si rintracciano comunque taluni elementi positivi connessi ad esempio alla irreggimentazione del potere discrezionale di esclusione in ordine all'illecito professionale grave, il quale è subordinato alla sussistenza cumulativa di più requisiti; l'elencazione (tassativa) delle tipologie di illecito e dei mezzi adeguati a supporto "facilitano" inoltre il compito della stazione appaltante (e specularmente del giudice nel sindacarne il suo operato); anche l'aver evidenziato e ribadito espressamente un principio cardine dell'azione amministrativa: l'obbligo di motivazione, responsabilizza le stazioni appaltanti nel rendere edotto l'operatore economico, nel modo più esaustivo e chiaro possibile, dell'*iter* logico, giuridico e fattuale alla base del meccanismo espulsivo.

Come detto nel corso dell'analisi, permangono i profili di criticità connessi sia all'intrinseca complessità del tema (a onta della disarticolazione del regime delle esclusioni in quattro distinte disposizioni) sia al problema del *deficit* informativo e al suo impatto sulla esclusione (questione che secondo la nostra prospettiva determinerà ancora del contenzioso); sarebbe stato preferibile abbandonare le diverse distinzioni tipologiche e semantiche in ordine ai *deficit* informativi e al loro impatto a geometria variabile, prendendo una posizione più netta circa le conseguenze: dando ad esempio valore espulsivo solo alla falsa dichiarazione e alla allegazione di falsa

documentazione in tutte le sue forme e declinazioni, a prescindere dalla valutazione di rilevanza fatta dall'ANAC ex art. 96 comma 15, relegando tutte le restanti ipotesi a mere irregolarità della domanda in quanto non completa o non corretta, con speculare possibilità di soccorso istruttorio anche funzionale ad ottenere 'chiarimenti' in ordine alle informazioni date.

Come visto, troviamo invece una sovrapposizione di ipotesi: dichiarazioni "*omesse o non veritiere*" che possono essere utilizzate 'solo' a supporto della valutazione di gravità dell'illecito professionale; informazioni "*false o fuorvianti*" suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione (con valenza autonoma espulsiva); "*false dichiarazioni o falsa documentazione*" che possono transitare nella causa di esclusione automatica alla luce, però, della valutazione dell'ANAC che ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico.

Infine, venendo al riferimento ai cd limiti "di sistema", a nostro modo di vedere la complessità del quadro normativo - a onta dei tentativi di semplificazione - rimarrà aspetto intrinseco del Codice nel momento in cui, senza alcun ordine di priorità, sono messi sullo stesso piano diversi e contrapposti interessi; è di tutta evidenza la difficoltà di tenere assieme tutte le componenti: la celerità delle procedure, la tutela della concorrenza e del *favor partecipationis*, la tutela delle piccole e medie imprese, la tutela delle stazioni appaltanti a stipulare il contratto con il migliore offerente, la tutela della trasparenza (nelle sue diverse declinazioni dell'obbligo di motivazione e della completezza informativa).

Fino a quando non si chiarirà a quale principio è necessario dare prevalenza, se non ci sarà, in sostanza un ordine di priorità dei principi da perseguire e applicare, nell'impianto normativo ci saranno sempre zone d'ombra, contraddizioni e complicazioni conseguenza non dell'incapacità del legislatore di fare chiarezza, bensì della necessità di far convivere aspetti non sempre coniugabili e dunque "semplificabili" dalla normativa.

L'INTERESSE DELLE FUTURE GENERAZIONI: RAGIONAMENTI FALLACI E INTERPRETAZIONI SOSTENIBILI

Francesco Cirillo *

ABSTRACT (ITA): L'introduzione nell'art. 9 Cost. del richiamo alle generazioni future rievoca il dibattito della dottrina sulla loro presunta soggettività giuridica. L'occasione impone di affrontare un'indagine teorico- costituzionalistica, anche in chiave comparata, soprattutto con riferimento al richiamo alle *künftigen Generationen* di cui all'art. 20a GG (introdotto nel 1994) e alla giurisprudenza costituzionale tedesca (da ultimo, analizzando il *Klimabeschluss* del marzo 2021). Dall'indagine risulterebbe che il richiamo, ancorché necessario e pregnante a fini retorici, ripeta sul fronte applicativo gli stessi limiti indagati a livello teorico. Infatti, la prospettiva della conservazione dello *status quo* nei confronti di un'indistinta posterità mostra diverse criticità: presuppone l'idea di un'umanità del futuro identica a quella presente nei bisogni, nelle risorse impiegate, nel numero di individui, in un'immagine antistorica e forse *naïve*; poi, l'idea della conservazione, del passaggio di testimone tra le generazioni, sottovaluta l'onere dinamico che grava sulle generazioni presenti nella creazione (attiva, non solo conservativa) di un'ambiente migliore. Nell'attesa delle possibili letture del richiamo alla posterità da parte della Corte italiana, si auspica che la giurisprudenza costituzionale non si ritrovi ancora una volta chiamata a fronteggiare le omissioni e gli errori di una politica troppo spesso disattenta.

***ABSTRACT (ENG)**: The introduction in Art. 9 of the Constitution of the reference to future generations recalls the debate of the doctrine on their presumed juridical subjectivity. The occasion requires us to face a theoretical-constitutional investigation in a comparative key, especially concerning the künftigen Generationen of Art. 20a GG (introduced in 1994) and German constitutional case law (most recently, the Klimabeschluss of March 2021). The investigation would show that the reference, although necessary and meaningful for rhetorical purposes, repeats the same limits investigated theoretically on applying the principle. The perspective of the conservation of the status quo towards an indistinct posterity shows several criticalities: it presupposes the idea of the humanity of the future identical to the present one in terms of needs, resources employed, number of individuals, an image unhistorical and perhaps naïve; then, the idea of conservation, of the passing of the baton among generations, underestimates the dynamic burden that weighs on the generations present in the creation (active, not only conservative) of a better environment. While waiting for the possible readings of the reference to posterity by the Italian Court, it is hoped that constitutional jurisprudence will not be called again to face the omissions and errors of a too-often inattentive policy.*

Keywords: diritti, generazioni future, Germania, art. 20° GG; art. 9 Cost.

SOMMARIO: 1. Una sostenibilità giuridica. **– 2.** I diritti delle generazioni future. **– 3.** Un richiamo "anche" alle generazioni future. **– 4.** Sull'interesse (tedesco e italiano) per le generazioni future.

1. Una sostenibilità giuridica?

La sostenibilità dello sviluppo economico è un concetto che implica, già nelle sue prime formulazioni teoriche o scientifiche, il riferimento al rapporto tra le generazioni[1].

Questa nozione, sorta nella riflessione scientifica di ambito economico e sociale, ha assunto un rilievo sempre più incisivo anche nel discorso giuridico, sino a elevarsi a vero e proprio principio transnazionale, comune ai diversi ordinamenti e con declinazioni peculiari che rispecchiano i contesti in cui viene sempre più spesso evocato. La sua affermazione nelle culture giuridiche frequentemente anticipa eventuali atti di recezione formale o di positivizzazione, ma avviene «generalmente per effetto dello spontaneo e diffuso riconoscimento del valore comune»[2]

[1] **Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Perugia.* Questo contributo rappresenta il testo integrato e rielaborato di un intervento svolto al Convegno internazionale di studi sul tema Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali (Salerno-Cava de' Tirreni, 1-3 dicembre 2022).

Il richiamo consueto è al c.d. rapporto Brundtland, ovvero il rapporto *Our Common Future* del World Commission on Environment and Development del 1987, nel quale si affermava: «Sustainable development is development that meets the nea cura di of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs contains within it two key concepts: (*i*) the concept of 'need', in particular the essential need of the world's poor, to which overriding priority should be given; (*ii*) and the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and future needs». Simile formulazione era già rinvenibile nella Dichiarazione di Stoccolma del 1972 o nel cd. *Rapporto sui limiti dello sviluppo* commissionato al MIT dal Club di Roma (D. H. MEADOWS, D. L. MEADOWS, J. RANDERS, W. W. BEHRENS III, *The Limits to Growth*, New York, 1972, 182): «The equilibrium society will have to weigh the trade-offs engendered by a finite earth not only with consideration of present human values but also with consideration of future generations». In modo analogo, ma senza richiami specifici all'impatto ambientale, la costituzione pastorale *Gaudium et spes* del 1965 (§ 70) evidenziava la necessità di «prevedere le situazioni future e di assicurare il giusto equilibrio tra i bisogni attuali di consumo, sia individuale che collettivo, e le esigenze di investimenti per la generazione successiva».

[2] Così, in relazione alla categoria del diritto transnazionale, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 176. In tema di sostenibilità, v. E. BUONO, *La solidarietà intergenerazionale come common core del costituzionalismo ambientale europeo e la riforma della costituzione italiana*, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate. Atti del convegno SIRD Milano, 22 aprile 2022*, Torino, 2022, 109 ss.

dell'equilibrio nello sfruttamento delle risorse, e si fonda sulla più diffusa constatazione degli effetti negativi dello sviluppo economico sull'ambiente e sugli ecosistemi. La dimensione diacronica dell'impatto dell'economia sull'ambiente (il riferimento al rapporto tra le generazioni) è un elemento tuttora centrale nelle relative trasposizioni giuridiche, come ad esempio nei richiami del costituzionalismo più recente.

Si possono subito evocare, in tal senso, l'art. 20a della Legge fondamentale tedesca («*auch in Verantwortung für die künftigen Generationen*»), il preambolo della Carta di Nizza (che connette il godimento dei diritti a «*responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future*») o il novellato art. 9 della Costituzione italiana (secondo cui la Repubblica «[t]*utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*»).

Forse, l'uso inflazionato del concetto di sostenibilità ne complica la definizione analitica: sarebbe per alcuni una "parola di gomma"[3] o provocherebbe un restringimento dei rapporti tra uomo e ambiente nel solo schema della pianificazione razionale (per altri, sarebbe persino una "parola del potere"[4]). Certo è che i concetti di sostenibilità e di sviluppo sostenibile poggiano su due elementi la cui genealogia è visibilmente connessa al contesto che li ha prodotti: da un lato, sullo sviluppo economico, il quale rinvia a una determinata impostazione della scienza e della prassi economiche contemporanee; dall'altro lato, sul rapporto intergenerazionale, inteso anche come conflitto tra generazioni nell'attribuzione delle risorse. Entrambi gli elementi, se considerati autonomamente, sembrerebbero afferire più al regno delle cause storiche del crescente impatto antropico che non all'orizzonte delle possibili soluzioni.

Esistono, poi, diverse criticità di ordine logico e dogmatico, che inducono parte della dottrina a escludere che si possano affermare veri e propri diritti delle generazioni future[5], salvo però ammettere – almeno – un dovere delle generazioni presenti

[3] Letteralmente un «Gummiwort» per K. WULLENWEBER, *Wortfang. Was die Sprache über Nachhaltigkeit verrät*, in *Politische Ökologie*, 2000, 23.

[4] J. RADKAU, »*Nachhaltigkeit« als Wort der Macht. Reflexionen zum methodischen Wert eines umweltpolitischen Schlüsselbegriffs*, F. DUCEPPE-LAMARRE, J.I. ENGELS (a cura di), *Umwelt und Herrschaft in der Geschichte. Environnement et pouvoir: une approche historique*, München, 2008, 135-136.

[5] M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in A. D'ALOIA, R. BIFULCO (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 423 ss. (anche in *Diritto e società*, 2008, 145 ss.); e più brevemente in M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della*

alimentato dal principio solidaristico a vantaggio *anche* della posterità. Per altri, invece, la progressiva "giuridicizzazione" della sostenibilità sarebbe resa possibile dalla sostituzione del concetto empirico di bisogno (di cui, per esempio, al rapporto Brundtland) con quello di diritto[6], nel senso della preservazione di veri e propri "diritti" delle generazioni future[7].

Ciò, impone uno sforzo nel tentativo di ricostruire un possibile ordine giuridico della sostenibilità, soprattutto al fine di colmare quella distanza tra realtà e principi che indurrebbe a ritenere soltanto retorico il riferimento al nesso intergenerazionale e allo sviluppo sostenibile[8].

2. I diritti delle generazioni future.

Come anticipato, gran parte della comunità scientifica – soprattutto con riferimento alla *hard science* – ha identificato lo sviluppo sostenibile in un equilibrio dello sfruttamento delle risorse *over the long term*[9], ancorando quindi la nozione di

Corte costituzionale, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 13-14: «sicché l'idea che staremmo per coprire i nostri discendenti di debiti "n'a tout simplement aucun sens") e infondata sul piano giuridico (perché non è dato identificare alcun soggetto cui imputare quei diritti; perché non si sa neppure se ve ne sarà mai uno; perché non si sa quale delle n generazioni future dovrebbe prevalere una volta che si considerassero partitamente i "diritti" di ciascuna)».

[6] Sul punto, tra i tanti, R. BIFULCO, *Diritto generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, e diffusamente in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

[7] Tra le prime affermazioni più autorevoli, A.-A. BRUHL, *Justice Unconceived: How Posterity Has Rights*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 14, 2002, 393 ss.; ne osserva le implicazioni in prospettiva critica, F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista Quadrimestrale del Diritto dell'Ambiente*, 2010, 13, affermando che «si assisterebbe al passaggio dal concetto di sviluppo sostenibile al paradigma dei doveri verso le generazioni future, pur sempre in un quadro di responsabilità e di solidarietà che conferma quanto sia illusoria l'idea del diritto soggettivo»; sul punto anche E. MANFRELLOTTI, *"Deorum manium iura sancta sunto". I c.d. diritti delle generazioni future (e di quelle passate) nell'esperienza giuridica italiana: il caso della disciplina della v.r.a. in materia di biotecnologie*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 615 ss.

[8] Per una riflessione più ampia sul tema, sia concesso il richiamo a F. CIRILLO, *La sostenibilità come diritto delle generazioni presenti?*, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate. Atti del convegno SIRD Milano, 22 aprile 2022*, Torino, 2022, 139 ss.

[9] Come si osserva in una *review* della principale letteratura scientifica sugli usi dei concetti di sostenibilità e sviluppo sostenibili: «*Sustainability may be defined as the capacity to maintain or improve the state and availability of desirable materials or conditions over the long term. This definition retains the commonly*

sostenibilità al rapporto tra generazioni e con ciò facendo proprio l'incontestabile assunto che ogni limite che l'umanità presente s'impone a tutela dell'ambiente sia inteso a vantaggio di un'umanità futura e non necessariamente ancora sorta[10].

Allora, tale statuizione, di indubbio valore etico e di sicura efficacia retorica, ha necessitato di un corollario giuridico, ovvero della traduzione di questa relazione etica tra la generazione presente e quelle future in un rapporto giuridico propriamente inteso [11]. Tuttavia, tale operazione di trapianto di un concetto dall'etica e dall'economia al diritto, anche se già in parte presidiata dal tentativo logico-filosofico di trovare un opportuno fondamento al nesso tra le generazioni presenti e future, ha destato non poche perplessità e mostra tutt'ora, accanto ai pregi indiscussi, alcune falle inoccultabili.

Tra gli evidenti pregi della nozione di sostenibilità come vincolo in favore delle generazioni future spicca il limpido distacco da retoriche naturalistiche: l'ambiente che s'intende difendere non è soltanto la biosfera, che sembrerebbe destinata a superare agevolmente la scomparsa dell'umanità, non avendo sofferto per miliardi di anni della sua assenza. L'ambiente da tutelare è principalmente inteso quale insieme di condizioni idonee alla prosecuzione della vita umana: l'ambiente, in questo senso è soprattutto il "nostro" ambiente[12]. È così che quest'egotica ambizione ha determinato la definizione di un concetto di sviluppo sostenibile quale sviluppo in grado di assicurare «il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri» [13], con ciò

cited characteristics of sustainability and sustainable development as oriented toward the long term, and the basic identification of sustaining any particular conditions or materials as keeping or maintaining them» (L. HARRINGTON, *Sustainability Theory and Conceptual Considerations: A Review of Key Ideas for Sustainability, and the Rural Context*, in *Papers in Applied Geography*, 2, 2016, 3).

[10] Il concetto di generazioni future, allora, si starebbe «imponendo infatti quale paradigma sempre più solido di un percorso normativo che ha l'obiettivo di allineare l'ordinamento giuridico, le sue logiche e i suoi dispositivi al principio dello sviluppo sostenibile» (F. CLIMENTI, *Le "generazioni future" come paradigma interpretativo dell'articolo 9 Cost.*, in *Passaggi Costituzionali*, 1, 2022, 51).

[11] Tra i primi contributi, va segnalato quello di una giurista statunitense: J.C. TREMMEL, *Establishment of Intergenerational Justice in National Constitutions*, in J.C. TREMMEL (a cura di), *Handbook of Intergenerational Justice*, Cheltenham, 2006, 187 ss. Nel medesimo collettaneo, v. anche l'analisi del pensiero di Rawls, di C. DIREKSMEIER, *John Rawls on the Rights of Future Generations*, 72 ss.

[12] «Prendersi cura del mondo che ci circonda e ci sostiene significa prendersi cura di noi stessi», afferma Papa Francesco, nell'enciclica *Fratelli tutti*, 3 ottobre 2020, § 17.

[13] Si tratta della definizione resa dal rapporto Brundtland.

trascurando ogni riferimento esterno all'equilibrio degli ecosistemi in cui tale «soddisfacimento dei bisogni» avviene. Un simile approccio si sottrae alla critica di quanti obiettano che il pianeta potrà affrontare cambiamenti radicali del clima, della flora o della fauna: se questa constatazione di storia naturale appare sensata per il pianeta in generale, non sembra altrettanto vero per l'ambiente in cui vive l'essere umano, il quale – ancorché capace di notevoli adattamenti – non è indifferente a radicali sconvolgimenti. Sotto questo profilo, i riferimenti alla posterità, ai diritti delle generazioni future, e all'equilibrio dello sfruttamento delle risorse nel tempo fondano la tutela dell'ambiente non già su una base esterna all'essere umano, ma proprio sull'interesse dell'umanità alla preservazione (o al miglioramento) del *suo* ambiente.

Se però una nozione antropocentrica di ambiente sembra porre al riparo i programmi ambientalisti da ogni critica relativa a loro eventuali intenti *naïve*[14], essa introduce un attore molto problematico nella discussione, sul quale sorge più di un interrogativo: appunto, le generazioni future.

Intanto, emerge soprattutto un problema quantitativo: ci si può chiedere chi siano esse, in quale numero si presenteranno, di quanti individui ciascuna sarà formata, ecc. [15]. Poi, sorgono problemi di ordine ontologico: l'umanità non può essere divisa in generazioni, perché essa nasce e muore in continuazione, senza salti ventennali o trentennali. Ancora, possiamo pensare a questioni antropologiche: non si comprende perché i bisogni delle generazioni future dovrebbero essere commisurati a quelli delle generazioni attuali, poiché è noto che una parte non trascurabile dei nostri bisogni sia destinata a mutare e che le risorse che questa umanità sfrutta non coincidono *in toto* con quelle sfruttate dalle umanità del passato. Anzi, come nelle lucide e paradossali conclusioni di Parfit, si può osservare che l'esistenza dell'umanità futura dipenda anche dai disequilibri prodotti da quella attuale, e che per ogni umanità reale che goda in un tempo di certi diritti, se ne può ipotizzare una più numerosa, la cui esistenza

[14] Sul concetto di matrice psicologica di *naive ecology*, cfr. P. WHITE, *Naive Ecology: Causal Judgments About a Simple Ecosystem*, in *British Journal of Psychology*, 88, 2011, 219 ss.

[15] Quindi, i profili di ordine quantitativo sono duplici: il primo attiene al numero di generazioni (il numero *n* di generazioni su cui, *supra*, *sub* n. 18, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., 14); il secondo al numero di individui di ognuna di esse (tema che rinvia al problema della sovrappopolazione. In altri termini, «[i]l problema non è banale, in quanto in astratto è impossibile dire quali siano le generazioni da considerare nelle nostre valutazioni di oggi» (A. CELOTTO, *Art. 9 e diritti delle future generazioni*, in *Passaggi Costituzionali*, 1, 2022, 28).

sarebbe complessivamente migliore, e ciò anche a costo di diminuire il soddisfacimento dei relativi bisogni individuali[16].

Inoltre, sul piano propriamente giuridico, l'ascrizione alle future generazioni di veri e propri diritti si connette alla questione più generale della dubbia imputazione di situazioni giuridiche soggettive a un numero ampio di "enti" tradizionalmente non ricompresi nel concetto di persona, dagli altri animali alla natura [17]. E qui non si tratta tanto di paventare il rischio di uno *slippery slope* verso il riconoscimento di diritti a entità astratte, quanto soprattutto di dubitare della opportunità di un'estensione aproblematica di concetti originariamente riferiti a realtà determinate (e che oggi si proiettano verso uno spazio indefinibile e incerto).

Allora, la nozione di sostenibilità si fonda su un presupposto inesplicato: lo sviluppo sostenibile deve garantire nei confronti di un'umanità futura (simile nel numero di individui e nella cultura a quella attuale) il soddisfacimento dei bisogni (analoghi a quelli presenti). Se l'umanità del futuro non impiegasse più le fonti energetiche fossili e fosse molto minore nel numero degli individui, allora ogni calcolo sull'equo sfruttamento nel tempo delle risorse fossili non avrebbe alcun senso.

Peraltro, una prospettiva così statica è del tutto sconfessata dall'aumento recente e continuo della popolazione umana [18] e dal mutamento di tecnologie e culture, la cui

[16] Quest'ultima, in particolare, è la "conclusione ripugnante", in D. PARFIT, *Ragioni e persone* [1984], Milano, 1989, 492 ss.

[17] «Deve trattarsi di soggettività esclusivamente antropomorfiche, oppure, come sta sempre più emergendo nel dibattito (anche in pronunciamenti di varie sedi giurisdizionali), di soggettività che ricomprendono al loro interno anche viventi non-umani e, addirittura, entità naturali?» F. CIARAMELLI, F.G. MENGA, *Introduzione. L'interrogazione filosofico-giuridica sugli obblighi verso le generazioni future*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2021, 255. Un simile approccio rende possibili interrogativi via via più ampi: cfr. M.C. GAETA, *Il problema della tutela giuridica della natura: un'analisi comparata tra Italia e stati dell'America latina*, in *Nuovo Diritto Civile*, 4, 2020, 313 ss. C'è chi tratta i diritti degli animali, dell'ambiente e delle generazioni future in una prospettiva unitaria: cfr. diffusamente A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012, 1 ss., o L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002.

[18] Infatti, «[i]l perseguimento di uno sviluppo sostenibile qualitativo (con ciò alludendo al miglioramento della qualità della vita umana) implica l'inclusione di due ulteriori profili, entrambi riconducibili al fattore popolazione», il primo dei quali consiste nell'«inerzia in materia di controllo della popolazione mondiale» e il secondo nella constatazione che «la crescita esponenziale della popolazione sottrarrebbe alle generazioni a venire la fruizione di beni e risorse ambientali sempre più

rapidità è essa stessa in crescita [19]. Il passato stesso depone a sfavore di una simile idea di futuro [20], salvo ipotizzare la fine della storia e l'avvento dell'ultimo uomo[21].

Neppure appare dirimente la "teoria" (*rectius*, l'ipotesi filosofica) della reciprocità indiretta, del passaggio di testimone tra le generazioni [22]: innanzitutto perché postula un *regressus* (e un *progressus*) *ad infinitum* incompatibili con la storia naturale della nostra specie, immaginando un uomo che esiste da sempre e per sempre; poi, perché presuppone una continuità storica del tutto controintuitiva, dal momento che, infatti, ogni generazione consegna alla successiva un mondo necessariamente diverso da quello che ha ereditato (e chissà che talvolta non sia un bene). L'unico dato certo, si direbbe, è che l'umanità cambi nel tempo, nel numero dei suoi individui, nei rapporti col contesto e nel modo di abitare il *suo* ambiente.

In altre parole, le generazioni non si trasmettono reciprocamente il pianeta, né – per ipotesi – lo consegnano tal quale lo hanno ricevuto a quelle successive.

E ciò volendo ammettere, per assurdo, che l'umanità sia strutturalmente divisibile in generazioni, e non già soltanto dal punto di vista storico o sociologico [23]. Il

erose dai processi demografici» R. BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 2020, 15.

[19] Si pensi al concetto di *disruptive innovation*, apparso in J.L. BOWER, C.M. CHRISTENSEN, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, in *Harvard Business Review*, 1995, 43 ss., poi sviluppato due anni dopo, *Id*., *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston, 1997. Un'ampia, completa e recente *review* si ritrova in S. SI, H. CHEN, *A Literature Review of Disruptive Innovation: What It Is, How It Works and Where It Goes*, in *Journal of Engineering and Technology Management*, 2020, 1 ss.

[20] In modo opposto, Porena, afferma che «conoscendo i caratteri delle generazioni che si sono susseguite nel corso dei tempi – siamo in grado, induttivamente, di conoscere di prevedere i caratteri essenziali di quello che ci succederanno» (D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, 96).

[21] Il riferimento è chiaramente a F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo* [1992], Milano, 1992.

[22] Su cui, U. POMARICI, *Natura umana, intersoggettività, idea del futuro. Alle soglie della responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2021, 262 ss., con riferimento al pensiero di A. Gosseries, il quale sostiene che ogni generazione assume l'obbligo di restituire quanto ha ricevuto dalla generazione precedente a quella successiva, in una sorta di "eterno" passaggio di consegne.

[23] È noto alla storiografia che «[a] partire dal secolo scorso [*i. e.* l'Ottocento] la successione generazionale non era più un processo di sostituzione dello stesso con lo stesso, ma diventava un rimpiazzare qualcosa con qualcosa d'altro» (così G. BETTIN LATTES, *Sul concetto di generazione politica*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1, 1999, 24); nel senso che diversi fattori sociali, complici una nuova retorica della giovinezza, l'avanzamento tecnologico e i rapidi mutamenti culturali, hanno contribuito all'emersione di questa

protagonismo della nozione di generazioni è stato teorizzato – quasi contestualmente – da José Ortega y Gasset [24], posto a fondamento della teoria sociologica di Karl Mannheim [25], riproposto in chiave filosofica da Martin Heidegger [26], senza che però, tra queste variazioni sul tema, si possa scorgere una cifra unitiva che consenta un uso disinvolto del termine.

Al contrario, la sovrapposizione delle teorie della generazione testimonia che con un solo termine s'intendano concetti molto diversi, alcuni dei quali del tutto idonei a rappresentare categorie interpretative storiografiche o sociologiche, ma spesso (e proprio perciò) non fruibili in un discorso quale quello giuridico [27]. Si pensi al rilievo della nozione di generazione nella stagione del Sessantotto o al suo impiego attuale con riferimento alle Generazioni X, Y e Z [28]: un uso indispensabile ai fini dell'analisi storica, politica, sociologica o culturale, non però esportabile nelle coordinate teorico-

nozione di generazione, utile alla spiegazione di alcuni fenomeni sociali. Un simile processo avrebbe avuto nel '68 la sua acme.

[24] Per esempio, in J. ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo* [1932], Madrid, 2002, 48: «*Una generación es una variedad humana, en el sentido rigoroso que dan a este término los naturalistas. Los miembros de ella vienen al mundo dotados de ciertos caracteres típicos, que les prestan una fisonomía común, diferenciándolos de la generación anterior*». Si tratta, quindi, di una teoria radicale e ontologica che non può trovare oggi un accoglimento né sul piano filosofico, né altrove, nonostante il fascino esercitato e la fortuna raggiunta nelle scienze sociali.

[25] K. MANNHEIM, *Das Problem der Generationen*, in *Kölner Vierteljahrshefte für Soziologie*, 7, 1928, 157-185 e 309-330, poi in K. MANNHEIM, *Das Problem der Generationen* [1928], in *Id.*, *Wissenssoziologie. Auswahl aus dem Werk*, Berlin, 1964, 509-565, che ha ricostruito un concetto di generazione quale punto medio tra individuo e massa, come uno specifico nesso sociale tra individui che prescinde dalla loro collocazione storica; su questo concetto v. recentemente A.-B. MEINICKE, *Karl Mannheim und "Das Problem der Generationen". Anwendung der Theorie auf die Generation Y*, Göttingen, 2021.

[26] Il quale avrebbe a sua volta approfondito il pensiero di Wilhem Dhiltey, definendo la generazione come una forma storicamente orientata dell'intersoggettività, ovvero «eine konkrete Form des Mitgeschehens» così, C. FERENCZ-FLATZ, *Zum Phänomen der „Generation": Intersubjektivität und Geschichte bei Heidegger*, in *Phänomenologische Forschungen*, 2013, 100.

[27] Nel senso del diritto positivo si pensi, invece, all'impiego del concetto nella storiografia giuridica. Sulla generazione in senso politico, sociologico e del senso comune, v. anche la voce di A. CAVALLI, *Generazioni*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1994.

[28] Si può far riferimento, per esempio, per la Generazione Y (i nati tra gli anni '80 e '90) ad A. LA MARCA, *La "Generazione Y": giovani indecisi che sognano trionfi e vivono tra reale e virtuale*, in *Studium Educationis*, 3, 2011, 73 ss.; per i "veri" nativi digitali, la generazione Z, diffusamente a P. BIGNARDI, E. MARTA, S. ALFIERI (a cura di), *GENERAZIONE Z. Guardare il mondo con fiducia e speranza*, Milano, 2018.

giuridiche, ad esempio al fine di assegnare benefici o diritti a questa o quella generazione. La nozione di generazione qui richiamata, infatti, muove dalla comunanza di alcuni individui rispetto a un elemento identitario, sia esso una specifica formazione, un contesto politico o il contatto con una particolare tecnologia, il vissuto di un certo accadimento (si pensi ai ragazzi del Novantanove, alla generazione del Sessantotto o ai nativi digitali). È del tutto evidente che sia possibile introdurre una simile categoria interpretativa per sottolineare comunanze tra gruppi umani, ma non avrebbe senso ipotizzare rapporti traslativi o giuridici tra l'una e l'altra generazione, intese in quest'accezione.

In breve, l'ipotesi di un passaggio di consegne del pianeta tra una generazione e quella successiva appare paradossale: intanto, perché le generazioni così intese non esisterebbero in senso "ontologico"; poi, perché – pur volendo ammettere tale rapporto (giuridico) intergenerazionale – l'ambiente non è un concepibile come una *res* in proprietà di un gruppo di individui[29]. Appare non superabile il limite della vaghezza delle situazioni giuridiche ascrivibili alla posterità, incerte nell'*an*, nel *quantum*, nel *quomodo* e persino nel termine *ad quem*)[30]. Per le stesse ragioni, anche sul piano

[29] Sul punto, si osservi che la Corte costituzionale inizialmente ne aveva fornito questa definizione: «L'ambiente è stato considerato un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità. Il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione» (Corte cost., sent. 641/1987). Eppure, la dottrina ha osservato che 'ambiente' sia un termine troppo generico e ambiguo (cfr. già M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 11 ss.); «[d]i conseguenza, proprio perché dipende anche dalle sue componenti, l'ambiente non viene inteso come un oggetto statico, ma in chiave evolutiva e dinamica; inoltre, proprio perché variamente definito, interpretato, plasmato dalle diverse scienze, la sua definizione risulta relativizzata» (così nella voce di F. COSTANTIVO, *Ambiente [Dir. cost.]*, in *Diritto on line*, Roma, 2014). Questa consapevolezza ha progressivamente indotto la Corte, in sentenze più recenti a rivedere le originarie certezze definitorie: «accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario, possono coesistere altri beni giuridici aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi, giuridicamente tutelati. Si parla, in proposito, dell'ambiente come "materia trasversale"» (così per esempio, Corte cost., sent. 12/2009).

[30] Afferma Spadaro, infatti che «[u]n giurista tradizionale può arrivare a concepire, per esempio e tutt'al più, la tutela del diritto del nascituro all'eredità, in quanto l'aspettativa di quest'ultima appare ravvicinata nel tempo (al massimo nove mesi). Tale aspettativa di solito è protetta dagli ordinamenti positivi e risulta quindi tecnicamente affrontabile. Difficilmente accetterà, invece, di discutere di situazioni giuridiche, attive o passive – relative a soggetti assolutamente vaghi e incerti (non esistendo ancora) e così lontani nel tempo (generazioni future) da apparire – del tutto ipotetiche al pari, del resto,

giuridico internazionale si registra l'«impossibilità di riconoscere le generazioni future come soggetti di diritto» [31], poiché la caratteristica irriducibile del "soggetto" è la sua attitudine a essere considerato in quanto entità singola e determinata, e non già plurima e indistinta.

Dunque, «possiamo anche parlare di diritti, ma ciò rimane un vuoto simulacro che copre una realtà popolata di doveri» [32], poiché non è affatto necessario enucleare un diritto per ogni dovere che si afferma. Le generazioni future allora potrebbero figurare come «"oggetto" indiretto di protezione» presidiato dal dovere dello sviluppo sostenibile [33], un dovere comune che non richiederebbe il diritto dei posteri.

Sia chiaro, la «protezione degli interessi della posterità, anche semplicemente rileggendo in chiave intergenerazionale clausole già esistenti e naturalmente vocate a questa prospettiva» è un forte motore del rafforzamento delle politiche ambientali [34]. Però, il rischio dell'introduzione di clausole troppo vaghe, benché retoricamente efficaci, inficia il potenziale di effettività della dimensione normativa, già così debole nel settore ambientale. Nei confronti dei rischi che si prospettano, parrebbe opportuno individuare limiti chiari dell'azione economica degli Stati e dei privati, così da evitare che la ambiguità dei principi attenui l'effettività delle norme.

Eppure, superando queste osservazioni, il concetto di generazioni è certamente entrato nel lessico giuridico, in quello costituzionale, in quello comunitario e in quello delle diverse corti che hanno sorretto percorsi argomentativi sulla sostenibilità

---

degli stessi titolari», preferendo trattare «di un'*aspettativa collettiva di genere* (umano)» (A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Diritto e società*, 2, 2008, 177 ss. e 196).

[31] S. PRATESI, *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*, Torino, 2007, 39. Nelle pagine immediatamente successive l'autore, muovendo da una nozione relazionale di soggettività, individua nella specie umana e nell'umanità tutta un ipotetico centro di imputazione (41 ss.).

[32] F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 158-159.

[33] *Ibidem*, 161. Sul punto anche Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, 40-41, dove affermava già il passaggio «dal concetto di sviluppo sostenibile al paradigma dei doveri verso le generazioni future, pur sempre in un quadro di responsabilità e di solidarietà che conferma quanto sia illusoria l'idea del diritto soggettivo».

[34] A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, Napoli, 2017, 303.

avvalendosi *anche*[35] del nesso intergenerazionale. Quanto al caso italiano, si pensi soprattutto alla giurisprudenza della Corte costituzionale che, in divere occasioni, ha affermato la tutela delle generazioni future[36], sino poi alle recenti modifiche dell'art. 9 Cost.[37]; ma potrebbe richiamarsi ancora il caso delle *künftigen Generationen* nella giurisprudenza tedesca[38], su cui ci soffermerà nel prossimo paragrafo.

3. Un richiamo «anche» alle generazioni future.

Il riferimento alla Legge fondamentale tedesca, nonché alla dottrina e alla giurisprudenza che hanno interpretato le disposizioni relative alla protezione della natura e degli animali, consentono di proporre una possibile lettura del riferimento all'interesse delle generazioni future che si allontani dalla prospettiva dell'attribuzione di veri e propri diritti in capo all'umanità postera e, al contempo, attribuisca un significato positivo a un richiamo che rischia di essere altrimenti solo retorico.

Come è noto, nel 1994 è stato introdotto nella Costituzione tedesca l'art. 20a GG[39], relativo alla protezione della natura e degli animali, in cui compare il riferimento alle generazioni future: «*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der*

[35] Si osserva che «[l]'uso dell'avverbio 'anche' sottolinea, infatti, l'importanza di contemperare gli interessi delle generazioni future con quelli delle generazioni presenti, tenendo conto, peraltro, che l'idea delle prime è pur sempre – e inevitabilmente – una proiezione delle seconde» (A. MORELLI, *La tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma*, in *Passaggi Costituzionali*, 1, 2022, 34).

[36] Sul punto, perviene a conclusioni diverse da quelle di cui al paragrafo successivo, G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2020, 242 ss.

[37] Sull'introduzione di un riferimento nella nostra Carta, v. tra i tanti 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, 310 ss.

[38] Cfr. K. RATH, M. BENNER, *Ein Grundrecht auf Generationengerechtigkeit?: Die Relevanz des Klimaschutz-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts für andere Rechtsgebiete mit intergenerationaler Bedeutung*, in *Verfassungsblog.de*, 7 maggio 2021, che registrano una torsione della giurisprudenza, sottolineando la portata espansiva dell'equità intergenerazionale.

[39] Su cui cfr., per tutti, il commento di A. EPINEY, *Art. 20a, Kommentar*, in C. Starck (a cura di), *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, VI ed., München, 2010, 167 ss.

verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung» [40].

Si tratta del principale esempio nel contesto europeo di costituzionalizzazione del riferimento alle generazioni future, sul quale anche la letteratura italiana non ha mancato di porre la dovuta enfasi [41].

In primo luogo, possono essere evidenziate due aspetti. Il primo è che l'intero periodo, composto da una sola proposizione, consti di trentotto parole; un caso davvero singolare se raffrontato al diverso stile, ben più conciso, del testo costituzionale originario [42].

Il secondo dato di rilievo è che questa dichiarazione di principio non figuri tra i diritti fondamentali, ma sia collocata all'interno del titolo dedicato all'organizzazione della Federazione, tra la disposizione che afferma la natura di Stato federale democratico e sociale della *Bundesrepublik* e la disposizione rivolta ai partiti politici. Allora, la tutela dell'ambiente è innanzitutto uno *Staatsziel*, un obiettivo dello Stato, e non già – almeno nella collocazione data dal legislatore costituzionale – un principio o un diritto fondamentale [43], quasi ad avvalorare l'ipotesi che all'affermazione di un dovere dei contemporanei non corrisponda il riconoscimento di un diritto dei posteri.

Quanto al riferimento alle *künftigen Generationen*, complici le singolari difficoltà di traduzione della disposizione in questione, la letteratura italiana non ha sempre

[40] Corsivo aggiunto. Traduzione: «Lo Stato tutela nel quadro dell'ordinamento costituzionale i fondamenti naturali della vita e gli animali *anche* con responsabilità per le generazioni future, attraverso la legislazione e in conformità alla legge e al diritto, per via del potere esecutivo e della giurisdizione».

[41] Tra i tanti, E. BUOSO, *La tutela degli animali nel nuovo art. 20a del" Grundgesetz"*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2003, 371-373; I. NICOTRA, *Ambiente, sicurezza, generazioni future: i nuovi diritti, oggi*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2010, 90 ss.; D. AMIRANTE, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, f.s., 2019, 16 ss.

[42] Sul rapporto tra storia e testo costituzionale, cfr. M.G. LOSANO, *Le costituzioni della Germania post-bellica e i diritti fondamentali*, in *Revista de la Facultad de Derecho*, 2012, 231 ss.

[43] Tra i tanti, cfr. S. WESTPHAL, *Art. 20a GG – Staatsziel „Umweltschutz"*, in *Juristische Schulung*, 4, 2000, 339; ancora, sempre in riferimento all'art. 20a GG, A. EPINEY, *Art. 20a, Kommentar*, cit., 183, che afferma che gli obiettivi dello Stato non siano rivolti all'individuo, ma allo Stato stesso, così che gli individui non possano fondare alcun diritto sugli obiettivi statali; a conclusioni analoghe giunge D. BLASBERG, *Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Grundeigentums zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen: das Verhältnis von Art. 14 Abs. 1 und 2 GG zu Art. 20a GG*, Berlin-Heidelberg, 2008, 32.

rimarcato che la tutela dell'ambiente si giustifichi *anche* con la responsabilità per le generazioni future («*auch* in Verantwortwung»), ma non solo in relazione ad essa [44].

In altri termini, le generazioni future non sembrano aver affatto un ruolo esclusivo nella *ratio* della norma, salvo quanto si osserverà con riferimento ai recenti sviluppi giurisprudenziali [45]. Anzi, si può sostenere che il *Grundgesetz* mantenga come orizzonte di riferimento per la tutela dell'ambiente il presente. Pertanto, l'esempio tedesco dimostra che il riferimento intergenerazionale costituisca un richiamo di sicuro fascino, ma non se inteso a legittimare la cittadinanza di nuovi diritti di posteri.

Parimenti, uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale italiana, anche quella più incline a supportare la tesi del rilievo delle generazioni future, conforta l'intuizione dell'insufficienza del richiamo alle stesse: per esempio, nella sent. n. 18/2019, in materia di rimodulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale, la Corte afferma che «*è da sottolineare che la lunghissima dilazione temporale finisce per confliggere anche con elementari principi di equità intergenerazionale*» [46] o che sussistano talora

[44] La dimenticanza della particella "anche" in alcune traduzioni italiane della Costituzione tedesca appare una vicenda singolare. Si ritrova frequentemente la traduzione «Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali», così ad esempio in: R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., 133 ss.; G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 10; A. D'ALOIA, *Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione*, in *Biolaw Journal*, 2 (S.I.), 2019, 653; P. BILANCIA, *Le Regioni e l'ambiente: elementi comparati nel costituzionalismo europeo contemporaneo*, in *Corti Supreme e salute*, 2, 2019, 340; ancora, in C. BONTEMPS DI STURCO, C. GUERRERO PICÓ, S. PASETTO, M.T. RÖRIG (a cura di), *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, Corte costituzionale, Roma 2010; la scomparsa può farsi risalire al testo a cura di R. Zanon sulla base della traduzione italiana pubblicata in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 1998. La traduzione in questione parrebbe influenzata dalla versione francese di C. Autexier, M. Fromont, C. Grewe, O. Jouanjan, secondo il fenomeno delle lingue ponte, di cui si riconosce l'opzione per l'aggiunta del gerundio: «Assumant ainsi *également* sa responsabilité pour les générations futures»; ma è presente l'*également* (testo disponibile sul sito del Centre juridique franco-allemand).

[45] Sul punto, M. KLEIBE, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tübingen, 2014, 35, afferma che l'articolo si basi su una visione antropocentrica, e che la parola 'anche' indica che la protezione delle generazioni future non possa essere l'unico scopo della disposizione. Una traduzione che conservi lo *auch* del testo tedesco, invece, in M. MANCARELLA, *Il principio dello sviluppo sostenibile: tra politiche mondiali, diritto internazionale e Costituzioni nazionali*, in *Giuristi Ambientali*, 2006, 7.

[46] Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18, Considerato in diritto, § 5.2. (corsivo aggiunto).

«*possibili ricadute negative anche in termini di equità intergenerazionale*»[47]; dove pure afferma, però, che «[l]*'equità intergenerazionale comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo*», così accogliendo la definizione del rapporto Brundtland e, però, avvalorando l'ipotesi che il rapporto intergenerazionale non abbia un peso argomentativo davvero decisivo o, quantomeno, mai esclusivo[48].

Il quadro non dovrebbe essere mutato – infine – nelle disposizioni costituzionali italiane, che impongono la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi «*anche nell'interesse delle future generazioni*» (art. 9 Cost.). Si osserva, infatti, «che il legislatore costituzionale ha scelto di non utilizzare espressione nessun riferimento ai diritti dei posteri, troncando alla radice la discussione sulla configurabilità di diritti per soggetti giuridici inesistenti»[49]. Ciò non deve implicare un giudizio severo nei confronti della novella, né nel senso della sua futilità né in quello di un eventuale nocività[50], quanto piuttosto una critica volta a un prosieguo dello sforzo intellettuale nella definizione di categorie giuridiche efficaci.

In ogni caso, quanto alle formule introdotte nei testi costituzionali, ne consegue che più indizi, nei settori e nei contesti più disparati, vadano nella stessa direzione: '*auch*', 'o', 'anche', '*également*' sono tutti lemmi che evidenziano l'opportunità del richiamo alle future generazioni, ma ne tradiscono, forse, la "flebile"[51] vacuità. Nondimeno, lungi dal cedere teoricamente inappaganti, attribuendo al richiamo all'interesse delle generazioni future «*altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole*

[47] *Ibidem*, § 6. e in modo identico nella sentenza della Corte cost. 12 maggio 2016, n. 107, Considerato in diritto, § 4.1.

[48] P. e., si osserva che «in materia previdenziale la Corte ha per lo più utilizzato l'equità intergenerazionale come argomento *ad adiuvandum* per giustificare le scelte austere dei governi» (M. Rospi, *L'equità intergenerazionale, la «disobbedienza civile» e il principio democratico alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale e in materia di equilibrio di bilancio*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2021, 769).

[49] L. CUOCOLO, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in *DPCE online*, 2, 2022, 1080.

[50] E. MOSTACCI, *Proficuo, inutile o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell'art. 41*, in *DPCE online*, 2, 2022, 1124.

[51] Il richiamo è al volume di F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit.

secondo la connessione di esse», spetta all'interprete proprio il compito di attribuire un significato possibile e coerente a questo richiamo.

4. Sull'interesse (tedesco e italiano) per le generazioni future.

La novella dell'art. 9 della Costituzione italiana ha suscitato un significativo interesse nella dottrina costituzionalistica, in relazione ad aspetti disparati[52]: la modificabilità dei principi fondamentali[53]; i riferimenti ai concetti di ambiente, biodiversità ed ecosistema[54]; l'opportunità dell'inserimento di una riserva di legge in tema di tutela degli animali[55]; infine, il richiamo all'equilibrio intergenerazionale racchiuso nella formula «*anche nell'interesse delle future generazioni*», che più attrae la nostra indagine. Ciascuno degli aspetti citati ha una ricaduta sull'interpretazione di quest'ultima formula.

Sul fronte della modificabilità dei principi supremi, è chiaro, ad esempio, che un'interpretazione fortemente innovativa delle formule introdotte conduca al rischio del superamento dei limiti al potere di revisione costituzionale. Da un lato, cioè, l'irruzione di valori totalmente nuovi e imprevisti evocherebbe persino l'esercizio di un potere costituente[56]; dall'altro, l'ipotesi di una mera, «espressa e testuale

[52] Sin dalla prima deliberazione della proposta di legge costituzionale: v., diffusamente e tra i vari, il *paper Ambiente e Costituzione: appunti sulla riforma in itinere*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, con i commenti di L. CASSETTI, A. LUCIA DE CESARIS, G. DI PLINIO, T.E. FROSINI, I.A. NICOTRA, F. RESCIGNO.

[53] Osservando, per esempio, che «se è senz'altro innegabile che la revisione in esame si configuri come la prima nella storia repubblicana a realizzare un intervento di modifica sui primi dodici articoli, tale elemento non può certo essere ritenuto decisivo […] per ipotizzarne addirittura il potenziale contrasto con i limiti che si impongono al potere di revisione costituzionale, ossia con quei «principi supremi» (M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 142); oppure, in chiave critica, contestando proprio il metodo della revisione, perché «con la modifica dell'art. 9 si sfata quello che era considerato un tabù costituzionale, e cioè che non si modificano i principi supremi» (T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, 2.).

[54] Sulla «individuazione di un'apparente pluralità di oggetti "nuovi"», cfr. le considerazioni critiche di ordine concettuale e propriamente giuridico, ancora in M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 131-132.

[55] Ambendo così a spostare «la rilevanza dal piano dei meri elementi giustificativi di scelte di politica legislativa rientranti nella totale discrezionalità legislativa (secondo la logica dei beni non incompatibili con la Costituzione, che di fatto lasciava al legislatore la scelta del *se* e del *quantum* tutelare), a quello dei principi teleologicamente orientati che il legislatore deve attuare» (A. VALASTRO, *La tutela degli animali nella Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal*, 2, 2022, 279.

[56] Più in generale, in tema di revisione dei principi, si osserva che «la Carta sia aggiornata nel senso della inclusione, in *melius*, sì da non risultare comunque intaccata la fedeltà alla sua matrice originaria ed anzi

canonizzazione» di valori già coltivati dalla giurisprudenza costituzionale consentirebbe piuttosto di affermare che «nulla è stato tolto e poco o nulla è stato aggiunto»[57]. Se ciò vale in generale, è lecito ritenere che valga anche per il riferimento alle future generazioni.

Quanto ai problemi definitori relativi a «*l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi*», escludendo che il legislatore costituzionale abbia introdotto un insieme indistinto di iterazioni, quasi un pleonasmo, bisognerà delimitare i concetti, interrogandosi innanzitutto su quali saperi, diversi dal diritto, siano coinvolti in tale operazione. Ciò richiede di valutare se, almeno nelle intenzioni, sia stato adottato un lessico propriamente giuridico, o se piuttosto l'influsso debba essere cercato altrove. E anche questo tema mostra una ricaduta evidente sull'analisi della clausola intergenerazionale, come pure sulla scelta del termine 'interesse' per qualificare il vantaggio dei posteri[58]. Si vuole sostenere, cioè, che la revisione additiva del testo costituzionale mostri i chiari segni di un trapianto di concetti e termini che presentano quei caratteri di transnazionalità e interdisciplinarità di cui si è detto: ciò non comporta che essi restino oggi esterni all'orizzonte del diritto, ma occorre a evidenziare che la loro genesi eterodossa possa determinare criticità al momento della traduzione in categorie giuridiche.

Sulla base di queste considerazioni che attengono alla genealogia delle formule introdotte e ai meccanismi di trapianto che caratterizzano il formante culturale del diritto, sia con riferimento alla politica del diritto (costituzionale) che alla dottrina e alla giurisprudenza coinvolte nel processo ermeneutico, sorge l'opportunità di un confronto comparato con ordinamenti che hanno conosciuto esperienze analoghe.

Ebbene, anche se riferimenti alle generazioni future possano ritrovarsi in testi costituzionali distanti nel tempo e nello spazio (si pensi al preambolo della costituzione della Papua Nuova Guinea del 1978[59]), il riferimento al caso tedesco

---

da essere reso ancora più saldo il legame con questa, prescindendo dunque dal dato meramente esteriore dell'ampiezza della innovazione» (A. RUGGERI, *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2018, 2).

[57] D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 1° giugno 2022, 124.

[58] *Ibidem*: «A quali precisi bisogni dovrebbe essere agganciato questo interesse di cui parla l'art. 9? Alla soddisfazione di quali beni della vita dovrebbe mirare?».

[59] Il riferimento è diffuso, ma basterebbe richiamare il penultimo paragrafo del preambolo (lett. *d*) che stabilisce il dovere «*to protect Papua New Guinea and to safeguard the national wealth, resources and environment in the interests not only of the present generation but also of future generation*».

appare opportuno, se non proprio necessario: innanzitutto, per l'esplicita ispirazione tedesca del dato testuale italiano; poi, perché gli sforzi interpretativi compiuti nel sistema tedesco potrebbero illustrare possibili vie anche per il contesto italiano.

L'introduzione nel disegno di legge costituzionale della formula intergenerazionale, infatti, nelle intenzioni dei proponenti «riecheggia quella dell'articolo 20a della Costituzione tedesca»[60] e ciò consente senza dubbio di ascrivere la sua presenza al fenomeno del trapianto giuridico[61]. Inoltre, come anticipato, l'esperienza tedesca ha solo recentemente individuato nell'equilibrio intergenerazionale di cui all'art. 20a GG un parametro di costituzionalità delle leggi in materia ambientale, dopo un ventennio di silente vigenza della disposizione.

Nella decisione del primo Senato del *Bundesverfassungsgericht* del 23 marzo 2021 (il cd. caso Neubauer), infatti, il riferimento alle *künftigen Generationen* ha determinato la "incompatibilità costituzionale"[62] di alcune disposizioni del *Bundes-Klimaschutzgesetz*[63]. In breve, le riduzioni di emissioni programmate al fine ultimo della neutralità climatica nel 2050 avrebbero determinato una eccessiva sproporzione tra le rinunce prospettate nel breve periodo e i conseguenti maggiori oneri nel medio e lungo periodo: troppi pochi vincoli per la generazione attuale e un peso eccessivo per quelle future. La decisione è stata accolta con favore dalla letteratura costituzionalistica tedesca che ne ha evidenziato gli aspetti innovativi: alcuni, per esempio, discutono di un eventuale *ökologischer Verfassungswandel*[64], notando che l'individuazione di nuovi

[60] Così nella *Relazione* di P. Maiorino, 1° Commissione permanente del Senato (Affari costituzionali), 25 maggio 2018, 4-5. La formula non era presente nell'A.S. 83/2018, ma è frutto dell'emendamento di cui all'A.S. 938/2018 di S. Collina e altri.

[61] Sul tema dei trapianti, in chiave storico-giuridica, cfr. il contributo di M.T. FÖGEN, G. TEUBNER, *Rechtstransfer*, in *Rechtsgeschichte*, 7, 2005, 38 ss.; nonché più recentemente, L. FOLJANTY, *Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor*, Frankfurt am Main, 2015, 89 ss.

[62] Si tratta di una *Unvereinbarkeitserklärung*; tecnica decisoria su cui v., per esempio, il commento di M. GRAßHOF, IN D.C. UMBACH, T. CLEMENS, F.-W. DOLLINGER (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Augsburg, 2005, 977. Infatti, dal dispositivo della sentenza (§ 267): «Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG). Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen, in denen die Nichtigerklärung einer Norm zu einem Zustand führt, welcher der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde. Das Bundesverfassungsgericht belässt es dann bei einer Unvereinbarkeitserklärung und ordnet in der Regel gleichzeitig die Weitergeltung der entsprechenden Normen für einen bestimmten Zeitraum an».

[63] Una sintesi efficace della vicenda è in F. CITTADINO, *Il caso Neubauer e la recente riforma dell'art. 9 Cost.*, ne *LaCostituzione.info*, 14 luglio 2022.

[64] «Die Auslegung von Art. 20a GG als subjektives Recht abseits des Grundrechtskatalogs und ohne Änderung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG wäre sicherlich (momentan) als zu starke Abweichung vom

diritti soggettivi in disposizioni esterne al catalogo formale dei diritti abbia una portata tale da potersi qualificare come un cambiamento della costituzione; altri si soffermano sulla nuova concezione di una *Generationengerechtigkeit*, e sulle relazioni critiche tra questo proposito e i vincoli di bilancio[65]; altri, ancora, osservano che la decisione, oltre a essere un *Meilenstein* per la protezione dell'ambiente, definisca una nuova dogmatica generale in cui si possano rinvenire le condizioni per un «Recht auf generationengerechte Ausgestaltung des Rechts»[66], un diritto soggettivo alla progettazione giuridica orientata alla giustizia intergenerazionale. Un eguale favore ha raggiunto anche la letteratura italiana, dove per altro ci si è soffermati, quanto alla postura della Corte tedesca, sulla specifica «funzione della giurisdizione costituzionale soprattutto nella salvaguardia della cooperazione internazionale e nell'applicazione dei vincoli che ne derivano, in conformità con i diritti fondamentali»[67].

Un simile risultato sembrerebbe indebolire le perplessità avanzate sul ricorso più retorico che effettivo alle generazioni future. Non v'è dubbio che la sentenza tedesca costituisca un punto di svolta per diverse questioni dogmatiche: *in primis*, proprio per l'espansione del catalogo dei diritti fondamentali; dunque, per la funzione che il Tribunale costituzionale si attribuisce nella ponderazione delle politiche ambientali, mediando tra obiettivi internazionali, diritti dei singoli e prerogative del legislatore nazionale e proiettando il test di proporzionalità in una dimensione radicalmente nuova. Tuttavia, proprio il significato che il *Bundesverfassungsgericht* ha attribuito alla formula intergenerazionale induce a consolidare la prospettiva critica che qui si frequenta. Intanto, le criticità sono ribadite dalla puntuale iterazione della particella aggiuntiva nel testo della sentenza, «*auch* mit Blick auf die künftigen Generationen»[68]. Inoltre, in modo dirimente, il Tribunale precisa che «i denuncianti non stanno rivendicando i diritti di persone che non sono ancora nate o addirittura di intere generazioni future. Queste non hanno diritti fondamentali soggettivi […]. Piuttosto, i

Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers zu bewerten; und würde nicht mehr unter die Figur des Verfassungswandels fallen» (A. BOEHL, *Ein ökologischer Verfassungswandel?*, in *Verfassungsblog.de*, 10 maggio 2022).

[65] L. MÄRTIN, *Generationengerechtigkeit und Fiskalpolitik*, in *Verfassungsblog.de*, 18 maggio 2022.

[66] Così, K. RATH, *Ein Grundrecht auf Generationengerechtigkeit?*, cit., 4.

[67] J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Giurisprudenza straniera Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 57.

[68] Diffusamente, ma così per esempio al § 2.e dei *Leitsätze* (corsivo aggiunto).

denuncianti invocano i propri diritti fondamentali»[69]. La dimensione intertemporale della giustizia ambientale non è fondata sull'esistenza indeterminata delle generazioni future, quanto invece sul diverso peso che gli obblighi ambientali avrebbero sulle generazioni presenti che – probabilmente – subirebbero nel futuro gli effetti di una distribuzione sproporzionata dei limiti alle emissioni. Infatti, le generazioni presenti e più giovani saranno chiamate a sostenere i ritardi attuali delle politiche ambientali, prevedibilmente, in un futuro prossimo e determinato.

Non si trarrebbe allora dei diritti delle generazioni future, né soltanto del dovere solidaristico dell'umanità presente verso quella futura, ma soprattutto dei diritti futuri delle generazioni presenti; i quali mostrano una più agevole riconduzione alle categorie dogmatiche della teoria generale e aggirano il problema della legittimazione ad agire e dell'azionabilità dei diritti dei posteri.

Queste considerazioni, inoltre, implicano un radicamento della giustizia intertemporale e ambientale nei principi personalista ed egualitario, con un'enfasi assai minore sul fronte della solidarietà intergenerazionale.

La decisione del caso Neubauer, allora, può essere un utile riferimento per la soluzione di questioni che, per la loro generalità, si prestano a un confronto comparato, anche prospettando un'eventuale convergenza delle corti italiane verso risultati interpretativi che, comunque, insistano sulla dimensione diacronica dei diritti fondamentali, sulla proporzionalità intertemporale delle politiche ambientali e, da ultimo, sulla sostenibilità intesa innanzitutto come giustizia ambientale distributiva.

Occorrerà attendere per osservare quale lettura del richiamo alla posterità darà la Corte italiana, nella speranza che la giurisprudenza costituzionale non si ritrovi ancora una volta chiamata a fronteggiare le omissioni e gli errori di una politica troppo spesso disattenta.

[69] Traduzione nostra del § 109: «Dabei machen die Beschwerdeführenden nicht etwa die Rechte noch nicht geborener Menschen oder gar ganzer künftiger Generationen geltend. Diesen kommt keine subjektive Grundrechtsberechtigung zu […]. Die Beschwerdeführenden berufen sich vielmehr auf ihre eigenen Grundrechte».

LA SCIENZA E LA TECNICA DI FRONTE ALLA DISCREZIONALITÀ POLITICA E AMMINISTRATIVA: PRINCIPIO DI "NON CONTRADDIZIONE" E DIRITTO ALLA SALUTE

Emilio Castorina
Professore Ordinario di Diritto Costituzionale
Dipartimento di giurisprudenza - Università degli studi di Catania

ABSTRACT [ITA]: Se la scienza non può rispondere alla domanda di come dovremmo vivere e cosa dovremmo fare, a quali ultimi e più alti valori dovremmo orientare la nostra vita, essa diviene, tuttavia, il necessario presupposto per scelte politiche ragionevoli. Il fondamento delle decisioni che devono necessariamente rifarsi ai dati della scienza e della tecnica riposa nel principio di "non contraddizione" tra legislazione positiva e fenomeno naturale scientificamente osservato. Il Parlamento, come già ammonì Montesquieu, non è destinato a operare come "onnipotente arbitro del divenire umano", ma quale "accorto interprete della «natura» del suo Stato e dell'*esprit général* del suo popolo" ed è per questa ragione che le leggi positive non possono infrangere l'ordine naturale delle cose. Negli ordinamenti contemporanei, il principio di "non contraddizione" della legge politica rispetto alla legge naturale si caratterizza per contenuti assiologici che sono il dato più sensibile delle odierne democrazie costituzionali. Durante la pandemia da Covid-19, la discrezionalità nella imposizione degli obblighi vaccinali è stata esercitata alla luce delle condizioni sanitarie ed epidemiologiche, così come accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che devono guidare, appunto, il Legislatore nell'esercizio delle proprie scelte politiche, sì da consentire, eventualmente, alla Corte costituzionale, com'è accaduto, di valutare la non irragionevolezza e la non sproporzionalità dell'introduzione di obblighi in tale senso e delle specifiche conseguenze che la legge parlamentare abbia voluto far conseguire alla violazione di esso.

***ABSTRACT [ENG]**: If science cannot answer the question of how we should live and what we should do, to which ultimate and highest values we should direct our lives, it nevertheless becomes the necessary prerequisite for reasonable political choices. The foundation of the decisions that must necessarily refer to the data of science and technology rests in the principle of "non-contradiction" between positive legislation and scientifically observed natural phenomenon. Parliament, as Montesquieu already warned, is not destined to operate as an "omnipotent arbiter of human becoming", but as a "shrewd interpreter of the "nature" of its State and of the esprit général of its people" and it is for this reason that the positive laws cannot break the natural order of things.In contemporary legal systems, the principle of "non-contradiction" of political law with respect to natural law is characterized by axiological contents which are the most sensitive datum of today's constitutional democracies. During the Covid-19 pandemic, the discretion in imposing vaccination obligations must be exercised in the light of the sanitary and epidemiological conditions, as ascertained by the competent authorities, and of the ever-evolving acquisitions of*

medical research, which must guide, in fact, the Legislator in the exercise of its political choices, so as to allow, possibly, the Constitutional Court, as happened to deal with the Coronavirus, to evaluate the non-unreasonableness and non-proportionality of the introduction of obligations in this sense and the specific consequences that the parliamentary law wanted to combine with the violation of it.

SOMMARIO: 1. Diritto costituzionale e scienza: alcune premesse. - **2.** *Segue*: il principio di "non contraddizione" e la libertà del pensiero scientifico (art. 33 Cost.). - **3.** Scienza, tecnica e primato dell'essere umano. - **4.** I limiti al principio di maggioranza e l'imposizione di obblighi vaccinali. - **5.** *Segue*: la "discrezionalità" del legislatore nel fronteggiare la pandemia e il giudizio di costituzionalità sulla ragionevolezza del relativo esercizio. - **6.** L'applicazione del "principio di precauzione" di fronte alle prime incertezze scientifiche.

1. Diritto costituzionale e scienza: alcune premesse.

In materia di salvaguardia e cura della salute pubblica, non meno che in altri campi in cui le conoscenze scientifiche sono chiamate a supportare le decisioni dei pubblici poteri (si pensi, ma non solo, anche al settore ambientale e dell'energia, alle biotecnologie o all'informatica), non si può prescindere dal "parere della scienza"[1].

Il fenomeno pandemico è stato costellato da dispute, anche vivaci e accese, che hanno interpellato le acquisizioni tecnico-scientifiche: dalla determinazione, assunta dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, di classificare SARS-CoV-2 come virus trasmesso per via aerea piuttosto che attraverso le goccioline respiratorie (*droplets*), con significative ricadute sulle determinazioni da adottare in via precauzionale (se quelle per la difesa individuale ravvicinata, ovvero mediante una più efficace ventilazione nei luoghi chiusi)[2]; alle metodologie statistiche impiegate per ricavare gli indici di trasmissione dei contagi[3].

Adesso, superata, come sembra, la fase di massima acuzie, sono rimaste sul tappeto questioni altrettanto delicate che, "da solo", il decisore politico non è in grado di affrontare appropriatamente, come, ad esempio, i possibili effetti a lungo termine legati alla contrazione del virus (il c.d. *long Covid*) in attesa di Linee guida nazionali e di una compiuta casistica per fronteggiare e gestire questa sindrome a livello sanitario

[1] Per più ampie notazioni, sia consentito rinviare a E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 4/2015, Relazione al XXX Convegno annuale AIC - Roma 2015, "La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali" (*Annuario 2015. La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Napoli, 2017).

[2] *Perché l'OMS ha impiegato due anni per dire che COVID-19 si trasmette per via aerea*, in *Le Scienze*, 12 aprile 2022.

[3] *Lazio zona rossa, la polemica degli statistici: "Una misura priva di senso scientifico"*, in *Roma.repubblica.it*, 12 marzo 2021.

e logistico[4]; parimenti problematica risulta la stima del mantenimento di elevate risposte immunitarie sulla base dell'alternativa di pianificare richiami vaccinali piuttosto che attenderne la sperimentazione di nuovi, avendo numerosissimi approfondimenti scientifici documentato come a seguito della vaccinazione (o della guarigione dal contagio) si attiva comunque una risposta anticorpale, ancorché soggettivamente apprezzabile[5].

In questi casi, soltanto in via esemplificativa riportati, il decisore pubblico è chiamato a disciplinare l'"uso" della scienza, che riesce anche a materializzarsi nel "prodotto" tecnologico e nella sua "somministrazione": il diritto costituzionale, allora, fornisce, per così dire, la "misura della scienza", segnando i confini (e i limiti) entro cui l'ordinamento giuridico è legittimato a intervenire in queste attività umane[6] senza violare lo statuto della persona e, dunque, i valori dai quali essa è identificata come tale nella Legge fondamentale[7].

2. Segue: il principio di "non contraddizione" e la libertà del pensiero scientifico (art. 33 Cost.).

Il fondamento delle decisioni che devono necessariamente rifarsi ai dati della scienza e della tecnica riposa nel principio di "non contraddizione" tra normazione positiva e fenomeno naturale scientificamente osservato, com'è stato evidenziato e dimostrato già nell'età dei "Lumi".

La notorietà di Montesquieu è legata alla teorizzazione della separazione dei poteri e certamente meno all'individuazione di questo rilevante principio dello Stato moderno, destinato a divenire sempre più rilevante nelle decisioni bio-giuridiche (e non solo) del Legislatore dei nostri tempi e del prossimo futuro: il Parlamento, come ammonì il Barone de La Brède, non è destinato a operare come "onnipotente arbitro del divenire umano", ma quale "accorto interprete della «natura» del suo Stato e dell'*esprit général* del suo popolo" ed è per questa ragione che le leggi positive non possono infrangere l'ordine naturale delle cose[8].

---

[4] *Covid, l'autunno non sarà all'insegna di obblighi e chiusure. Affidarci a scienza e buonsenso, imparando a convivere con una malattia ancora tutta da studiare*, in *Dire*, 16 giugno 2022.

[5] *Facciamo il punto sui vaccini*, in *Scienzainrete.it*, 28 giugno 2022.

[6] In questi termini, L. ARCIDIACONO, *L'embrione è soggetto di diritti*, in *Luci accese sulla Costituzione. Interventi di Luigi Arcidiacono*, Roma, 2013, 261.

[7] A. BARBERA, *Un moderno «habeas corpus»*, in *Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo: Vita e Scienza*, a cura di A. Pérez Miras-G.M. Teruel Lozano-E.C. Raffiotta, Cizur Menor (Navarra), 2013, 116, precisa che il riferimento al limite dei valori della persona e del principio di solidarietà, ancorché possa apparire elastico, è comunque in grado di evitare "un ancor più generico riferimento a qualsivoglia libera determinazione dell'individuo".

[8] S. COTTA, *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, 1953, spec. 355, richiama, al riguardo, il contenuto di tutto il Libro V dell'*Esprit des lois*. Cfr., su tale profilo, anche S. ROTTA, *Montesquieu*, in *Il pensiero*

Le scienze esatte hanno svolto una funzione decisiva nella "formazione della consapevolezza del mondo politico e sociale" da quando s'indirizzarono alle prime interpretazioni della natura[9]. La "rivoluzione" dei secoli XVI e XVII, proponendo nuovi campi di conoscenze e la loro applicazione ai diversi fenomeni dell'esistenza, fu determinante per la formazione di ciò che oggi chiamiamo "scienza dello Stato"[10]. Quando i modelli d'interpretazione filosofici e teologici persero la pretesa di spiegare qualsiasi fenomeno dell'esperienza umana e le acquisizioni delle nuove scienze naturali si diffusero rapidamente, "le scoperte astronomiche, meccaniche, matematiche e mediche si ripercossero direttamente sull'etica, sulla politica e sulla giurisprudenza"[11]; è proprio questo il momento in cui le scienze moderne, con la domanda sul "come delle cose", si sono poste al servizio delle finalità della volontà umana e del vivere civile[12]. Una conoscenza, secondo Hobbes, è possibile soltanto con riferimento agli oggetti prodotti dall'uomo e, dunque, anche la politica, al pari della matematica e dell'etica, dovrà reggersi su taluni principi essenziali, atti a spiegare i fenomeni suoi propri. Il filosofo e politico tedesco Leibniz, com'è noto, diede sistemazione al c.d. calcolo infinitesimale, avvertendo che, se per la matematica deve farsi appello a una logica della certezza, per la politica, invece, risulta più appropriata una logica della probabilità[13].

Gli sviluppi del costituzionalismo, caratterizzati dall'abbandono di un concetto neutro di costituzione e dall'assunzione di un predeterminato ordine di valori condivisi[14], al quale la "legge politica" deve rifarsi e armonizzarsi, hanno condotto il principio di separazione-non contraddizione tra scienza e ordinamento costituzionale in un contesto del tutto nuovo rispetto al precedente e, per altro, contrassegnato prima di ogni altra cosa dalla "libertà" della ricerca scientifica e tecnologica.

Prende forma più compiuta, dunque, l'idea che il rapporto tra scienza, tecnica e ordinamento giuridico debba essere declinato in termini di "non contraddizione" e di

politico. Idee Teorie Dottrine, V. II, Età moderna, a cura di A. Andreatta e A. E. Baldini, Torino, 1999, 348 s.

[9] Così, R.C. LEWONTIN, *Biologia come ideologia. La dottrina del DNA*, Torino, 1993, 76.

[10] P. BADURA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato,* a cura di F. Fardella, Milano, 1998, 84 ss.

[11] Come ricorda M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, Milano, 2008, 342 ss., "Gassendi, Pascal, Hobbes, Descartes, Weigel, Leibniz e Wolff erano matematici e avevano affrontato grazie alla matematica questioni di carattere etico-politico e giuridico".

[12] Sul carattere generale del pensiero scientifico, cfr., ancora, P. BADURA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, cit., 57 ss.

[13] Al riguardo, L. BASSO, *Individuo e comunità nella filosofia politica di G.W. Leibniz*, Soveria Mannelli, 2005, 183.

[14] A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, 2004, 3.

tendenziale "non interferenza" con la "natura della cosa"[15], poiché il rapporto tra il "fatto" espresso dalla "legge naturale" e la "legge politica" -riprendendo la nota separazione proposta da Hume -sta nella distinzione tra "ciò che è" e "ciò che deve essere"[16]. Parimenti, nel sostrato culturale di quel tempo si avverte la tensione ideale che condurrà all'emancipazione della dottrina dello Stato rispetto alle c.d. scienze della natura, nel presupposto che "la prima intende recare un contributo scientifico all'ordinamento delle collettività umane, mentre alle seconde spetta il compito di promuovere l'assoggettamento della natura in vista dei fini dell'uomo"[17].

Negli ordinamenti contemporanei, il principio di "non contraddizione" della legge politica rispetto alla legge naturale si fa carico di contenuti assiologici che sono il dato più sensibile delle odierne democrazie costituzionali.

Queste si sono assunte il compito, attraverso specifiche disposizioni di rango costituzionale, non solo di garantire i fondamentali diritti della persona umana, ma anche di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca, assicurandone sia l'autonomia rispetto agli apparati di governo, sia la divulgazione dei risultati conseguiti attraverso le più diverse modalità di diffusione (scuola, università, pubblicazioni di sempre più ampia circolazione attraverso Internet, ecc.).

Ciò vale, com'è noto, non soltanto per l'esperienza italiana (cfr. gli artt. 9 e 33 Cost., anche con riferimento all'istituzione universitaria), giacché la gran parte delle Costituzioni liberaldemocratiche europee hanno adottato un simile modello (si vedano, ad esempio, l'art. 5, comma terzo, della Legge Fondamentale tedesca[18], gli artt. 73 delle Costituzioni portoghese e polacca, ed altre ancora) ed è anche per questo che

---

[15] Sui contenuti di questa nozione si può rinviare al contributo di R. BIFULCO, *Per un uso ragionevole della natura della cosa*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, t. I, Napoli, 2008, 147 ss.

[16] Si tratta della c.d. legge di Hume (D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, a cura di P. Guglielmoni, Milano, 2001, 929). "Non è la cosa, allora, a essere normativa, ma il principio che le attribuisce valore vincolante. Si vede con chiarezza il carattere del tutto neutro della «cosa» e l'impossibilità di derivarne alcunché avente significato normativo" (G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, Bologna*, 2012, 84).

[17] P. BADURA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, cit., 83.

[18] Si tratta di una previsione che -nell'ordinamento tedesco -delinea gli elementi del c.d. "diritto costituzionale della cultura" (P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, 26). Esso garantisce al soggetto non solo la libertà giuridica di compiere azioni ricadenti nell'ambito della scienza, nonché il diritto (c.d. ad azioni negative) verso lo Stato a che non ostacoli tali comportamenti, ma anche la pretesa ad azioni positive di quest'ultimo, di tipo organizzativo, atte a garantire la possibilità di una libera attività scientifica: R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 272 ss. In quest'ultima dimensione s'inscrive la problematica della garanzia istituzionalizzata della libertà scientifica come "diritto fondamentale dell'università tedesca", per la quale cfr. E-W. BÖCKENFÖRDE, *Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali*, in *Stato, costituzione, democrazia*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano, 2006, 164, ma già, con riguardo all'esperienza weimariana, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 228 ss.

la Carta dei diritti fondamentali di Nizza-Strasburgo ha riconosciuto, nell'ordinamento europeo, la piena vigenza del principio di libertà di arti e scienze (art. 13).

Negli ordinamenti democratici e pluralisti, la "libertà di ricerca scientifica", anche laddove non fosse espressamente sancita nel testo costituzionale, è comunque tutelata come manifestazione di altre libertà fondamentali.

L'esperienza statunitense offre un esempio rilevante in tal senso, ove essa è considerata estrinsecazione della libertà garantita al XIV Emendamento e della libertà di espressione[19] di cui al I Emendamento e può soggiacere, specialmente se finanziata con fondi pubblici, alle ragionevoli limitazioni che possono riguardarla nel rispetto del "due process of law". La dottrina e la giurisprudenza nord-americana non considerano la libertà di ricerca un "diritto assoluto": essa è tenuta a operare in linea con le più diffuse concezioni etiche e l'ordinamento giuridico può stabilire limitazioni in ordine alle metodiche praticate al fine di tutelare, innanzitutto, i soggetti che sono sottoposti a trattamenti sperimentali (richiedendo loro una manifestazione di chiaro consenso), ma anche il feto, colui che non è ancora nato e, più in generale, la salute e la sicurezza pubblica[20].

L'indipendenza del "mondo del pensiero"[21], corollario del menzionato "principio di separazione", è il bene giuridico tutelato nel primo comma dell'art. 33 della Costituzione italiana, ove si proclama che "l'arte e la scienza sono libere" al fine di esprimere il valore intrinseco della conoscenza, "della scienza per la scienza"[22], senza barriere tra le differenti aree del sapere, tant'è che la comunità scientifica è considerata nella sua globalità[23].

La prima proposizione dell'art. 33 (essendo la seconda volta a garantire il libero insegnamento di arte e scienza[24]), sebbene contigua alla garanzia della libertà di

[19] In senso analogo, la sent. Corte EDU, n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, del 28.5.2013, nella quale si precisa che tale libertà è riferita a coloro che direttamente si occupano di ricerca.

[20] L.B. Andrews, *Is There a Right to Clone? Constitutional Challenges to Bans on Human Cloning*, in *11 Harvard Journal of Law & Technology* 643 (1998), 661 ss.

[21] L'espressione è di E.J. HOBSBAWM, *L'età della rivoluzione*, 1789-1848, Milano, 1999, 465, il quale fa notare come scienze e arti possano essere comunque influenzate dai contesti sociali e politici in cui operano.

[22] In questi termini, J.H. POINCARÉ, *Il valore della scienza*, trad. di G. Ferraro, Bari, 1992, 197.

[23] Espressione di tale esigenza, e della necessità di sostenere l'unità dei saperi, è il volume *Science and the Modern Mind*, a cura di G. Holton, (Scienza e cultura oggi), trad. it. di L. Bianchi, Torino, 1962, con contributi di H. Guerlac, H. Brown, G. de Santillana, P. Frank, J.R. Oppenheimer, J.S. Bruner, P.W. Bridgman, C. Morris e H.M. Jones.

[24] Al riguardo, si possono annoverare gli interventi in Assemblea Costituente di Bernini, Dossetti, Marchesi, in Atti Ass. Cost., seduta plenaria del 28 aprile 1947, p. 3344 ss. Interessante, altresì, il dibattito che si era già sviluppato all'interno della Prima Sottocommissione, in particolare nella seduta del 18 ottobre 1946, nel quale è stato posto l'accento ora sulla "universalità della scienza e dell'arte al di sopra di ogni barriera statale e di ogni sentimento nazionale, al di sopra di ogni tendenza, di ogni orientamento

manifestazione del pensiero racchiusa nell'art. 21, non si risolve, rispetto a quest'ultima, in una duplicazione priva di significato; ed è per tale ragione che in Assemblea Costituente fu rimarcato come non si trattasse soltanto di elevare a rango costituzionale "una verità tanto palese", ma, soprattutto, di innalzare a principio irrinunciabile il fatto che le manifestazioni scientifiche e artistiche del "genio individuale" non possono essere "colpite da coazione", tanto da risultare "non libere"[25] o "subire orientamenti ed indirizzi unilateralmente e autoritativamente imposti"[26].

La disciplina di rango costituzionale non appare unicamente diretta alla garanzia dei singoli (a tale specifico riguardo, infatti, sovviene l'apposita disciplina racchiusa nell'art. 21 Cost.), ma a riconoscere il valore, nel loro complesso, delle attività scientifiche e tecniche[27] unitariamente intese e integranti un vero e proprio "ordine" di conoscenze sistematizzate, alle quali la disposizione direttamente si rivolge, siano esse meramente speculative ovvero consistenti nella creazione di artefatti al servizio dei bisogni dell'uomo. Così, è possibile distinguere tra il diritto all'espressione scientifica e artistica -tutelato, con i relativi limiti, nella previsione da ultimo richiamata[28] -e la libertà di arti e scienze come valore costituzionale in sé, al quale aspira, del resto, l'ultimo comma dell'art. 33, garantendo un "ordinamento autonomo" alle più elevate istituzioni in cui tale libertà può essere coltivata, sviluppata e trasmessa[29].

La previsione del primo comma dell'art. 33 traduce, in definitiva, il divieto per i pubblici poteri e, innanzitutto, per il legislatore di penetrare il "limite tecnico

politico, giuridico e sociale, rendendo omaggio nel contempo alle manifestazioni eccelse della personalità umana" (Mastrojanni), ora sulla necessità di escludere alcuna "finalizzazione" di arte e scienza, fuori e dentro la scuola (Marchesi).

[25] Determinante fu, sul punto, il contributo di Marchesi nel dibattito in sede costituente (cfr., ancora, Atti Ass. Cost., seduta plenaria del 28 aprile 1947, cit., 3343).

[26] Cfr. Corte cost., sent. n. 57 del 1976, in *Giur. cost*., 1976, la quale nei termini sopra riportati qualifica la "autentica portata" del contenuto dell'art. 33 Cost. In dottrina, F. RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, 157 ss.

[27] G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014, 23 ss., nel riconoscere all'art. 33, comma primo, Cost., natura di norma di principio ("la cultura deve essere libera"), che sta alla base della "costituzione culturale", sottolinea come "l'attività intellettuale non libera, cioè asservita a interessi d'altra natura non è arte, né scienza: è prosecuzione con altri mezzi di politica ed economia".

[28] Va considerato, di contro, che la dottrina prevalente sostiene la tesi secondo cui l'art. 21 Cost., sotto il profilo della tutela dei contenuti delle manifestazioni del pensiero in materia scientifica, vada interpretato sistematicamente con l'art. 33 Cost., il quale, dunque, non potrebbe dare legittimamente fondamento a discipline speciali, nulla aggiungendo tale disposizione alle garanzie apprestate in linea generale dall'art. 21, applicabile, anche nel suo comma sesto, alle manifestazioni artistiche e scientifiche (cfr., per tutti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1992, 392 s. e nt. 6).

[29] Al riguardo, sia consentito rinviare a E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista*, Milano, 1992, 108 ss. e, più di recente, *Lo* status *dei docenti universitari*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2021.

scientifico"[30] in uno all'esigenza di protezione forte della libertà di scienza (istituzionalizzata o meno), come mise già in evidenza la dottrina nel richiamare il testo dell'art. 142 della Costituzione di Weimar, che i nostri Costituenti hanno inteso riprodurre[31], al fine di sancire l'indipendenza del "mondo del pensiero"[32]. Le radici liberali della discussa Costituzione del 1919, per altro, sono riconoscibili nella derivazione popolare del potere politico (art. 1)[33] e soprattutto caratterizzano l'impianto del sistema delle libertà che intendeva recuperare, su basi positivistiche, quello della Costituzione liberal-borghese della *Paulskirche*[34], ma che non era presente nella Costituzione guglielmina del 1871, priva, com'è noto, di un catalogo dei diritti di libertà[35].

L'abbinamento, di evidente derivazione liberale, con cui scienze e arti hanno ricevuto considerazione nel contesto weimariano, può essere decifrato seguendo la lettura già sistematizzata nell'*Encyclopédie*[36], ove il principale criterio distintivo si faceva consistere nel carattere speculativo delle prime rispetto alla connotazione pratica delle seconde, con la precisazione che "si può in genere definire arte ogni sistema di conoscenze riducibile a regole positive, invariabili e indipendenti dal capriccio e dall'opinione". Si legge, ancora nel contributo di D'Alembert, che "molte

[30] Sul c.d. limite tecnico-scientifico, tra gli altri, E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, 91 ss.

[31] In questa direzione fu decisivo il contributo di Marchesi, che ne propose la formulazione (cfr. Atti Ass. Cost., seduta plenaria del 28 aprile 1947, cit., 334).

[32] Con riguardo all'esperienza weimariana, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 228 ss., distingue i diritti fondamentali veri e propri dalle c.d. garanzie istituzionali (ancorché possano risultare in esse implicati "diritti soggettivi di singoli o di corporazioni"), riferite, fra l'altro, alla libertà di scienza e del suo insegnamento come "diritto fondamentale delle università tedesche".

[33] E-W. BÖCKENFÖRDE, *Sviluppo storico e mutamento di significato della Costituzione*, in *Stato, costituzione, democrazia*, cit., 46.

[34] L'art. 152 della Costituzione imperiale del 1849 recitava: "La scienza è libera e libero ne è l'insegnamento". Sullo sviluppo del costituzionalismo tedesco, F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*, Milano, 2009, 31 ss.

[35] D. NOCILLA, *Introduzione*, in G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di D. Nocilla, Milano, 2002, LII ss., LXVII, sottolinea la configurazione positivistica che, dal 1848 in poi, caratterizzò la dottrina giuridica tedesca "in quanto comune sia alle forze liberali sia a quelle conservatrici", sì da implicare che i diritti soggettivi, sganciati dal diritto naturale, "si configurassero come il risultato della specifica protezione che le norme dello Stato attribuivano a determinati interessi umani".

[36] In continuità con la rivoluzione scientifica della fine del secolo XVII e gli inizi del successivo, essa, "dando corpo alle profezie baconiane, aveva infranto le gerarchie tradizionali del sapere e imposto un nuovo assetto dell'albero enciclopedico", assecondando, dunque, il declino della metafisica, della teologia, dell'erudizione, a favore del rilevo dominante delle matematiche, delle discipline sperimentali e, con esse, appunto, delle arti e dalle tecniche (P. CASINI, *Premessa*, in *Enciclopedia o Dizionario ragionato delle scienze, delle arti e dei mestieri*, ordinato da Diderot e D'Alembert, cit., V).

delle nostre scienze, considerate dal punto di vista pratico, sono arti" e che, tra queste ultime, le "arti meccaniche" (consistenti in operazioni manuali) procurano alla società "maggiore utilità" rispetto alle c.d. arti liberali (guidate da "regole relative alle operazioni dell'intelletto o dell'anima")[37].

L'interesse per il progresso della società, spinto dall'apporto di "arti e scienze", era presente nel testo costituzionale nord-americano, in cui è ben visibile l'influenza del pensiero liberale allorché il n. 8 della Sezione VIII dell'Art. I della Carta di Filadelfia attribuisce al Congresso degli Stati Uniti il compito "to promote the progress of science and useful arts": sancendo la possibilità che sia garantita, per periodi limitati, agli inventori il diritto esclusivo sugli scritti o sulle loro scoperte, si dà rilevanza giuridica unicamente alle arti "utili", come aveva ammonito Adam Smith[38]. Delle arti liberali (tra le quali, in particolare, la grammatica, la logica, la morale), quelle che si pongono come finalità l'imitazione della natura sono chiamate "belle arti" e mirano soprattutto al diletto; ma sono quelle c.d. meccaniche, in quanto utili (si pensi, già allora, alla stampa, all'utilizzo della polvere da sparo o alle applicazioni dell'ago magnetico[39]), il nuovo oggetto di promozione e tutela da parte del nascente costituzionalismo[40].
È da ritenere, su tali premesse, che i testi costituzionali vigenti -e, per quanto in questa sede interessa, l'art. 33 della Costituzione italiana41 -vadano interpretati alla luce di tale accezione di "arte"[42], comprensiva, appunto, dell'insieme delle possibili "tecniche", baconianamente intese quali arti del fare[43]; conclusione che trova, per altro,

[37] D'ALEMBERT, *Discorso preliminare*, in *Enciclopedia*, cit., 22. Fa notare M. Foucault, *"Bisogna difendere la società"*, Milano, 2008, 158, che il XVIII secolo ha rappresentato l'epoca della "messa in forma disciplinare dei saperi" e ciò ha portato alla nascita della "scienza" come "campo generale, come polizia disciplinare dei saperi", rispetto alla quale gli interessi tecnologici dell'*Encyclopédie* non vanno imputati a una sorta di materialismo filosofico, "ma piuttosto a un'operazione, politica ed economica insieme, di omogeneizzazione dei saperi tecnologici".

[38] A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, con introduzione di A. Roncaglia e contributi critici di L. Colletti, C. Napoleoni e P.S. Labini, Roma, 1995, 640. In argomento, M. PATRONO, *La Costituzione vivente*, in C. Sacerdoti Mariani - A. Reposo - M. Patrono, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1995, 47.

[39] In questi termini, D. DIDEROT, *Arte*, in *Enciclopedia*, cit., 110.

[40] Cfr., ancora, D'Alembert, *Discorso preliminare*, cit., 24.

[41] In merito alla tendenziale corrispondenza dei termini "arte" e "tecnica", con riferimento soprattutto alla tradizione semantica e non specificamente all'interpretazione del dato costituzionale, si vedano le condivisibili notazioni di P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale AIC, Napoli, 2014, 47.

[42] Heidegger e Marcuse riprendono il concetto greco di τέχνη, in cui si riconosce non soltanto il fare artigianale, ma anche la creazione artistica nonché l'affinità tra arte e tecnica, intese come produzione umana di qualsiasi tipo, sia fisica che spirituale, sia pratica che artistica (M.T. PANSERA, *L'uomo e i sentieri della tecnica. Heidegger, Gehlen, Marcuse*, Roma, 1998, 46, 156).

[43] Cfr., ancora, D. DIDEROT, *Arte*, cit., 106, il quale richiama, al riguardo, il pensiero di Bacone, secondo cui "ciò che io faccio (*rem quam ago*) non consiste nell'emettere una opinione, ma a realizzare un'opera.

ripetute conferme anche nell'interpretazione del giudice costituzionale, il quale, ad esempio, utilizza l'espressione "arte medica", appunto, quale tecnica e pratica terapeutica fondata su acquisizioni scientifiche e sperimentali[44].

3. Scienza, tecnica e primato dell'essere umano.

La dimensione costituzionale assunta dal principio di "non contraddizione" comporta, pertanto, l'affrancamento di scienza e tecnica da un'immedesimazione, d'intensità variabile, con le istanze politiche e istituzionali, nelle quali -in precedenti assetti ordinamentali -venivano direttamente coinvolti i "nuovi scienziati"[45], specialmente ove si andava sviluppando una nuova coscienza nazionale e a sostegno di questa[46].

Un'assai penetrante forma d'immedesimazione coinvolse, ad esempio, la prospettiva del pensiero anti-illuminista interpretata dal modernismo tedesco degli anni venti e trenta del secolo scorso, la quale mirava a conciliare le idee romantiche con le manifestazioni razionali della moderna tecnologia (che commisura i mezzi ai corrispondenti fini), ricorrendo a un'accettazione irrazionalistica di essa al fine di ricondurre la tecnologia "da componente dell'estranea *Zivilisation* (civiltà) occidentale in parte organica della *Kultur* tedesca": in uno al sostegno alla bellicosa politica nazionalsocialista, veniva promossa, secondo tale visione, l'industria e, più in generale, la potenza della nazione, al cui servizio erano destinati, appunto, gli apparati tecnologici[47].

Qualunque sia il peso decisionale assunto dai tecnici o dagli esperti portatori di raffinate conoscenze specialistiche (si pensi alle autorità amministrative indipendenti)[48], anche con riguardo a contesti interni o sovranazionali sempre più

Non si tratta di fondare una setta qualsiasi o una teoria personale, ma di rendere possibile un'attività la cui utilità e portata sono immense".

[44] In questi termini, cfr. la sent. n. 151 del 2009.

[45] L'Accademia reale delle scienze di Parigi, ad esempio, era istituzionalmente al servizio della monarchia assoluta; si pensi, inoltre, alla produzione bellica nell'epoca giacobina, che coinvolse geometri, matematici e chimici, o anche alla c.d. rivoluzione ferroviaria in Inghilterra.

[46] Tra le arti, la musica -nel periodo che va dalla Rivoluzione francese del 1789 alla Rivoluzione industriale del 1848 -presentava con un accentuato contenuto di rivendicazione politica. Come fa notare E.J. HOBSBAWM, *L'età della rivoluzione*, cit., 442, 408, ove, fra l'altro, si ricorda che Beethoven dedicò la Eroica a Napoleone quale erede della Rivoluzione francese.

[47] Per l'approfondimento della tematica, si può inviare al volume di J. HERF, *Il modernismo reazionario. Tecnologia, cultura e politica nella Germania di Weimar e del Terzo Reich*, Bologna, 1988, 27 ss.

[48] L. ARCIDIACONO, in occasione del convegno tenutosi a Catania il 30 maggio 2003, in *Scienza, Tecnologia & Diritto*, a cura di B. Montanari, Milano, 2006, IX, ha fatto notare come "lo sviluppo impresso in pochi anni alla creazione di autorità indipendenti costituisce esempio emblematico, così come lo spostamento delle decisioni, che un tempo impegnavano il Parlamento, a quelle giurisprudenziali della Corte

miranti all'affermazione di obiettivi economici e di massima efficienza[49], le decisioni pubbliche che implicano discrezionalità tecnica non possono comunque offrire la sponda a derive "tecnocratiche" senza che sia, al tempo stesso, sovvertita la posizione costituzionale di arte e scienza, collocate all'interno dei rapporti etico-sociali (art. 33) o tra i diritti fondamentali (art. 8 Cost. Germania), dal piano delle "libertà" e dei "valori" all'esercizio del "potere".

Negli ordinamenti pluralisti contemporanei, i momenti in cui, fisiologicamente, scienza e tecnica sono destinati a incontrarsi col diritto costituzionale sono le "richieste di riconoscimento", da parte della società civile, del dato tecnologico nel tessuto dell'ordinamento giuridico: in tali evenienze viene meno la "distanza" tra scienza, tecnica e legge prescrittiva[50].

Il progresso scientifico innerva ormai -tranne rarissime eccezioni -qualsiasi forma di rapporto interpersonale: l'avanzare dell'acquisizione tecnologica è divenuto fattore determinante dello sviluppo dello Stato-comunità, della sua coscienza sociale e guida il "conferimento di senso ai valori costituzionali"[51], ma non per questo si può concludere che il modello tecnocratico si sia sostituito a quello democratico[52] mediante l'assunzione di un nuovo formante tecnologico per l'ordinamento giuridico.

Ai giorni nostri, di tanto in tanto, si fanno strada concezioni pessimistiche circa l'effettiva capacità della Costituzione di esprimere il fondamento della convivenza civile: come se quest'ultima si sia ridotta, né più né meno, a un semplice protocollo di "regole procedurali e organizzative, essenzialmente funzionali al dispiegarsi della

costituzionale, forniscono efficace prova del processo in atto, che si svolge lungo linee dominate dalla scienza e dalla tecnologia".

[49] D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio - N. Matteucci - G. Pasquino, Torino, 1983, 1181, si chiede se sia sufficiente la competenza per decidere sui fini o se questi ultimi "non chiamano piuttosto in causa opzioni di valori, scelte di civiltà, persino considerazioni metafisiche, e in definitiva passioni, positive e negative".

[50] Cfr., in particolare, C. MITCHAM, *Thinking through Technology. The Path between Engineering and Philosophy*, Chicago-London, 1994, 107 ss.

[51] In questi termini, A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, a cura di M. Volpi, Bologna, 2001, 21.

[52] Si tratta di un profilo particolarmente dibattuto nel percorso d'integrazione europea, ove il rafforzamento funzionalistico degli organi istituiti dai Trattati richiederebbe in parallelo -secondo l'impostazione più diffusa -l'ampliamento dei "controlli democratici", sia per rafforzarne la legittimazione, sia per non assecondare un determinato "modello di politica" tecnocratica, priva di radici democratiche e, pertanto, non in condizione di "prendere sul serio le richieste dell'elettorato circa giustizia sociale, sicurezza assistenziale, prestazioni pubbliche e beni collettivi, nel caso in cui tali richieste entrino in conflitto con i requisiti sistemici della competitività e della crescita" (J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Roma-Bari, 2014, 21). Il profilo istituzionale "tecnocratico" della Commissione, quale guardiana del Trattati, è evidenziato da P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 9.

tecnica e delle sue necessità"[53] e gli esseri umani divenuti, al contempo, "materia prima della macchina produttiva", in un rapporto con le "cose" che "li costringe ad agire come degli ingranaggi, anche loro malgrado"[54]. Di contro, la considerazione unitaria di scienza e tecnica, come componente essenziale e inseparabile dell'ordine civile, offre le basi per l'inquadramento del fattore tecnologico, all'interno delle logiche del diritto costituzionale dei nostri giorni, inteso come "fatto", rispetto al quale la legittimazione delle decisioni pubbliche va apprezzata esclusivamente "dal basso", vale a dire attraverso la capacità di emersione delle nuove "istanze tecniche" mediante gli strumenti della rappresentanza democratica: essa non gode, in definitiva, di una forma di legittimazione a se stante o addirittura "ancillare" con quella che procede, "dall'alto", dai valori costituzionali[55].

Ferma restando, allora, la libertà, garantita costituzionalmente in modo unitario, di scienza e tecnica, è da escludere che sia realmente ipotizzabile un governo del tutto autonomo della scienza, rimesso a indirizzi, per così dire, strategici, elaborati all'interno della comunità scientifica e in grado di divenire, essi stessi, "valori-guida" esclusivi e legittimanti, anche in potenziale conflitto con i valori costituzionali.

Se tale governo dovesse comportare l'autoreferenziale pretesa della scienza di dominare tutti gli aspetti dell'esistenza umana attraverso le proprie applicazioni tecnologiche e, dunque, il prevalere di una mentalità scientista che reputasse ammissibile tutto ciò che è tecnicamente fattibile, la risposta alla domanda dipenderebbe soltanto dalle concezioni etiche di soggettivo riferimento[56], ma non sarebbe certo guidata da alcuna regola giuridica e costituzionale in particolare. A simile pretesa potrebbe, ad esempio, opporsi quella visione morale, secondo cui la scienza, da sola, "non è in grado di elaborare principi etici", che le sono offerti, ma non per limitarla, dalla teologia e dalla filosofia, dalla fede e dalla ragione, affinché, mantenendo vigile il senso di responsabilità, essa "permanga nel solco del suo servizio

[53] Per una preoccupazione di siffatto tenore, G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 258.

[54] Così, P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, 256.

[55] Tale suggestiva tesi è, invece, argomentata da A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, 575 ss.

[56] Fra i contributi che considerano i profili etici implicati, F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 46 ss. Come fa notare G.A. FERRO, *«Eroi» ed «anti-eroi» di fronte alle questioni di fine-vita: note critiche intorno al silenzio-assenso in materia di trapianti d'organo da cadavere*, in *Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo*, cit., 430, in un moderno Stato di diritto, comunque, non andrebbe attribuito al legislatore alcun compito educativo in questioni, per altro, che mal si attagliano a "rigide" regolamentazioni normative.

all'uomo" e debelli le sue eventuali patologie[57]. La conciliazione, per così dire, tra scienza e tecnica sul piano giuridico-costituzionale è fondata, in definitiva, sul raccordo di entrambe (unitariamente intese) col valore universale del "primato dell'essere umano"[58].

Scienziati che hanno direttamente conosciuto gli orrori di Hiroshima e Nagasaki non ritengono convincente la tesi secondo cui l'attività scientifica sarebbe neutrale come una macchina e progredirebbe senza alcun aggancio ai valori umani, prospettando, di contro, che i valori della comunità scientifica (indipendenza, tolleranza, libertà di pensiero e di parola, rispetto dell'uomo, dignità umana) scaturiscono proprio "dalla pratica scientifica, perché ne sono le indispensabili condizioni" e non possono entrare in insanabile conflitto con quelli "grazie ai quali, soltanto, l'umanità può sopravvivere"[59]. La comunità scientifica non è identificabile attraverso ambiti territoriali definiti e, inoltre, com'è stato provocatoriamente affermato, la "separazione di scienza e non scienza" non solo sarebbe artificiale, ma addirittura dannosa per il progresso della conoscenza[60]. Entro così elastici confini, per altro, "il diritto gioca un ruolo abbastanza trascurabile nella costituzione del mondo del pensiero", ma da ciò non può desumersi l'esistenza di una sorta di "auto-costituzione della scienza"[61], poiché una conclusione siffatta si porrebbe in contrasto con le esigenze della disponibilità pubblica dei risultati[62] e delle implicazioni dovute

[57] Cfr. il Discorso del Santo Padre Benedetto XVI ai partecipanti al Congresso internazionale promosso dalla Pontificia Università Lateranense, nel X anniversario dell'Enciclica "Fides et Ratio" del 16 ottobre del 2008, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2008/october/documents/hf_ben-xvi_spe_20081016_x- fides-et-ratio.html.

[58] Cfr. gli artt. 2 e 15 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (Convenzione di Oviedo) del 1997. M. PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Milano, 2006, 93, osserva che, "mentre l'uso della nozione di persona comporta un'elaborazione culturale che può prestarsi a derive ideologiche, il riferimento alla specie umana o, meglio ancora, alla famiglia umana, in chiave biologica, permette di sancire una inequivocabile base egualitaria su cui costruire e difendere quei diritti dell'uomo che si articolano secondo le fasi e l'età della vita, ma che pongono, come inequivocabile condizione preliminare, quella difesa e quel rispetto dell'esistenza che è condizione per la realizzazione di qualsiasi ulteriore diritto".

[59] J. BRONOWSKI, *Scienza e valori umani*, Milano, 1962, spec. 77, 91.

[60] P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, 2013, 249, il quale, contestando la conclusione che non c'è conoscenza fuori della scienza, precisa che "se desideriamo comprendere la natura, se vogliamo padroneggiare il nostro ambiente fisico, dobbiamo usare tutte le idee, tutti metodi e non soltanto una piccola scelta di essi".

[61] Così, G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano-Torino, 2012, 116, il quale, in merito alla scienza, precisa, tuttavia, che il diritto "è certamente necessario per garantirne la libertà e per l'organizzazione formale della sua impresa, ma poi tutto sarà rimesso alla sua autocostituzione".

[62] M. TALLACCHINI, *Evidenza scientifica e normazione ambientale: la "co-produzione" di scienza e diritto*, in *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, a cura di S. Grassi e M. Cecchetti, Milano, 2006, 7, ritiene necessaria la democratizzazione del rapporto tra scienza e società, estendendo la consultazione

ad essi[63], della responsabilità nei confronti delle generazioni future (art. 9, comma 3, Cost.)[64] e di congruenza con lo sviluppo sostenibile (compatibilità ambientale, economica e sociale), finendo, così, con l'essere negata a questa qualificata componente della società la prerogativa d'essere parte integrante (e non isolabile) della comunità civile.

4. I limiti al principio di maggioranza e l'imposizione di obblighi vaccinali.

Le tecnologie alimentano di continuo il "processo di concretizzazione dei diritti fondamentali"[65], per poi diventare parte integrante di questi ultimi; esse, per un verso, sono decisive ai fini della ricostruzione di uno "stato di fatto" in un determinato momento storico[66], ma, per altro verso, la Costituzione è pressantemente interrogata dai "nuovi fatti", resi possibili, appunto, dalle acquisizioni tecnico-scientifiche[67].

Il compito di rendere compatibile con i diritti costituzionali il grande potenziale di utilizzo del prodotto tecnico-scientifico spetta, nei sistemi costituzionali continentali, primariamente al Legislatore, il quale, anzi, nelle questioni più controverse, può essere obbligato a intervenire con una legge formale, assumendosi, dunque, "la

con gli scienziati e nell'ottica di un maggiore coinvolgimento dei cittadini nelle decisioni a base scientifica che toccano direttamente la società civile.

[63] G. METTA, *Robot: ci minacciano oppure ci salvano?*, in La Stampa - Tuttoscienze, 28.1.2015, 15.

[64] F. BORRELLI, *Un'etica per la civiltà tecnologica. Intervista immaginaria ad Hans Jonas*, in *Pensare la Tecnica*, Roma, 1996, 9 ss. L'alleanza tra scienza e democrazia -secondo G. ZAGREBELSKY, *Decidere noi della scienza*, in *www.repubblica.it*, 21.2.2012 -comporta che il principio di precauzione vada "assunto come elemento conformativo dell'intero modo di concepire il diritto costituzionale" come "un diritto prognostico, che guarda avanti, fin dove, nel tempo, le previsioni scientifiche permettono di gettare lo sguardo" a favore delle generazioni future e, pertanto, "il costituzionalismo dei diritti, senza rinunciare alla sua aspirazione centrale d'essere al servizio della resistenza all'arbitrio, deve scoprire i doveri, non semplicemente in quanto riflessi, cioè in quanto controparte dei diritti, ma come posizioni giuridiche autonome che vivono di vita propria, senza presupporre l'esistenza (attuale) delle corrispondenti situazioni di vantaggio e dei relativi titolari".

[65] In argomento, per più ampi svolgimenti, si può fare riferimento al recentissimo contributo di V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015, spec. 122 ss.

[66] Questo argomento è utilizzato dalla dottrina americana per supportare la critica alla concezione che utilizza la tradizione per definire i diritti costituzionali (cfr., al riguardo, C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2001, 119 ss.).

[67] R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, 6, richiama l'art. 2 della Costituzione proponendo la lettura del "riconoscimento", ivi sancito, per quei diritti "che di fatto sono rivendicati con successo dalla società, nel suo disordinato pluralismo", anche se essi "non sono necessariamente nuovi 'diritti', ma più spesso coniugazione delle vecchie libertà con nuovi fatti - nuovi perché sinora non si erano posti all'attenzione sociale, vuoi perché non era mutata l'opinione pubblica, vuoi perché il progresso scientifico non li aveva ancora resi possibili".

responsabilità di decidere"[68], rendendo le tecniche oggetto di regola[69] per dare risposte ai veri e propri bisogni e necessità che si presentano nelle circostanze emergenziali. Negli ordinamenti pluralisti, della sfera bio-politica dovrebbe farsi carico, in prima battuta, sempre il Parlamento, chiamato a individuare -talvolta anche col fondamentale contributo del giudice costituzionale e sovranazionale e comunque senza poter alterare e/o prescindere dal dato tecnico-scientifico -un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti[70].

Ne discende che la discrezionalità nella imposizione degli obblighi vaccinali deve essere esercitata alla luce delle condizioni sanitarie ed epidemiologiche, così come accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che devono guidare, appunto, il Legislatore nell'esercizio delle proprie scelte politiche, sì da consentire, eventualmente, alla Corte costituzionale, com'è accaduto per fronteggiare il Coronavirus, di valutare la non irragionevolezza e la non sproporzionalità dell'introduzione di obblighi in tale senso e delle specifiche conseguenze che la fonte primaria abbia voluto accostare alla violazione di esso[71].

Non può, infatti, dubitarsi che proprio nella sede parlamentare risiede la competenza istituzionale della disciplina dei "nuovi beni della vita", anche se la questione di "come" la pertinente regolamentazione possa prendere forma compiuta non è affidata, del tutto meccanicisticamente, né all'operare del principio di maggioranza[72], né a una, non più attuale e realistica, concezione dei precetti costituzionali come se fossero ermeticamente chiusi e refrattari a riempirsi di contenuti "dall'esterno" dell'ordinamento statale.

La regola delle decisioni a maggioranza, indispensabile, in via generale, sotto il profilo procedurale e democratico, non è sufficiente allo scopo specifico, in quanto non si inscrivono nel novero delle scelte politiche in senso stretto le decisioni che danno cittadinanza alle acquisizioni scientifiche e tecniche nel mondo del diritto. Essendo tali

---

[68] M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, 625 ss., osserva che una comunità politica "ha la responsabilità di decidere sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili" e "non può scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione dei problemi". Sul ruolo prioritario del Parlamento nel contemperamento e bilanciamento dei diversi principi costituzionali, spesso tra loro contrastanti, R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio co*rpo, in *Pol. dir.*, 1991, 579.

[69] In questi termini si esprime N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, 62.

[70] S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte costituzionali di inizio-vita*, Milano, 2012, 46.

[71] Cfr. le sentenze n. 15 e n. 14 del 2023, n. 5 del 2018 e n. 282 del 2002.

[72] Al riguardo, M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una* political question *disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1695, fa notare che il pluralismo dei valori, protetto dalla Carta, porta a respingere l'opinione secondo cui la Costituzione non imporrebbe nessun limite alla disciplina di simili questioni, lasciando alla maggioranza "il potere di squadernare a piacimento le proprie convinzioni ideali, salvo il rispetto del procedimento parlamentare".

determinazioni direttamente o indirettamente incidenti sullo "statuto" relazionale, identitario o perfino biologico dell'essere umano, così come decifrato dalle conoscenze scientifiche, e, pertanto, non risultando tali decisioni pienamente libere nel fine[73], il principio di maggioranza non può superare e/o contraddire l'evidenza tecnico-scientifica, opponendovi una contraria manifestazione di "potere"[74].

5. Segue: la "discrezionalità" del Legislatore nel fronteggiare la pandemia e il giudizio di costituzionalità sulla ragionevolezza del relativo esercizio.

Le misure di contrasto alla emergenza sanitaria da Covid-19 hanno intercettato, in maniera drammatica, il latente conflitto tra diritto alla salute del singolo e quello della collettività, sicché il giudice costituzionale è divenuto l'"arbitro" di un così importante snodo, che muove dal dettato stesso dell'art. 32 Cost., richiedendo un esercizio appropriato della "discrezionalità politica" nel bilanciamento delle due dimensioni del diritto alla salute in modo non irragionevole e non sproporzionato rispetto alla finalità perseguite.

Si tratta di un campo in cui il dato tecnico-scientifico s'incrocia con rilevanti valori di rango costituzionale e, pertanto, la fonte parlamentare (o comunque primaria) trova uno "spazio" di disciplina già puntellato dal principio di "non contraddizione" (il quale, come si è visto, è profondamente radicato nella nascita dello Stato di diritto e costituzionale) del dato tecno-scientifico, il quale regola l'integrazione nell'ordinamento giuridico del c.d. ordine naturale[75], come esso viene decifrato dalle acquisizioni delle scienze: il Legislatore -ma lo stesso vale anche per le fonti subordinate -dovrà tenere conto dei dati tecnico-scientifici (per loro natura in continua evoluzione) che s'impongono, per così dire, per propria forza, e sono "catturati" dalla fonte normativa allorché la disciplina giuridica dei rapporti umani ne richieda il coinvolgimento.

La Corte costituzionale ha, conseguentemente, proceduto a un sindacato che, riferito alle scelte legislative compiute durante l'emergenza sanitaria, si è articolato "lungo due direttrici principali: la valutazione della situazione di fatto, cioè, nel caso in esame, della pandemia, e l'adeguata considerazione delle risultanze scientifiche

[73] Infatti, il Legislatore deve operare nell'ambito dei "dati forniti dalla scienza" e, pertanto, non è libero nel fine (G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 4).

[74] Già nella sentenza n. 282 del 2002 la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi -di norma nazionali o sovranazionali -a ciò deputati" (cfr., nel medesimo senso, le sentenze n. 8/2011 e n. 164/2014).

[75] M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, v. XXIII, Roma, 1990, 4.

disponibili in ordine all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini"[76], che, rispetto alle ulteriori misure idonee a fronteggiare i contagi (uso obbligatorio di mascherine, lockdown, chiusure di attività ed esercizi commerciali, distanziamento individuale, ecc.), sono senz'altro maggiormente invasive della sfera biologica, richiedendosi, per altro, il necessario consenso dei destinatari.

I limiti in cui si è imbattuto, in siffatto contesto, il decisore pubblico sono, dunque, tanto di ordine fattuale, quanto di carattere scientifico; e la questione circa il carattere obbligatorio della vaccinazione per talune categorie di persone non ha potuto fare a meno di rispondere al menzionato principio di "non contraddizione".

La connotazione medico-scientifica degli elementi in base ai quali il legislatore deve operare le proprie scelte politiche non esclude, tuttavia, la sindacabilità delle stesse da parte della Corte costituzionale (cfr., già, la sentenza n. 282 del 2002) mediante un sindacato che investe "la coerenza della disciplina con il dato scientifico posto a disposizione, oltre che la non irragionevolezza e la proporzionalità della disciplina medesima". In particolare, tra le possibili opzioni che la scienza offre in un dato momento storico, la scelta tra quelle che racchiudono una intensità diversa e quindi un diverso grado di limitazione dei diritti, è, comunque, "esercizio di discrezionalità politica che, nei limiti della sua ragionevolezza e proporzionalità, non può essere sostituita da una diversa scelta" da parte del giudice costituzionale. E tale scelta è, per sua stessa natura, transitoria, "perché adottata allo stato delle conoscenze del momento e destinata ad essere superata a seguito dell'evoluzione medico-scientifica" (cfr., in questi termini, la sentenza n. 14 del 2023)[77].

In definitiva, se la scienza "non può rispondere alla domanda di come dovremmo vivere e cosa dovremmo fare, a quali ultimi e più alti valori dovremmo orientare la nostra vita"[78], essa diviene, tuttavia, il necessario presupposto per scelte politiche ragionevoli.

Le conoscenze tecniche sulle quali il Legislatore ha fatto, in concreto, affidamento sono quelle promananti dalle autorità istituzionali nazionali (AIFA - Agenzia Italiana del Farmaco, Istituto Superiore di Sanità, Segretariato generale del Ministero della salute, Direzione generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute e dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria) e internazionali

[76] Cfr. la sent. n. 14 del 2023.

[77] La Corte ha fatto notare come "è l'intera disciplina relativa alla gestione della pandemia ad aver subito continue modifiche in risposta all'evoluzione della situazione sanitaria nonché delle conoscenze mediche. Basti pensare alle limitazioni imposte alla libertà di circolazione, al diritto allo studio e all'esercizio delle attività produttive e lavorative, che sono state nel tempo modificate e infine revocate, sempre sulla base dell'andamento della situazione epidemiologico-sanitaria e dell'evoluzione degli strumenti offerti dalla scienza medica per fronteggiarla".

[78] In questi termini, riprendendo spunti del pensiero di Max Weber, H. DREIER, *Wertfreiheit*, Piccole Conferenze, Modena, 2020, 43.

(l'Organizzazione mondiale della sanità o i *Centers for disease prevention and control* statunitensi), le quali hanno attestato concordemente la sicurezza e la qualità dei vaccini per fronteggiare l'infezione da SARS-CoV-2, oggetto di immissione in commercio, e la efficacia di essi nella riduzione della circolazione del virus, scientificamente attestata e monitorata.

Tali dati, in quanto raccolti ed elaborati dalle autorità scientifiche di settore, secondo la Corte costituzionale conferiscono un appropriato fondamento alla scelta legislativa circa l'obbligo vaccinale che la rende, quindi, non irragionevole rispetto allo scopo di ridurre la diffusione di un virus altamente contagioso in modo ubiquo in tutto il mondo e che può venire contratto da chiunque, caratterizzato, com'è, per rapidità e imprevedibilità di circolazione. Non si sarebbe potuto, comunque, far ricorso a dati provenienti da fonti diverse, ancorché riferibili a vari "esperti" del settore anziché alle autorità scientifiche istituzionali, potendosi ancorare, solo in tal modo, il prodotto parlamentare a criteri della cui non opinabilità è possibile avere oggettivo riscontro[79].

La vaccinazione obbligatoria degli operatori sanitari, unitamente alle ulteriori misure di protezione collettiva e individuale per la prevenzione della trasmissione degli agenti infettivi nelle strutture sanitarie e negli studi professionali, per altro, esprime valenza multipla: consente di salvaguardare l'operatore rispetto al rischio infettivo professionale, contribuisce a proteggere i pazienti dal contagio in ambiente assistenziale e serve a difendere l'operatività dei servizi sanitari, garantendo la qualità delle prestazioni erogate, e contribuisce a perseguire gli obiettivi di sanità pubblica.

6. L'applicazione del "principio di precauzione" di fronte alle prime incertezze scientifiche.

Sono di competenza del giudice amministrativo le questioni concernenti la legittimità dei ben noti d.P.C.M., atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, avverso i quali -come, per altro, ha confermato la Corte costituzionale[80] -possono essere dedotti i classici vizi di legittimità, ivi compreso l'eccesso di potere *sub specie* della carenza di adeguata istruttoria e motivazione[81].

Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità di tali provvedimenti è chiamato a pronunciarsi un organo consultivo, istituito per intervenire nel processo di attuazione delle norme generali contenute nei decreti-legge governativi mediante i menzionati decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che danno attuazione alle regole generali previste dalla fonte primaria, da adottarsi,

[79] Cfr., ancora, la sentenza n. 14/2023, punto n. 11; ma anche le sentenze n. 127 e 171 del 2022 della stessa Corte costituzionale.

[80] Cfr. la sentenza 12 marzo 2021, n. 37, al punto n. 9.1.

[81] In questi termini, Consiglio di Stato, sez. III, n. 7547 del 2022.

pertanto, sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico, di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630 (cfr. l'art. 2 del d.l. n. 19/2020)[82].

In varie circostanze, il giudice amministrativo ha ritenuto che il "principio di precauzione" potesse costituire, in un contesto di forte congestione del sistema sanitario nazionale, valido motivo per l'adozione di misure, almeno nella prima fase emergenziale, incisivamente restrittive di libertà individuali e collettive (come, ad esempio, le attività scolastiche, legittimando, quindi, il ricorso alla DAD - didattica a distanza).

La "precauzione", di derivazione eurounitaria (art. 191 TFUE), contemperata dall'applicazione dei correlati principi di adeguatezza e proporzionalità (che richiedono misure congrue rispetto al livello prescelto di protezione e presuppongono un'analisi dei vantaggi e degli oneri derivanti, atteso che queste possono trovare applicazione solo se strettamente necessarie), viene ragionevolmente invocata già in relazione al primo contesto di emergenza sanitaria, caratterizzato dalla circolazione di un virus sul cui andamento non esistevano certezze nella comunità scientifica, con la conseguenza che, non essendo ben conosciuti, né prevedibili con ampia certezza, i rischi indotti dalla frequenza della scuola in presenza, l'azione della pubblica amministrazione ben poteva tradursi in una "prevenzione anticipata" rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, a tutela del valore primario della salute, anche in attesa dell'intervento del legislatore al fine di dare maggiore stabilità e certezza alla regola giuridica tecnica disposta in sede amministrativa.

Del resto, lungi dal vietare l'adozione di qualsiasi misura in mancanza di certezza scientifica quanto all'esistenza o alla portata di un acclarato rischio sanitario, il principio di precauzione può giustificare l'adozione di provvedimenti di protezione quand'anche permangano in proposito margini di incertezza scientifica[83].

[82] In argomento: A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2022, 521 ss.

[83] Sentenza della Corte di Giustizia UE (Prima Sezione) del 9 giugno 2016, *Giovanni Pesce e a. contro Presidenza del Consiglio dei Ministri e a.*, nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16.

VERSO UNA "NUOVA" AMMINISTRAZIONE DIGITALE
TOWARDS A "NEW" DIGITAL ADMINISTRATION

Antonio Saporito*

SINTESI: Il saggio analizza l'impatto della digitalizzazione nella Pubblica Amministrazione, tra problematiche antiche e spunti per una riflessione.

Parole Chiavi: Digitalizzazione, Pubblica Amministrazione, interoperabilità, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, transizione digitale.

ABSTRACT: *The essay analyzes the impact of digitization in the Public Administration, between ancient problems and ideas for reflection.*

Keywords: *Digitisation, Public Administration, interoperability, National Recovery and Resilience Plan, digital transition.*

SOMMARIO: - 1. L'avvio del processo di digitalizzazione e semplificazione amministrativa: la modernizzazione dell'amministrazione pubblica. Aspetti generali. **- 2.** La digitalizzazione del procedimento amministrativo e le misure previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. **- 3.** La transizione digitale e i nuovi strumenti previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza per una buona amministrazione. **- 4.** Gli investimenti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza in tema di interoperabilità dei dati per garantire una nuova qualità dei servizi pubblici. **- 5.** Dal mercato elettronico della Pubblica Amministrazione fino all'*e-procurement* e le nuove procedure di gestione dei contratti pubblici. **- 6.** L'identità digitale. **- 7.** La digitalizzazione dei servizi sanitari fra limitate competenze europee e nodi problematici a livello statale e regionale. **- 7.1.** Tutela della salute e protezione dei dati personali: opposizione o conciliazione? E' possibile un bilanciamento tra tutela della salute e protezione dei dati? **- 8.** La nascita di un nuovo diritto all'impiego delle tecnologie digitali. **- 9.** La debolezza della *governance* unitaria del processo di innovazione: analisi critica.

1. L'avvio del processo di digitalizzazione e semplificazione amministrativa: la modernizzazione dell'amministrazione pubblica. Aspetti generali.

Nel nostro Paese il rapporto fra Amministrazione ed utilizzo della tecnologia digitale fa parte di una storia lunga e complessa fondata anche sulla successione di

diversi interventi normativi che si sono scontrati con le diffidenze del settore pubblico, protagonista di una scarsa diponibilità all'acquisizione delle competenze necessarie per sfruttare le immense opportunità che offre il ricorso alle tecnologie digitali[1].

Occorre precisare che l'utilizzo delle tecnologie digitali nella Pubblica Amministrazione - PA è un tema non recente, basta infatti pensare come già nel 1979 nel rapporto Giannini[2] il ricorso a tale strumento era già considerato come un valido mezzo per la modernizzazione delle amministrazioni pubbliche; tuttavia, a distanza di quasi mezzo secolo, il ricorso agli strumenti informatici viene ancora considerato solo come mezzo per semplici operazioni di passaggio dal cartaceo al digitale e non viene ancora percepito come uno strumento che consentirà una trasformazione radicale dell'organizzazione dell'attività amministrativa.

Un rapporto, quello di Giannini, di oltre quarant'anni fa che, purtroppo, sembra prodotto oggi. Il testo è disarmante. Infatti, decontestualizzato temporalmente, esprime un progetto quanto mai attuale anche ai nostri giorni, creare un polo centralizzato composto dai soli sistemi effettivamente utilizzati a seguito di un'attività di monitoraggio.

Nel corso degli anni si è assistito, in materia di utilizzo delle tecnologie digitali nella Pubblica Amministrazione, allo sviluppo di un florido quadro normativo che inizialmente si è limitato a predisporre discipline settoriali riguardanti l'attività di certificazione, oltre che all'ammissione di supporti informatici accanto a quelli cartacei, mentre in un secondo momento si è assistito all'avvento di regole di carattere generale protese ad introdurre principi organizzativi, come ad esempio la interoperabilità delle banche dati delle diverse amministrazioni, nonché l'introduzione del fascicolo elettronico e la disciplina di nuovi strumenti informatici, come SPID (Sistema pubblico di identità digitale) e CIE (Carta di identità elettronica), tutte misure finalizzate a facilitare il rapporto fra amministrazione e cittadini[3].

Con il processo di attuazione del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza (d'ora in avanti anche solo "PNRR" o "Piano"), inoltre, sono state previste misure organizzative che intervengono direttamente sull'articolazione interna di ogni amministrazione

---

[1] * *Dottore di ricerca e Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo, Docente a contratto di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Bergamo.*
TORCHIA L., *Lo Stato digitale,* Bologna, 2023, pag 97.

[2] Il riferimento è al noto "*Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*" di GIANNINI M.S., inviato alle Camere nel 1979.

[3] TORCHIA L, *Lo Stato digitale, cit.,* pag. 98 ss.

pubblica e per fare un esempio a tal riguardo si pensi alla figura del responsabile per la transizione digitale, figura strategica interna a tutte le pubbliche amministrazioni utile per la trasformazione digitale della PA. La figura del responsabile per la transizione digitale è stata introdotta con il D.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale - CAD) e successivamente con i decreti legge nn. 179/2016 e 217/2017 di modifica al CAD, e disciplinata dall'art. 17 (del CAD stesso). Nel decreto legge n. 179/2016 si estende a tutte le amministrazioni l'individuazione di un ufficio dirigenziale a cui affidare la transizione alla modalità operativa digitale. Con il decreto legge n. 217/2017 viene precisato il concetto di Responsabile per la Transizione Digitale, integrando i suoi compiti con il coordinamento e la diffusione dei sistemi di identità e domicilio digitale, integrazione e interoperabilità tra i sistemi della PA e acquisti di soluzioni e sistemi informatici.

A queste misure di carattere generale vanno ad aggiungersi, soprattutto nell'ultimo periodo, norme che disciplinano l'utilizzo degli algoritmi e di soluzioni tecnologiche nell'ambito del procedimento decisionale amministrativo[4], nonché nella gestione dei contratti pubblici, temi, questi ultimi, che analizzeremo nel prosieguo di questo lavoro[5].

Il percorso di innovazione tecnologica delle amministrazioni pubbliche inizia nel 2005 con l'introduzione dell'articolo 3 bis alla legge n. 241/1990 intitolato "*Uso della telematica*", che così recita: "*per conseguire una maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti telematici e informatici nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*". Sempre nel 2005, come anticipato, è stato approvato il Codice dell'amministrazione digitale - CAD avente come finalità quella di raccogliere tutte le norme in materia di ricorso alle tecnologie digitali applicabili a tutte le amministrazioni pubbliche; l'impianto normativo di questo Codice, tuttavia, è stato oggetto di una serie di modifiche negli ultimi anni per due ordini di ragioni. In primo luogo perchè la materia oggetto di disciplina è in continua evoluzione e la sua carica di innovatività rappresenta il suo valore, pertanto il succedersi nel tempo di nuovi sviluppi influisce inevitabilmente sulla stabilità della

[4] Sul tema si segnala il contributo di MATTALIA M., *Dall'amministrare con il silenzio all'amministrare con gli algoritmi,* in *Dir. Amm.,* fasc. 3, 1 settembre 2022, pag. 831 ss.

[5] In tema di utilizzo di tecnologie digitali si segnala il contributo di RODOTA' S., *Tecnologie e diritti,* Bologna, 2021.

disciplina che non può che essere una disciplina a maglie larghe per non diventare rapidamente obsoleta.

In secondo luogo perché la tecnologia è stata considerata, almeno ad opera di buona parte degli interventi normativi adottati dal legislatore, come strumento di modernizzazione dell'amministrazione nonché di semplificazione del suo funzionamento. In alcuni casi si è però assistito solo all'avvento di norme di annuncio che non hanno introdotto una disciplina con effetti significativi.

Una delle prime questioni affrontate dal CAD si incentra sulla maggiore difficoltà dei cittadini di interfacciarsi con le amministrazioni attraverso il ricorso alle tecnologie digitali. Infatti, se è vero che la digitalizzazione può rappresentare un valido strumento per la modernizzazione e semplificazione, d'altro canto, non può ignorarsi che la stessa possa rappresentare una limitazione della capacità del cittadino di interfacciarsi concretamente con l'amministrazione tradizionale. Infatti l'amministrazione digitale può, paradossalmente, apparire più opaca, meno accessibile e meno comprensibile per il cittadino e l'uso di strumenti informatici può ridurre la capacità di interazione ed interlocuzione[6].

Per quanto concerne l'utilizzo delle tecnologie digitali il CAD prevede una specifica sezione dedicata alla cittadinanza digitale, che sancisce un principio generale in base al quale l'utilizzo della tecnologia deve essere riconosciuto a chiunque, in modo accessibile ed efficace[7]; lo stesso codice prevede inoltre che tanto le comunicazioni ad iniziativa di parte, quanto quelle ad iniziativa d'ufficio, debbano avvenire tramite ricorso esclusivo alle tecnologie dell'informazione; inoltre, sempre tramite l'utilizzo di strumenti tecnologici le amministrazioni devono adottare e comunicare alle imprese gli atti che le riguardano[8].

---

[6] ZOPPOLI L - MONDA P, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.2, 1 giugno 2020, pag. 312, ove si precisa che "*Nel proporre alcune prime riflessioni, giova precisare, anzitutto, che l'incontro tra innovazione tecnologica e amministrazione non nasce oggi, ma almeno vent'anni fa. In quest'arco di tempo si è passati dalla discussione sull'e-government a quella sull'amministrazione digitale: si vuole così alludere a un uso della tecnologia non più limitato a "dematerializzare" gli atti, bensì diretto ad ampliare l'azione amministrativa verso nuovi servizi e nuove forme di esercizio dei propri compiti. Proprio la sinergia con l'innovazione nei servizi ha collocato la digitalizzazione al centro di importanti interventi sia europei sia nazionali con una spinta importante ad ampliare l'offerta digitale delle amministrazioni*".

[7] CAROTTI B., *IL correttivo al codice dell'amministrazione digitale: una meta riforma,* in *Giornale di Diritto amministrativo,* 2018, n. 2, pag. 131

[8] Per una lettura in chiave critica della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche si segnala il contributo di CARLONI E., *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni* , in *Diritto Pubblico,* 2, 2019, pag. 364 ove l'autore precisa che "*Mentre le dinamiche sociali*

Per la tutela dei diritti di cittadinanza digitale per le amministrazioni pubbliche una serie di obblighi e cioè:

- l'obbligo di garantire servizi online semplici ed integrati che permettano l'accesso tramite l'identità digitale;

- l'obbligo di assicurare la connettività presso gli uffici pubblici;

- l'obbligo di gestire i procedimenti amministrativi tramite la costituzione di un fascicolo informatico, che dovrà essere alimentato da tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento ed al contempo, rispetto a tale fascicolo, gli interessati devono poter esercitare il diritto di accesso in via telematica.

Esaminati gli elementi che dovrebbero caratterizzare l'amministrazione digitale, occorre precisare che vi sono numerosi aspetti critici circa il passaggio dall'amministrazione cartacea a quella digitale[9]. Ad esempio, il ritardo nella traduzione dell'innovazione tecnologica in innovazione amministrativa, che era già stato evidenziato da Giannini[10] oltre un quarantennio addietro.

In realtà, il processo di digitalizzazione ha accumulato notevoli ritardi nel nostro Paese soprattutto perchè, durante la fase di avvio dello stesso, tutto è stato rimesso alla scelta delle singole amministrazioni che hanno dovuto scegliere, per avviare concretamente tale processo, di autofinanziarsi tenendo conto dei numerosi tagli subiti, interrotti da sorprendenti finanziamenti *ad hoc*, che pertanto suggerivano l'idea, assolutamente sbagliata, di una digitalizzazione che avrebbe dovuto autosostenersi[11].

---

e tecnologiche conoscono una straordinaria accelerazione, le condizioni, normative e materiali, delle pubbliche amministrazioni meritano di essere approfondite per riflettere sulla possibilità, al tempo stesso sulla capacità e volontà, che queste hanno (o meno, e per quali ragioni) di approfittare del proprio, ingente, patrimonio conoscitivo e in termini più complessivi delle opportunità di innovazione che discendono dalle trasformazioni tecnologiche e sociali in corso. E al contempo vanno colte le tendenze di fondo, nei processi di digitalizzazione e nelle politiche di riforma che li hanno ispirati e accompagnati, per riflettere sulle reali dinamiche di trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni".

[9] CARLONI E., *Algoritmi su carta cit.*, pag. 366 ss.

[10] Sullo stretto rapporto tra riforme amministrative e progresso tecnologico, spesso ricondotto già alle notazioni in materia di GIANNINI M.S., cfr. CAMMELLI M., *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2014, p. 86.

[11] La Commissione europea, nel definire gli obiettivi che guideranno il processo di trasformazione dei singoli paesi verso un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva, caratterizzata da alti livelli di occupazione, di produttività e di coesione sociale, ha individuato nell'"Agenda europea del digitale" una delle sette "iniziative-faro". L'obiettivo è accelerare la diffusione dell'internet ad alta velocità e sfruttare i vantaggi di un mercato unico del digitale per famiglie e imprese: Commissione europea, Programma Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, (COM (2010)2020, 3 marzo 2010.

In realtà, tale approccio discontinuo al tema digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche, che avrebbe richiesto l'attribuzione alle stesse di risorse adeguate rientranti in un processo complessivo di riforma dell'organizzazione delle attività amministrative pubbliche, ha indubbiamente contribuito al rallentamento a cui si è assistito nel corso di quasi vent'anni rispetto alle prospettive di digitalizzazione delineate nelle politiche e nei piani di *eGovernment*. Benchè non possa dirsi in assoluto che la spesa in materia di *Information and Communication Technology* - ICT sia (e sia stata) bassa nel nostro Paese. Una spesa però frammentata, che ha faticato e fatica a tradursi in effettiva innovazione percepibile sul fronte della qualità dei servizi[12].

Una delle ragioni che hanno impedito la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche è costituita dalla mancanza di adeguate professionalità interne alle stesse: problematica quest'ultima che si è ulteriormente acuita nel corso dell'ultimo ventennio, anche a fronte dell'evoluzione del sistema amministrativo[13].

Da lungo tempo la burocrazia attanaglia le nostre vite. Impressiona rileggere la descrizione, fatta nel 1866 da un capo-sezione del ministero dell'Interno, con l'elenco delle operazioni e dei tempi necessari per l'emissione di un semplice mandato di pagamento, quindici passaggi (dalla "redazione del decreto di concessione del sussidio" alla "partecipazione dell'emissione alla parte interessata"), per un tempo complessivo di 77 minuti e un costo per lo Stato (in inchiostro, carta, illuminazioni degli uffici, tempo di lavoro) di una lira e 12 centesimi[14].

Nel 2022 sono stati depositati 16.850 ricorsi contro ministeri e Pubbliche amministrazioni. Il dato è già di per sé significativo, ma ciò che più fa riflettere è che 3421 ricorsi sono contro il silenzio di una amministrazione e 1430 per l'ottemperanza a sentenza. Cioè quasi un terzo di tutti i ricorsi presentati è per contestare una Pubblica Amministrazione che non risponde a una istanza o che, peggio ancora, non dà seguito a una sentenza che la condanna. Una burocrazia lenta, complicata, sesquipedale, molto

[12] CARLONI E., *op.cit.*, pag. 367 ss.

[13] I dati raccolti dalla Commissione di inchiesta sulla digitalizzazione evidenziano bene peraltro un dato problematico che è trasversale, tanto al sistema pubblico che a quello privato, infatti «l'Italia registra risultati ben al di sotto della media europea per quanto riguardalo sviluppo del capitale umano»; si rimanda a *Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni, Relazione sull'attività svolta - La digitalizzazione nella pubblica amministrazione italiana: analisi degli errori e valutazione delle priorità, dall'efficacia degli strumenti all'importanza del capitale umano*, approvata dalla Commissione nella seduta del 26 ottobre 2017.

[14] CELOTTO A., *La Pubblica amministrazione di cui abbiamo bisogno. Il commento di Celotto*, in *Formiche.net*, 4 marzo 2023.

procedimentalizzata, che inquieta e intimorisce i cittadini, in un profluvio di moduli, dichiarazioni, carte, tempi di attesa[15].

È un problema serio che fa accrescere la sfiducia nello Stato. Una sfiducia radicata e consolidata da anni, per come già raccontato da Calamandrei nel 1956: questa è "*la maledizione secolare che grava sull'Italia: il popolo non ha fiducia nelle leggi perché non è convinto che queste siano le sue leggi. Ha sempre sentito lo Stato come un nemico. Lo Stato rappresenta agli occhi della povera gente la dominazione. Finora lo Stato non è mai apparso alla povera gente come lo Stato del popolo. Da secoli i poveri hanno il sentimento che le leggi siano per loro una beffa dei ricchi: hanno della legalità e della giustizia un'idea terrificante, come di un mostruoso meccanismo ostile fatto per schiacciarli, come di un labirinto di tranelli burocratici predisposti per gabbare il povero e per soffocare sotto le carte incomprensibili tutti i suoi giusti reclami*"[16].

In una situazione di tal tipo, la mancanza di professionalità all'interno delle amministrazioni ha pregiudicato l'avvio spedito del processo di digitalizzazione.

L'urgenza di individuare professionalità adeguate in grado di cogliere le occasioni che l'utilizzo delle nuove tecnologie concede alle amministrazioni pubbliche si evince anche dallo stesso CAD in tema di formazione informatica dei dipendenti pubblici. Tuttavia, questa precisa esigenza scompare inspiegabilmente quando vengono richieste competenze ai profili professionali più alti che devono essere reclutati dalle amministrazioni pubbliche[17].

La carenza di competenze interne alle amministrazioni pubbliche, considerate come presupposto che agevolerebbe sensibilmente molti dei processi legati alla digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche, non è priva di effetti poiché spesso le varie amministrazioni sono costrette a ricorrere a consulenze private con un notevole aggravio dei costi.

Per ovviare a tale incontestabile fragilità, in base a quanto previsto dal CAD, successivamente rimarcato da una Circolare del Dipartimento della Funzione

---

[15] *Ivi*.

[16] CALAMANDREI P., *In difesa di Danilo Dolci*, Napoli, 2015, ripreso da CELOTTO A., *op.cit*.

[17] Il riferimento è in particolare all'art. 13, relativo alla «*formazione informatica dei dipendenti pubblici*»: le pubbliche amministrazioni, nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili, attuano politiche di reclutamento e formazione del personale finalizzate alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione […] 1-bis. Le politiche di formazione di cui al comma 1 sono altresì volte allo sviluppo delle competenze tecnologiche, di informatica giuridica e manageriali dei dirigenti, per la transizione alla modalità operativa digitale.

Pubblica, ogni amministrazione è obbligata ad affidare ad un unico ufficio dirigenziale la transizione alla modalità operativa digitale e i conseguenti processi di riorganizzazione finalizzati alla realizzazione di un'amministrazione digitale e aperta, di servizi facilmente utilizzabili e di qualità, attraverso una maggiore efficienza ed economicità[18].

Affidando ad un unico soggetto tali servizi, che diventa centro di imputazione della funzione di digitalizzazione, si offre una risposta parziale al problema, dato che, anche un soggetto in possesso della necessaria professionalità non può compensare una problematica ben più ampia: ossia quella della debolezza strutturale delle amministrazioni e della loro capacità di prendere decisioni rapide[19].

2. La digitalizzazione del procedimento amministrativo e le misure previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Il processo di innovazione della Pubblica Amministrazione, realizzabile attraverso il ricorso ai servizi pubblici digitali ed all'impiego massiccio degli strumenti informatici assume un ruolo centrale nella Prima missione del PNRR rubricata "digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo". Nell'ambito del procedimento amministrativo il ricorso alle nuove tecnologie rappresenta un valido strumento per garantire l'efficienza dell'attività amministrativa rendendo maggiormente operativo il funzionamento della macchina pubblica che può così contribuire allo sviluppo economico del Paese[20].

Per comprendere quali sono gli strumenti digitali che hanno fatto o faranno ingresso nel prossimo futuro nel procedimento amministrativo, occorre dedicare qualche cenno alle strategie previste dall'Unione Europea per favorire la transizione digitale.

Fra le misure più rilevanti può citarsi il programma "*Europa Digitale*" collocato nella programmazione del quadro finanziario 2021-2027 attraverso il quale si è dato via al decennio digitale anche per permettere ai Paesi europei di essere competitivi rispetto ad altri Paesi, quali, ad esempio, Stati Uniti, Cina, e Giappone[21].

---

[18] Art. 17 comma 1 D.lgs. n. 82/2005.

[19] Sulla questione si segnala il contributo di MERLONI F., *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi,* in *Diritto Pubblico,* 2013, pag. 481 ss.

[20] CARDONE M., *La digitalizzazione del procedimento amministrativo,* in Bontempi V., Lo Stato digitale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, Roma, 2020, pag. 95 ss.

[21] Regolamento UE n. 2021/694, del 29 aprile 2021, che istituisce il programma Europa digitale e abroga la decisione (UE) 2015/2240. Il programma Digital Europe si propone di affrontare la sfida della

Lo stesso tenore assume la *Comunicazione sulla Bussola per il digitale del 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, con la quale l'Unione fissa quello che sarà il quadro generale e gli obiettivi da perseguire per la *digital transformation*[22]. E' stato però in occasione degli stravolgimenti causati dalla crisi pandemica del 2020 che la trasformazione digitale ha rappresentato una priorità fondamentale perseguita dal Next Generation EU (d'ora in avanti anche "NGEU"), nel quale viene evidenziata la necessità di implementare il ricorso alle soluzioni tecnologiche soprattutto all'interno della Pubblica Amministrazione[23]. In risposta al NGEU il PNRR ha previsto lo stanziamento di 9,75 miliardi di euro diretti alla digitalizzazione della PA attraverso la realizzazione di infrastrutture digitali volte a trasformare i servizi pubblici in formato digitale rendendo gli stessi accessibili da tutti i cittadini ma, soprattutto, sicuri[24].

Il nostro Paese, sulla spinta dell'Unione Europea, in tal modo ha dato vita ad un poderoso programma di riforme dell'amministrazione digitale[25].

Per quanto riguarda gli effetti della digitalizzazione sul procedimento amministrativo, la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione influisce anche sul

digitalizzazione anche mediante i finanziamenti disponibili degli altri programmi dell'Unione europea, come il programma Horizon Europe per la ricerca e l'innovazione e il Connecting Europe Facility per le infrastrutture digitali, il Recovery and Resilience Facility e i fondi strutturali.

[22] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia per il mercato unico digitale, 6 maggio 2015. Si veda anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Plasmare il futuro digitale dell'Europa, 19 febbraio 2020.

[23] Per un approfondimento sulla digitalizzazione dei servizi pubblici nell'ambito dell'Unione Europea, si segnala M. CARDONE, D. FOÀ, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione*, in *Munus – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 3/2020, p. 595.

[24] Cfr. SGUEO G., *Lo Stato digitale nel PNRR – La transizione digitale dei procedimenti amministrativi*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 22 Giugno 2021. Secondo l'autore, la transizione digitale dei procedimenti amministrativi ha natura trasversale rispetto all'azione di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, per cui la stessa è influenzata da (e a sua volta influenza) tutte le aree di intervento della digitalizzazione del settore pubblico.

[25] L'Italia è stato il primo Paese europeo a legiferare in materia di amministrazione digitale e il dibattito circa l'utilizzo delle tecnologie informatiche nell'Amministrazione ha avuto inizio negli anni Settanta, ma solo dagli anni Novanta si sono registrati i primi interventi legislativi sul tema. Il primo riferimento organico per l'informatica nella Pubblica Amministrazione è stato il D.lgs. n. 39/1993, il cui obiettivo era disciplinare la progettazione, lo sviluppo e la gestione dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni statali. Per un maggior approfondimento, cfr. Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla digitalizzazione e l'innovazione della PA, 13 febbraio 2020.

suo *modus operandi* imponendo, pertanto, che lo stesso procedimento amministrativo sia non solo digitalizzato, ma anche semplificato[26].

Il procedimento amministrativo, per effetto della digitalizzazione, ne subirà le conseguenze in quanto, anche alla luce delle modifiche apportate alla legge n. 241/1990, attraverso l'inserimento dell'art. 3 bis al quale si è già fatto cenno, nonché alla luce delle novità previste dal Codice dell'Amministrazione digitale, ha cominciato a prendere forma un nuovo procedimento amministrativo nel quale atti, documenti e dati sono formati dalla PA attraverso il ricorso a strumenti telematici, oltrepassando il solo utilizzo del documento amministrativo cartaceo[27].

La modernizzazione dell'azione amministrativa ha influito non solo sull'organizzazione degli apparati pubblici, ma anche sulle procedure per il perseguimento degli interessi pubblici e l'effetto prodotto, attraverso il pieno ingresso dell'informatica nella PA, è stato quello di snellire e rendere più rapidi i procedimenti[28]. La fase dell'avvio del procedimento in via telematica ha comportato come effetto un mutamento radicale dell'attività di front-office della PA, in quanto ha permesso al cittadino d'interfacciarsi con la stessa anche tramite il ricorso a piattaforme informatiche mediante l'utilizzo dello SPID oppure con ricorso alla firma digitale[29].

Nella prospettiva di incentivare il ricorso alla tecnologia digitale il Piano ha previsto un potenziamento dei meccanismi di identificazione tramite SPID e CIE, sostenendo

[26] Il Piano Nazionale Di Ripresa e Resilienza non dedica alcuna missione o componente al procedimento amministrativo, ma incede su di esso in via indiretta.

[27] In particolare, l'art. 3 bis della legge sul procedimento, rubricato «Uso della telematica», prevede che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Inoltre, a seguito della c.d. riforma Madia, in attuazione del principio del digital first, si è pervenuti ad una progressiva digitalizzazione del procedimento amministrativo che, ai sensi dell'art. 41 del CAD, deve ora svolgersi attraverso le ICT. Si evidenzia, inoltre, che anche il mero utilizzo degli strumenti informatici in sostituzione di quelli cartacei, o comunque tradizionali, ha dato adito a questioni interpretative di non scarso rilievo. Cfr. A.G. OROFINO, *L'esternazione informatica degli atti amministrativi*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), La tecnificazione, vol. IV, in L. FERRARA, D. SORACE, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 181 ss. Inoltre, come è stato osservato da G. COZZOLINO, *Codice dell'amministrazione digitale,* in Digesto online Wolters Kluwer, 2012, l'obiettivo principale del CAD è stato quello di «assicurare la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione»

[28] G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018, pp. 40 ss.

[29] DEODATI M., *Il nuovo procedimento amministrativo digitale. Principi e metodi operativi*, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 37 ss.

l'adozione di piattaforme nazionali di servizi digitali, diffondendo il sistema di pagamento PAGO PA, e l'app IO punto di accesso unico per i servizi digitali della PA[30].

L'implementazione di tali misure è stata supportata dal decreto legge n. 76/2020 e dal decreto legge n. 77/2021: con il primo è stato implementato il sistema di identità digitale per tutte le amministrazioni, mentre con il secondo, al fine di aiutare soggetti anziani o con disabilità, è stato istituito il servizio di delega delle identità digitali, ossia lo strumento tramite cui gli utenti impossibilitati a utilizzare in autonomia i servizi online dell'INPS possono delegare una persona di fiducia all'esercizio dei propri diritti nei confronti dell'Istituto. Ogni persona può designare un solo delegato. Ogni delegato può essere designato tale da non oltre tre persone. Il limite delle tre deleghe non si applica ai tutori, ai curatori e agli amministratori di sostegno. Questi soggetti possono inviare la documentazione, firmata digitalmente, anche attraverso una PEC alla struttura territorialmente competente[31].

Tali innovazioni hanno influito anche sulla seconda fase del procedimento amministrativo, ossia quella dell'istruttoria, che costituisce un passaggio piuttosto complesso dello stesso in quanto prevede l'acquisizione di atti amministrativi endoprocedimentali (pareri, valutazioni tecniche, certificazioni), e dati di privati (come memorie, osservazioni, richieste di accesso ai documenti).

E' evidente, infatti, che l'attività che caratterizza la fase istruttoria è di tipo ricognitivo ed, in considerazione dell'ampiezza dei dati che durante il suo svolgimento occorre gestire, si è pervenuti ad una progressiva digitalizzazione del procedimento amministrativo, tanto che il legislatore ha previsto che, ove sia necessario provvedere all'acquisizione di nuova documentazione, questa possa essere trasmessa alla Pubblica Amministrazione con qualsiasi strumento informatico che consenta di stabilire quale sia la fonte di provenienza, ad esempio la posta elettronica certificata (PEC).

[30] Applicazione «IO» è stata prevista in conformità con l'articolo 64 bis del Codice dell'Amministrazione Digitale, al fine di istituire un unico punto di accesso per tutti i servizi digitali, erogato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri. Inoltre, ad oggi ci sono oltre 5 mila Enti pubblici che hanno portato più di 12 mila servizi su questo nuovo canale digitale. Secondo gli sviluppatori dell'applicazione, ogni giorno fanno il loro ingresso nella app quasi 30 enti pubblici, che rendono disponibili circa 50 nuovi servizi. Il numero dei download dell'app, a maggio 2021, ha superato gli 11,3 milioni, con 3,4 milioni di utenti che la usano quotidianamente. Per un approfondimento, si veda G. SGUEO, *Lo Stato digitale nel PNRR – La transizione digitale dei procedimenti amministrativi*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 22 Giugno 2021.

[31] SGUEO G., CAROTTI B., *Identità digitale*, in Bontempi V., Lo Stato digitale, *cit.*

Durante la fase istruttoria, inoltre, per facilitare all'amministrazione competente l'acquisizione delle informazioni necessarie, quando quelle acquisite non siano sufficienti, è prevista la possibilità di reperire i dati necessari attraverso i sistemi procedimentali delle altre amministrazioni.

In questo modo, attraverso il ricorso ai sistemi di altre amministrazioni, l'amministrazione procedente durante lo svolgimento dell'istruttoria può disporre velocemente di una immensa quantità di informazioni delle quali non avrebbe potuto avere contezza con la tradizionale istruttoria ancorata al supporto cartaceo[32].

Proprio riguardo all'interoperabilità fra le varie banche dati delle diverse amministrazioni è intervenuto il PNRR che ha previsto uno stanziamento di 0,65 miliardi di euro al fine di migliorarne la qualità. Infatti, proprio ricorrendo ai benefici dell'interconnessione delle proprie basi informative, le amministrazioni pubbliche possono ridurre tempi e costi assicurando ai cittadini ed alle imprese un servizio estremamente efficiente e trasparente[33].

La totale interoperabilità dei dati rappresenta uno degli obiettivi perseguiti dal PNRR che prevede l'istituzione di una Piattaforma Digitale Nazionale dei dati (PDND), così come stabilito dal nuovo articolo 50 ter del CAD; ogni ente, pertanto, farà confluire le proprie informazioni all'interno di tale Piattaforma attraverso un catalogo di interfacce digitali.

Con l'istituzione di tale Piattaforma Nazionale il nostro Paese potrebbe rientrare a pieno titolo nell'iniziativa europea protesa alla creazione di uno Sportello Unico

---

[32] NATALINI A., *Procedimenti amministrativi e sistemi informativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1999, pp. 449, 468 e 469. O ancora, per un approfondimento sul legame intrinseco che intercorre tra l'introduzione del documento informatico e del sistema di gestione informatica dei documenti e il processo di semplificazione degli oneri di documentazione amministrativa fatti gravare sul cittadino, si veda GUERRA M.P., *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili dell'accesso inter-amministrativo telematico. Tra testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2005, p. 527.

[33] L'interoperabilità è uno dei punti centrali del Piano Triennale 2020-2022, varato da AgID – Agenzia per l'Italia Digitale e dal Dipartimento per la Trasformazione digitale e assume un peso specifico anche nelle strategie dell'UE, al fine di eliminare le barriere che limitano la costituzione del Mercato unico dei dati in Europa. I Paesi dell'UE, infatti, devono seguire un approccio comune al fine di rendere disponibili online i propri servizi pubblici, integrandoli end- to-end, gestendo le fonti di informazione, occupandosi delle norme di sicurezza e di protezione dei dati e facendo in modo che i servizi siano accessibili non solo all'interno dei loro confini nazionali, ma anche tra paesi e settori politici. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, European Interoperability Framework – Implementation Strategy, 23 marzo 2017, COM/2017/134.

Digitale Europeo introdotto con il Regolamento UE n. 1724/2018 che persegue la finalità di uniformare, nel contesto europeo, l'accesso ai servizi pubblici ritenuti di particolare importanza[34].

Fra gli strumenti previsti dal PNRR, inoltre, che permetteranno una effettiva valorizzazione del patrimonio informativo a disposizione degli enti pubblici, compare la possibilità di implementare il cloud nazionale, che nelle complessive politiche a sostegno del processo di digitalizzazione, rappresenta un vero e proprio caposaldo che permetterà di risolvere gran parte delle difficoltà connesse alla presenza di numerose banche dati che fanno capo alle singole amministrazioni, le quali, obbedendo a regole differenti, possono ostacolare l'effettiva interoperabilità[35].

La realizzazione del cloud permette di attuare concretamente il principio dell'*once only* che consente al privato, che entra in contatto con una singola amministrazione, di varcare la porta di accesso del sistema cloud arricchendo, così, le informazioni in possesso dell'Amministrazione considerata nel suo complesso.

Attraverso il sistema *cloud first*, quindi, diventa possibile garantire una effettiva interconnessione dei dati che vengono raccolti dalle singole amministrazioni, ciò che secondo la dottrina permette "*di creare un ecosistema nuovo, con grandi potenzialità tanto in chiave di maggiore efficienza della gestione dei dati, quanto di nuove possibili prospettive di interazione dei privati con le amministrazioni*"[36].

Una volta conclusa la disamina dei benefici dei quali usufruirà la fase istruttoria dei procedimenti amministrativi grazie all'interoperabilità fra le varie banche dati, che permette l'acquisizione veloce e completa dei dati necessari per lo svolgimento del

[34] Per un approfondimento, si veda BUTTARELLI G., *Lo Stato Digitale nel PNRR – Dati ed interoperabilità nella pubblica amministrazione*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 20 luglio 2021.

[35] Secondo il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, il passaggio al cloud consentirà di razionalizzare e consolidare molti dei data center oggi distribuiti sul territorio, a partire da quelli meno efficienti e sicuri (il 95% dei circa 11mila data center utilizzati dagli enti pubblici italiani presenta carenze nei requisiti minimi di sicurezza, affidabilità, capacità elaborativa ed efficienza). Inoltre, secondo un'analisi dell'Agenzia per l'Italia Digitale sulla razionalizzazione del patrimonio ICT in cui sono stati censiti 1252 datacenter. L'82% delle PA consultate ha dichiarato di possedere un data center di proprietà, il restante 18% di affidarsi a data center di terzi. Dal censimento è emerso che il 13% dei data center è stato realizzato prima del 1996, il 28% tra il 1996 e il 2005, il 46% tra il 2006 e il 2015, il 13% dopo il 2015. Il 64% dei data center censiti sono stati oggetto di un ultimo intervento di ammodernamento dopo il 2015, mentre il 36% prima del 2015. In base ai dati raccolti nella rilevazione, oltre il 42% delle PA afferma di aver già adottato servizi cloud, il 22% di prevederne un prossimo utilizzo, mentre il restante 36% non ne ha ancora previsto l'adozione.

[36] CARDONE M., *op.cit.*, pag. 103 ss.

procedimento, è necessario soffermarsi sulla distinzione fra procedimento vincolato e procedimento discrezionale. Infatti, nel caso di procedimento vincolato la PA effettua esclusivamente un'attività di verificazione dei dati limitandosi ad accertare quei fatti che rappresentano il presupposto del provvedimento finale. La situazione, invece, cambia nell'ipotesi di procedimento discrezionale ove l'Amministrazione è chiamata a compiere operazioni intellettive con le quali valuta gli interessi in gioco e decide, in base agli stessi, quale tipo di provvedimento finale adottare[37].

Proprio la distinzione fra procedimento vincolato e discrezionale assume grande rilevanza per stabilire quando la PA possa utilizzare gli algoritmi informatici per adottare decisioni informatizzate. Questo specifico tema, genera dubbi in dottrina e giurisprudenza[38], dato che in caso di procedimento vincolato, che implica l'esercizio di una mera attività di verificazione da parte della PA, non vi sono ostacoli che impediscono il ricorso agli algoritmi che agevolano il procedimento decisionale[39]; la situazione invece diventa più complessa nel momento in cui l'Amministrazione sia chiamata ad effettuare una ponderazione degli interessi. A tal proposito la giurisprudenza si è interrogata su una questione, ossia se l'Intelligenza Artificiale possa essere in grado di replicare i processi cognitivi propri dell'intelligenza umana fino al punto da sostituirsi, ad esempio, ad un funzionario pubblico adottando un decisione automatizzata[40].

---

[37] FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, n. 7, 2017, p. 26.

[38] Soprattutto in dottrina, infatti, sono ancora molte le opinioni discordanti sulla possibilità di ammettere l'uso dello strumento predittivo nell'attività amministrativa discrezionale. Per una lettura più esaustiva, si vedano CAVALLO PERIN R., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 305 ss; DI MARTINO A., *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2020, pp. 599 ss.; NICOTRA I.A., VARONE V., *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019; Inoltre, si veda anche la giurisprudenza, che nel corso del tempo ha ammesso in più occasioni la compatibilità del procedimento amministrativo con gli algoritmi informatici. Sul punto, si veda TAR Lazio, sez. III bis, n. 6688/2019; Cons. di Stato, sez. VI, n. 2270/2019; Cons. di Stato, n. 8472/2019; Cons. di Stato, n. 881/2020 o, da un ultimo, per un'interpretazione evolutiva di algoritmo applicato a sistemi tecnologici, Cons. di Stato, n. 7891/2021. Per un breve commento a tale sentenza, cfr. CLARIZIA P., *La nozione di algoritmo "tecnologico" secondo una recente decisione del Consiglio di Stato*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale, 2022*.

[39] Per un approfondimento sui procedimenti ad automazione decisionale, cfr. CAVALLARO M.C., SMORTO G., *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019; FERAGINA P., LUCCIO F., *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, p. 10; USAI A., *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, n. 1, 1993;

[40] Cons. di Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

Pur tenendo conto di tali risvolti, e soprattutto dei dubbi circa il fatto che un algoritmo possa sostituire un processo decisionale umano soprattutto quando occorre effettuare una valutazione discrezionale prima di procedere all'adozione del provvedimento finale, d'altra parte, non vi è dubbio che le decisioni che scaturiscono solo dal ricorso all'intelligenza artificiale nei procedimenti amministrativi presentano un indubbio aspetto positivo e cioè l'assenza dell'intervento umano che ne garantisce l'assoluta imparzialità ed oggettività dell'esito[41].

E' evidente, pertanto, che le posizioni della dottrina sulla questione sono agli antipodi. Infatti se per un verso il ricorso all'intelligenza artificiale potrà in concreto agevolare l'Amministrazione adattando i pubblici servizi e migliorandoli attraverso un effettivo sfruttamento dei big data "generati all'interno della PA per ampliare i servizi del settore pubblico[42]", permettendo al nostro Paese di stare al passo con le grandi iniziative dell'Unione Europea[43], tuttavia il ricorso agli algoritmi nella fase decisionale presenta ancora vari problemi fra i quali figurano le difficoltà connesse al fatto che l'utilizzo di un algoritmo possa consentire l'effettivo rispetto dei principi generali del procedimento. Si pensi ad esempio al principio di trasparenza o all'obbligo motivazionale che difficilmente possono essere rispettati se non viene garantita la conoscibilità dei meccanismi interni del funzionamento del software. Invero, poiché l'algoritmo informatico opera in vari settori che vanno oltre quello giuridico, è necessario che venga tradotta la regola informatica in quella giuridica, in

[41] BONINI P., *Algoritmi, Intelligenza artificiale e machine learning nei processi decisionali pubblici,* in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 20 luglio 2021. Per un approfondimento sugli algoritmi, si veda ZELLINI P., *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, p. 11.

[42] CARDONE M., *op.cit.*, pag. 104 ss. Ove nella nota n. 31 l'autore precisa che La Pubblica Amministrazione può diventare un vero e proprio driver dello sviluppo dell'AI, grazie ai dati che produce e al suo ruolo come acquirente di beni o servizi innovativi. Di conseguenza, è essenziale rendere i dati esistenti utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle normative GDPR, dei principi di privacy by design, ethics by design e human-centred design, e creando forme di aggregazione dei dati (es. data lake). Allo stesso tempo, la disponibilità dei dati è una condizione necessaria ma non sufficiente per progettare una nuova PA: per farlo, è necessario dotarsi di competenze, procedure e strumenti adeguati. Cfr. BIANCHI P., 4.*0 la nuova rivoluzione industriale*, Bologna, 2018, p. 29.

[43]La Commissione europea e gli Stati membri hanno presentato un «Piano coordinato sull'intelligenza artificiale» - COM (2018)795 nel dicembre 2018, con l'obiettivo di massimizzare l'impatto degli investimenti in IA sia a livello europeo che nazionale e rafforzare sinergie e cooperazione tra gli Stati membri. A tal fine, gli Stati membri sono stati fortemente incoraggiati a sviluppare le proprie strategie nazionali di IA come primo passo per raggiungere questi obiettivi e il Programma strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024 del nostro Paese risponde a tale incoraggiamento.

maniera tale da far capire ai destinatari del provvedimento la ratio dell'adozione del procedimento in termini giuridici, in un'ottica di declinazione rafforzata della trasparenza[44].

3. La transizione digitale e i nuovi strumenti previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza per una buona amministrazione.

La transizione digitale ha imposto nuove sfide per la Pubblica Amministrazione e per comprenderne la reale portata occorre soffermarsi su cosa significhi l'espressione "transizione digitale". Con l'espressione transizione digitale si intende l'utilizzo delle *Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione* – TIC all'interno della Pubblica Amministrazione e proprio l'utilizzo di tali tecnologie consente di agevolare la vita dei cittadini all'interno di una società profondamente cambiata[45].

La Commissione Europea, già nel 2003, ha chiarito che *"le amministrazioni non devono concentrarsi sulle TIC in quanto tali ma coniugare l'applicazione di tali tecnologie a un cambiamento organizzativo e all'acquisizione di nuove competenze in modo da migliorare i servizi pubblici e il processo democratico e sostenere le politiche pubbliche"*[46]. Pertanto, le TIC rappresentano esclusivamente uno dei mezzi per il raggiungimento dell'obiettivo finale ossia quello della transizione digitale di tutte le amministrazioni pubbliche. Quindi, l'introduzione delle TIC, soprattutto all'interno dei procedimenti amministrativi, produce come effetto quello di rendere efficiente l'Amministrazione, migliorando, pertanto, da un lato la qualità dei servizi pubblici forniti ai cittadini e diminuendo, d'altra parte, i costi[47].

E' evidente che l'introduzione delle TIC è necessariamente collegata all'esigenza di modernizzare la PA in modo da garantirne una maggiore efficienza, la trasparenza

[44] In dottrina sul tema si segnala il contributo di PREVITI L., *La decisione amministrativa robotica,* Napoli, 2022; PARONA L., *Poteri tecnico-discrezionali e macine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa,* in PAJNO A., DONATI F., PERRUCCI A. (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione,* vol. 2, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione,* Bologna, 2022, pag. 131; AVANZINI G., *Decisioni amministrative ed algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità,* Napoli, 2019.

[45] GALETTA D.U., *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare,* in *Federalismi,* 7, 2022, pag. 104 ss.

[46] Cfr. La Comunicazione della Commissione del 26.09.2003, Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa, p. 4.

[47] Fra i tanti C. ZOTTA, R. AMIT B, J. DONLEVYA, *Strategies for value creation in e-commerce: best practice in Europe, in European Management Journal*, 2000/5, p. 463 ss.

oltre che la semplificazione della sua attività, tutti aspetti che contribuiranno a migliorare i rapporti con i cittadini[48]. Occorre a questo punto, pertanto, stabilire se ed in quale modo l'utilizzo delle TIC da parte della Pubblica Amministrazione possa agevolare l'esercizio dell'attività amministrativa e, soprattutto, se dall'utilizzo delle stesse possono invece scaturire effetti negativi.

Il primo passo per avviare il processo di transizione digitale della Pubblica Amministrazione coincide, quindi, con la dematerializzazione dei tradizionali documenti cartacei fino ad optare per i cosiddetti "nativi digitali".

La dematerializzazione rappresenta il primo passaggio del processo per avviare la transizione digitale ed implicherà un lavoro enorme a carico delle varie pubbliche amministrazioni, grazie al quale sarà possibile migliorare l'efficienza e il controllo dei documenti e la facile condivisione degli stessi, la sicurezza delle informazioni che gli stessi contengono nonché assicurare un notevole risparmio di tempo e risorse.

Il processo di dematerializzazione è iniziato con la creazione dell'Anagrafe nazionale della Popolazione Residente – ANPR. All'interno di tale banca dati sono confluiti i dati di ben 7903 anagrafi comunali, mentre altro esempio di dematerializzazione riguarda il settore sanitario con la creazione del Fascicolo Sanitario Elettronico che ai sensi dell'art. 12, comma 1 del decreto legge n. 179/2012 è "*l'insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generato da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l'assistito, riferiti anche alle prestazioni erogate al di fuori del Servizio sanitario nazionale*[49]. Questi primi esempi di dematerializzazione, soprattutto quello che coincide con la creazione del Fascicolo sanitario elettronico, non sono stati particolarmente positivi; infatti nel fascicolo elettronico sono confluiti documenti cartacei dei quali è stata effettuata una mera scansione che ha permesso la conversione in pdf non indicizzabili, mentre l'indicizzazione del file rappresenta un requisito indispensabile per consentire la fruibilità delle relative informazioni contenute.

La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione richiede il passaggio definitivo dai documenti cartacei ai file digitali e se, per certi aspetti, l'eliminazione dei

[48] Sul punto cfr. D.U. GALETTA, *Public Administration in the Era of Database and Information Exchange Networks: Empowering Administrative Power or Just Better Serving the Citizens?*, in *European Public Law*, Vol 25(2), 2019, p. 171 ss.

[49] MORUZZI M., e-*Health e Fascicolo Sanitario Elettronico*, pubblicato dal *Sole 24ore* nel 2009; ID., *La sanità dematerializzata e il fascicolo sanitario elettronico*. *Il nuovo welfare a «bassa burocrazia,* Roma, 2014.

documenti cartacei implicherebbe notevoli vantaggi poiché eliminerebbe il problema degli spazi da destinare agli archivi della stessa Amministrazione, tale indubbio vantaggio deve comunque tener conto del fatto che purtroppo anche i documenti digitali risultano essere piuttosto vulnerabili dato che con il passare del tempo il software che può consentire la consultazione del documento digitale può non esistere più così come può accadere che il file digitale possa essere distrutto. Da tale circostanza si evince che una delle possibili evoluzioni prospettate potrebbe essere il passaggio al cloud da parte delle pubbliche amministrazioni che però non è semplice e presenta sempre dei rischi. Pertanto considerata l'inevitabile obsolescenza di sistemi hardware e software per garantire il trasferimento dei dati su supporti digitali bisogna garantire e mettere costantemente a disposizione delle amministrazioni adeguate risorse economiche per fronteggiare i costi legati all'amministrazione del sistema, all'aggiornamento delle tecnologie, all'adeguamento delle risorse umane[50]. Pertanto, è evidente che l'archiviazione digitale dei dati impone alle pubbliche amministrazioni una serie di costi incompatibili con la sensibile riduzione dei *budget* a disposizione delle amministrazioni. Tale circostanza è destinata ad assumere rilevanza anche in considerazione di quello che garantirà il PNRR dato che, fino ad oggi, nel nostro Paese si è fatta strada l'idea che tutte le riforme non dovrebbero implicare alcun peso dal punto di vista finanziario[51].

Il ricorso alle TIC è l'effetto dello sviluppo di un ambiente sociale sempre più attento alle pretese che provengono da cittadini, professionisti ed imprese private.

A fronte di queste nuove esigenze, quindi, bisognerebbe disporre di maggiori risorse per soddisfare tali bisogni sociali, trovandosi anche nella condizione di dover far fronte ad un paradosso ossia quello di cittadini sempre più disposti a rivendicare servizi adeguati alle pubbliche amministrazioni, ma d'altro canto, poco disponibili a pagare per ottenere tali servizi, anche perché manca il nesso di causalità tra il pagamento dei servizi e l'efficienza degli stessi.

---

[50] GALETTA D.U., *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare, cit.*, pag. 108 ss.

[51] V. sul punto in D.U. GALETTA, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?,* in *Diritto e Società*, 2017/1, p. 43 ss., par. 6 s. Ma v. anche in D.U. GALETTA, La *trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2016/5, par. 5.8., p. 1054 ss.

Per ovviare a tale problematica inizialmente si è creduto possibile ricorrere all'affidamento esterno dei servizi (*outsorcing*) ritenendo che tale soluzione potesse determinare come effetto una contrazione dell'apparato amministrativo che avrebbe dovuto determinare come effetto estremamente positivo la contrazione dei costi, effetto, questo, solo inizialmente accolto positivamente. In realtà, alla luce di tali circostanze, emerge con chiarezza come la Pubblica Amministrazione stia effettuando passi indietro omettendo di esercitare il suo ruolo di garante dell'interesse pubblico. Pertanto, se il sistema dell'*outsourcing* dovesse riferirsi anche ai servizi di dematerializzazione ed archiviazione digitale di documenti pubblici, sorgerebbero evidenti problemi di sicurezza e di protezione dei dati personali. Per queste ragioni sono state accolte con grande favore le novità previste dal PNRR che, contrariamente a quanto finora predicato, si muovono in un'ottica perfettamente opposta individuando risorse da investire all'interno delle pubbliche amministrazioni, puntando non solo sugli strumenti digitali ma soprattutto sulla formazione dei dipendenti pubblici che dovranno confrontarsi con l'utilizzo di tecnologie 4.0.

La domanda da porsi riguarda lo scenario che si prospetta dopo l'attuazione del PNRR e soprattutto cosa accadrà, alla luce del processo di digitalizzazione che coinvolge i servizi della Pubblica Amministrazione, quando le risorse saranno molto più ridotte.

La transizione digitale presenta un nesso con il diritto ad una buona amministrazione[52], che sin dall'approvazione della Carta dei diritti fondamentali non è più un semplice dovere dell'amministrazione ma un diritto fondamentale della persona come dettagliatamente previsto dall'art. 41[53].

[52] La buona amministrazione "riflette un principio generale del diritto dell'Unione, applicabile agli Stati membri quando attuano tale diritto". Così Corte Giust. 10 febbraio 2022, in causa C-219/20, punto 37. In dottrina TRAVI A., *Pubblica amministrazione. Burocrazia o servizio al cittadino?* Milano, 2022; BOSCHETTI B. CELATI B., *La buona amministrazione, Ricerche di Laboratorio futuro*, Istituto Toniolo, settembre 2022; GALETTA D.U., *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano nazione di ripresa e resilienza e problemi ancora da affrontare, cit.*, pag. 112 ss.; NAPOLITANO G., *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo,* in *Riv. Trim dir. pubb.*, 2015, pag. 611 ss; ZITO A., *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 427 ss.

[53] Sul punto vedasi GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *RIDPC*, 2005/3, pp. 819-857.

Proprio tale norma stabilisce che il diritto ad una buona amministrazione comprende una serie di diritti che il cittadino può rivendicare, come ad esempio il diritto ad essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, il diritto di accesso al fascicolo, l'obbligo dell'amministrazione di motivare le proprie decisioni.

Sempre in merito al testo dell'art. 41 della Carta dei diritti UE, parte della dottrina ritiene che tale norma presenta evidenti punti di contatto con l'articolo 97 della Costituzione soprattutto riguardo ai principi di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione[54].

Dopo aver chiarito quali sono i principi alla base del diritto di ogni cittadino ad una buona amministrazione, occorre domandarsi in che modo il ricorso alle TIC, incluso l'uso di algoritmi[55] e di intelligenza artificiale[56], possano contribuire al raggiungimento dell'obiettivo di una buona amministrazione.

La legge che ha dato concreta applicazione al principio di buona amministrazione è, senza alcun dubbio la legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo che ha tradotto in concreto quello che per lunghi anni era stato il suggerimento della dottrina e cioè di assicurare attraverso il procedimento l'imparzialità ed il buon andamento[57].

---

[54] GALETTA D.U., *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare, cit.,* pag. 111 ss.

[55] Un algoritmo può essere definito come un insieme preciso di istruzioni o regole, o come una serie metodica di passaggi che possono essere utilizzati per fare calcoli, risolvere problemi e prendere decisioni. Cfr. R. BENÍTEZ, G. ESCUDERO, S. KANAAN, D. MASIP RODÓ, *Inteligencia artificial avanzada*, Barcelona, 2013, p. 14.

[56] I sistemi di Intelligenza Artificiale utilizzano computer, algoritmi e varie tecniche per elaborare informazioni e risolvere problemi o prendere decisioni. A questo proposito, si diffonde sulla distinzione fra algoritmo e Intelligenza Artificiale, traendone tutta una serie di conseguenze sul piano del ragionamento giuridico, la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 4 novembre 2021, n. 7891.

[57] Sulla legge n. 241/1900 senza pretesa di esaustività Cfr. CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 1 ss.; CARDI E., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXIV, 6 ss.; PASTORI G., *Introduzione*, in F.P. Pugliese, La legge sul procedimento amministrativo. Legge 7 agosto 1990, n. 241. Prospettive di alcuni istituti, Milano, 1999; SANDULLI M.A., *Presentazione. Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: un difficile contemperamento fra accelerazione e garanzie*, in M.A. Sandulli (a cura di), Il procedimento amministrativo fa semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto, Milano, 2000; LONGOBARDI N., *A dieci anni dalla legge n. 241 del 1990. Sulle implicazioni tra organizzazione e attività amministrativa*, in *Rass. Cons. St*., 2001; ID., *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in *www.giustamm.it*, 2005; ID., *I vent'anni della legge 241/1990*, in *Dir. e proc. Amm*., 2011; SATTA F., *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in *www.giustamm.it* n. 4/2005; CERULLI IRELLI V. (a cura di), La disciplina generale dell'azione amministrativa, Napoli, 2006, con saggi di L.

In merito al legame che sussiste fra procedimento amministrativo minuziosamente disciplinato e buon andamento, invece, la Corte costituzionale ha mantenuto un atteggiamento cauto e solo dopo un'accurata valutazione degli aspetti coinvolti nel buon andamento della Pubblica Amministrazione ha condiviso la tesi che collega la disciplina procedimentale ad obiettivi di trasparenza e pubblicità, di partecipazione e di tempestività dell'azione amministrativa che rappresentano, quindi, i valori essenziali in un ordinamento democratico[58].

Dopo l'avvento della legge n. 241/1990, pertanto, i principi di buon andamento ed imparzialità costituiscono la spinta che alimenta la necessità di modernizzare la

ACQUARONE, G. ARENA, F. BASSANINI, M. BOMBARDELLI, L .CARBONE, M. CLARICH, G. CORSO, S. CIVITARESE MATTEUCCI, D. D'ORSOGNA, M. D'ORSOGNA, L. DE LUCIA, D.U. GALETTA, G. GRECO, F. LUCIANI, A. MASSERA, G. MORBIDELLI, G. NAPOLITANO, A. POLICE, M. SANINO, R. SCARIGLIA, S. VASTA, A. ZITO; DE LUCIA L., *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, 87 ss.; CARINGELLA F., *La riforma del procedimento amministrativo* in *Urb e App*. n.4/2005 p. 377 e ss.; CORSO G. e FARES G., *Il nuovo procedimento amministrativo dopo la l. 11 Febbraio 2005 n.15: i punti salienti della riforma*, in *Studium Iuris* 2005, p. 675 e ss.; TRAVI A., *La Legge n.15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.* n. 4/2005 p. 449; MATTARELLA B.G., *Le dieci ambiguità della legge n. 15/2005*, in *Giorn. dir. amm*. n. 8/2005, p. 817 e ss.; MERUSI F., *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 939 ss.; VIPIANA P.M., *Il procedimento amministrativo: nella legge 241 del 1990 riformata dalla legge 241 del 1990 riformata dalla legge n. 69 del 2009*, Padova, Cedam, 2010; GALETTA D.U., *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti "involuzioni"*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3779 ss. Più recentemente, PERFETTI L.R., *Funzione e compito della teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 2014, 53 ss.; SCOCA F.G., DI SCIASCIO A.F. (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?*, Napoli, Esi, 2015, 1 ss.; CHIRULLI P., *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli, Principi e regole dell'azione amministrativa, Milano, 2015, pp. 187 ss; RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2-2016, p. 347 ss., la quale rileva che "*l'attuale conformazione assunta dalla legge n. 241/1990 – a seguito delle pressochè 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*".

[58] Più precisamente si legge nella sentenza Corte Cost. n. 262 del 1997 come "*Con l'anzidetto sistema (v. legge n. 241 del 1990 e successive integrazioni e, per quanto riguarda la Regione Veneto, v. legge regionale 10 gennaio 1996, n. 1, Capo IV) il legislatore ha voluto dare applicazione generale a regole - in buona parte già enucleate in sede di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale - che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico*". Cfr. anche sentenza Corte Cost., n. 104 del 2006.

macchina amministrativa in modo da avviarne la sua riorganizzazione[59]. In questo specifico contesto, pertanto, si collocano le TIC, finalizzate proprio ad agevolare tale processo di innovazione che ha portato all'introduzione dell'articolo 3 bis nella legge n. 241/1990, come innovata dal decreto legge n. 76/2020. La norma recita: "*Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*".

La norma in questione si limita solo ad effettuare una mera enunciazione di principio senza prevedere in che modo e con quali risorse le pubbliche amministrazioni possano avviare tale processo.

Il processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, anche alla luce dell'importanza allo stesso riservato dal PNRR, induce a credere che la previsione in questione (art. 3 bis, legge n. 241/1990) si riferisce, in primo luogo, alla figura del responsabile del procedimento[60], precisandone la sua funzione ossia quella di garantire "l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria" nel rispetto di quanto sancito dall'articolo 6 lett. b) della legge in questione.

Proprio l'articolo 3 bis della legge n. 241/1990 deve essere considerato come una norma che individua un vero e proprio obbligo a carico del responsabile del procedimento di agire con l'ausilio di strumenti informatici e telematici al fine di conseguire una maggiore efficienza. Questa norma inoltre deve essere interpretata congiuntamente a quanto previsto dall'art. 12 del Codice Amministrazione digitale - CAD che ricollega l'utilizzo delle TIC da parte della Pubblica Amministrazione con la finalità di "*Organizzare autonomamente la propria attività per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione*"[61]. In pratica, quindi, il ricorso da parte della PA alle sofisticate

[59] Sul tema si segnala il contributo di NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, *passim*.

[60] In dottrina sulla figura del responsabile del procedimento si veda LAZZARA P., *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in AA.VV., L'azione amministrativa, Torino, 2016; TARULLO S., *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Tomo I, Napoli 2015; RENNA M., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in G. Aren, G. A., C. Marzuol, C. M., E. Rozo Acu, E. R. A. (ed.), La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore, Napoli 2001, pp. 297- 328; ID, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm*., 1994;

[61] D'ANCONA S., Il *documento informatico e il protocollo informatico*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale cit., p. 159 ss. (187 ss.).

tecnologie TIC facilita l'acquisizione non solo di documenti, ma anche di una serie di informazioni attraverso vari strumenti di monitoraggio ormai in uso presso tutte le amministrazioni pubbliche. Pertanto, nel contesto della nuova amministrazione digitale incombe sulla figura del responsabile del procedimento il ruolo di garante dei principi di equità ed imparzialità nella fase istruttoria del procedimento cui fanno riferimento sia l'art. 41 della Carta dei diritti UE che l'art. 97 della Costituzione.

Grava quindi sulla figura del responsabile del procedimento un ruolo importante, visto che deve anche farsi carico di soluzioni organizzative concrete in modo da individuare soluzioni diverse in relazione allo specifico livello di alfabetizzazione informatica dei cittadini facendo fronte direttamente alle conseguenze negative del divario digitale che coinvolge le varie fasce della popolazione[62].

Queste riflessioni evidenziano il ruolo centrale della figura del responsabile del procedimento nel processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione poiché solo grazie ad un'opportuna valorizzazione in concreto di questa figura l'uso delle TIC, da strumento della fase istruttoria del procedimento finalizzato ad un mero efficientamento dell'attività amministrativa, può divenire uno strumento di maggiore garanzia: dunque, di miglioramento generale del rapporto fra PA e cittadini. Non è infatti certamente un caso se questa figura ha attirato l'attenzione anche del Parlamento europeo, che espressamente lo menziona nel contesto della sua Risoluzione del 9 giugno 2016 per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente. E non è nemmeno un caso se il PNRR ha messo in evidenza con tanta enfasi la necessità di investire nei processi di selezione, formazione e promozione dei dipendenti pubblici[63].

Con la predisposizione del PNRR trasmesso dal governo italiano al Consiglio europeo è stato possibile, pertanto, prendere atto della debole capacità amministrativa del settore pubblico italiano tanto che con una Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea per il 2020-2021 indirizzata all'Italia è stato suggerito di

[62] Sul "divario digitale" D'ANCONA S., PROVENZANO P., Gli *strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale* cit., p. 226 ss. Cfr. anche D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle TIC*, in F. Merloni (a cura di), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, p. 209 ss.

[63] GALETTA D.U., *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare, cit.,* pag. 116 ss.

migliorare il funzionamento della Pubblica Amministrazione. A tale raccomandazione hanno fatto seguito ingenti risorse economiche indirizzate alla transazione digitale.

La Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea, inoltre, ha evidenziato altre carenze nell'ambito del processo di digitalizzazione della PA, una particolare "*mancanza di interoperabilità dei servizi pubblici digitali*"[64]. In pratica sono stati riscontrati migliaia di centri di elaborazione dati – CED, fra di loro autonomi, che, attuando il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019 varato dall'AgID - Agenzia per l'Italia digitale, hanno avviato un percorso specifico per la creazione delle infrastrutture digitali.

Proprio riguardo all'interoperabilità l'AgID ha sottolineato come la "*Cooperazione Applicativa" fra Pubbliche Amministrazioni "rappresentasse un elemento chiave: perché si tratta di una soluzione tecnica che consente di condividere automaticamente informazioni tra sistemi informatici e permette dunque la condivisione di servizi*". La stessa Agenzia ha adottato negli ultimi anni una serie di documenti tecnici in cui viene rappresentata l'infrastruttura di cooperazione applicativa fra enti della Pubblica Amministrazione. In pratica, l'intenzione era quella che l'interscambio avrebbe dovuto facilitare l'erogazione di servizi a cittadini ed imprese facilitando il rapporto di questi ultimi con l'Amministrazione.

Negli ultimi tempi, inoltre, si sta cercando di agevolare il passaggio dalla Cooperazione Applicativa ad un nuovo sistema di interoperabilità, nel quale i vari sistemi informatici della PA devono risultare connessi fra di loro e parlare la stessa lingua rendendo disponibile ogni informazione nel momento in cui la stessa sia necessaria.

L'AgID a tal riguardo si è attivata provvedendo all'adozione delle "*Linee guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni* e le *Linee guida Tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici*"[65]. Tali interventi perseguono come finalità quella che tutte le amministrazioni si adeguino alle misure previste al fine di garantire l'interoperabilità dei propri sistemi con quelli di altri soggetti e favorire l'implementazione complessiva del sistema informativo della PA.

[64] Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea 2020-2021 punto 24.

[65] Determinazione n. 547 del 1 ottobre 2021 Adozione delle "*Linee guida Tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici*" e delle "*Linee guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni*.

Parte della dottrina osserva che il nuovo modello di interoperabilità rappresenta, attualmente, l'asse portante per l'informatica nella PA 2020-2022 e costituisce anche il presupposto delle strategie e degli obiettivi inseriti nell'aggiornamento 2021-2023 a tale Piano[66].

4. Gli investimenti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza in tema di interoperabilità dei dati per garantire una nuova qualità dei servizi pubblici.

Uno dei temi oggetto di investimento da parte del PNRR è quello che riguarda il potenziamento della interoperabilità dei dati[67]. L'esigenza che è stata avvertita è quella di rendere comunicanti, fra le diverse amministrazioni, l'immensa quantità di dati a disposizione di ogni ente anche alla luce di molte inefficienze che nel tempo hanno determinato un pessimo coordinamento delle informazioni possedute che ha determinato costi ulteriori ed un notevole aggravio burocratico sopportato da cittadini ed imprese[68].

Nonostante la presenza nell'ordinamento di norme, come l'art. 18, comma 2, legge n. 241 del 1990, che imponevano all'amministrazione procedente di acquisire d'ufficio informazioni già detenute, per motivi istituzionali, da altre amministrazioni, il ricorso a tale criterio generale non ha prodotto i risultati sperati dal legislatore[69].

La necessità, quindi, di predisporre un'effettiva interoperabilità dei dati in possesso delle varie pubbliche amministrazioni ha suggerito gli investimenti del PNRR attraverso la predisposizione di una Piattaforma digitale nazionale dati, che ha come finalità la conoscenza e l'utilizzo dei dati pubblici.

La Piattaforma funzionerà in modo che ogni ente renderà fruibili i propri dati tramite il ricorso a interfacce digitali, le cosiddette *Application Programming Interface*[70].

---

[66] GALETTA D.U., *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare, cit.*, pag. 119 ss.

[67] Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. dd), D.lgs n. 82/2005, con il termine interoperabilità si intende la caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi.

[68] Si veda anche la Deliberazione della Corte dei Conti n. 16/2023/G del 16 febbraio 2023 sui dati e interoperabilità.

[69] BUTTARELLI G. (a cura di), *L'interoperabilità dei dati nella Pubblica Amministrazione,* in Bontempi V., Lo Stato digitale, *cit.*, pag. 141 ss.

[70] Con il termine *Application Programming Interface* si indica ogni insieme di procedure informatiche volte all'espletamento di un terminato compito. In questo caso una API descrive le modalità tecniche attraverso cui un servizio pubblico deve essere attivato per mezzo di un programma informatico,

Le interfacce saranno sviluppate dai soggetti abilitati in conformità alle linee guida dell'AgID in materia di interoperabilità e confluiranno all'interno di un catalogo API che verrà condiviso fra amministrazioni centrali e locali[71].

Per quanto concerne il funzionamento della Piattaforma Nazionale - PDND l'art. 50 ter del D.lgs. n. 82/2005 (CAD) attribuisce all'AgID il compito di emanare le linee guida con le quali saranno definiti i criteri tecnici e di sicurezza per la gestione della Piattaforma.

Un ruolo di grande importanza per l'effettivo decollo dell'interoperabilità dei dati verrà svolto anche dal Dipartimento per la Trasformazione Digitale che avrà il compito di seguire le amministrazioni nell'adozione del modello di interoperabilità mediante l'adozione di protocolli di intesa che avranno come obiettivo l'avvio di progettualità congiunte al fine di supportare la digitalizzazione delle procedure amministrative.

Per quanto riguarda invece la disciplina del modello di interoperabilità le Linee guida dell'AgID rappresenteranno parte integrante del nuovo Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (2021-2023).

L'interoperabilità delle banche dati comporterà come effetto una sensibile riduzione dei costi di gestione per la PA, determinando anche un altro effetto positivo ossia un sensibile contenimento dei tempi tecnici di condivisione. Ciò garantisce una serie di effetti positivi in quanto permette, in primo luogo, lo scambio in tempi reali dei dati consentendo, di conseguenza, alle varie amministrazioni la possibilità di contenere i tempi di durata dei procedimenti amministrativi che presentano una maggiore complessità, senza avere alcuna necessità di avvalersi della collaborazione di altre amministrazioni per ottenere informazioni.

Il contenimento dei costi per la gestione dei procedimenti amministrativi implica come effetto la possibilità di impiegare gli stessi per offrire ai cittadini un maggior numero di servizi digitali che contribuiranno ad una migliore qualità dei servizi pubblici; inoltre, una gestione produttiva dei *big* data comporta come effetto la

---

nonché il modo in cui i dati generati dal sistema debbono essere classificati e intesi dallo stesso programma informatico.

[71] Il catalogo API sarà ospitato sul portale *Developers* Italia, all'interno del quale ciascuna amministrazione potrà reperire gli strumenti e le risorse digitali necessari per il processo di transizione digitale. Il portale costituirà inoltre un forum di incontro per le pubbliche per lo scambio e il riutilizzo di software con licenza aperta, così come previsto dagli artt. 68-69 del D.lgs. n. 82/2005. Sul punto, cfr. BORGOGNO O., *Regimi di condivisione dei dati e interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.,* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, fasc. 3, pp. 689 e ss.

creazione di nuove professionalità all'interno dell'Amministrazione che consentiranno di sfruttare tutte le potenzialità insite nell'utilizzo di grandi raccolte di dati informativi pubblici[72].

D'altra parte, inoltre, anche cittadini ed imprese potranno trarre benefici proprio dall'interoperabilità dei dati in quanto potranno accedere a servizi rapidi ed immediati facendo leva su informazioni che vengono condivise ma, soprattutto, costantemente aggiornate.

Oltre a questo e soprattutto grazie all'implementazione della Piattaforma Nazionale digitale, il nostro Paese sarà in grado di partecipare a pieno titolo all'iniziativa europea che porterà alla creazione, come già anticipato, dello Sportello unico digitale europeo che persegue come obiettivo quello di uniformare nel contesto europeo l'accesso ad alcuni servizi pubblici di particolare importanza, anche cercando di dare seguito al *Single Digital Gateway*, sagomato dal Regolamento UE n. 2018/1724, che consente di armonizzare le procedure di maggiore impatto per i cittadini e favorendo il flusso dei dati nel comparto pubblico[73].

Nel progetto europeo che culminerà nella creazione di uno Sportello Unico digitale si prevede che, proprio attraverso la gestione di tale portale digitale, gli utenti europei potranno reperire informazioni utili attinenti all'erogazione di alcuni servizi pubblici essenziali, ed al contempo sarà anche prevista l'istituzione di canali che consentiranno il superamento di eventuali inefficienze ed inadempimenti.

La strategia europea riflette in particolar modo il ruolo strategico del settore pubblico ai fini della realizzazione del mercato unico digitale europeo, considerato che le pubbliche amministrazioni europee rappresentano più di un quarto dell'occupazione totale e contribuiscono per circa un quinto al PIL dell'Unione europea mediante l'indizione di appalti pubblici[74].

Alla base delle strategie europee, quindi, si colloca la necessità di fornire alle pubbliche amministrazioni specifici orientamenti che riguardano l'aggiornamento delle linee guida nazionali in materia di interoperabilità dei dati prevedendo la

[72] BUTTARELLI G., *op.cit.*, pag. 144 ss.
[73] L'obiettivo è di sviluppare 21 procedure amministrative interamente accessibili online e conformi alla normativa europea entro la fine del 2023. Sul punto SCIANNELLA L.G., "E-*government" e accessibilità ai servizi: il "Single Digital Gateway*", in *Ambientediritto.it*, 1/2021, pp. 458-481.
[74] BUTTARELLI G., *op.cit.*, pag. 145 ss.

configurazione dei seguenti quattro livelli di interoperabilità: giuridica, organizzativa, semantica e tecnica[75].

L'interoperabilità giuridica comporta che le pubbliche amministrazioni nazionali siano chiamate a valutare la coerenza fra le varie legislazioni nazionali in materia di conservazione di dati in modo da comprendere se sussistono ostacoli che impediscono la trasmissione dei dati, così da permettere alle varie amministrazioni nazionali di dare il proprio contributo alla creazione di servizi pubblici europei.

Per quanto riguarda, invece, l'interoperabilità organizzativa, essa si struttura sull'individuazione di opportune forme di coordinamento fra gli enti pubblici che implicano una dettagliata identificazione dei ruoli e delle competenze che gravano su ogni amministrazione, nonché sull'individuazione di procedure che comporteranno la consultazione dei dati.

L'interoperabilità semantica garantisce che il formato e il contenuto esatto dei dati e delle informazioni scambiati siano preservati e compresi anche all'esito degli scambi tra sistemi o banche dati aventi diversi requisiti tecnici. Infine, l'interoperabilità tecnica attiene alla *governance* delle infrastrutture e delle applicazioni tecniche che collegano i differenti sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche[76].

La strategia europea che ha l'obiettivo di creare i presupposti per l'avvio di progetti di interoperabilità transfrontaliera ed intersettoriale tra le varie amministrazioni nazionali richiederà, pertanto, l'adozione di modelli comuni che dovranno essere utilizzati da tutti gli Stati membri in modo da agevolare la fruizione di servizi pubblici digitali di rilevanza europea da parte di ogni cittadino. Non vi saranno o non vi dovrebbero essere diversi modelli amministrativi, ma un unico modello, digitale ed europeo. Possiamo notare che siamo in presenza di un cambio di paradigma dell'agire amministrativo, connesso con le altre amministrazioni europee.

5. Dal mercato elettronico della Pubblica Amministrazione fino all'*e-procurement* e le nuove procedure di gestione dei contratti pubblici.

[75] European Interoperability Framework si articola in 47 raccomandazioni sviluppate attorno a tre pilatri: i) la proposta di 12 principi generali in grado di guidare il processo di creazione di servizi pubblici europei interoperabili; ii) l'elaborazione di una governance che includa i diversi livelli di interoperabilità; iii) l'introduzione di un modello concettuale per i servizi pubblici integrati.

[76] BUTTARELLI G., *op.cit.*, pag. 146 ss-.

Per quel che concerne il processo di digitalizzazione dei contratti pubblici, già prima dell'ultimo pacchetto di direttive[77] che disciplinavano proprio la materia dei contratti pubblici, nel 2002 erano state introdotte alcune misure di digitalizzazione del settore attraverso la creazione del Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA).

Per accedere al MEPA, che è quindi un mercato digitale ad accesso selettivo per operare su tale mercato selettivo è necessario che amministrazioni e fornitori provvedano a dotarsi di un'apposita abilitazione che viene rilasciata solo in presenza di determinati requisiti soggettivi. In pratica, quindi, attraverso l'accesso al MEPA le stazioni appaltanti hanno la possibilità di coprire i propri bisogni – riguardanti ovviamente gli acquisti sotto soglia- accedendo alla negoziazione diretta di tempi, prezzi e condizioni con i fornitori.

Il legislatore, anche al fine di ampliare le condizioni di trasparenza e di efficienza che vengono assicurate dal MEPA, ha previsto la possibilità di estendere a diverse categorie di amministrazioni pubbliche la possibilità di ricorrere al meccanismo del mercato elettronico soprattutto per l'acquisto di beni senza tener conto del valore dell'acquisto: si pensi ad esempio all'acquisto di energia elettrica, gas, carburanti, combustibili e telefonia.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici introdotto con il d.lgs. n. 36/2023 (d'ora in avanti anche solo "Codice dei contratti" o "Codice dei contratti pubblici"), per la prima volta fa esplicito riferimento alla digitalizzazione, prevedendone una parte, la II, denominata "*Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*", dagli artt. 19 a 36. L'art. 19 prevede che "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e operano secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica*". La digitalizzazione sembra quindi essere il fulcro del nuovo Codice, da assicurare

[77] TORCHIA L., *Lo Stato digitale, cit.*, pag. 162 ss., ove l'autore precisa che "*i diversi pacchetti di direttive europee che si sono succeduti, sino all'ultimo del 2014, recepito nell'ordinamento italiano nel 2018 con la modifica del Codice dei contratti pubblici, hanno via via imposto, così, regole sempre più articolate finalizzate ad assicurare il rispetto delle quattro libertà previste dal Trattato e di alcuni principi generali. In ogni Stato membro la disciplina del mercato dei contratti pubblici deve garantire la libera circolazione delle merci, la libera circolazione dei capitali e rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza*".

durante il ciclo di vita dei contratti, nel rispetto dei principi del CAD. Sono previsti, altresì, anche altri strumenti telematici di negoziazione come i sistemi dinamici di acquisizione (art. 32), l'approvvigionamento digitale (art. 22), i cataloghi elettronici (art. 34), e le piattaforme telematiche di negoziazione (art. 25), ma fa espresso riferimento anche agli algoritmi, all'art. 30.

Questi strumenti possono essere previsti all'interno di una procedura tradizionale così come possono radicalmente sostituirla. Per quanto riguarda il sistema dinamico di acquisizione lo stesso viene utilizzato per acquisti "c.d. di uso corrente" che hanno ad oggetto beni disponibili sul mercato in grado di soddisfare le esigenze della stazione appaltante senza la necessità di cercare ulteriori specificità tecniche.

Il sistema dinamico di acquisizione presenta come caratteristica fondamentale una evidente semplificazione della procedura dato che la stazione appaltante può avviare direttamente il confronto fra gli operatori abilitati, in quanto, con la pubblicazione dell'avviso pubblico sul sistema dinamico di acquisizione, tutti gli operatori economici abilitati sono automaticamente invitati a partecipare e l'aggiudicazione si svolge a sua volta con modalità automatiche, essendo le offerte relative a beni standard e quindi facilmente comparabili.

Per quanto riguarda invece le aste elettroniche questo sistema previsto dal Codice dei contratti pubblici può essere inserito in ogni procedura in modo da scegliere l'offerta migliore tramite il sistema del rilancio, solo quando le specifiche tecniche, possono essere fissate in maniera precisa. Occorre precisare però che il ricorso all'asta elettronica deve essere espressamente previsto dal bando di gara e per garantirne l'assoluta trasparenza è necessario indicare la formula matematica utilizzata per la riclassificazione automatica a seguito dei rilanci delle imprese.

Poi vi è l'*e-procurement*, un processo di gestione delle procedure di aggiudicazione e di esecuzione di contratti pubblici attraverso strumenti digitali. Tale strumento viene considerato dal PNRR di grande importanza poiché permetterà l'effettiva semplificazione in materia di gestione di contratti pubblici che garantirà un'effettiva concorrenza e quindi l'effettiva realizzazione degli investimenti previsti dallo stesso Piano.

Proprio la complessa materia dei contratti pubblici e l'esigenza di semplificare le norme che li disciplinano è stata interessata da interventi di riforma suddivisi in due fasi.

Una prima fase si è conclusa nel 2021[78] con l'adozione di misure urgenti di semplificazione delle procedure adottate dai centri di committenza e rappresenta un obiettivo pienamente raggiunto vista la valutazione del Segretariato generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri che con la relazione sull'attuazione del Piano ha affrontato proprio tale tema[79].

La seconda fase di semplificazione delle procedure si è chiusa nel 2023, con l'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici attraverso il quale sono previste organiche modifiche volte a realizzare una *e-platform* ai fini della valutazione della *procurement capacity*, nonché a semplificare e digitalizzare le procedure dei centri di committenza e definire criteri di interoperabilità e interconnettività.

Questo percorso di riforma del Codice dei contratti pubblici in realtà è finalizzato a realizzare l'ambizioso obiettivo del PNRR - anche perché ancora incentrato sulle Direttive europee del 2014 (la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. "settori ordinari", la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. "settori speciali" e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), senza attendere invece le prossime Direttive comunitarie - prevedendo la creazione di un Sistema Nazionale di *e-procurement* basato sulla completa digitalizzazione delle procedure di acquisto e di esecuzione del contratto, che sia interoperabile con i sistemi gestionali delle pubbliche amministrazioni, e consenta l'abilitazione digitale degli operatori economici, sessioni d'asta digitali, *machine learning* per l'osservazione e l'analisi delle tendenze, nonché *customer relationship management* evoluto con funzioni di *chatbot, digital engagement* e *status chain*.

Gli obiettivi previsti sono i seguenti:

a) la effettiva digitalizzazione delle procedure di acquisto e esecuzione del contratto;

b) l'abilitazione digitale degli operatori economici;

c) l'istituzione di sessioni d'asta digitale.

[78] Nel PNRR sono indicati due diversi traguardi (secondo e terzo quadrimestre 2021), che tuttavia appare opportuno trattare congiuntamente.

[79] Sul quale, tra i primi commenti in relazione alle specifiche misure relative agli appalti pubblici, CONTESSA C., *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 6, 2021, pp. 751 ss.; DE NICTOLIS R., *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni*, in *Urb. e app.*, n. 6, 2021, pp. 729 ss.; FERRANTE M., GUCCIONE C. E SERAFINI A., *I Contratti pubblici,* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2021, pp. 753 ss.

In realtà, la misura prevista dal Piano consistente nella creazione di un sistema nazionale di *e-procurement*, poiché eccessivamente ambiziosa e di difficile attuazione, ha ceduto il passo in favore di una generica riforma volta alla semplificazione del regime degli appalti pubblici.

La competenza a dare vita a tale progetto è stata affidata dal Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale ed è rivolta a semplificare, velocizzare le procedure di acquisto di servizi ICT per le amministrazioni pubbliche attraverso il ricorso alle seguenti azioni: la creazione di una *white list* di fornitori certificati, la previsione di un percorso fast track per gli acquisiti ICT in ambito PNRR, l'introduzione di un sistema che includa la lista dei fornitori certificati e consenta una selezione veloce e intuitiva.

Già attraverso il decreto legge n. 77/2021, cd. decreto semplificazioni *bis*, c'era stato un ampliamento dell'ambito applicativo della procedura negoziata senza ricorrere alla pubblicazione nell'ipotesi di acquisto di beni e servizi informatici, finanziati dal PNRR e/o nell'ambito del Piano Nazionale per gli investimenti complementari - PNC, sopra-soglia, nel momento in cui, per ragioni di estrema urgenza derivanti dal verificarsi di circostanze imprevedibili, sussiste il rischio di compromettere tanto la realizzazione o il rispetto dei tempi stabiliti dal Piano, come anche nel caso di rapida oblescenza delle soluzioni disponibili[80]. Ma vi sono alcune criticità in ordine all'ambito oggettivo di tale disposizione. Da un altro lato, la norma, all'art. 53, seppur effettua un generico riferimento agli acquisti di beni e servizi informatici, introduce alcune specificazioni, basati su tecnologia cloud, nonché servizi di connettività, che hanno una natura esemplificativa e non tassativa. Ma vi è di più, tale previsione desta perplessità sotto altri due diversi punti di vista. L'ampia discrezionalità, e dunque opinabilità, della valutazione di rapida obsolescenza degli strumenti disponibili limita la sindacabilità della scelta delle stazioni appaltanti, presentando il rischio di un utilizzo indiscriminato ed illegittimo della procedura negoziata. Se l'obsolescenza è tale da non consentire neppure i tempi, già abbreviabili, di svolgimento di una procedura aperta, diventa difficile non ipotizzare una responsabilità imputabile all'Amministrazione che non ha effettuato tale valutazione con il dovuto anticipo.

Sempre attraverso il decreto semplificazioni bis, inoltre, il governo ha ulteriormente implementato e semplificato la trasparenza telematica estendendo, durante la fase di

[80] Decreto legge n. 77/2021, art. 48, comma 3.

esecuzione degli appalti, gli obblighi di pubblicazione sul profilo del committente. Inoltre, i vari adempimenti pubblicitari da eseguire sui vari siti sono stati tutti unificati con la pubblicazione degli atti e dati nella Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici (BDNCP), gestita dall'ANAC, prevista successivamente anche dal Codice dei Contratti. Infatti tali atti e/o dati sono trasmessi dalle stazioni appaltanti all'ANAC esclusivamente attraverso le piattaforme telematiche interoperabili con la BDNCP nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, ai sensi delle linee guida AgID in materia di interoperabilità.

Il decreto semplificazioni *bis*, inoltre, ha eliminato la duplicazione delle banche dati degli operatori economici tanto che la vecchia Banca dati nazionale degli operatori economici originariamente gestita dal Ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibili, che non ha mai svolto la sua funzione, è stata sostituita proprio dalla Banca dati dei Contratti pubblici dell'ANAC che attualmente, pertanto, rappresenta lo strumento centrale delle nuove procedure digitali.

Attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici gli operatori economici dichiarano il possesso dei requisiti che vengono, successivamente verificati da parte delle stazioni appaltanti.

Il funzionamento di tale piattaforma, nonché i termini e le regole tecniche da osservare per l'aggiornamento e la consultazione delle informazioni, viene curato dall'ANAC d'intesa con il Ministero e l'AgID. Inoltre nella BDNCP viene istituito per ogni operatore un fascicolo virtuale che garantisce la verifica automatizzata del possesso dei requisiti di ordine generale, di idoneità professionale.

Per permettere un continuo aggiornamento dei dati contenuti da tale Banca dati è necessario che la stessa si interfacci non solo con le stazioni appaltanti, ma anche con le amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni che attestano il possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico.

All'art. 30 del nuovo Codice dei Contratti si fa riferimento, tra le prime volte in assoluto, all'intelligenza artificiale ed alle tecnologie di registri distribuiti. Si tratta di una disposizione volta a disciplinare il futuro (prossimo), in quanto, allo stato, nell'ambito delle procedure di gara sono utilizzati per lo più algoritmi non di apprendimento, utilizzati per il confronto automatico di alcuni parametri caratterizzanti le offerte e conoscibili. Tuttavia, non si può escludere che, a breve, la disponibilità di grandi quantità di dati possa consentire l'addestramento di algoritmi di apprendimento da applicare alle procedure di gara più complesse; da qui l'utilità

dell'inserimento di una disciplina che richiami i principi destinati a governare tale utilizzo, anche alla luce dei principi affermati sia in ambito europeo che dalla giurisprudenza amministrativa. Sono recepiti non soltanto i principi, che si sono da tempo affermati in ambito europeo sul tema dell'utilizzo di soluzioni di intelligenza artificiale, ma anche quelli enunciati dai giudici amministrativi, secondo cui le stazioni appaltanti, in sede di acquisto o sviluppo delle soluzioni tecnologiche, si assicurano la disponibilità del codice sorgente e di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; che la decisione assunta all'esito di un processo automatizzato deve considerarsi imputabile alla stazione appaltante. Sono altresì recepiti i principi per cui il processo decisionale non deve essere lasciato interamente alla macchina, dovendo assicurarsi il contributo umano per controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica e per cui la decisione algoritmica non comporti discriminazioni di sorta.

Va, infine, considerato che la digitalizzazione costituisce anche una efficace misura di prevenzione della corruzione in quanto consente trasparenza, tracciabilità, partecipazione, controllo di tutte le attività, in modo da assicurare il rispetto della legalità. Il settore delle commesse pubbliche rappresenta, infatti, un'attività fortemente esposta a condotte corruttive, in ragione del potenziale economico che esprime e, quindi, occorrono presidi efficaci e qualificati per fare in modo che le risorse stanziate non vengano distolte dal perseguimento degli interessi pubblici. La digitalizzazione potrebbe, quindi, in definitiva assicurare efficacia, efficienza e rispetto delle regole. Centrale diventa, quindi, realizzare la interconnessione e la interoperabilità tra i sistemi telematici attraverso le interfacce applicative (API), che consentono un risparmio di tempo per effettuare attività conoscitive (ad es. verifica dei requisiti di partecipazione in capo agli operatori economici), per la effettiva realizzazione del principio dello *once only*, onde conseguire la conoscenza di una serie di dati e informazioni che riguardano il singolo contratto e che ne consentono tracciabilità e trasparenza.

I principi che dovranno caratterizzare le piattaforme di *e-procurement* sono stati indicati dalla Commissione europea:

1. "*digital by default*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero fornire i servizi in formato digitale, comprese le informazioni leggibili dalle macchine, come opzione predefinita;

2. "*interoperability by default*": i servizi pubblici dovrebbero essere progettati per funzionare senza problemi in tutto il mercato unico e tra i silos organizzativi;

3. "*once only principle*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero garantire che cittadini e imprese forniscano le stesse informazioni una sola volta ad una Pubblica Amministrazione;

4. "*cross-border by default*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero rendere disponibili i servizi pubblici digitali pertinenti a livello transfrontaliero e prevenire un'ulteriore frammentazione, facilitando così la mobilità all'interno del mercato unico;

5. "*re-usability*": le pubbliche amministrazioni, di fronte a un problema specifico, dovrebbero cercare di trarre vantaggio dal lavoro di altri esaminando ciò che è disponibile, valutandone l'utilità o la rilevanza per il problema in questione e, se del caso, adottando soluzioni che hanno dimostrato la loro validità altrove;

6. "*user centricity*": i bisogni e i requisiti degli utenti dovrebbero guidare la progettazione e lo sviluppo dei servizi pubblici, in conformità con le seguenti aspettative: un approccio multicanale nell'erogazione dei servizi; un unico punto di contatto per nascondere la complessità amministrativa interna; il *feedback* degli utenti dovrebbe essere sistematicamente raccolto, valutato e utilizzato per progettare nuovi servizi pubblici e migliorare quelli esistenti;

7. "*inclusiveness and accessibility*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero progettare servizi pubblici digitali che siano inclusivi per impostazione predefinita e soddisfino esigenze diverse;

8. "*openness & transparency*": le pubbliche amministrazioni dovrebbero condividere informazioni e dati tra loro e consentire a cittadini e imprese di accedere al controllo e correggere i propri dati, nonché consentire agli utenti di monitorare i processi amministrativi che li coinvolgono;

9. "*trustworthiness & security*": tutte le iniziative dovrebbero andare oltre il semplice rispetto del quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali e *privacy* e sicurezza informatica, integrando tali elementi nella fase di progettazione.

6. L'identità digitale.

Uno degli obiettivi più importanti della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, da completare entro il 2030, è costituito dalla promozione dell'identità digitale, uno dei principali fattori abilitanti del percorso di transizione digitale dei servizi pubblici. A conferma della grande importanza che riveste

l'acquisizione di una identità digitale per l'accesso ai servizi pubblici l'Unione Europea ha suggerito agli Stati membri di dotare almeno l'80% dei cittadini della propria identità digitale[81]. Le sollecitazioni derivanti dall'UE giustificano, pertanto, quanto siano rilevanti le ingenti risorse previste dal piano di ripresa post-pandemica a sostegno del capitolo "identità digitale". L'Italia si è proposta di raggiungere, entro il 2026, l'obiettivo che coincide con il raggiungimento della soglia del 70% della popolazione, che quindi, ben quattro anni prima del termine previsto dall'Unione europea, dovrà essere dotata di identità digitale. A tal fine sono stati stanziati ben 6,14 miliardi di euro circa che riguardano anche la digitalizzazione dei servizi pubblici[82].

Il processo di digitalizzazione delle identità nel 2021 ha attraversato tre momenti cruciali: il primo coincide con l'approvazione delle linee guida sul domicilio digitale, il secondo coincide con un rilevante avanzamento delle identità digitali attraverso SPID e CIE che permettono l'utilizzo di servizi pubblici attraverso le identità digitali ed il terzo coincide invece con i progressi registrati dall'Italia nell'indice DESI curato dalla Commissione europea.

Muovendo dall'analisi del domicilio digitale, lo stesso rappresenta l'indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato che è valido per le comunicazioni elettroniche aventi efficacia legale.

Nel 2021 l'AgID, in collaborazione con il Ministro per l'innovazione e la transizione digitale, hanno adottato le Linee guida per il domicilio digitale che sono rivolte a cittadini, professionisti, enti di diritto privato non soggetti all'iscrizione in albi, elenchi, registri professionali, o nel registro delle imprese[83]. Per quanto riguarda, invece, le identità digitali il 2021 ha visto una crescita esponenziale che ha visto l'attivazione di oltre 27 milioni di identità SPID; la stessa crescita è stata registrata anche per quanto concerne il rilascio di Carte di identità elettronica (CIE).

Il particolare avanzamento dei sistemi SPID e CIE ha contribuito all'erogazione di servizi digitali ai quali si accede con l'autenticazione tramite SPID. Fra tali servizi figurano il certificato verde digitale Covid -19, l'applicazione IO e PagoPA.

[81] Cfr. Commissione europea, Bussola digitale per il 2030: il modello europeo per il decennio digitale, COM/2021/218.
[82] SGUEO G., *L'identità digitale,* in Bontempi V., Lo Stato digitale *cit.,* pag. 127 ss.
[83] Per approfondimenti, si veda la determinazione 15 settembre 2021, n. 529, dell'AgID.

Gli evidenti passi in avanti compiuti dall'Italia, alla luce delle esperienze positive appena menzionate, hanno indotto la Commissione europea a prendere atto della buona performance del nostro Paese nell'aggiornamento annuale del *Digital Economy and Society Index (DESI).* Vengono premiati soprattutto i progressi su due fronti, quello dell'integrazione delle tecnologie digitali, rispetto al quale l'Italia guadagna posizioni rispetto al 2020 e quello della digitalizzazione dei servizi pubblici, dove l'Italia sale dalla 25° alla 18° posizione[84].

Dal 2022 fino al 2026 il PNRR dovrà gestire un piano di interventi in materia di identità digitali con diversi ordini di priorità, fra i quali figura in primo luogo l'adozione di misure che consentiranno di colmare i divari digitali anche alla luce del fatto che segmenti molto ampi della popolazione sono privi di competenze digitali, elemento quest'ultimo che rappresenta sicuramente un ostacolo rilevante all'avanzamento delle identità digitali.

Il secondo obiettivo, invece, è strettamente connesso alla diffusione delle identità digitali per accedere ai servizi digitali *on line*, mentre la terza priorità riguarda tutte le piattaforme digitali abilitanti all'espletamento di funzioni amministrative e democratiche. Sul divario digitale influiscono diversi elementi che influenzano il numero di soggetti inabilitati all'uso dell'identità digitale. Si pensi alla rilevante percentuale di persone ultrasessantenni, quella di individui non in possesso di un diploma di laurea, i migranti, la popolazione carceraria, nonché la quota di popolazione che vive in aree extra-urbane non raggiunte da connessioni ad alta velocità.

A tal riguardo è doveroso ricordare che una quota importante delle azioni previste dal Piano è rivolta proprio a colmare il divario digitale di cui ancora soffre gran parte del Paese.

Per avere un'idea delle difficoltà incontrate dal nostro Paese nell'avvio del processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, i dati Istat attestano che nel 2020 solo il 36,3% degli italiani ha interagito con la PA, una percentuale nettamente inferiore rispetto alla media europea che si attesta invece al 64%. Tale dato rende evidente come il programma di avanzamento delle identità digitali debba procedere di pari passo con la diffusione delle competenze digitali fra i cittadini.

[84] Indice Digital Economy and Society Index (DESI) 2020.

Nell'ambito del PNRR è prevista una serie di interventi finalizzati proprio ad incentivare le competenze digitali dei cittadini fra i quali figurano gli interventi sul sistema educativo, che vede anche il potenziamento degli ITS, oltre all'impulso nella formazione delle materie STEM. Misure altrettanto rilevanti riguarderanno, inoltre, il reclutamento e la formazione di dipendenti pubblici che fa rientrare nel percorso di digitalizzazione dell'Amministrazione la necessità di assicurare l'ingresso di nuove competenze all'interno della stessa.

Infine, il terzo ordine di priorità coincide, invece, con l'attivazione delle piattaforme abilitanti. Alla base della transizione digitale dei servizi pubblici, come già precisato, vi è l'obiettivo di garantire la piena interoperabilità delle banche dati pubbliche che permetteranno lo scambio veloce di informazioni fra le banche dati delle varie amministrazioni proprio attraverso l'interoperabilità delle banche dati, infatti, sarà velocizzata l'erogazione di servizi pubblici con un evidente vantaggio per i cittadini e per le imprese.

Con l'effettiva interoperabilità fra le banche dati si cercherà di replicare l'esperienza sperimentata in occasione del certificato verde digitale Covid-19.

7. La digitalizzazione dei servizi sanitari fra limitate competenze europee e nodi problematici a livello statale e regionale.

Uno dei settori coinvolti nel processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione è quello dell'erogazione dei servizi sanitari tramite l'impiego di *e-Health*, basato sull'erogazione di prestazioni tramite l'impiego di ICT, che si colloca all'orizzonte composito del *multilevel costitutionalism*, da cui mutua caratteristiche essenziali. In primo luogo, è da registrare un ritardo regolatorio sul celere avanzamento delle tecnologie nel settore medicale ed assistenziale[85].

A conferma di tale ritardo regolatorio si pensi ai trattamenti sanitari personalizzati che ricorrono anche al supporto dell'intelligenza artificiale come le biobanche che risultano in attesa di un trattamento per la gestione dei dati clinici e dei *big* data che vengono, inoltre, prodotti dalle prestazioni sanitarie[86]. Fra gli elementi che

[85] MICCU' R., *Questioni attuali intorno alla digitalizzazione dei servizi sanitari nella prospettiva multilivello,* in *Federalismi.it,* 5, 2021, pag. 2 ss.

[86] Si veda al riguardo, sulle competenze dell'UE in materia, da ultimo, ROLANDO F., *La tutela della salute nel diritto dell'Unione Europea in risposta all'emergenza*, in S. STAIANO (a cura di), Nel Ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid -19, Napoli, 2020, 417 ss.

caratterizzano la sanità digitale multilivello figura l'influenza del diritto internazionale europeo che genera qualche difficoltà esegetica unitamente alla partecipazione di processi regolatori di più attori di diverso livello e derivazione pubblica e privata. Pertanto, è stato necessario individuare un percorso utile per garantire l'interazione fra diritto sovrastatale e diritto interno in modo da individuare un settore di sostegno per la digitalizzazione sanitaria.

Uno dei passaggi più importanti della digitalizzazione del settore sanitario è stato vissuto proprio in occasione della crisi epidemiologica da SARS-CoV-2 quando l'azione dell'UE si è concentrata sullo sviluppo del mercato sanitario transfrontaliero nonché sulla valorizzazione del carattere trasversale del diritto alla salute nel contesto di tutte le politiche europee[87].

In un contesto simile la Commissione Europea si è fatta promotrice dell'adozione di un formato europeo per lo scambio di cartelle cliniche tenendo conto di quanto previsto, anche alla luce delle deboli competenze dell'UE[88] in materia di organizzazione sanitaria, con la Raccomandazione n. 2019/243[89] che classifica la cartella sanitaria digitale alla stregua di un documento amministrativo evolutivo del diritto all'assistenza sanitaria transfrontaliera, tema già al centro della direttiva 2011/24[90].

La cartella clinica digitale, pertanto, nella prospettiva dell'UE dovrebbe essere in grado di contenere non solo gli episodi patologici della vita del paziente, ma dovrebbe anche contenere tutte le informazioni che riguardano la sua salute, che vengono rese disponibili tramite il ricorso alle banche dati delle strutture ospedaliere di tutti i paesi presenti nello spazio europeo.

La cartella sanitaria elettronica presenta innumerevoli vantaggi. In primo luogo, riduce i costi in quanto evita di sottoporre il paziente ad esami diagnostici già effettuati permettendo, di conseguenza, l'immediata conoscibilità delle informazioni relative

[87] Cfr. in generale, IANNUZZI A., PISTORIO G., *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, Napoli, 2022.

[88] Su cui BILANCIA P., *Per uno spazio europeo dei diritti sociali*, in P. Bilancia (a cura di), La dimensione europea dei diritti sociali, Torino, 2019, 12; DI FEDERICO G. e NEGRI S., *Unione europea e salute. Principi, azioni diritti e sicurezza*, Milano, 2019, 24 ss.

[89] COMMISSION RECOMMENDATION (EU) 2019/243 of 6 February 2019 on a European Electronic Health Record exchange format, in O.J. L 39, 11.2.2019.

[90] Sulla natura giuridica dei diversi documenti amministrativo-sanitari e sulla loro evoluzione anche nell'ordinamento nazionale, si rinvia allo studio di INGENITO C., *La rete di assistenza sanitaria online: la cartella clinica elettronica*, in *Federalismi.it,* fasc. 5, 2021.

alla sua storia clinica. Tuttavia, nonostante gli indubbi vantaggi che scaturirebbero dalla nuova e moderna concezione del documento sanitario quale corredo digitale, lo scambio di dati clinici a livello transfrontaliero rappresenta ancora un lontano miraggio poiché ostacolato da ragioni di ordine tecnico e formale. Infatti proprio la messa in rete condivisa delle cartelle cliniche ha rilevato un nodo problematico di non facile soluzione che coincide con l'eterogeneità delle prestazioni sanitarie registrate negli stati membri, dato che ognuno di essi presenta Sistemi Sanitari differenti con inevitabili ricadute in termini di disparità di trattamento tra pazienti[91].

Tale situazione ha indotto la Presidente della Commissione von der Leyen nell'ambito dell'intervento sullo *State of the Union* 2020, tenutosi dinanzi al Parlamento Europeo, ad insistere su una revisione del sistema di competenze in materia di salute evidenziando, pertanto, la necessità di una discussione non più rinviabile, anche alla luce degli effetti prodotti dalla crisi pandemica, sul futuro dell'Europa nella tutela della salute dei cittadini degli Stati membri.

A tal fine il primo problema che dovrà essere affrontato riguarda, pertanto, l'attuale incidenza solo soggettiva della normazione europea sul *right to health*. E' un nodo problematico con cui la prospettiva de iure condendo deve misurarsi per garantire effettività al diritto alla salute e sostenibilità a un'Unione sanitaria[92].

Proprio la recente crisi pandemica, con i disastrosi effetti prodotti sui sistemi sanitari dei vari Stati membri e sull'economia degli stessi, ha indotto le istituzioni europee a concentrarsi sulla ripresa economica e sanitaria nel rispetto del principio di solidarietà europea sancito dall'art. 2 del TFUE, un nuovo obiettivo, questo, in ragione

[91] In tale prospettiva analitica NICOLUCCI G., *L'alterazione dei profili di responsabilità medica conseguente alla circolazione in ambito UE delle cartelle cliniche elettroniche* relativo agli effetti che la digitalizzazione sanitaria riverbera sulla responsabilità medica e, in particolare, sull'obbligo gravante sul sanitario di garantire un livello elevato di protezione della salute umana anche sotto il profilo della c.d. "riduzione del bias", di riduzione degli errori nell'esercizio dell'attività professionale. Tolta l'incognita dell'errore umano, infatti, anche la mera attività diagnostica è soggetta a variazioni dei risultati a seconda dei macchinari impiegati, della loro risoluzione e della programmazione dei relativi software; si pensi, a titolo esemplificativo, si pensi nel settore della diagnostica per immagini alla variabilità dei risultati di una tomografia assiale computerizzata (c.d. TAC) in relazione alla tipologia di apparecchiatura utilizzata, all'impostazione della intensità delle radiazioni e alla programmazione del sistema informatico di ricostruzione.

[92] MICCU' R., *op.cit.*, pag. 4 ss.

anche di quanto sostenuto in occasione delle Conclusioni al Consiglio Europeo del luglio 2020[93].

In questo contesto si colloca il Quadro Finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, che è stato approvato dal Consiglio dei Ministri dell'Ue nel dicembre 2020; tale Quadro Finanziario[94] prevede due programmi di finanziamento per il digitale[95], uno riguardante la transizione verso le tecnologie digitali, e l'altro, l'EU4Health, rafforza, invece, l'UE nel campo sanitario con l'obiettivo di superare tutte le debolezze strutturali evidenziate proprio dalla pandemia cercando di insistere sull'implementazione delle infrastrutture digitali interoperabili[96].

[93] Sulla necessità di una svolta dell'UE solidalmente orientata si era espresso già nel primo periodo di crisi epidemiologia, CARAVITA DI TORITTO B., nell'Editoriale "*Basta incertezza, serve coraggio e lungimiranza*", *Il Dubbio*, 26 marzo 2020.

[94] Per una ricostruzione tecnica dell'accidentato iter che ha condotto all'approvazione del Quadro finanziario europeo, cfr. FABBRINI S., *Polonia, Ungheria e la fragilità dell'Europa*, 13 dicembre 2020, *Il Sole 24 ore.*

[95] Pari a 750 miliardi di euro (di cui 390 miliardi di sovvenzioni e 360 di prestiti). Merita di essere sottolineato il nesso non solo di carattere formale che avvince il Next Generation EU al Quadro finanziario. Nella prospettiva della Commissione, infatti, il programma per la ripresa costituisce una integrazione temporanea del bilancio dell'UE, il cui sviluppo deve in ogni caso svolgersi compatibilmente con i vincoli economici e finanziari posti dal QFP (in questo senso, cfr. il IV cpv. del Proemio alle Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo, 21 luglio 2020, p. 1), atteggiandosi così a scelta orientata alla sostenibilità economica e intergenerazionale nel lungo termine Per un recente inquadramento della sostenibilità dei diritti sociali come problema di equità per le generazioni future e per una declinazione anche europea del principio, si veda l'analisi di FRANCAVIGLIA M., *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.

[96] Sul diverso piano economico-finanziario, invece, l'azione istituzionale europea ha conosciuto tre distinti momenti: di disinteresse verso le vicende dei paesi che per primi sono stati investiti dall'epidemia; di proattività economica per la riattivazione del mercato UE e il coordinamento dei bilanci; quindi, di solidarietà, con un'azione maggiormente in linea con l'art. 2 TUE. La prima fase è sintetizzata dall'infelice espressione "Where are not here to close the spreads" usata Presidente della BCE nei confronti dell'Italia, che ha in modo bizzarro contribuito ad elevare i tassi di rendimento dei titoli emessi dallo Stato (per questi effetti inattesi, v. ARNOLD M., STUBBINGTON T., *Lagarde triggers investor jitters asECB launches virus response*, in *Financial Times*, 13 March 2020). Nella seconda, le istituzioni europee hanno predisposto quattro strumenti: il Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del SARS-CoV-2 (2020/C 91 I/01); l'attivazione senza precedenti (COM (2020) 123 final) della clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita (cd. "six-pack") che consente a Commissione e Consiglio facilitare il coordinamento delle politiche di bilancio per grave recessione economica (ex artt. 5 §1, e 9 §1, reg. (CE) n. 1466/97); la predisposizione per via regolamentare del fondo temporaneo S.U.R.E. (Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency; reg. 2020/672(UE) con le garanzie statali; infine i finanziamenti della BEI. L'attuale fase, incentrata su un solidarismo economico non indiscriminato ma focalizzato sulle

L'Unione Europea ha sollecitato non solo la messa a regime delle cartelle cliniche in formato elettronico ma anche lo sviluppo di studi diagnostici congiunti e scambi dei risultati nei processi di valutazione di tecnologie sanitarie. Oltre alle cartelle cliniche in formato elettronico[97], fra gli strumenti di e-Health un posto di assoluta rilevanza viene occupato nel nostro ordinamento dal Fascicolo sanitario elettronico -FSE che rappresenta un pilastro all'interno delle iniziative che si inseriscono nel percorso verso la sanità digitale[98].

Il FSE rappresenta un documento digitale contenente tutti i dati ed i documenti sanitari e sociosanitari che rappresentano la storia clinica di un soggetto[99]; tale raccolta quindi rappresenta una vera e propria carta di identità sanitaria del singolo cittadino[100].

La finalità del FSE è quella di creare una base informativa organica che favorisca il miglioramento delle attività di diagnosi cura e prevenzione dei pazienti, attraverso la condivisione informatica di documenti sanitari. A fronte di tali caratteristiche, quindi, il FSE rappresenta uno strumento di supporto per la continuità delle cure in quanto permette ai vari operatori sanitari di conoscere le iniziative portate avanti da altri colleghi riguardo ad un determinato paziente. Per le peculiarità che lo

specifiche economie degli Stati membri, si fonda sul Next Generation EU Program e sul suo principale sotto-programma Recovery and Resilience Faciliity Plan (RRF). Per una ricognizione puntuale della diversa postura adottata dall'Unione nel settore economico e finanziario nelle more della crisi epidemiologica, cfr. BERGONZINI C., *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost*., fasc. 4, 2020, 765 ss.

[97] POSTERARO N., *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza,* in *Federalismi,* 26, 2021, pag. 191 ss.

[98] Questa la descrizione del FSE rinvenibile nel sito ufficiale "fascicolosanitario.gov.it". Il vigente Piano triennale dell'AgID, che sarà più volte citato nel corso della trattazione, parla del FSE come di una "piattaforma abilitante" del Paese, necessaria per lo sviluppo dei servizi sanitari digitali della PA per il cittadino.

[99] Ai sensi dell'art. 12, comma 1, del decreto legge n. 179/2012 (convertito con modificazioni dalla legge n. 221/2012), il FSE è "l'insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l'assistito"; dal 2020, come si vedrà, la disposizione precisa che siffatti eventi clinici sono anche quelli "riferiti (…) alle prestazioni erogate al di fuori del Servizio sanitario nazionale". Sullo strumento, cfr. PEIGNÈ V., *Il fascicolo sanitario elettronico, verso una "trasparenza sanitaria" della persona*, in *Riv. it. med. leg*., 2011, 1520, che definisce il FSE come un "supporto informatico contenente dati personali di natura amministrativa, sociale e sanitaria che riflettono un'immagine passata, presente e futura dello stato di salute di una persona al fine di facilitarne l'accesso e l'utilizzo da parte dei terzi autorizzati"; Cfr. altresì TROILO S., *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quaderni Costituzionali*, 2020.

[100] POLIFRONE G., *Sanità digitale. Prospettive e criticità di una rivoluzione necessaria*, Milano, 2019, 11.

contraddistinguono, la disciplina del FSE (la cui istituzione dà quindi luogo ad un trattamento dei dati personali ulteriore e distinto rispetto all'insieme dei trattamenti derivanti dall'erogazione all'assistito delle prestazioni sanitarie in relazione alle quali i dati sono stati acquisiti o prodotti) costituisce un'applicazione emblematica del delicato contemperamento tra il principio della libera circolazione dei dati, funzionale alla tutela della salute pubblica e alle esigenze di efficienza amministrativa, e il diritto alla riservatezza, posto a presidio della dignità dell'individuo.

La dimensione collettiva del diritto alla salute ex art. 32 Cost. spinge la disciplina relativa al trattamento dei dati sensibili, da sempre oggetto di una speciale "blindatura giuridica", verso quelle aperture solidaristiche che, specie in epoca pandemica, sono apparse indispensabili[101].

Il PNRR, dal canto suo, tenendo conto delle caratteristiche e della funzione del FSE, ne coglie pienamente le potenzialità definendolo come una vera e propria pietra angolare per l'erogazione dei servizi digitali e per la valorizzazione dei dati sanitari nazionali ed a tal riguardo evidenzia ulteriormente che i progetti di telemedicina proposti dalle Regioni potranno effettivamente essere finanziati solo nel momento in cui gli stessi riescono ad integrarsi con il Fascicolo sanitario elettronico.

Tuttavia, per consentire un potenziamento del FSE occorrerebbe garantire la diffusione, l'omogeneità e l'accessibilità su tutto il territorio nazionale dei dati dallo stesso contenuto coinvolgendo attivamente tutti gli stakeholders dell'ecosistema sanitario, ed in primis gli stessi assistiti.

Per permettere un reale sviluppo dei benefici connessi al ricorso al FSE occorre in primo luogo investire sulle competenze digitali di cittadini ed operatori (medici generali e medici specialisti) e rendere consapevoli gli stessi dei benefici derivanti dall'adozione di un FSE.

Inoltre, una delle problematiche più rilevanti connessi all'utilizzo del FSE attiene all'illecito trattamento di dati sanitari e, per evitare l'errato trattamento di tali dati, sarà necessario dotare delle necessarie competenze digitali tutto il personale sociosanitario.

Il Piano, pertanto, consapevole delle potenzialità del FSE, rilancia il suo utilizzo evidenziando che le Regioni verranno dotate di un supporto finanziario se adotteranno la piattaforma del FSE. All'interno del Piano infatti è prevista la redazione di un FSE omogeneo a livello nazionale, che in realtà non si tradurrà nella creazione di

[101] POSTERARO N., *op.cit.*, pag. 201 ss.

un FSE nazionale per ogni assistito, ma la stessa Piattaforma avrà come obiettivo quello di rendere omogenei i vari FSE regionali. Le misure previste dal Piano sono piuttosto complesse dal punto di vista tecnico ed organizzativo e non è ancora chiaro se le stesse potranno trovare concreta attuazione soprattutto se si pensa che dall'utilizzo concreto del FSE in particolare, e dalla complessiva digitalizzazione dei dati sanitari dei pazienti dipende il decollo di ambiziosi progetti come quello della telemedicina[102].

7.1. Tutela della salute e protezione dei dati personali: opposizione o conciliazione? E' possibile un bilanciamento tra tutela della salute e protezione dei dati?

La tutela della salute e l'adozione di misure per contrastare la diffusione della pandemia ha spinto il governo all'individuazione di adeguate soluzioni tecnologiche per un efficace monitoraggio del contagio che ha portato alla creazione dell'"applicazione Immuni".

La creazione di tale applicazione ha consentito a strutture pubbliche di gestire dati personali in modo da adottare misure finalizzate a contrastare la pandemia[103]. Per avviare tale percorso il Ministro per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione, in accordo con il Ministro della Salute, ha deciso di nominare un *"Gruppo di lavoro data driven per l'emergenza COVID-19"* che ha avuto la funzione di supportare il governo e tutti i pubblici decisori nella definizione di adeguate politiche di contenimento del contagio da SARS-CoV-2. Il gruppo era composto da un contingente multidisciplinare di esperiti (giuristi, economisti, informatici, epidemiologi) ed è stato suddiviso in otto sottogruppi di lavoro che si sono occupati degli aspetti più disparati. Uno dei sottogruppi si è occupato, invece, di valutare l'impatto delle soluzioni tecnologiche per quanto riguarda la tutela della *privacy*.

Nel lavoro effettuato da tale sottogruppo è emerso, quindi, che la tutela della salute accompagnata alla necessità di contenimento dei contagi debba rispettare sempre i

[102] POSTERARO N., *op.cit.*, pag. 229ss.

[103] Critico sul punto ZENO-ZENCOVICH V., *I limiti delle discussioni sulle "app" di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale*, in *MediaLaws*, 26 maggio 2020, secondo il quale, «*la questione delle "app" di tracciamento appare questione probabilmente (ed auspicabilmente) superata dall'affievolirsi del virus e dei suoi contagi. Quel che resta sul tappeto come fondamentale esigenza di sistemi sanitari pubblici evoluti ed efficienti è quella della telemedicina, ovverosia dell'uso costante e generalizzato di strumenti digitali portatili (di cui lo smart-phone è l'espressione più ovvia) per monitorare a distanza e in tempo reale lo stato di salute soprattutto di soggetti a rischio. Per questo i dati relativi a stati morbili dovrebbero restare registrati nel fascicolo sanitario digitale di ciascuno, mentre quelli aggregati devono poter essere utilizzati per le preziosissime ricerche epidemiologiche che ci aiutino a capire cosa è successo in passato e come prevenire sciagure future*»

principi generali del nostro ordinamento nella consapevolezza che le tecnologie digitali e i dati possono essere impiegati in maniera democratica, a beneficio della salute della collettività, nel rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali[104]. Alla luce di tale orientamento, quindi, l'azione del Gruppo di lavoro è stata ispirata al principio di trasparenza, che rappresenta uno dei pilastri fondamentali della nostra democrazia e che non poteva venir meno neanche durante la pandemia, nonché al rispetto di diversi altri diritti fondamentali che devono mantenere la loro centralità in quanto in democrazia anche nelle emergenze le risposte straordinarie sono legittime proprio perché previste dal regime ordinario e dal quadro delle garanzie inviolabili[105]. E' evidente, quindi, come tale Gruppo di lavoro *data driven* per l'emergenza pandemia abbia operato creando un modello di uso della tecnologia *human-centered* nel quale i diritti fondamentali dell'uomo fossero sempre garantiti scongiurando ogni compressione non strettamente necessaria e proporzionata rispetto alle libertà alla base della nostra democrazia.

A conclusione del lavoro svolto dal Gruppo *data driven*, tra le ben 319 proposte di soluzioni tecnologiche per il *contact tracing* e le 504 per la telemedicina, è stata scelta la ben conosciuta "*app Immuni*" che è stata ritenuta la soluzione più idonea per lo sviluppo del sistema nazionale di notifiche di esposizione digitale[106]. Dopo la scelta

[104] COLAPIETRO C.- IANNUZZI A., *La falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2, 2020, pag. 777 ss.

[105] Le citazioni sono tratte dalla dichiarazione di intenti in cui i componenti del Gruppo di lavoro data driven per l'emergenza da SARS-CoV-2 hanno formulato i principi ai quali si sono impegnati ad improntare la propria attività, ritenendo che «l'attuale situazione emergenziale vada fronteggiata sempre nel rispetto della normativa vigente e dei principi generali dell'ordinamento italiano ed internazionale», soprattutto con riferimento alla tutela della privacy ed alla protezione dei dati personali. Del resto, lo stesso Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, Paola Pisano, ha a più riprese sottolineato che «la tecnologia non è neutra», il suo valore dipende da come la si sviluppa ed applica, pertanto, per essere un vero motore di cambiamento per la nostra società, deve essere «etica, trasparente, sicura e inclusiva» e, soprattutto, deve mettere al centro sempre e prima di tutto l'Uomo e «la scelta e l'adozione delle nuove tecnologie, anche di quelle legate all'intelligenza artificiale, deve tassativamente essere funzionale alle sue esigenze», PISANO P., *Intelligenza artificiale ed etica: una rivoluzione umana, molto umana*, Redazione ANSA Roma del 7 maggio 2020.

[106] Occorre evidenziare che, benché alla c.d. Task Force Covid-19 fosse stato affidato il compito di procedere in tempi rapidi alla valutazione delle proposte formulate dai partecipanti alla fast call, al fine di selezionare la proposta più efficace e idonea ad essere implementata in tempi rapidi a livello nazionale, l'adozione dell'app è stata certamente più lenta di quanto avrebbe dovuto. Relativamente a questo aspetto, si può probabilmente presumere che sia stato dovuto ai tempi tecnici di rilascio dell'aggiornamento delle API - Application Program Interface, cioè l'interfaccia di programmazione, che consentono l'interoperabilità fra i dispositivi - da parte di Apple e Google. Come ricordato, infatti,

dell'"*app* Immuni" come soluzione tecnologica per consentire un adeguato tracciamento della diffusione del virus, il Ministro per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione all'epoca in carica è intervenuto sulla questione evidenziando che l'Italia è il primo Paese europeo di grandi dimensioni a dotarsi di uno strumento del genere a livello nazionale, il che costringe a fare i conti con la realtà per corrispondere al nostro dovere di rispettare le normative italiane ed europea sulla tutela della *privacy* delle persone e le esigenze di sicurezza del nostro Paese[107].

Il primo dei problemi generati dall'utilizzo dell'*app* Immuni consisteva nell'individuazione di una valida base giuridica per la sua adozione.

In un primo momento, per giustificare il trattamento dei dati personali necessario per le operazioni di *contact tracing* un fondamento di legittimità si rinveniva nel diritto eurounitario almeno fino all'intervento del decreto legge n. 28/2020. Pertanto, nell'individuare un'adeguata base giuridica in grado di legittimare l'utilizzo dell'*app* che consentiva il tracciamento di tutti i cittadini che avevano contratto il virus, bisognava tener conto di quanto stabilito dalla Carta di Nizza che all'art. 52 stabilisce che le limitazioni dei diritti e delle libertà altrui debbano essere disposte dalla legge in modo da rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Pertanto occorreva procedere in tal modo ed effettuare scelte in base a due modelli: secondo un primo modello, il presupposto di legittimità dei trattamenti si basava sul consenso dell'interessato espresso al momento dell'installazione dell'*app* in virtù di quanto previsto dal c.d. GDPR (Regolamento UE 2016/679); invece, in base ad un altro modello, per legittimare il ricorso all'*app* Immuni era possibile fare riferimento alla

anche da PLUTINO M., *"Immuni". Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, cit., p. 602 «*le due big tech proprietarie dei sistemi operativi hanno stretto una (inedita) alleanza per allineare i sistemi bluetooth ai rispettivi sistemi operativi mobili e su quel "framework" hanno proceduto a concludere accordi con i vari governi per mettere a disposizione le proprie soluzioni per una implementazione ottimale delle app nazionali, anche in tal caso stabilendo la natura open source di queste API […] dove nome, aspetto, interfaccia e dinamiche di funzionamento sono ampiamente personalizzabili dal programmatore. Ciò ha portato ad una radicale riorganizzazione delle app, le quali in prospettiva potrebbero essere addirittura superate, con necessità peraltro di affrontare gli aspetti legali della questione, che si ritrovano una più o meno necessitata interposizione di interfacce che integrano meglio l'app nel sistema operativo. Queste API d'altro canto interagiscono in modo ottimale solo con applicazioni che adottano il sistema di gestione dei dati decentralizzato. Una soluzione tecnica, tra l'altro preferita (a scanso di un primo orientamento) dall'Unione europea in quanto foriera di minori rischi perché evita concentrazioni di dati in server, per quanto pubblici, ed ormai praticamente obbligata*»

[107] COLAPIETRO C.- IANNUZZI A, *op.cit.*, pag 779 ss.

tutela dell'interesse pubblico in base a quanto previsto dall'art. 6 par. 1 lett. d ed e del GDPR e dell'articolo *e-privacy*[108].

La decisione italiana ha optato per quest'ultimo modello. Tuttavia, non era possibile per legittimare l'adozione dell'*app* Immuni basarsi sulla normativa già esistente, ma era necessario stabilire nuove modalità operative stabilendo limiti e garanzie per gli interessati.

In un primo momento ha cominciato a farsi strada l'idea che l'articolo 14 del decreto legge n. 14/2020, rubricato "*Disposizioni su trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale*" poteva garantire un'adeguata disciplina, ma ben presto la dottrina ha osservato che una norma di rango secondario non poteva costituire un adeguato supporto normativo per l'adozione dell'*app* Immuni[109].

Solo con l'avvento del decreto legge n. 28/2020 ed in particolare con la disposizione prevista all'art. 6 di esso si è finalmente addivenuti all'introduzione del supporto legale per l'utilizzo dell'*app* e del relativo trattamento dei dati al fine di assicurare, in modo forte ed univoco, i presupposti di *privacy*, sicurezza e funzionamento dell'applicazione[110]. Alla luce di tale intervento normativo la constatazione che si effettua è quella che non ci si trova al cospetto di uno stravolgimento delle regole per la gestione della pandemia. La disciplina nel complesso ha permesso il raggiungimento di un duplice risultato, ossia l'utilizzo di tecnologie adeguate per la

[108] Purtroppo, ancora tarda l'adozione del c.d. Regolamento e-privacy, relativamente al quale si rimanda a SCORZA G., *Prospettive de iure condendo della protezione dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, tra Regolamento generale 2016/679 e futuro Regolamento e-Privacy*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679, Napoli, 2017, pp. 741 ss.

[109] In senso contrario si era espresso F.P. MICOZZI, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in *BioLaw Journal*, 2020, p. 6, secondo il quale «*non si ravvisano – quantomeno nella vigenza del D.L. n. 14/2020 – ostacoli particolari a che i già menzionati soggetti, deputati alla gestione dell'emergenza, possano trattare i dati personali dei contagiati (anche provenienti da terze parti) al fine di effettuare attività di contact tracing utile a delineare i contorni del fenomeno virale*». Anche il Presidente del Garante della protezione dei dati personali nel corso di un'audizione informale aveva auspicato una norma di rango primario, (anche un decreto-legge, che assicura la tempestività dell'intervento, pur non omettendo il sindacato parlamentare né quello successivo di costituzionalità, diversamente dalle ordinanze). Benché subordinatamente, ove non si fosse proceduto a un intervento legislativo *ad hoc*, aveva sostenuto l'opportunità di integrare l'art. 14 decreto legge n. 14/20, anche con misure di garanzia da prevedersi eventualmente con fonte subordinata» (Audizione informale, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus).

[110] COLAPIETRO C.- IANNUZZI A, *op.cit.*, pag. 782 ss.

tutela della salute ed il contenimento dei contagi da SARS-CoV-2 ed il pieno rispetto della legalità e dei principi generali del nostro ordinamento[111]. Fra l'altro, fra le problematiche connesse alla tutela della salute ed alla protezione dei dati personali[112] figura proprio la falsa alternativa fra i due diritti costituzionali e dalle valutazioni effettuate si approda alla conclusione che nel rapporto fra questi diritti fondamentali non vi è alcun rapporto di esclusione. Muovendo da tale presupposto, parte della dottrina, anche in ragione dei principi più volte messi in luce dalla Corte costituzionale, ha evidenziato che la composizione fra tali valori è sempre possibile ricorrendo ad un'operazione di bilanciamento che in molti casi può risultare particolarmente gravosa[113].

In merito alla composizione dei vari valori, quindi, la stessa Corte costituzionale ha precisato che "*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri".* Alla luce di ciò la tutela dei vari valori "*deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto fra loro"*[114]. Se non fosse così si assisterebbe ad una illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.

8. La nascita di un nuovo diritto all'impiego delle tecnologie digitali.

La digitalizzazione è stata definita come la quarta rivoluzione industriale e la portata di questo fenomeno si percepisce se si tiene conto dell'ampiezza degli ambiti che lo stesso coinvolge[115]. Circoscrivendo l'ambito di analisi, si può affermare che le tecnologie dell'informazione rappresentano, come constatato finora, l'oggetto di politiche pubbliche di modernizzazione della Pubblica Amministrazione fondate sull'impiego di tali tecnologie al fine di conseguire un miglioramento dei servizi

[111] COLAPIETRO C.- IANNUZZI A., *op.cit.*, pag. 785 ss.
[112] COLAPIETRO C.- IANNUZZI A., *op.cit.*, pag. 801 ss.
[113] MINISCALCO N., *La sorveglianza attiva per contrastare la diffusione dell'epidemia di Covid-19: strumento di controllo o di garanzia per i cittadini?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, p. 97, rileva che «*la protezione dei dati personali potrebbe, in ottica di bilanciamento, arretrare, ma giammai in toto o comunque in misura irragionevole rispetto al beneficio che all'interesse prevalente, ossia al diritto alla salute, potrebbe derivarne*».
[114] Corte costituzionale, sent. 264/2012.
[115] FRAGALE E.N., *La cittadinanza digitale al tempo della digitalizzazione,* in *Diritto Amministrativo,* 2, 2022, pag. 471 ss.

pubblici[116]. Come già evidenziato, infatti, proprio in questo ambito l'utilizzo delle tecnologie digitali è sinonimo di efficienza, dato che le stesse consentono di velocizzare i tempi del procedimento amministrativo, di semplificare il rapporto fra amministrazione e cittadino divenendo strumenti di democraticizzazione, ciò che incentiva processi di partecipazione in funzione di sostegno delle politiche pubbliche[117]. Il ricorso alle tecnologie digitali in vari ambiti e soprattutto in quello delle

[116] PIOGGIA A., *Note sulla configurabilità di un "servizio pubblico informatico"*, in *Riv. quadr. serv. pubbl.*, 2000, 2, p. 22 e ss.; BOMBARDELLI M., *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile,* in *Riv. it. Dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 1023 ss.; MASUCCI A., *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2003, p. 991; ID., *procedimento informatico e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011; CAMMAROTA G., *Servizi pubblici in rete e applicabilità dei princìpi classici del servizio pubblico*, in *Informatica e diritto, 1*-2, 2005, p. 183 ss.; PIETRANGELO M., *Il diritto all'uso delle tecnologie nei rapporti con la pubblica amministrazione: luci ed ombre*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2005, p. 73; E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005; ID., *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale, in Giornale dir. amm.*, 2011, p. 469 ss., ID., *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, *ivi*, 2012, p. 1041; PIRAS P., *Servizi pubblici e nuove tecnologie*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2005, p. 89 ss.; ID., *Organizzazione, tecnologie e nuovi diritti, in Informatica e diritto*, 1-2, 2005, p. 89; FLICK C., AMBIOLA V., *La cittadinanza amministrativa telematica fra previsioni normative ed effettività*, in *Dir. inform.*, 6, 2006, p. 830 ss.; MUTI M., *Spunti per una riflessione su un nuovo modo di essere cittadino: utente digitale, in Informatica e diritto*, 1, 2006, p. 47; MAGGIPINTO A., *Internet e Pubbliche Amministrazioni: quale democrazia elettronica*?, *in Dir. inform.*, 2008, 1, p. 45 ss.; OTRANTO P., *Verso il procedimento amministrativo elettronico. Italia e Spagna a confronto*, in *Informatica e diritto*, 2008, spec. 574 ss.; PAPA A., Il *principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali,* in *Federalismi.it*, 12, 2008; DUNI G., *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione della telematica*, Milano, 2008; DE GRAZIA D., *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2011, p. 611 ss.; CARDARELLI F., *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. Inf.*, 2015, p. 227; ID., *Uso della telematica, in Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, p. 510 ss.; CONTI G.L., Fra *usability e user experience: verso il nuovo codice dell'amministrazione digitale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016; CORSO G., Con*siderazioni critiche sull'e-Government,* in *Diritto, Mercato, Tecnologia*, 2, 2016, p. 247 ss.; COSTANZO P., *Avete detto "diritti digitali"?*, in D*iritto, Mercato, Tecnologia*, 2, 2016, p. 145 ss.; LEONE C., *Il principio digital first: obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015*, in *Giustamm*, 6, 2016; PIPERATA G., *Cittadini e imprese di fronte all'amministrazione digitale*, in *Diritto, Mercato, Tecnologia*, 2, 2016, p. 165; RODIO R.G., *Diritti fondamentali e tecnologie informatiche: i profili problematici dell'e-Government*, in *Diritto, Mercato, Tecnologia*, 2, 2016, p. 251; VARI F., *L'affermazione di e-Government ed e-Democracy nello Stato costituzionale*, in *Diritto, Mercato, Tecnologia,* fasc. 2 , 2016, p. 383; FAINI F., *Social open government: l'utilizzo dei social media nell'amministrazione digitale e aperta*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2017, p. 319 ss; ID., *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete,* in *Dir. inf.*, 4, 2019, p. 1099 ss.; OROFINO A.G., *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, p. 87 ss.; CAVALLO PERIN R.-GALETTA D.U. (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, 2020;

[117] Per l'opportunità di tenere distinti e-Government ed e-Democracy, che intenderebbe alludere a un problema, concettualmente, differente della partecipazione politica dei cittadini, COSTANZO P., *Avete detto "diritti digitali*"? in *Diritto, Mercato, Tecnologia*, 2, 2016, p. 145 ss.

amministrazioni richiede qualche considerazione preliminare sul tema della cittadinanza digitale, concetto che, già da qualche tempo, figura piuttosto frequentemente nel linguaggio giuridico.

Il concetto di tradizionale di cittadinanza si è evoluto muovendo dalla sua originale concezione di appartenenza del soggetto ad un certo ordine politico che consentiva, proprio in ragione dell'acquisizione dello *status* di cittadinanza, la possibilità per il cittadino di concorrere, non solo al funzionamento del sistema politico, ma di divenire anche titolare di situazioni giuridiche attive e passive nei riguardi della comunità di appartenenza, fino a giungere all'affiancamento di diverse altre "cittadinanze": quella europea[118], quella amministrativa, e quella digitale[119].

Soffermandosi sul concetto di cittadinanza digitale, ci si interroga di come la stessa faccia fatica ad assumere una identità di concetto e di senso soprattutto in ambito giuridico[120].

Analizzando il nostro ordinamento ed il concetto di cittadinanza digitale, si deve far riferimento al Codice dell'amministrazione digitale (previsto dal D.lgs. n. 82/2005) ove la Carta della cittadinanza digitale fa riferimento ai diritti di cittadinanza digitale all'art. 17, comma 1 quinquies, del CAD che impone all'AgID di pubblicare sul sito

---

[118] Senza pretesa di esaustività, APOSTOLI A., *La cittadinanza nella sfida della globalizzazione*, in A. Calore, F. Mazzetti (a cura di), I confini mobili della cittadinanza, Torino, 2019, pp. 105-123; NASCIMBENE B., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; ID, *Brevi rilievi in tema di diritti fondamentali, cittadinanza e sussidiarietà nel trattato sull'Unione Europea*, in *Diritto degli Scambi Internazionali*, 1994, p. 233; DINELLI F., *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011; MENEGAZZI MUNARI F, *Cittadinanza europea: una promessa da mantenere*, Torino, 1996; S. O'LEARY, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, London, Kluwer, 1996; CARTABIA M., *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. VI, 1995; LIPPOLIS V., *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994.

[119] È da aggiungere che la cittadinanza è considerato in genere come dispositivo giuridico complesso, utile ad assicurare una pluralità di funzioni, tra cui la formazione di una identità collettiva e la realizzazione di forme di inclusione sociale, MORO G., *Cittadinanza,* Milano, 2020. Sul risvolto discriminatorio ed escludente della cittadinanza, KOCHENOV D., *Cittadinanza. La promessa di un alchimista*, Bologna, 2020.

[120] Negli studi a carattere sociologico e politologico, la locuzione è, in effetti, impiegata soprattutto per intendere un insieme di competenze e regole di comportamento ovvero la capacità di partecipare alla società on line attraverso l'uso frequente di internet, LU CHEN L., MIRPUR S., RAO N., LAW N., *Conceptualization and measurement of digital citizenshipacrossdisciplines*, in *Educational Research Review*, 33, 2021; BUENTE W., *Digital Citizenship or Inequality? Linking Internet Use and Education to Electoral Engagement in the 2008 U.S. Presidential Election Campaign*, in *Bulletin of Science, Technology & Society*, 35, 2015, p. 145. Una nebulosa, adoperando la definizione usata da RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 384 ss.

istituzionale una guida sui diritti di cittadinanza digitale previsti dallo stesso Codice. Per quanto riguarda, invece, l'approccio riservato dalla Commissione europea il 9 marzo 2021, la stessa ha preannunciato l'adozione di una solenne Dichiarazione europea sui principii e sui diritti digitali[121].

Il concetto di cittadinanza digitale si ritrova indissolubilmente legato al riconoscimento di uno statuto di diritti di nuova generazione che cambiano connotazione a seconda del fatto che gli stessi facciano riferimento alle relazioni tra utente ed amministrazione oppure ad altri contesti[122]. A seconda del contesto nel quale si colloca il discorso l'aggettivo "digitale" assume una normatività propria ampliando di senso concetti preesistenti. Questa capacità di arricchimento si percepisce indubbiamente anche sul terreno della cittadinanza, intesa nella duplice accezione di "appartenenza" ad una comunità (politica o solo amministrativa) e di idoneità alla titolarità di situazioni giuridiche, stante la capacità del nuovo paradigma di estendere le possibilità di realizzazione dei vecchi diritti e di moltiplicare le occasioni di sviluppo dell'appartenenza alle diverse comunità, anche attraverso il riconoscimento di diritti di nuovo conio[123].

E' evidente pertanto come la cittadinanza digitale sia destinata ad assurgere ad un vero e proprio *status* del cittadino. L'idea che alla base di tale forma di cittadinanza vi è la proiezione della cittadinanza nell'infosfera da luogo non già ad un fenomeno di duplicazione nella cittadinanza, quasi che alla cittadinanza materiale segua un suo doppione nella realtà virtuale, bensì ad una nuova cittadinanza digitale[124]. Tale configurazione della cittadinanza digitale è il frutto della nuova dimensione nella quale si colloca la vita individuale e sociale degli individui ormai sempre più interconnessi con gli altri individui sia nella realtà analogica che in quella digitale fino al punto che gli steccati fra le diverse dimensioni cominciano a divenire sempre più labili.

---

[121] Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale.

[122] FRAGALE E.N., *op.cit.*, pag. 474 ss.

[123] Con riferimento all'appartenenza alla comunità locale, PONTI B., *La trasparenza amministrativa come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, in *Cittadinanze amministrative*, *cit.*, p. 215.

[124] PASCUZZI G., *La cittadinanza digitale*, Bologna, 2021, p. 12, 198; FROSINI T.E., *Il Diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC*, 1, 2011; sulla cittadinanza digitale anche MARSOCCI P., *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 1, 2015; COSTANZO P., *Avete detto "diritti digitali"?*, *cit.*, p. 145 ss.; per una diversa concettualizzazione delle cittadinanze, GASPARI F., *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, n.1/2019, p. 71 ss.

Le previsioni contenute dal CAD rappresentano, senza alcun dubbio, il nucleo della cittadinanza amministrativa digitale nel rispetto di quella che può essere considerata come una rivoluzione digitale che ha guidato tutti i Paesi europei e che ha visto l'introduzione di disposizioni che vedono come protagonista la Pubblica Amministrazione. D'altra parte, però, il processo di digitalizzazione presenta anche diversi punti d'ombra soprattutto alla luce del fatto che, se da un lato si arricchisce il patrimonio giuridico del cittadino, d'altro canto non può escludersi che lo stesso possa condurre alla creazione di nuove esclusioni, discriminazioni e complessità. In considerazione delle sue caratteristiche, pertanto, il paradigma tecnologico presenta essenzialmente una grande difficoltà ad essere circoscritto come un fenomeno che opera entro specifici limiti geografici. Partendo da tale presupposto, quindi, ha cominciato a farsi strada la convinzione che il paradigma digitale debba essere un fenomeno regolato in sede di intervento sovranazionale, ambito nel quale cominciano a prendere vita una serie di iniziative collocabili nel più ampio fenomeno di "*digital costitutionalism*"[125]. A riprova della necessità di un intervento sovranazionale si fa riferimento alla Dichiarazione europea dei principi e dei diritti digitali con la quale l'UE esprime la sua posizione sul tema della trasformazione digitale in atto[126].

Tale Dichiarazione non può qui essere analizzata in ogni suo aspetto, ma può affermarsi che la stessa provvede a promuovere la trasformazione digitale antropocentrica fondata sulla solidarietà, sull'inclusione e sulla libertà di scelta nella partecipazione allo spazio pubblico digitale. Dipinge un panorama piuttosto complesso ove trovano spazio diritti di nuova generazione dei quali alcuni hanno come obiettivo quello di proteggere la persona dalle nuove minacce provenienti dalle tecnologie, altri sono strumentali alla migliore fruizione dei tradizionali diritti. A tal

[125] SASSI S., *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli, 2022; CASONATO C., MARCHETTI B., *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'UE in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal -Rivista di BioDiritto*, 3, 2021; DONATI F., *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. unione eur.*, 2021, p. 453; MARCHIANÒ G., *Proposta di regolamento della commissione europea del 21 aprile 2021 sull'intelligenza artificiale con particolare riferimento alle IA ad alto rischio*, in *Amb. dir.*, 2, 2021; GELLERT R., *The role of the risk-based approach in the General data protection Regulation and in the European Commission's proposed Artificial Intelligence Act: Business as usual?*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 3(2), 2021, p. 15 ss.; PARONA L., *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self regulation*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2020, p. 70;

[126] DE GREGORIO G., *The Declaration on European Digital Rights and Principles: A First Analysis from Digital Constitutionalism*, in *Medialaws*, 25 febbraio 2022.

proposito, quindi, si evince come la Dichiarazione così come le altre proposte di regolamentazione europea sull'intelligenza artificiale siano propense ad accentuare il carattere di polimorfismo dei diritti di cittadinanza amministrativa, ampliando il novero delle pretese già riconosciute nell'ordinamento interno attraverso la creazione di diritti di nuovo conio, connotati da una matrice di difesa dal potere[127]. Proseguendo, quindi, l'indagine delle norme dell'ordinamento interno, si evince che il Codice per l'amministrazione digitale ha perso la sua centralità dato che i nuovi diritti dell'amministrazione digitale si trovano disseminati in un articolato corpus di fonti, si pensi ad esempio al decreto trasparenza (D.Lgs. n. 33/2013) come anche al regolamento europeo 679/2016 *General Data Protection Regulation;* alla luce di tali novità, pertanto, è necessario esaminare brevemente quale sia il fondamento costituzionale dei vari diritti di cittadinanza digitale. Sembra che siamo al cospetto di un nuovo diritto di natura fondamentale legato all'impiego di tecnologie digitali, individuato nella libertà informatica come una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà da ma libertà di, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire ed ottenere informazioni di ogni genere. E' il diritto di partecipazione alla società virtuale[128]. Pertanto il diritto all'impiego delle tecnologie digitali dovrà considerarsi munito di un suo autonomo fondamento nella Costituzione, che sarebbe strettamente connesso all'identità personale ed alla riservatezza informatica.

Alla luce di queste considerazioni la cittadinanza amministrativa può, ormai, ritenersi digitale e, dalla proiezione della cittadinanza in questa nuova dimensione scaturisce come effetto un arricchimento dei diritti riconosciuti in capo all'amministrato.

I diritti digitali, ossia quei diritti considerati di nuova generazione, si affiancano a quelli tradizionali moltiplicando le situazioni giuridiche incluse nella cittadinanza.

La cittadinanza amministrativa ha assunto forme e connotazioni distinte ed al nucleo di diritti previsti in origine esclusivamente dal CAD vanno ad aggiungersi una serie di diritti che trovano disciplina in fonti sovranazionali.

In ragione della natura dei diritti digitali, gli stessi possono trovare un fondamento costituzionale di matrice comune che coincide con il diritto ad una buona ed efficiente amministrazione.

[127] FRAGALE E.N., *op.cit.,* pag. 478 ss.
[128] FROSINI E., *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. informatica*, 3, 2003, p. 487 ss.

9. La debolezza della governance unitaria del processo di innovazione: analisi critica.

Le riflessioni effettuate hanno messo in luce le immense opportunità che le nuove tecnologie rappresentano per l'avvio di un poderoso processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, al centro, come è stato rilevato, della Prima Missione del Piano.

Abbiamo avuto modo di analizzare i nodi problematici della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni constatando in primo luogo che alla fragilità interna delle singole amministrazioni pubbliche si affianca, esternamente, la debolezza della *governance* unitaria dei processi di innovazione. Questa riflessione trova la sua matrice nei dati contenuti dall'*Action Plan* del 2020 sull'*eGovernement* che ha avuto modo di precisare che il limite principale del sistema italiano va ricercato nell'assenza di una visione unitaria e condivisa che determina l'incapacità di cogliere a pieno le opportunità offerte delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

La questione che ha stimolato questa valutazione critica è principalmente quella della mancanza di una visione unitaria che il processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche impone per consentire la sua piena attuazione.

Il primo aspetto problematico riscontrato attiene al fatto che le amministrazioni considerano le trasformazioni tecnologiche come un fenomeno puramente interno che spesso resta strettamente connesso esclusivamente a scelte di autonomia organizzativa dei vari enti[129]. A fronte di tale situazione ci si chiede se non sia possibile ritenere che una funzione statale di coordinamento informativo informatico e statistico vada individuata nel comma 2 dell'art. 117 Cost che rappresenterebbe, pertanto, la risposta alla tendenza alla frammentazione[130]. La condizione che negli ultimi anni ha suggerito

[129] In questo senso già MERLONI F. (a cura di), *Introduzione all'eGovernment*, Torino, 2005; NATALINI A., *L'eGovernment nell'ordinamento italiano*, in Vesperini G. (a cura di), *L'e-Government*, Milano, 2004, p. 1.

[130] In merito a questa funzione, cfr. MERLONI F., *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in Ponti B. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Bologna, 2008, pp. 153 ss.; PONTI B., *I dati di fonte pubblica: coordinamento, qualità e riutilizzo*, in F. Merloni (a cura di), La trasparenza amministrativa, Milano, 2008, pp. 405 ss.; PIETRANGELO M., *Brevi note sul 'coordinamento informativo informatico e statistico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, in Informatica e diritto*, 2004, pp. 35 ss.; MARONGIU D., *La funzione di coordinamento informatico: autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, pp. 109 ss.

un approccio autonomo delle singole amministrazioni[131] al tema del ricorso alle tecnologie digitali sicuramente non dipende da carenze insite nella norma costituzionale[132]. Il tema della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni è stato, pertanto, erroneamente confuso con esigenze di autonomia organizzativa che affondano le radici in un rapporto che riflette una logica proprietaria delle pubbliche amministrazioni rispetto al proprio patrimonio informativo. Questa logica ispira tanto le amministrazioni statali quanto quelle territoriali. Questo stato di confusione che caratterizza l'approccio alla digitalizzazione da parte delle varie amministrazioni pubbliche alimenta uno scenario disordinato che trova conferma anche nel grande numero dei *data center* attivi.

Al grande numero di *data center*, infatti, corrispondono diversi sistemi informativi e software che vengono sviluppati sulla base di criteri fra di loro indipendenti in un Paese in cui i CED sono tradizionalmente numerosi come le centrali di committenza, ciascuna amministrazione è un silos di dati, spesso frammentati e non comunicanti al loro interno, non comunicanti e non interoperabili con altre amministrazioni[133].

Il quadro che ne viene fuori, pertanto, è quella di una grande frammentazione nella disciplina della digitalizzazione da parte delle varie amministrazioni, che genera inoltre una grande frammentazione delle risorse, come un cantiere ove ogni amministrazione governa autonomamente le proprie scelte senza il rispetto di una logica unitaria. Ovviamente il tema della frammentarietà delle scelte nel processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione pone una questione con la quale il legislatore è stato chiamato a cimentarsi con esiti non soddisfacenti, ossia quello della *governance* statale e repubblicana della funzione. Riguardo al processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione molto spesso l'impegno del

[131] Sulla giurisprudenza costituzionale in materia v. es. CARDARELLI F., *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, pp. 227 ss.; cfr. anche COSTANTINO F., *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, pp. 47 ss.

[132] Del quale però si era avvertita l'esigenza attraverso l'emendamento, a prima firma Quintarelli, approvato all'unanimità in sede di discussione alla Camera sul testo della riforma costituzionale cd. "Boschi-Renzi": qui, la funzione statale era rivolta a divenire quella di «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati, dei processi e delle relative Un coordinamento, come è stato evidenziato dagli stessi promotori dell'emendamento, non solo "di dati", ma anche di "architetture" informatiche.

[133] CARLONI E., *Algoritmi su carta cit.*, pag. 373 ss, ove alla nota n. 42 si precisa che "*Non ci sono i dati, non possono esserci i big data: però abbiamo 11000 ced, ciascuno dei quali ha sviluppato in autonomia, differenziazione, incomunicabilità, innumerevoli applicazioni, che ci allontanano e non ci avvicinano alla soluzione del problema»: così in un intervento pubblico (prima dell'assunzione della carica) l'attuale Commissario all'attuazione dell'Agenda digitale*".

legislatore si è soffermato prevalentemente solo sull'aspetto organizzativo e sull'implementazione delle politiche di sviluppo digitale: dall'AIPA al Cnipa, da DigitPA ad AgID[134].

A fronte di tale frammentazione organizzativa lo Stato si è presentato al sistema assumendo un volto diverso ma anche senza essere in grado di porsi con forza e con una sola voce, specie alla luce del ruolo che "pro-quota" è riconosciuto al governo, e al Commissario per l'Agenda digitale, al Ministro per la Pubblica Amministrazione e al Dipartimento per la funzione pubblica, al Ministero dell'economia e delle finanze, all'Agenzia per la coesione territoriale, e ovviamente ad AgID.

L'inserimento dell'art. 18 *bis* nel Codice dell'amministrazione digitale ha concesso all'AgID anche poteri sanzionatori che potrà esercitare in caso di violazione degli obblighi in materia di transizione digitale. Il comma 3 dell'art. 18 *bis* del CAD, stabilisce infatti che le eventuali violazioni siano segnalate dall'Autorità all'ufficio competente per le violazioni disciplinari di ogni amministrazione, oltre che ai competenti organismi indipendenti di valutazione[135].

---

[134] Sull'evoluzione della governance della digitalizzazione pubblica (e quindi sui mute- voli caratteri dell'Aipa e dei suoi "eredi"), ampie riflessioni nella Relazione della Commissione sulla digitalizzazione, cit., spec. pp. 23-27; in materia cfr. già, rispetto alle diverse fasi, CARLONI E., *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2012, pp. 1041 ss.; NOTARMUZI C., *DigitPA: la terza riorganizzazione dell'informatica pubblica, in Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 1014 ss.

[135] Art. 18 bis Codice dell'amministrazione digitale "*Violazione degli obblighi di transizione digitale" 1. L'AgID esercita poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio sul rispetto delle disposizioni del presente Codice e di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione, ivi comprese quelle contenute nelle Linee guida e nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, e procede, d'ufficio ovvero su segnalazione del difensore civico digitale, all'accertamento delle relative violazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 2. Nell'esercizio dei poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio, l'AgID richiede e acquisisce presso i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, dati, documenti e ogni altra informazione strumentale e necessaria. La mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni di cui al secondo periodo ovvero la trasmissione di informazioni o dati parziali o non veritieri è punita ai sensi del comma 5, con applicazione della sanzione ivi prevista ridotta della metà.*

2. L'AgID, quando dagli elementi acquisiti risulta che sono state commesse una o più violazioni delle disposizioni di cui al comma 1, procede alla contestazione nei confronti del trasgressore, assegnandogli un termine perentorio per inviare scritti difensivi e documentazione e per chiedere di essere sentito.

3. L'AgID, ove accerti la sussistenza delle violazioni contestate, assegna al trasgressore un congruo termine perentorio, proporzionato rispetto al tipo e alla gravità della violazione, per conformare la condotta agli obblighi previsti dalla normativa vigente, segnalando le violazioni all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari di ciascuna amministrazione, nonché ai competenti organismi indipendenti di valutazione. L'AgID pubblica le predette segnalazioni su apposita area del proprio sito internet istituzionale.

Si tratta certamente di un passo importante che vincola tutte le amministrazioni a dotarsi di personale e strumenti adeguati. Il dubbio è che si riesca nel breve periodo a garantire il superamento del divario digitale che grava sul nostro Paese e quindi sulla nostra Pubblica Amministrazione. Senza un accesso digitale libero per tutti, le riforme amministrative digitali non vedranno la realizzazione nel breve periodo. Questo problema è strettamente collegato al problema di un vero disegno comune digitale. Infatti, è mancata finora una direzione di sviluppo per garantire, attraverso la coesione

4. Le violazioni accertate dall'AgID rilevano ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comportano responsabilità dirigenziale e disciplinare ai sensi degli articoli 21 e 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 13-bis, 50, 50-ter, 64-bis, comma 1-quinquies, del presente Codice e dall'articolo 33-septies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

5. In caso di mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni di cui al comma 1, ultimo periodo, ovvero di trasmissione di informazioni o dati parziali o non veritieri, nonché di violazione degli obblighi previsti dagli articoli 5, 7, comma 3, 41, commi 2 e 2-bis, 43, comma 1-bis, 50, comma 3-ter, 50-ter, comma 5, 64, comma 3- bis, 64-bis del presente Codice, dall'articolo 65, comma 1, del decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 217 e dall'articolo 33-septies, comma 4, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ove il soggetto di cui all'articolo 2, comma 2, non ottemperi all'obbligo di conformare la condotta nel termine di cui al comma 3, l'AgID irroga la sanzione amministrativa pecuniaria nel minimo di euro 10.000 e nel massimo di euro 100.000. Si applica, per quanto non espressamente previsto dal presente articolo, la disciplina della legge 24 novembre 1981, n. 689. I proventi delle sanzioni sono versati in apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati allo stato di previsione della spesa del Ministero dell'economia e delle finanze a favore per il 50 per cento dell'AgID e per la restante parte al Fondo di cui all'articolo 239 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

6. Contestualmente all'irrogazione della sanzione nei casi di violazione delle norme specificamente indicate al comma 5, nonché di violazione degli obblighi di cui all'articolo 13-bis, comma 4, l'AgID segnala la violazione alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale che, ricevuta la segnalazione, diffida ulteriormente il soggetto responsabile a conformare la propria condotta agli obblighi previsti dalla disciplina vigente entro un congruo termine perentorio, proporzionato al tipo e alla gravità della violazione, avvisandolo che, in caso di inottemperanza, potranno essere esercitati i poteri sostitutivi del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato. Decorso inutilmente il termine, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, valutata la gravità della violazione, può nominare un commissario ad acta incaricato di provvedere in sostituzione. Al commissario non spettano compensi, indennità o rimborsi. Nel caso di inerzia o ritardi riguardanti amministrazioni locali, si procede all'esercizio del potere sostitutivo di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

7. L'AgID, con proprio regolamento, disciplina le procedure di contestazione, accertamento, segnalazione e irrogazione delle sanzioni per le violazioni di cui alla presente disposizione.

8. All'attuazione della presente disposizione si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie già previste a legislazione vigente.

8-bis. Le disposizioni del presente articolo trovano applicazione in tutti i casi in cui l'AgID esercita poteri sanzionatori attribuiti dalla legge (2) .

sociale, che i cambiamenti epocali in tema di digitalizzazione ed ecostenibilità non siano divisivi o responsabili di ulteriori diseguaglianze. Qui il ruolo unificante e inclusivo del decisore politico dovrà giocare una partita fondamentale anche perché l'UE ha stanziato una mole di risorse europee (mai finora così ingenti) la cui utilizzabilità si è resa possibile a seguito della decisione di adottare un quadro normativo europeo temporaneo di allentamento di vincoli di bilancio e di regole europee in tema di aiuti di Stato.

Le nuove frontiere della digitalizzazione richiedono uno sforzo di analisi sempre maggiore per indagare sul rapporto, delicatissimo e oramai imprescindibile, tra scienza e diritto. Il procedimento amministrativo, sede di emersione dell'interesse pubblico, invero, contiene una serie di istituti (quali il Responsabile del procedimento amministrativo, l'obbligo di motivazione o la comunicazione di avvio del procedimento), che sono espressioni di un assetto garantistico della PA e che non possono subire limitazioni o compressioni dall'implementazione degli strumenti digitali. È fondamentale, dunque, che le riforme del PNRR e gli sforzi per la modernizzazione siano accompagnati da un quadro normativo chiaro che consenta al cittadino di poter comprendere gli effetti e le logiche degli strumenti informatici sul piano delle garanzie fondamentali[136]. Risulta fondamentale, infatti, che il legislatore predisponga un quadro normativo chiaro, non lasciando – come spesso accade - alla giurisprudenza il compito di colmare le lacune legislative. Ad esempio, con riguardo all'utilizzo degli algoritmi nell'attività amministrativa, si è lasciata alla sola giurisprudenza l'attuazione di uno statuto della legalità algoritmica. L'algoritmo, invero, essendo composto da regole tecniche, necessita di una conversione in regole giuridiche cosicché il cittadino possa comprendere la logica sottesa alla decisione amministrativa[137].

Inizialmente, l'impatto della digitalizzazione sull'amministrazione e sulla sua normativa sembrava essere piuttosto superficiale; dava l'impressione di dover semplicemente accelerare le operazioni amministrative banali e ricorrenti. Le cose sono cambiate con la rivoluzione dei dati, delle telecomunicazioni e di internet. Oggi, la digitalizzazione sta cambiando importanti aspetti del funzionamento amministrativo, sia in termini di procedimento e di determinazione del contenuto

[136] IANNUZZI A. - LAVIOLA F., *I diritti fondamentali nella transizione digitale fra libertà e uguaglianza*, *cit*.
[137] DI MARTINO A., *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2020.

delle decisioni, sia in termini di controllo giurisdizionale. Ciò tocca il cuore dei nostri diritti amministrativi perché, a vari livelli, influenza le caratteristiche tradizionali del loro oggetto centrale, che è generalmente l'atto amministrativo e i processi che contribuiscono alla sua adozione[138].

Perché si tratti realmente di un balzo in avanti anche nella prospettiva degli artt. 97 Cost. e 41 CDUE occorre tuttavia che vi sia consapevolezza delle regole che devono essere necessariamente rispettate affinché il sistema di garanzie su cui si fonda lo "Stato di diritto" resti intatto. In questa prospettiva occorre avere in mente che le garanzie procedimentali sono in sé e per sé molto rilevanti; almeno tanto quanto lo sono gli interessi c.d. sostanziali che con l'attività amministrativa si mira a soddisfare.

Sicché, dovendosi trattare di scelte non operate sulla spinta del momento, ma adeguatamente ponderate e soppesate anche nei loro effetti di medio-lungo periodo, non appare opportuno che la scelta sul se e sul come ricorrere all'automazione sia lasciata alla singola Pubblica Amministrazione, volta per volta, senza che l'automazione del procedimento venga magari neppure resa nota al destinatario dell'atto finale. Così facendo, infatti, se sarà forse possibile raggiungere un obiettivo di maggiore efficienza e celerità dell'azione amministrativa grazie all'uso delle ICT, non sarà invece possibile garantire il mantenimento di un modello di "buona amministrazione" europeo. Ciò che si deve combattere è l'atteggiamento diffuso di ritenere la digitalizzazione come un mero adempimento burocratico della trasparenza.

La digitalizzazione, nel definire chiaramente i percorsi procedurali, agevola l'individuazione dei responsabili, promuove la trasparenza delle relazioni nelle pubbliche amministrazioni e nei rapporti con i cittadini, consentendo di velocizzare il procedimento ed eventualmente combattere la *mala gestio*. Infatti, le singole qualificazioni degli operatori economici, accertate mediante banche dati, alla luce del nuovo Codice dei contratti, potrebbe fondare un nuovo patto di fiducia tra amministrazioni pubbliche e imprese. La stessa condivisione dei dati mediante sistemi di *blockchain* assicura un approccio collaborativo che supera i comportamenti opportunistici e conflittuali ancora esistenti fra amministrazioni, progettisti, esecutori dell'appalto. L'instaurazione di una filiera in cui tutti i soggetti apportano informazioni e accedono ai dati prodotti dagli altri accresce il valore complessivo della conoscenza

[138] AUBY J.B., *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, *cit*.

condivisa e richiede una relazione di fiducia volta al comune obiettivo della realizzazione delle prestazioni[139].

Creare una rete nazionale significa però anche mettere in connessione i diversi enti territoriali e portarli allo stesso livello. E qui c'è il nodo delle differenze tra i diversi enti, tra un territorio e l'altro, che solo processi e procedimenti automatizzati possono contribuire a colmare. Un contributo per superare tale frammentarietà è stato offerto dalle strategie/imposizioni europee di Agenda digitale. Infatti, proprio la cornice europea ed il raggiungimento degli obiettivi prefissati rafforzano in modo decisivo le tensioni unitarie ed il ruolo che in tale senso dovrebbe esercitare lo Stato creando quindi un quadro che, tendendo ad uniformarsi, riduce sensibilmente la tendenza alla differenziazione delle autonomie. Resta da vedere se la digitalizzazione avrà conseguenze significative per le relazioni tra le diverse amministrazioni e, in particolare, per le relazioni tra i livelli di amministrazione territoriale.

La trasformazione digitale potrebbe portare tre tipi di sviluppi nel diritto amministrativo e nella Pubblica Amministrazione: potenziali effetti sul controllo giurisdizionale dell'amministrazione, sui rapporti quotidiani tra l'amministrazione e i cittadini e sulla distribuzione dei ruoli tra attori pubblici e privati. Le attuali tecnologie rendono certamente più semplice dare la possibilità ai cittadini di interagire e, di conseguenza, partecipare meglio alla vita pubblica. La sfida per il diritto è però garantire che i meccanismi funzionino in modo equo, senza discriminazioni, a partire da quelle che potrebbero derivare preferendo la categoria di cittadini più abili a utilizzare le attuali tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

La maggior parte dei nostri diritti amministrativi pone al centro del proprio sistema l'atto amministrativo, più precisamente la decisione amministrativa. Ciò è dovuto al fatto che la loro costruzione storica deve moltissimo al controllo giudiziario sulla legalità delle decisioni prese dall'amministrazione. Considerata la mole di dati con il processo di digitalizzazione, oggi ci sono tutte le ragioni per credere che gli stessi diritti amministrativi potrebbero raggiungere in breve tempo l'atto amministrativo al centro della concettualizzazione dei sistemi di diritto amministrativo[140].

---

[139] Così RACCA G.M., *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale, Torino, 2020, 321 ss. Da ultimo, della stessa Autrice, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022.

[140] AUBY J.-B., *Le droit administrative face aux défis du numérique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2018, p. 835 ss.

UNA LUOGOTENENZA ANOMALA

Giovanni Giannotti[1]

ABSTRACT (ITA) L'articolo esamina la luogotenenza conferita da Vittorio Emanuele III al principe Umberto con il r.d. n. 140 del 1944. Dopo alcune riflessioni di natura generale sull'istituto, il lavoro analizza dapprima le differenze tra la reggenza e la luogotenenza, spesso confuse per via del temporaneo esercizio delle funzioni regie da parte di un soggetto diverso dal monarca – il reggente in un caso; il luogotenente nell'altro caso - e prosegue con l'*excursus* storico della luogotenenza. Il saggio continua poi con la disamina dell'istituto, impiegato nel Regno di Sardegna prima e nel Regno d'Italia in seguito, delineandone le caratteristiche principali e si conclude con l'esame della luogotenenza del 1944, istituto anomalo ed atipico rispetto a quelle del passato.

ABSTRACT (ENG) *The article examines the lieutenancy conferred by Victor Emmanuel III on Prince Umberto with Royal Decree No. 140 of 1944. After some general reflections on the institute, the work first analyses the differences between the regency and the lieutenancy, often confused due to the temporary exercise of royal functions by a subject other than the monarch - the regent in one case; the lieutenant in the other - and continues with the historical excursus of the lieutenancy. The essay then continues with an examination of the institution, first employed in the Kingdom of Sardinia and then in the Kingdom of Italy, outlining its main characteristics and concludes with an examination of the lieutenancy of 1944, an anomalous and atypical institution compared to those of the past.*

SOMMARIO. **1**. Introduzione. – **2.** Reggenza e luogotenenza. – **3.** *Excursus* storico sulla luogotenenza. – **4.** La luogotenenza nell'esperienza statutaria. – **5.** Il collasso del regime fascista e l'espediente della luogotenenza. - **6.** I presupposti della luogotenenza del 1944. – **6.1** Caratteristiche. – **6.2** Anomalia e atipicità. – **7.** Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

Lo Statuto Albertino[2] dedicava al sovrano e alle funzioni regie numerose disposizioni, queste non erano però del tutto esaustive in quanto non erano stati

[1] Dottorando di Ricerca in Scienze Politiche presso l'Università degli Studi di Messina.

[2] La bibliografia sullo Statuto Albertino è vasta, al riguardo mi limito a segnalare: P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Statuto Albertino*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 981 - 998; P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di padre. Torino, 4 marzo 1848: la concessione dello Statuto albertino*, il Mulino, Bologna, 2003; A. COLOMBO, *Dalle riforme allo Statuto di Carlo Alberto*, Tip. Cooperativa, Casale, 1924; E. CROSA, *La concessione dello Statuto Albertino. Carlo Alberto e il ministro Borrelli redattore dello Statuto*, Istituto giuridico della Regia Università, Torino, 1936; G. FALCO, *Lo Statuto Albertino e la sua preparazione*, Caprotti, Roma, 1945; E. FLORA, *Lo Statuto albertino e l'avvento del regime*

previsti istituti quali l'abdicazione e la luogotenenza[3], la quale aveva un'origine consuetudinaria[4] e presentava precedenti sia nella storia dello stato sabaudo che in quella di altre monarchie del Vecchio Continente.

L'origine consuetudinaria peraltro non deve stupire, poiché possono esservi casi di consuetudine nel campo costituzionale[5]. Si verificano quando organi costituzionali pongono in essere atti – che poi non sono più tali, bensì sono fatti non contemplati dall'ordinamento – tramite i quali nascono nuovi istituti ad integrazione di quelli già esistenti[6], come la «la luogotenenza regia[7]», la quale non era stata prevista dalle disposizioni statutarie.

Del resto, come è stato evidenziato da Pace, lo Statuto Albertino «in quanto speciale atto costituzionale[8]» formalizzato in un documento espressamente qualifico come "legge fondamentale" era inizialmente una costituzione non modificabile nelle vie ordinarie[9]. In un secondo momento lo Statuto «divenne (*rectius*: fu considerato) flessibile[10]». Questo fu la conseguenza per un verso della natura elastica delle disposizioni statutarie, le quali consentivano in genere ampie modifiche normative se disposte con legge ordinaria, per l'altro verso fu l'effetto di una «sorta di congiuntura

parlamentare nel regno di Sardegna, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1/1958 pp. 26 – 38; A.C. JEMOLO – M.S. GIANNINI (a cura di), *Lo Statuto Albertino*, Sansoni, Firenze, 1946; E. GUSTAPANE, *Lo Statuto Albertino. Indicazioni bibliografiche per una rilettura*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 3/1983, pp. 1070 – 1093; A. LUZIO, *Dalle riforme allo Statuto di Carlo Alberto*, in *Archivio Storico Italiano*, Volume 84, 1926, pp. 89 ss; A. MANNO, *La concessione dello Statuto*, Pisa, 1885; G. MARANINI, *Le origini dello Statuto Albertino*, Vallecchi, Firenze, 1926; C. MONTANARI, *Il periodo della monarchia costituzionale* in I. SOFFIETTI – C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi: le fonti (secoli XV-XIX)*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 185 – 242; G. REBUFFA, *Lo Statuto Albertino*, il Mulino, Bologna, 2003; G.G. STENDARDI, voce *Statuto del Regno*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XVIII, Utet, Torino, 1971, pp. 422 – 425; I. SOFFIETTI, *I tempi dello Statuto Albertino. Studi e fonti*, Giappichelli, Torino, 2004; D. ZANICHELLI, *Lo Statuto di Carlo Alberto* in ID., *Studi di storia costituzionale e politica del Risorgimento italiano*, Zanichelli, Bologna, 1900, pp. 64 – 102. Vedi inoltre P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 60-61; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 521; N. NADA, *Lo Statuto (4 marzo 1848)* in P. NOTARIO – N. NADA, *Il Piemonte sabaudo. Dal periodo napoleonico al Risorgimento*, Utet, Torino, 1993 pp. 289 – 295.

[3] I. SOFFIETTI, voce *Statuto Albertino*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Volume XV, Utet, Torino, 1999, pp. 110 – 111.

[4] M. CARAVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 379.

[5] T.MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 86.

[6] T.MARTINES, *op. loc. ult. cit*.

[7] T.MARTINES, *op. loc. ult. cit*.

[8] A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002, p. 15.

[9] A. PACE, *op. loc. ult. cit*.

[10] A. PACE, *op. loc. ult. cit*.

politico-culturale[11]» che provocò l'esistenza di una lacuna apparente in ordine al regime di immodificabilità cui erano sottoposte le norme dello Statuto.

Questa lacuna rese possibile l'introduzione nell'ordinamento statutario di una «norma consuetudinaria sulla produzione normativa, che facoltizzava la modifica delle disposizioni dello Statuto da parte delle leggi ordinarie[12]». D'altra parte, già Bryce aveva osservato come il *Fundamental Law of the Kingdom of Sardinia* fosse inizialmente «*another instance*[13]» di Costituzione rigida, ritenuta successivamente «*Flexible Constitution*[14]»; in altri termini era una Carta costituzionale che da rigida era stata trasformata in flessibile dalla storia[15].

Lo Statuto, peraltro, secondo autorevole dottrina, espandendo la sua portata, evitò una rigidità cristallizzata e, anche a voler ammettere un nucleo di intrinseca rigidità in alcuni settori, esso, già prima dell'entrata in vigore presentò tre elementi ossia: l'elasticità, la flessibilità e la duttilità, che sono stati sintetizzati nella ampia nozione di «mobilità" dello Statuto[16]». In primo luogo, l'elasticità; tale requisito indicava la suscettibilità del testo ad essere modificato dai soggetti costituzionali nei fatti, dunque senza formali modifiche e tramite via applicativa oppure interpretativa. In secondo luogo, la flessibilità, vale a dire l'idoneità del testo ad essere cambiato tramite legge ordinaria, ossia con l'espressa volontà parlamentare e con l'assenso del monarca che avveniva con la sanzione regia[17]. In terzo luogo, la duttilità vale a dire la capacità della Carta costituzionale a collocarsi non come elemento fisso, designando piuttosto la sua idoneità ad attivare «costantemente fenomeni mutativi[18]»; in altri termini la duttilità rappresentava una «trama in continuo divenire[19]» che si concretizzava con le evoluzioni del testo statutario[20].

---

[11] A. PACE, *op. cit*. p. 16

[12] A. PACE, *op. loc. ult. cit*.

[13] J. BRYCE *Flexible and Rigid Constitution*s, in *Studies in History and Jurisprudence*, Volume I, Clarendon Press, Oxford, 1901, p. 171.

[14] J. BRYCE, *op. loc. ult. cit*. Così Bryce «Note further that Rigid Constitutions arise in some one of four possibile ways. They may be given by a monarch to his subjects in order to pledge himself and his successors to govern in a regular and constitutional manner, avoiding former abuses. Several modern European constitutions have thus come into being, of which that of the Kingdom of Prussia, granted by King Frederick William the Fourth in 1850, is a familiar example. The Statuto or Fundamental Law of the Kingdom of Italy, now expanded into the Kingdom of Italy, was at one time deemed another instance. It is now, however, held to be a Flexible Constitution». J. BRYCE, cit. p. 171.

[15] A. PACE, cit. p. 28.

[16] R. FERRARI ZUMBINI, *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846 – 1849*, Luiss University Press, Roma, 2016, p. 47.

[17] R. FERRARI ZUMBINI, *op. cit*. p. 48.

[18] R. FERRARI ZUMBINI, *op.loc. ult. cit*.

[19] R. FERRARI ZUMBINI, *op. loc. ult. cit*.

[20] R. FERRARI ZUMBINI, *op. loc. ult. cit*.

Lo Statuto manifestò dunque capacità di adattamento sia con le leggi formali ma soprattutto con le letture ed applicazioni evolutive. Il primo caso - la lettura evolutiva – si ebbe quando «la disposizione scritta veniva novata in via di fatto[21]»; il secondo ossia l'applicazione evolutiva si verificò quando «sorse spontaneamente un nuovo istituto o un nuovo comportamento di rango costituzionale[22]», restando chiaramente ferma la flessibilità che si esprimeva tramite «norme di rango legislativo che innovavano formalmente il testo[23]». Non a caso, adoperando la metafora dell'edificio costituzionale, Lacchè ha icasticamente scritto che lo Statuto fu «rapidamente ampliato e integrato con nuove stanze[24]».

Il testo statutario favorì dunque «l'evoluzione del suo articolato[25]», fenomeno che avvenne tramite tre generi di interventi: leggi innovative sulla scorta della flessibilità; letture evolutive ossia applicazioni diverse rispetto al tenore della norma; applicazioni evolutive, vale a dire «integrazioni rispetto ad una nuova esigenza, e stante la percezione dell'assenza di disciplina come lacuna da colmare[26]». Fra le applicazioni evolutive vi fu appunto, già agli albori dello Statuto, la nomina del principe Eugenio di Carignano a luogotenente; si trattò di «un patente caso di applicazione evolutiva del testo[27]», che non prevedeva affatto la luogotenenza, ma solamente l'ipotesi della reggenza nel caso di minore età del successore al trono[28].

La luogotenenza, dunque, pur non essendo regolamentata dallo Statuto, si affermò nella prassi; conseguentemente furono nominati Luogotenenti dapprima nel Regno di Sardegna e poi nel Regno d'Italia ogniqualvolta il monarca, impegnato in operazioni belliche, avesse ritenuto opportuno delegare ad un suo fiduciario l'esercizio delle funzioni regie[29].

Fu invece atipica e anomala la Luogotenenza del 1944, in quanto il sovrano, ritirandosi irrevocabilmente a vita privata, delegò i suoi poteri al primogenito Umberto di Savoia, nominato Luogotenente Generale del Re, dizione poi mutata in Luogotenente Generale del Regno. Fu una «soluzione di emergenza[30]» e senza

---

[21] ID., *Tra idealità e ideologia. Il Rinnovamento nel Regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 67.

[22] ID., *op. loc. ult. cit*.

[23] ID., *op. loc. ult. cit*.

[24] L. LACCHÈ, *Settant'anni di Statuto Albertino e settant'anni di Costituzione Repubblicana: analogie e differenze (storia delle costituzioni),* in L. GENINATTI SATÈ – J. LUTHER – A. MASTROPAOLO – C. TRIPODINA, *Le età della Costituzione, 1848-1918, 1948-2018,* Franco Angeli, Milano, 2019, p. 32.

[25] R. FERRARI ZUMBINI, *op. cit*. p. 67.

[26] R. FERRARI ZUMBINI, *op. cit*. p. 68.

[27] R. FERRARI ZUMBINI, *op. cit*. pp. 73 – 74.

[28] R. FERRARI ZUMBINI, *op. loc. ult. cit.*

[29] L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1991, p. 96.

[30] P. BARILE – E. CHELI – S. GROSSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1998, p, 93.

precedenti[31], transitoria ma al contempo rivoluzionaria, cui diede un rilevante contributo l'ingegno di Enrico de Nicola.

2. Reggenza e luogotenenza.

Lo Statuto Albertino contemplava l'istituto della reggenza; di contro nulla era previsto sulla luogotenenza. Secondo Ippolito Santangelo Spoto tale assenza trovava fondamento nell'opinione che non fosse né opportuno né «conveniente sminuire il potere regio, sottraendo al re la facoltà di nominare[32]» un delegato, qualora il monarca fosse stato assente dalla capitale o dal territorio dello Stato. L'autorevole studioso osservava peraltro come la luogotenenza fosse stata talvolta confusa con la reggenza e rilevava come la confusione avesse una ragione storica, derivando «quasi sempre dalla natura assoluta delle monarchie europee[33]», nonché dagli ampi poteri conferiti generalmente al reggente, il quale era chiamato a governare lo Stato in nome del sovrano nel caso di «minorità[34]» o «impossibilità fisica[35]» o assenza del re dalla capitale o dal regno[36].

Tramite la reggenza era individuato colui che era chiamato a governare «in luogo del Re incapace[37]» e vi si ricorreva quando le funzioni regie non potevano essere direttamente esplicate dal sovrano, perché ancora minorenne o impossibilitato fisicamente a regnare o assente dal territorio statale oppure affetto da malattia[38]. Essa trovava dunque fondamento nella transitoria incapacità del sovrano di regnare, a seguito della quale era chiamato all'esercizio della sovranità il reggente[39]; quest'ultimo era «un magistrato temporaneo[40]» o, per usare le parole di Raneletti, «un organo straordinario dello Stato[41]», il quale funzionava «da Re senza averne il titolo[42]».

Pur essendo contrassegnate sia la luogotenenza che la reggenza dal temporaneo esercizio delle funzioni regie da parte di una persona fisica diversa da quella del

[31] L. PALADIN, cit. p. 96.
[32] I. SANTANGELO SPOTO, voce *Luogotenenza*, in *Il Digesto italiano*, Volume XIV, Utet, Torino, 1902 – 1905, p. 1313.
[33] I. SANTANGELO SPOTO, *op. loc. ult. cit*.
[34] I. SANTANGELO SPOTO, *op. loc. ult. cit*.
[35] I. SANTANGELO SPOTO, *op. loc. ult. cit*.
[36] I. SANTANGELO SPOTO, *op. loc. ult. cit*.
[37] V.E. ORLANDO, voce *Reggenza* in *Novissimo Digesto italiano*, Volume XV, Utet, Torino, 1982 rist. 1968, p. 9.
[38] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1983, p. 435.
[39] A. BRUNIALTI, voce *Reggenza*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di P.S. MANCINI con la collaborazione di E. PESSINA, Volume XIV, Tomo I, Vallardi, Milano, 1900, p. 480.
[40] F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Volume I, Utet, Torino, 1909, p. 533.
[41] O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1937, p. 195.
[42] F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, cit. p. 533.

sovrano, ne erano però diversi lo scopo, i presupposti, le conseguenze e la durata[43]. D'altra parte, lo Statuto specificava i casi nei quali aveva luogo la reggenza e individuava la persona chiamata a svolgere l'ufficio di reggente, disciplinandone sia la posizione che i poteri[44]; invece la luogotenenza sorgeva per volontà del Capo dello Stato vale a dire il monarca e lasciava a quest'ultimo sia l'inizio sia la fine sia la scelta – peraltro discrezionale – del soggetto da nominare che i poteri da delegargli[45].

3. Excursus storico sulla luogotenenza.

Remote e risalenti nel tempo erano le origini della luogotenenza[46], d'altronde il ricorso a tale istituto presentava precedenti in diverse monarchie europee[47].

In Francia Luigi VII, al momento di lasciare il paese per la Palestina nel 1147, affidò le redini del potere non alla madre Alice di Savoia bensì a Surger, abate di *Saint-Denis* e a Raoul, Conte di *Vermandois*[48], mentre nel 1672 Luigi XIV, partendo per la guerra d'Olanda attribuì alla regina poteri estremamente vasti. Continuando a volgere lo sguardo al panorama transalpino, può menzionarsi l'episodio di Napoleone, il quale nel 1813 attribuì estesi poteri all'imperatrice Maria Luigia[49]. Invece in Inghilterra la luogotenenza fu conferita inizialmente al gran giustiziere, successivamente alla regina unitamente ad un *Lord* di contea, in seguito ad un comitato di reggenza confermato dai *Lords*; poi al principe ereditario e finì con l'essere assegnata ad un *Lord* giudice[50].

Nella penisola italiana l'istituto fu disciplinato dal diritto positivo nel Regno delle Due Sicilie[51], ove con la legge dell'11 dicembre 1816 furono regolate le ipotesi di

---

[43] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Volume XIX, Roma, 1990, p.2.

[44] F. BRUNO, *op. loc. ult. cit*.

[45] F. BRUNO, *op. loc. ult. cit*.

[46] I. FASO, voce *Luogotenenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 96.

[47] G. MASIELLO, *Considerazioni sull'istituto della Luogotenenza in Italia (1848 – 1944)*, in *Clio. Rivista trimestrale di studi storici*, 3/2003, p. 469.

[48] I. SANTANGELO SPOTO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 1313. Cfr. M. MERLIN, voce *Régence*, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Volume XXVII, Bruxelles, 1828, p. 297. «*En 1147, Louis VII, prêt à partir pour la Palestine, remit les rênes du gouvernment, non à Alix de Savoie, sa mère, mais à Suger, abbé de Saint-Denis, et à Raoul, comte de Vermandois*». V. I. FASO, voce *Luogotenenza*, p. 96.

[49] I. SANTANGELO SPOTO, *op. loc. ult. cit*. Così M. MERLIN, p. 313 «*Et attendu que nous sommes dans l'intention d'aller incessamment nous mettre à la tète de nos armées pour délivrer le territorie de nois alliés, nous avons également resolu de conférer, comme nous conférons par ces présentes à notre bien – aimée épouse l'Impératrice et Reine le titre de Régent, pou en exercer les fonctions, en conformité de nos intentions et de nos ordres* […] *Voluons que l'Impéeratrice Régente préside, en notre nom le sénat, le conseil d'état, le conseil des ministres et le conseil privé, notamment pour l'examen des recours en grâce, sur lesquels nous l'autorisons a pronunce*». Cfr. I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 96.

[50] I. SANTANGELO SPOTO, *op. loc. ult. cit*.

[51] I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 96.

nomina di un Luogotenente Generale in quelle regioni – al di qua o al di là del Faro – ove non avesse risieduto il sovrano[52].

Invece nello Stato sabaudo la luogotenenza era una consuetudine secolare[53]; difatti in età feudale i principi sabaudi in caso di loro assenza affidavano il governo dello Stato ad un Consiglio che li assisteva con «funzioni amministrative, giurisdizionali e finanziarie[54]». Il primo vero caso di Luogotenenza Generale nel paese sabaudo, secondo Luigi Cibrario si verificò quando il Conte Amedeo IV conferì nel 1235 al fratello Tommaso l'autorità di rappresentarlo con estesi poteri in tutti i luoghi in cui non lo stesso Amedeo fosse stato presente[55]. Al di là degli obiettivi del conferimento – effettuato secondo alcuni da Amedeo IV per placare le pretese fraterne, secondo altri per dimostrare invece la "benevolenza" del Conte, secondo altri ancora semplicemente per ottenere la collaborazione fraterna al fine di attuare «un controllo più efficace sui suoi domini[56]» - la delega era un esempio di «autorità assoluta esercitata in sussidio dell'autorità sovrana, fuor del caso d'assenza dallo stato del principe, di minorità o di malattia[57]».

Proseguendo nell'*excursus* storico dell'istituto nello stato sabaudo è significativo l'episodio della luogotenenza affidata alla propria consorte dal Conte Amedeo VI di Savoia il quale, accingendosi a partire per partecipare alla «campagna militare dell'Imperatore Giovanni V Paleologo contro i turchi[58]», nominò in sua assenza come

[52] Cfr. G. LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie (1815-1861*), Tomo I, Giuffrè, Milano, 1977, p. 429. «Le disposizioni […] sulle quali fondavasi lo speciale ordinamento della Sicilia, erano contenute negli artt. 5,6, e 7, l. 11 dicembre 1816. L'art. 5 premetteva: «Il governo dell'intero regno delle Due Sicilie rimarrà sempre presso di noi», e dettava le norme per l'ipotesi (mai verificatasi) in cui il re risiedesse in Sicilia. L'art. 6 disponeva: «Quando risiederemo ne' nostri reali domini al di qua del Faro, vi sarà allo stesso modo in Sicilia per nostro luogotenente generale un principe della nostra famiglia, o un distinto personaggio, che sceglieremo tra i nostri sudditi».

[53] I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 96.

[54] G. MASIELLO, p. 469. Cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Volume II, Tomo I, Utet, Torino, 1897, p. 289.

[55] Così Cibrario «Sul finir di settembre, Tommaso ebbe dal Conte un altro splendido contrassegno di fraterna benevolenza; poiché Amedeo IV gli delegò l'autorità di suo luogotenente generale in tutti i luoghi in cui egli non si trovasse presente; con facoltà d'interpretare, statuire, ordinare, convalidare, derogare, far precetti, udire e decider le cause, imporre multe, esigere le multe incorse, punire i misfatti ed i delitti, ed in breve far tutto quello che potrebbe fare il Conte [Amedeo IV] se fosse presente, colla stessa podestà ed efficacia». L. CIBRARIO, *Storia della monarchia di Savoia*, Volume II, Torino, 1841, pp. 10 – 11.

[56] G. MASIELLO, cit. p. 470.

[57] L. CIBRARIO, cit. p. 11.

[58] A. M. NADA PATRONE – G. AIRALDi, *Comuni e signorie nell'Italia settentrionale: il Piemonte e la Liguria*, in *Storia d'Italia* diretta da G. GALASSO, Volume V, Utet, Torino, 1986, p. 71.

Luogotenente la moglie Bona di Borbone[59], affiancandole una cerchia di consiglieri per assisterla[60]. Questo episodio evidenziava da un lato l'imprescindibilità di un rapporto fiduciario «tra delegante e delegato[61]», dall'alto lato la possibilità che il Luogotenente potesse essere un soggetto non incluso nella linea di successione al trono[62].

La luogotenenza passò dunque dall'ordinamento assoluto a quello costituzionale, ove trovò il suo perno nella consuetudine sulla scorta delle sue numerose applicazioni[63] e pur non regolata espressamente, per usare le parole di Amorh «si stabilì […] senza dubbi sulla sua costituzionalità[64]» venendo adoperata già nei primi giorni di vigenza dello Statuto, quando Carlo Alberto «delegò come suo Luogotenente Eugenio di Carignano[65]» al momento di partire per la campagna contro l'Impero asburgico nella prima guerra d'indipendenza.

D'altra parte, Ferracciu nel suo lavoro intitolato *La consuetudine costituzionale*, aveva osservato nei primi anni del Novecento l'esistenza di organi o istituti che, pur non previsti negli statuti o nelle carte fondamentali, attraverso uno sviluppo costituzionale divennero essenziali per la disciplina di alcune funzioni statuali[66], nonché la funzione suppletiva svolta dalla consuetudine per colmare eventuali lacune dell'ordinamento[67]. Lo studioso al riguardo menzionava proprio la Luogotenenza Generale, evidenziando come la dottrina ne avesse indicato la consuetudine quale fonte di legittimità[68]; scriveva difatti: «*un caso tipico al riguardo, nel diritto pubblico italiano, viene offerto dallo istituto della Luogotenenza generale; per il quale, dalla dottrina prevalente, viene precisamente invocata la consuetudine come base della sua legittimità*[69]», mentre Santi Romano negli anni Trenta del Novecento osservò come, in assenza di norme scritte, *prima facie* potessero sorgere dubbi sulla luogotenenza ma, in virtù del ricorso fattone in passato, era evidente come si fosse in presenza di una vera consuetudine[70].

---

[59]Così Pietro Datta «Alla consorte affidò Amedeo VI il governo dei popoli durante la spedizione in Grecia: con diploma delli 3 gennaio 1366 le conferì la luogotenenza, e volle, che essa sostenesse l'autorità di lui, e lo rappresentasse negli affari di stato». P. DATTA, *Spedizione in Oriente di Amedeo VI Conte di Savoia*, Torino, 1826, pp. 66.

[60] G. MASIELLO, p. 470. V. P. DATTA, cit. p. 67.

[61] G. MASIELLO, *op. loc. ult. cit*.

[62] G. MASIELLO, *op. loc. ult. cit*.

[63] G. MASIELLO, *op. loc. ult. cit*.

[64] A. AMORTH, *Lo Statuto albertino e le origini del sistema costituzionale italiano* in *Dagli stati preunitari d'antico regime all'unificazione*, a cura di N. RAPONI, il Mulino, Bologna, 1981, pp. 227.

[65] A. AMORTH, *op. loc. ult. cit*.

[66] A. FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale. Natura specifica*, Volume II, Fratelli Bocca, Torino, 1919, p. 5.

[67] A. FERRACCIU, *op. loc. ult. cit*.

[68] A. FERRACCIU, *op. loc. ult. cit*.

[69] A. FERRACCIU, *op. loc. ult. cit*.

[70] S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1931, p. 186.

4. La luogotenenza nell'esperienza statutaria.

Nel Regno di Sardegna prima e nel Regno d'Italia in seguito, l'impedimento del monarca all'origine della Luogotenenza Generale fu quasi sempre la sua assenza per ragioni belliche, anche se vi furono casi di nomina dovute all'assenza del sovrano dal territorio dello stato per visite ufficiali all'estero o provocate da grave malattia che aveva colpito il re.

L'istituto pur «non sanzionato dallo Statuto né dalle Leggi speciali[71]» era presente nelle vicende politiche fin dal 1848 e mediante esso «alcuno dei poteri della Corona[72]» era «temporaneamente trasferito ad altra persona[73]» qualora il re non fosse stato in grado di «direttamente sopraintendervi perché attratto da cure più gravi[74]». Nell'esaminare il problema se tutte le funzioni regie potessero essere comprese nella luogotenenza, Luigi Palma era giunto alla conclusione che «il re, avendo il diritto di nominare e scegliere, abbia diritto di riservarsene qualche parte[75]» mentre Santi Romano aveva osservato come la delega fatta al Re al Luogotenente non si estendeva quindi «a tutte le funzioni regie[76]» sebbene ciascuna fosse suscettibile di essere delegata al Luogotenente.

Il delegato ad ogni modo poteva essere scelto tra tutti i cittadini[77] - anche se la delega non fu mai conferita a colui che avrebbe avuto il titolo per assumere la reggenza[78]; nel 1909, anno di pubblicazione del *Commento allo Statuto del Regno*, si contavano sette episodi ove era stato fatto «esperimento[79]» della luogotenenza. Già pochi giorni dopo l'emanazione dello Statuto, Carlo Alberto, dovendo assentarsi dal regno per assumere il comando dell'esercito[80], nominò con r.d. del 28 marzo 1848 n. 686 come Luogotenente il principe Eugenio di Carignano[81]; l'episodio è stato rievocato con queste parole da Gaetano Arangio-Ruiz: «*Il mattino del 27 di marzo, Carlo Alberto aveva assunto in Alessandria il comando dell'esercito. Il giorno seguente avea nominato luogotenente generale, durante la sua assenza dallo stato, suo cugino, il principe Eugenio di Savoia Carignano, perché*

[71] F.P. CONTUZZI, *Diritto costituzionale*, Hoepli, Milano, 1888, p. 132
[72] V.E. ORLANDO, *Princìpi di diritto costituzionale*, Babera, Firenze, 1890, p. 165.
[73] V.E. ORLANDO, *op. loc. ult. cit*.
[74] V.E. ORLANDO, *op. loc. ult. cit*.
[75] L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, Volume II, Pellas, Firenze, 1882, p. 397.
[76] S. ROMANO, cit. p. 186.
[77] S. ROMANO, *op. loc. ult. cit*.
[78] A. ORIGONE, voce *Luogotenenza*, in *Novissimo Digesto italiano*, Utet, Torino, 1963, cit. p. 1113.
[79] I. RACIOPPI – F. BRUNELLI, cit. p. 557.
[80] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 2.
[81] I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 97.

avesse provveduto senza ritardo agli affari correnti ed a quelli di urgenza[82]», mentre con il decreto n. 772 dell'11 agosto 1848 Carlo Alberto stabilì la permanenza in capo al principe Eugenio dell'autorità delegata[83].

L'assenza del re dalla capitale per partecipare ad operazioni belliche diede luogo ad una luogotenenza anche l'anno successivo, istituita con r.d. n. 885 del 13 marzo 1849 e conferita sempre al principe Eugenio. Del resto, la luogotenenza non venne mai messa in dubbio, sebbene fosse sorta in «assenza di norma costituzionale legittimante[84]» e con l'effetto di attribuire conseguentemente in tal modo una «latitudine ampia al sovrano nell'individuarne il titolare[85]»; questi – il principe Eugenio di Carignano nel caso in esame – diresse alcuni Consigli dei ministri oltre a dover gestire una delicata crisi di governo nell'estate del 1848[86]. Ferrari Zumbini ha osservato come, in una simile coesistenza di funzioni, non fu chiaro il confine tra "affari correnti" e "cause d'urgenza" da un lato, firmati dal luogotenente come era previsto dall'atto di nomina, e gli "altri affari", cui avrebbe continuato a provvedere il sovrano[87], anche se, conclude l'autorevole studioso, può ritenersi che i poteri del luogotenente fossero rimessi alla valutazione discrezionale del monarca, quindi di natura residuale; in altre parole venivano deferite al luogotenente le materie non trattate dal sovrano [88]. Ulteriori luogotenenze furono istituite con r.d. n. 908 del 21 maggio 1849; con r.d. n. 189 del 19 novembre 1855; con r.d. n. 3347 del 26 aprile 1859; con r.d. n. 4322 del 29 settembre 1860; con r.d. n. 2978 del 20 giugno 1866[89]. Furono invece motivate «da alte ragioni politiche[90]» e per «assumere la direzione del Governo in alcune province[91]» le luogotenenze sorte nel corso dell'unificazione della penisola: esse riguardarono la Toscana – creata con r.d. n. 4020 del 23 marzo 1860[92] e affidata al principe di Carignano[93]; Napoli – una istituita con r.d. n. 4407 del 6 novembre 1860 e assegnata a Farini, un'altra creata con r.d. n. 4572 del 7 gennaio 1861[94] e conferita al principe di

[82] G. ARANGIO – RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, Civelli, Firenze, 1898, rist. anastatica, Jovene, Napoli, 1985, p. 10.
[83] R.D. 11 agosto 1848 n. 772 «Abbiamo dichiarato e dichiariamo essere Nostra mente, che l'autorità col Nostro reale decreto del 28 marzo ultimo scorso delegata al principe Eugenio di Savoia Carignano come Nostro Luogotenente Generale abbia a continuare sino a nuovo Nostro provvedimento».
[84] R. FERRARI ZUMBINI, *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846 – 1849*, p. 51.
[85] R. FERRARI ZUMBINI, *op. loc. ult. cit*.
[86] R. FERRARI ZUMBINI, *op. loc. ult. cit*.
[87] R. FERRARI ZUMBINI, *op. cit*. p. 247.
[88] R. FERRARI ZUMBINI, *op. loc. ult. cit*.
[89] F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, cit. pp. 556 – 557.
[90] I. SPOTO, cit. p. 1314.
[91] G. ARANGIO-RUIZ, cit. p. 421.
[92] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, cit. p.2.
[93] I. SANTANGELO SPOTO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 1314.
[94] I. SANTANGELO SPOTO, *op. loc. ult. cit*.

Carignano[95]-; la Sicilia – sorta con r.d. n. 4470 del 2 dicembre 1860 «nella persona del senatore marchese Massimo Cordero di Montezemolo[96]» – e Roma – creata con r.d. n. 5908 del 9 ottobre 1870[97] «nella persona del generale La Marmora[98]»; d'altro canto vi è stato anche chi ha ritenuto i casi summenzionati non luogotenenze, bensì una semplice nomina di commissari straordinari dotati di vasti poteri[99].

Nei primi anni del Novecento aumentò l'interesse della dottrina per l'istituto, come testimoniato dalla pubblicazione nel 1915 della monografia di Emilio Pagliano[100]; d'altro canto vi fu anche chi, come Gaetano Arangio-Ruiz scrisse nel 1913: «essa [la luogotenenza] è stata in uso, ma viene ora abbandonata[101]». Invero l'osservazione dell'illustre studioso fu smentita due anni dopo, dato che nel 1915, a seguito della decisione del governo italiano di prendere parte al primo conflitto mondiale[102], fu conferita da Vittorio Emanuele III, dopo «un'interruzione di circa cinquanta anni[103]», la Luogotenenza Generale al duca di Genova con r.d. 25 maggio 1915 n. 699 con poteri relativi agli affari ordinari e a quelli urgenti e con l'obbligo di rassegnare al re, come per il passato, quelli di grave importanza[104]. Tale evento suggerì a Teodosio Marchi l'idea uno studio più articolato sull'istituto, proposito realizzato con la pubblicazione

[95] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, cit. p.2

[96] I. SANTANGELO SPOTO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 1314

[97] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, cit. p.2

[98] I. SANTANGELO SPOTO, voce *Luogotenenza* cit. p. 1314. Sulle Luogotenenze susseguitesi nel Meridione cfr. E.G. FARACI, *La Luogotenenza nel Mezzogiorno. I conflitti politici e l'unificazione amministrativ*a, in *Le Carte e la storia*, 1/2013, pp. 77 – 90.

[99] Così F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, pp. 560- 561 «La Luogotenenza, al pari della Reggenza, si estende per tutto lo Stato. Non fu dunque vera Luogotenenza, benché designata impropriamente con codesto nome, la missione del Principe Eugenio di Savoia-Carignano a governare le provincie Toscane (Regio decreto 23 marzo 1860) indi le provincie Napoletane (R. decreto 7 gennaio 1861), quella del Farini nelle stesse provincie Napoletane (R. decreto 6 novembre 1860), quella del senatore Cordero di Montezemolo a governare le provincie Siciliane (Regio decreto 2 dicembre 1860) quella del generale Lamarmora a Roma (R. decreto 9 ottobre 1870). In realtà qui trattavasi di pura nomina a Commissarii Straordinarii con gli amplissimi poteri richiesti dalle circostanze, al momento in cui vaste regioni si riunivano alla patria: non erano delegazioni del potere regio per tutto lo Stato, ma istituzioni di Governatori Generali per determinate parti dello Stato medesimo: e perciò i prescelti non sempre furono Principi Reali, come nel caso della vera Luogotenenza».

[100] G. MASIELLO, p. 479. Cfr. F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 2. V. E. PAGLIANO, *Reggenza e luogotenenza*, Tip. della Camera dei deputati, Roma, 1915.

[101] G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1913, p. 421.

[102] G. MASIELLO, cit. p. 482.

[103] A. ORIGONE, voce *Luogotenenza*, cit. p. 1113.

[104] I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 97.

nel 1918 di una monografia sulle luogotenenze generali nell'esperienza giuridica italiana[105].

Caratteristiche diverse dalle luogotenenze generali e regionali del periodo risorgimentale ebbe invece quella italo-albanese del 1939[106]; dopo l'invasione italiana dell'Albania e la fuga del re Zog il potere fu assunto da un'assemblea nazionale costituente, la quale con deliberazione n.1 del 12 aprile 1939 dichiarò decaduto il regime già esistente e l'abrogazione della Costituzione dell'1 dicembre 1928, offrendo nella forma dell'unione personale la corona d'Albania a Vittorio Emanuele III e ai suoi successori[107]. Con la legge del 16 aprile 1939 n. 580 relativamente all'accettazione della corona albanese da parte del re d'Italia fu stabilito all'art. 2 che il sovrano sarebbe stato rappresentato in Albania da un Luogotenente generale. In altri termini l'istituzione di questa luogotenenza fu opera di una serie di atti legislativi sia nell'ordinamento italiano sia nell'ordinamento albanese[108]. La Luogotenenza Generale d'Albania trovava dunque la sua fonte di legittimità non nella volontà del sovrano, bensì nella legge e presentava due caratteristiche *sui generis*: la prima era una natura permanente; la seconda quella di essere al contempo organo costituzionale albanese ed organo secondario italiano poiché dipendente dal sottosegretariato agli affari albanese. La natura permanente o ancora meglio "la stabilità" della luogotenenza italo-albanese era sconosciuta all'esperienza italiana e secondo Faso era assimilabile piuttosto ai governatori dei *dominions* britannici[109].

5. Il collasso del regime fascista e l'espediente della luogotenenza.

Nel 1943 l'andamento negativo della guerra provocò una crisi all'interno del regime fascista; nella notte fra il 24 e il 25 luglio, con le forze alleate oramai sbarcate in Sicilia[110], il Gran Consiglio del Fascismo, dopo una discussione «sullo stato generale della nazione[111]» avvenuta nel corso di una «drammatica seduta notturna[112]» e «constatata la grave situazione nel paese[113]» deliberò a maggioranza una risoluzione politica, vale

[105] G. MASIELLO, p. 482. Cfr T. MARCHI, *Le luogotenenze generali (1848-1915) nel diritto costituzionale italiano* Athenaeum, Roma, 1918.
[106] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, p. 2. Sulla luogotenenza italo-albanese del 1939 v. inoltre G. CANSACCHI, *La luogotenenza generale per l'Albania*, in *Jus*, 1941, pp. 241 ss.
[107] I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 102.
[108] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 2.
[109] I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 103.
[110] V. ONIDA, *La costituzione*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 29.
[111] S. LABRIOLA, *Storia della costituzione italiana*, ESI, Napoli, 1995, p. 275.
[112] A. REPOSO, *Lezioni sulla forma di governo italiana. Dalla monarchia statutaria al modello semipresidenziale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 54.
[113] G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848 – 1967*, Nuova Guaraldi, Editore, Firenze, 1983, p.282.

dire l'ordine del giorno Grandi[114], con il quale chiese alla Corona di riappropriarsi delle prerogative statutarie, invitando il monarca di assumere con l'effettivo comando delle forze armate che competeva al re secondo l'articolo 5 dello Statuto[115] anche «quella suprema iniziativa di decisione che le nostre istituzioni a lui attribuiscono[116]». Terminava in tal modo «un ciclo della storia politico-istituzionale italiana[117]» ove vi era stata una graduale sovrapposizione «degli organi politici della dittatura al sistema costituzionale dello Statuto Albertino[118]».

A seguito dell'approvazione dell'ordine del giorno Grandi, Mussolini rassegnò le dimissioni, accettate dal sovrano, il quale nominò il nuovo governo, presieduto dal Maresciallo Pietro Badoglio e composto da tecnici, ufficiali e funzionari pubblici[119], mentre l'ex capo del governo fu posto in stato di arresto. Era un vero e proprio colpo di stato della Corona[120], con il quale fu abrogata la costituzione autoritaria mentre il re si innalzò ad organo straordinario. Il potere personale del sovrano colmava il vuoto

[114] S. LABRIOLA, cit. p. 275

[115] A. REPOSO, cit. p. 54.

[116] Riporto l'ordine del giorno Grandi. «Il Gran Consiglio, riunendosi in questi giorni di supremo cimento, volge innanzitutto il suo pensiero agli eroici combattenti d'ogni arma che, a fianco della fiera gente di Sicilia, in cui più alta risplende l'univoca fede del popolo italiano, rinnovano le nobili tradizioni di strenuo valore e d'indomabile spirito di sacrificio delle nostre gloriose Forze Armate. Esaminata la situazione interna ed internazionale e la condotta politica e militare della guerra, proclama il dovere sacro per tutti gli italiani di difendere a ogni costo l'unità, l'indipendenza, la libertà della Patria, i frutti dei sacrifici e degli sforzi di quattro generazioni, dal Risorgimento ad oggi, la vita e l'avvenire del popolo italiano; afferma la necessità dell'unione morale e materiale di tutti gli italiani in quest'ora grave e decisiva per i destini della Nazione; dichiara che a tale scopo è necessario l'immediato ripristino di tutte le funzioni statali, attribuendo alla Corona, al Gran Consiglio, al Governo, al Parlamento, alle Corporazioni i compiti e le responsabilità stabilite dalle nostre leggi statutarie e costituzionali; invita il Capo del Governo a pregare la Maestà del Re, verso la quale si rivolge fedele e fiducioso il cuore di tutta la Nazione, affinché egli voglia, per l'onore e per la salvezza della Patria, assumere con l'effettivo comando delle Forze Armate di terra, di mare e dell'aria, secondo l'articolo 5 dello Statuto del Regno, quella suprema iniziativa di decisione, che le nostre istituzioni a lui attribuiscono, istituzioni che sono sempre state in tutta la nostra storia nazionale il retaggio glorioso della nostra augusta dinastia di Savoia». Sugli eventi del 25 luglio 1943 v. E. GENTILE, *25 luglio 1943*, Roma – Bari, Laterza, 2020. Per quanto riguarda le competenze del Gran Consiglio del Fascismo v. L. PALADIN, voce *Fascismo (dir. cost)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 890 e 895; cfr. inoltre G. NEGRI, voce *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Volume XIV, Roma, 1989.

[117] G. SILVESTRI, *La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblic*o 3/2006, p. 585.

[118] G. SILVESTRI, *op. cit*., p. 586.

[119] S. LABRIOLA, cit. p. 279.

[120] S. LABRIOLA, *op. cit*., p. 278. Sulla definizione di Colpo di Stato v. A. BRUNIALTI, voce *Colpo di Stato*, in *Il Digesto italiano*, Volume VII, Tomo II, Utet, Torino, 1897 – 1902, pp. 780 – 788; V. GUELI, voce *Colpo di Stato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume VII, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 666 – 679.

determinato dal colpo di Stato e perdurò tanto quanto il primo governo Badoglio[121], che fu un governo della Corona[122]. Il nuovo governo iniziò a smantellare le istituzioni create dal regime – il Partito Nazionale Fascista, il Gran Consiglio, la Camera dei Fasci e delle Corporazioni, il Tribunale speciale per la difesa dello Stato - abrogò le disposizioni contro il celibato, non furono invece abolite le leggi razziali mentre la Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale fu incorporata nell'esercito[123]. Inoltre con il r.d.l. del 2 agosto 1943 fu prevista entro quattro mesi dal termine del conflitto[124] l'elezione di una nuova Camera dei Deputati[125]. L'obiettivo dell'operazione era evidente ossia: separare le responsabilità della Corona da quella del fascismo; ripristinare la funzione garantista della monarchia, attestata sia dall'annuncio da parte del governo di elezioni al termine del conflitto che dal ristabilimento delle garanzie statutarie[126] e salvaguardare la continuità della monarchia e del regime statutario in contrasto con l'orientamento espresso dai partiti antifascisti[127].

Al di là delle dichiarazioni di facciata, sia il sovrano che il governo avviarono, seppur in modo confuso, contatti con gli anglo-americani[128] e si giunse all'armistizio dell'8 settembre 1943[129]. La maggior parte della penisola fu occupata dalle forze militari teutoniche e l'esercito italiano, privo di ordini si sfaldò[130] mentre il re e il governo fuggirono a Brindisi, abbandonando Roma e l'Italia centrale e settentrionale ai tedeschi.

La penisola risultò divisa in due; al Nord la Repubblica Sociale Italiana guidata da Mussolini – quest'ultimo, nel frattempo, era stato liberato dai tedeschi – e nel Meridione il Regno del Sud. L'Italia finì con il ritrovarsi divisa fra due governi e lacerata dalla guerra civile. Il primo governo Badoglio – il governo dei 45 giorni – fu un governo composto da tecnici, anche se dopo l'8 settembre egli provò a creare un governo politico[131] ma i partiti antifascisti, riunitisi nel Comitato di Liberazione Nazionale e al Nord nel Comitato di Liberazione Nazionale dell'Alta Italia[132], per un

[121] S. LABRIOLA, cit. p. 278.
[122] S. MERLINI – G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 81.
[123] M. ROSA DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 329.
[124] M. ROSA DI SIMONE, *op. loc. ult. cit*.
[125] G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, p. 119.
[126] S. MERLINI – G. TARLI BARBIERI, cit. p. 82.
[127] M. ROSA DI SIMONE, cit. p. 329.
[128] R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848 – 2001*), Carrocci, Bari, 2001, p. 247.
[129] S. MERLINI – G. TARLI BARBIERI, cit. p. 82.
[130] A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Il Foro Italiano, Roma, 1981, p. 75.
[131] P. BARILE – E. CHELI – S. GROSSI, cit. p. 92.
[132] V. ONIDA, voce *Costituzione provvisoria*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Volume IV, Utet, Torino, 1989, p. 341.

verso respinsero espressamente il tentativo del sovrano di convogliare i mutamenti istituzionali nell'alveo delle vecchie istituzioni statutarie e richiesero un processo costituente nuovo ed aperto; per l'altro verso posero apertamente la propria candidatura a guidare il processo politico e costituzionale di rinnovamento in quanto forze egemoni del postfascismo[133].

Emerse quindi la questione istituzionale ossia la forma di governo che l'Italia avrebbe dovuto assumere una volta conclusa la guerra[134].

Nel gennaio 1944 i partiti del C.L.N., riunitisi a Bari in congresso, manifestarono la loro indisponibilità a cooperare con Vittorio Emanuele III, ritenuto responsabile della disfatta. I liberali –*in primis* Benedetto Croce ed Enrico De Nicola – suggerirono l'immediata abdicazione del sovrano e l'insediamento di una reggenza affidata ad un Consiglio o in subordine al principe Umberto in attesa che il figlio di questi raggiungesse la maggiore età. Era una soluzione di compromesso che avrebbe potuto salvare la monarchia e attenuare la macchia dell'8 settembre, ma il sovrano non acconsentì[135]. Infine, con il Patto di Salerno dell'aprile 1944 tra i Savoia e i partiti del Comitato di Liberazione Nazionale[136] fu raggiunto un compromesso provvisorio sulla questione istituzionale: il sovrano, subito dopo la liberazione di Roma si sarebbe ritirato irrevocabilmente a vita privata[137] e avrebbe trasmesso ogni potere al suo primogenito Umberto di Savoia[138], che avrebbe assunto la carica di Luogotenente del Re[139] secondo una formula elaborata da Enrico de Nicola[140], anche per superare «le resistenze di un sovrano restio ad uscire di scena[141]» e salvaguardare la dignità formale di Vittorio Emanuele III.

Del resto, era stato lo stesso De Nicola, nel corso di un incontro con il monarca avvenuto nel febbraio dello stesso anno a prospettargli tale espediente[142]. La stipulazione del compromesso non era stata agevole sia per la ritrosia del vecchio

---

[133] V. ONIDA, *op. loc. ult. cit*.

[134] L. ARCIDIACONO – A. CARULLO – G. RIZZA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Monduzzi, Bologna, 1997, pp. 78 – 79.

[135] R. MARTUCCI, cit. p. 254.

[136] M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 420. «Accettata, infatti, come soluzione di compromesso, la nomina da parte del Re – scrive Carlo Lavagna - di un Luogotenente generale ed il rinvio di ogni questione istituzionale e costituzionale ad un'Assemblea costituente, i sei partiti del C.L.N. decisero di partecipare al governo», v. C. LAVAGNA, voce *Comitati di liberazione*, in *Enciclopedia dl diritto*, Volume VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 781.

[137] A. PIZZORUSSO, cit. p. 77.

[138] L. ARCIDIACONO – A. CARULLO – G. RIZZA, cit. pp. 78 – 79.

[139] L. ARCIDIACONO – A. CARULLO – G. RIZZA, *op. loc. ult. cit*.

[140] E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1981, p. 12.

[141] T.L. RIZZO, *Enrico de Nicola nel cinquantesimo anniversario della sua scomparsa (1959 – 2009)*, in *Nuova Antologia*, 4/2009, p. 58.

[142] T.L. RIZZO, *op. loc. ult. cit*.

sovrano sia per l'intransigenza degli ambienti antifascisti, i quali, diffidenti nei confronti dell'istituto monarchico, avrebbero probabilmente preferito – in attesa di una decisione finale del paese sulla questione istituzionale – l'immediata abdicazione di Vittorio Emanuele III oltre la rinuncia del figlio Umberto alla successione al trono e la nomina di un reggente in favore del nipote del sovrano; prevalse infine sia per la capacità persuasiva di Enrico De Nicola che per l'appoggio degli angloamericani l'idea della luogotenenza[143]. L'accordo fu reso esplicito nel proclama del sovrano del 12 aprile 1944 oltre che nell'ordine del giorno approvato del 15 dello stesso mese dalla Giunta permanente del C.LN. nonché nel programma elaborato dal nuovo governo formato dal maresciallo Badoglio con la partecipazione dei partiti antifascisti[144].

6. I presupposti della luogotenenza del 1944.

Già in passato era stato fatto ricorso all'istituto, personalità quali il principe Eugenio di Carignano, Massimo Cordero di Montezemolo e Carlo Farini avevano ricoperto l'ufficio luogotenenziale nel corso del Risorgimento e il principe Tommaso di Savoia aveva esplicato le funzioni delegategli da Vittorio Emanuele III nel corso della Prima Guerra Mondiale. Se, però, la luogotenenza in passato era stata fondata sull'impedimento materiale del sovrano allo svolgimento delle sue funzioni – impedimento totale o parziale a seconda delle circostanze ma comunque temporaneo e definito per la durata, se non altro in relazione ad un evento futuro anche se incerto quale poteva essere la fine dello stato di guerra – invece la luogotenenza creata dopo la liberazione di Roma del giugno del 1944 era imperniata su altri presupposti[145].

In primo luogo, l'impedimento del re ad esercitare le sue funzioni non era stato provocato da motivazioni di natura materiale – assenza del sovrano della capitale per ragioni belliche o temporanea impossibilità di adempiere ai suoi obblighi – bensì per un'altra causa, vale a dire «la chiara volontà espressa dalla classe politica di mantenere il re estraneo alla vita pubblica nazionale[146]» in un momento in cui era in discussione il futuro istituzionale dell'Italia[147].

In secondo luogo, per la durata indefinita nel tempo della luogotenenza, priva una chiara indicazione di scadenza, stante anche la consapevolezza del necessario e definitivo allontanamento di Vittorio Emanuele III dal trono[148].

---

[143] C. GHISALBERTI, cit. p. 395.

[144] A. PIZZORUSSO, cit. p. 77. V. G. GUARINO, *Le gouvernement provisoire en Italie du 25 juillet 1943 au 2 juin 1946*, in *Revue de Droit Public*, 1946, pp. 270 – 286, ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, Tomo I, Jovene, Napoli, p. 53.

[145] C. GHISALBERTI, cit. p. 395.

[146] C. GHISALBERTI, *op. cit.*, p. 396.

[147] C. GHISALBERTI, *op. loc. ult. cit.*

[148] C. GHISALBERTI, *op. loc. ult. cit.*

6.1. Caratteristiche.

Vittorio Emanuele III con il r.d. n. 140 del 5 giugno 1944 in ottemperanza al patto di Salerno nominò come Luogotenente Generale il figlio Umberto, delegandogli la potestà di provvedere in suo nome a tutti gli affari dell'amministrazione ed esercitare tutte le prerogative regie, nessuna esclusa[149]. Sulla scorta di quanto risultava dalla dichiarazione del re del 12 aprile dello stesso anno la nomina del Luogotenente era stata determinata dalla decisione definitiva ed irrevocabile del monarca di ritirarsi dalla vita pubblica[150].

L'atto di nomina recava la dizione «Nomina di S.A.R. Umberto di Savoia, Principe di Piemonte, a Luogotenente Generale di Re[151]» e prevedeva il passaggio di tutti i poteri nelle sue mani[152], riproducendo la formula adoperata dal r.d. del 25 maggio 1915 n. 699, ma la qualifica mutò fin dal d.lgs.lgt n.151 del 25 giugno 1944 negli atti ufficiali da *Luogotenente del Re* a *Luogotenente del Regno*[153]. Secondo Piero Calamandrei era un'espressione tale da far intendere «*che dietro a questo mandatario la persona del mandante non c'era più, e che egli era soltanto lo schermo provvisorio di una vacanza istituzionale, che doveva cessare solo colla Costituente*[154]».

Il tenore letterale del decreto sembrava sottintendere la possibilità che il sovrano fosse rimasto titolare della Corona e permanessero in capo al monarca i poteri

[149] C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1979, p. 115.

[150] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 3.

[151] R.D. 5 giugno 1944 n. 140. «Vittorio Emanuele III per grazia di Dio e volontà della Nazione Re d'Italia. Nomina di S.A.R. Umberto di Savoia, principe di Piemonte a Luogotenente Generale del Re. Sulla relazione del Presidente del Consiglio dei Ministri e sentito il Consiglio stesso; abbiamo ordinato e ordiniamo quanto segue: il Nostro amatissimo figlio Umberto di Savoia, Principe di Piemonte, è nominato nostro Luogotenente Generale. Sulla relazione dei Ministri responsabili, Egli provvederà in nome Nostro a tutti gli affari dell'amministrazione ed eserciterà tutte le prerogative regie, nessuna eccettuata firmando i Reali decreti quali saranno controsegnati e vidimati nelle solite forme. Ordiniamo a chiunque di osservare il presente decreto e di farlo osservare come legge dello Stato».

[152] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1970, p. 126.

[153] D.lgs.lgt 25 giugno 1944 n. 151. «Umberto di Savoia. Principe di Piemonte. Luogotenente Generale del Regno In virtù dell'autorità a Noi delegata; Visto il R. decreto-legge 30 ottobre 1943, n. 2/B; Visto l'art.18 della legge 19 gennaio 1939, n. 129; Ritenuta La necessità e l'urgenza per causa di guerra; Sentito il Consiglio dei Ministri; Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, Primo Ministro Segretario di Stato; Abbiamo decretato e decretiamo: Art. 1 Dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione della Stato. I modi e le procedure saranno stabiliti con successivo provvedimento».

[154] P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche. Diritto e processo costituzionale*. Volume III, RomaTre Press, Roma, 2019, p. 303. Cfr. M. PERINI, *Il capo dello stato dall'Italia liberale al fascismo: il re (non) è nudo*, *in Diritto & questioni pubbliche*, 13/2013, pp. 716 – 726.

attribuitigli dallo Statuto[155]; al riguardo Ranelletti ritenne che "*provvedere in nome del Re*" ed "*esercitare i poteri del Re*" segnalassero la permanenza sul trono del sovrano e il mantenimento in capo a quest'ultimo dei poteri regi, il cui solo esercizio sarebbe stato trasferito al Luogotenente[156]; di contro Santi Romano reputava che il conferimento di tutte le prerogative regie nonché la facoltà di provvedere a tutti gli affari dell'amministrazione fosse stata imperniata sull'esclusione del contemporaneo esercizio di questi poteri da parte del sovrano[157].

La dicitura *Luogotenente generale del Regno* per un verso rilevava la «figura di organo dell'ordinamento provvisorio[158]» piuttosto che quella di "rappresentante" o "delegato" del monarca[159], per l'altro verso mascherava malamente il compito che Umberto era stato chiamato ad espletare; del resto era pacifico come l'incarico andasse al di là della semplice luogotenenza del sovrano coinvolgendo piuttosto «la regalità nella sua dimensione istituzionale di espressione statuale[160]».

Peraltro, come ha rilevato Mortati, per comprendere pienamente la relazione tra il Re e il Luogotenente nonché la natura della carica ricoperta da quest'ultimo, era necessario esaminare non solo il testo del r.d. n. 140 del 5 giugno 1944 di nomina del Luogotenente, ma anche la dichiarazione resa pubblica dal monarca il 12 aprile, dato che era parte integrante dello stesso decreto e rappresentava la motivazione della decisione prevista da quest'ultimo.[161]

L'illustre studioso evidenziava come la luogotenenza fosse subordinata ad esigenze di pubblico interesse e la sua attuazione sottratta al potere di disposizione personale del monarca, deferita pertanto al «concorso degli organi costituzionali[162]» che integravano la volontà regia e assumevano la responsabilità, vale a dire i ministri, accompagnata pertanto dalla espressa indicazione delle cause assunte nei singoli casi «a giustificazione dello spostamento di competenza operatosi con la nomina del luogotenente[163]».

---

[155] A. MASTROPAOLO, *L'enigma presidenziale. Rappresentanza politica e capo dello Stato dalla monarchia alla repubblica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 100.

[156] O. RANELLETTI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico. Diritto pubblico generale. L'ordinamento costituzionale italiano dallo statuto del Regno alla costituente e al referendum. L'abdicazione*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 220.

[157] S. ROMANO, *Princìpi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 206.

[158] V. CRISAFULLI, cit. p. 126.

[159] V. CRISAFULLI, *op. loc. ult. cit*.

[160] A. MASTROPAOLO, cit. p. 100 – 101.

[161] C. MORTATI, *La Costituente*, Darsena, Milano, 1945, p. 146.

[162] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.

[163] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.

Secondo Mortati la motivazione appariva «tanto più rilevante per potere far luogo efficacemente alla luogotenenza[164]poiché l'istituto non era imperniato su nessuna disposizione statutaria, ma era fondata esclusivamente sulla prassi sorta per provvedere al regolare esercizio delle funzioni regie in caso di temporaneo o parziale impedimento del sovrano ad attendervi. Dato che la luogotenenza rivestiva un carattere eccezionale, in quanto operava una deroga alle competenze statutarie, oltre a comportare una scissione nell'esercizio delle funzioni regie – queste unitarie per loro natura – l'indicazione dei motivi era necessaria per accertare che fosse contenuta entro i limiti tracciati dalla prassi[165].

6.2 Anomalia e atipicità.

La luogotenenza del 1944 era differente dalle precedenti, non soltanto per la formula adoperata, ma anche dal punto di vista giuridico-formale[166].

Ad ogni modo e indipendentemente dal contenuto o dalle funzioni della luogotenenza nella prassi statutaria, questa in passato era stata fondata sull'impedimento materiale nello svolgimento delle funzioni da parte del sovrano; peraltro a seconda delle circostanze l'impedimento poteva essere parziale o totale, ma rimaneva sempre temporaneo ed era definito quanto alla durata, anche in relazione ad un evento futuro, pur se incerto nella data, quale poteva essere, nella luogotenenza risalente alla Grande Guerra, un evento come la fine del conflitto[167]. D'altro canto, la luogotenenza creata dopo la liberazione di Roma del giugno del '44 era imperniata invece su altri elementi ossia la volontà di mantenere Vittorio Emanuele III lontano dalla vita pubblica nonché dalla sua la natura indefinita.

Era una luogotenenza atipica[168] o per usare le parole di Paolo Biscaretti di Ruffia anomala[169] in quanto l'istituto non era previsto – certamente non secondo la forma del 1944 – nella prassi statutaria.

Secondo Mortati difatti le caratteristiche della Luogotenenza Generale erano: la discrezionalità nella scelta di ricorrervi; un'impossibilità anche solo relativa per il Capo dello Stato di adempiere ad una o a tutte le sue mansioni; il permanere per il monarca della possibilità di esercitare le sue funzioni e la continuazione effettiva delle stesse in modo tale da determinare la compartecipazione di due titolari per la stessa carica in una sorta di *coimperium*; la limitazione delle competenze del Luogotenente per solo una parte delle funzioni regie; la temporaneità della carica e l'automatico

[164] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.
[165] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.
[166] A. MASTROPAOLO, cit. p. 101.
[167] C. GHISALBERTI, cit. p. 395.
[168] P. BARILE – E.CHELI – S. GRASSI, cit. p. 93.
[169] P. BISCARETTI DI RUFFIA, cit. p. 435.

riassorbimento delle competenze delegate nel re delegante al termine della stessa; la facoltà per il sovrano di avocare le funzioni attribuite al Luogotenente nonché l'illimitata facoltà per il sovrano di ritirare totalmente o anche solo parzialmente la delega; la responsabilità del luogotenente dinanzi al re[170].

I requisiti e gli elementi tipici della luogotenenza, i quali trovavano giustificazione nella permanenza nella titolarità della corona di un sovrano capace anche se impedito nello svolgimento di tutti i suoi poteri, non si riscontravano invece nella luogotenenza del 1944[171]. Mortati al riguardo sottolineava come la decisione del sovrano fosse stata presa non per una valutazione di convenienza, bensì per permettere la formazione di un ministero politico per il quale – a giudizio dei partiti - la permanenza al potere di Vittorio Emanuele III era un ostacolo. D'altra parte, il sovrano stesso non aveva accolto con favore la proposta di abdicare. Il ritiro del re dalla vita pubblica, avvenuto con un impegno solenne, definitivo ed irrevocabile assunto dal sovrano comportava una «incapacità all'esercizio o alla riassunzione delle funzioni che gli [a Vittorio Emanuele III] sarebbero spettate[172]» e conseguentemente provocava sia l'ampliamento dei poteri del Luogotenente a tutte di funzioni sia l'impossibilità di revocare la delega fatta allo stesso Luogotenente o l'avocazione di uno degli atti o dell'esercizio della responsabilità davanti al delegante[173]. Se, quindi, l'investitura a Luogotenente per il principe Umberto formalmente aveva avuto origine nella volontà regia, è anche vero che l'esercizio dei poteri connessi alla luogotenenza così come le vicende successive e la fine della luogotenenza stessa furono sottratte alla volontà del monarca, effetto di «un'incapacità completa, definitiva e permanente[174]» venutasi a creare verso il sovrano.

L'illustre studioso aveva evidenziato come la disamina sulla luogotenenza del 1944 richiedesse di valutare la situazione sorta con il d.lgs.lgt del 25 giugno 1944 n. 151, con il quale era stata sanzionata la decisione costituente vale a dire la convocazione di un'Assemblea costituente. Mortati rilevava che, a seguito della decisione costituente, era cambiata la qualifica giuridica posseduta in precedenza dal governo e dal Luogotenente. Il governo, da organo dello stato monarchico, si trasformò in organo di un governo provvisorio avente il proprio fondamento nell'ordinamento che «in via temporanea si era dato allo stato con i citati decreti n. 141 e n. 98[175]». Secondo Mortati, se è vero che ogni costituzione deve avere il suo limite naturale e insopportabile nella conservazione del proprio fondamentale principio informatore, nel momento in cui il

[170] C. MORTATI, cit. p. 148.
[171] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.
[172] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.
[173] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.
[174] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.
[175] ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Cedam, Padova, 1975, p. 89.

governo progettò di innovare quello posto alla base dello Statuto Albertino, allora il governo stesso non ebbe più la possibilità di ricavare da esso titolo di validità per sé e per la decisione costituente ma «dovette necessariamente metterne in essere uno nuovo, agire come organo di instaurazione di un diverso ordinamento, caratterizzato dalla funzione specificamente attribuitagli di preparare la formazione di un rinnovato, stabile assetto costituzionale, in radicale opposizione al precedente[176]».

La novità da assegnare al governo sorto in virtù di tale decisione costituente si ricavava anche dal carattere straordinario, «irriducibile all'antico ordine[177]», assunto dagli organi che lo componevano; conseguentemente anche la luogotenenza che entrò a comporre questo ordinamento di governo non poteva ricondursi all'istituto previsto dalla precedente prassi statutaria[178], essendo quella luogotenenza per la sua natura sia limitata nel tempo che nell'estensione dei poteri, mentre nel 1944 tali limiti furono eliminati dato che il Luogotenente si era sostituito a tutti i poteri regi.

D'altro canto, secondo autorevole dottrina l'istituto del 1944 trovava la sua legittimazione né nella prassi statutaria né nelle norme, peraltro inapplicabili, del vecchio ordinamento, bensì «dall'accordo stipulato a Salerno[179]» e «dalle nuove regole che la tregua istituzionale introduceva nei rapporti tra gli organi costituzionali, in vista della decisione costituente[180]». Se, fino alla formazione del terzo Governo Badoglio erano formalmente rimaste in vigore le disposizioni relative alla nomina del Capo del Governo, alla struttura e alle funzioni della compagine ministeriale; alla responsabilità dei Ministri e dello stesso Capo del Governo verso il sovrano, la nuova situazione venutasi a creare ne comportava una radicale mutamento. Pertanto, fu abbandonata la dizione di Capo del Governo per passare a quella di Presidente del Consiglio dei Ministri, superando la regola che voleva incentrata qualunque decisione politica sul Capo del Governo e rimodulando quest'organo come un *primus inter pares* unitamente all'assunzione da parte del Consiglio dei Ministri della funzione di indirizzo politico tipica del Governo. Questo mutamento incideva sulla responsabilità ministeriale; per un verso la formula del giuramento mutava da "fedeltà al Re" a "fedeltà alla Nazione", per l'altro verso si affermava il principio della responsabilità collegiale del Governo nella situazione venutasi a creare[181].

In una simile situazione il potere di nominare il Presidente del Consiglio rimaneva formalmente in capo al Luogotenente, ma mutava completamente significato e

[176] C. MORTATI, *op. cit*., p. 90.
[177] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.
[178] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit*.
[179] P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea costituente*, il Mulino, Bologna, 1979, p. 49.
[180] P. CARETTI, *op. loc. ult. cit*.
[181] P. CARETTI, *op. loc. ult. cit*.

risultava privo di ogni discrezionalità, poiché si riduceva alla semplice conferma delle designazioni fatte dall'organo che era effettivo titolare dell'indirizzo politico e dinanzi al quale il Governo era responsabile[182]. Il Luogotenente sanzionava gli atti normativi deliberati dal Consiglio dei ministri; in altri termini si realizzò una sorta di «di diarchia e di equilibrio fra Capo dello Stato e Governo[183]». D'altra parte dal patto di Salerno derivava per il Luogotenente l'obbligo di risolvere eventuali crisi di governo conformemente alle delibere del C.L.N. e dunque nel divieto di affidare l'incarico di formare il Ministero a soggetti diversi da quelli designati dal C.L.N[184]. Faso analizzando la luogotenenza del '44 aveva rilevato come il trasferimento dei poteri regi avvenuto nel corso delle luogotenenze precedenti presentasse come costanti i caratteri «provvisorietà, quello della conseguente revocabilità e quello della parzialità delle funzioni delegate[185]». In primo luogo, la provvisorietà e in relazione ad essa, al di là del breve arco di tempo delle luogotenenze, una volta venuto meno il «fatto-condizione[186]» che ne era stato causa, il monarca riassumeva le sue prerogative, a volte automaticamente, altre volte dopo l'emanazione del decreto di cessazione della luogotenenza[187]. In secondo luogo, la revocabilità della luogotenenza; connessa sia alla facoltà del sovrano di fissarne la durata sia alla possibilità per il re, nel caso di mantenimento dell'impedimento, di cambiare il Luogotenente per il venir della fiducia

[182] P. CARETTI, *op. cit*., p. 50. «Il mutamento della posizione di Primo Ministro – scrive Giuseppe Guarino - coincise con l'affermazione del potere giuridico del C.L.N. Si ebbe, infatti, contemporaneamente, la soppressione della figura del Capo del Governo e l'impossessamento da parte del C.L.N. del potere di impartire le direttive politiche generali dell'attività governativa: il Consiglio dei Ministri, che aveva ereditato dal Capo del Governo l'attribuzione di segnare le direttive politiche, divenne da questo momento responsabile verso il C.L.N., di cui era emanazione. La posizione del Gabinetto era a questo punto quasi analoga a quella esistente in regime parlamentare. Bisognava solo che venisse ancora sancito il principio della sua responsabilità collegiale. Anche qui il momento del passaggio da uno stadio all'altro si accompagna ad una sostituzione di formule, questa vola del tutto spontanea. Infatti anche le dimissioni del terzo Gabinetto Badoglio, benché collegiali come le precedenti, avvennero per singole persone. Il Luogotenente, su proposta del Presidente del Consiglio, accettava le sue dimissioni e singolarmente quelle dei Ministri per le rispettive cariche. Il Gabinetto successivo, invece, che era il primo presieduto da Bonomi, si dimise collegialmente. Il Luogotenente accettò le dimissioni non dei singoli Ministri, ma del Gabinetto. […] L'attuale sistema non può ritenersi del tutto analogo a quello del sistema parlamentare nella forma assunta nei paesi del continente e in particolare in Italia, perché questo consentiva al Sovrano larghe possibilità di una politica attiva, soprattutto mediante la scelta del Primo Ministro, mentre oggi il Luogotenente viene ad accettare le personalità proposte dal C.L.N., e le consultazioni da lui effettuate in periodo di crisi non hanno mai portato a risultati concreti». G. GUARINO, *op. cit*., pp. 19-20.

[183] C. LAVAGNA, *op. cit*., p. 116.

[184] C. LAVAGNA, *op. loc. ult. cit.*

[185] I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 97.

[186] I. FASO *op. loc. ult. cit.*

[187] I. FASO, *op. loc. ult. cit.*

risposta nello stesso[188]. In terzo luogo, la parzialità dei poteri trasferiti; d'altra parte Santi Romano nell'esaminare la luogotenenza aveva evidenziato come l'istituto consistesse in una «delega provvisoria e straordinaria di poteri del Re, fatta dal Re stesso[189]». Nei periodi di luogotenenza, dunque, sussisteva «una specie di bicefalismo al vertice della vita statale[190]» dato che il re non si spogliava di tutti i suoi poteri a favore del Luogotenente; conseguentemente sulla base del decreto istitutivo era possibile distinguere tra attività svolte dal re da un lato; attività esercitate per espressa delega dal Luogotenente dall'altro lato[191].

La luogotenenza del 1944 invece non presentava invece né il carattere della provvisorietà né la parzialità né la revocabilità delle funzioni[192]; la responsabilità politica verso il sovrano e la possibilità di revocare la delega erano escluse, come confermato dalla sottile sfumatura nella delegazione ed affermato anche in diritto, pur rimanendo nei limiti formali della luogotenenza in quanto rimaneva coperto l'ufficio regio e i poteri erano stati assunti sulla scorta di una delegazione e non *ope legis*[193]. D'altra parte, la giustificazione assunta come motivazione giuridicamente rilevante della luogotenenza del 1944 non era la materiale impossibilità di fatto del sovrano ad esercitare i compiti delegati al Luogotenente, bensì la «incapacità morale ad esplicare il complesso delle proprie prerogative[194]» in quanto ritenuto corresponsabile con il regime fascista[195].

7. Osservazioni conclusive.

La soluzione della luogotenenza fu brillante dal punto di vista politico e ad essa diede un contributo di primo piano Enrico De Nicola, il quale riuscì a farla accettare a Vittorio Emanuele III[196]; la figura del nuovo luogotenente non trovava però fondamento nel sistema albertino o in quello sardo, dato che in essi aveva svolto una funzione di supplenza e carattere provvisorio[197].

Benedetto Croce aveva espresso dubbi sulla situazione venutasi a creare; l'illustre studioso aveva annotato infatti il 13 aprile 1943: «*il re stabilisce un luogotenente sine die e dichiara che egli si ritira a vita privata. Dunque, di chi il luogotenente sarà luogotenente? Di un re che non è più re? e se il luogotenente si ammala o muore o non ne può più e dà le*

[188] I. FASO, *op. loc. ult. cit.*
[189] S. ROMANO, cit. p. 186.
[190] I. FASO, voce *Luogotenenza*, cit. p. 98.
[191] I. FASO, *op. loc. ult. cit*.
[192] F. BRUNO, voce *Luogotenenza*, p. 3.
[193] A. ORIGONE, voce *Luogotenenza* cit. p. 1114.
[194] V. CRISAFULLI, cit. p. 126.
[195] V. CRISAFULLI, *op. loc. ult. cit*.
[196] P. BARILE – E. CHELI – S: GRASSI, cit. p. 93.
[197] A. REPOSO, cit. p. 60.

dimissioni, chi nominerà il nuovo luogotenente del re, che non più re? Insomma, ci capisco poco[198]». Erano evidenti, dunque, le perplessità di Croce sul ritiro del sovrano a vita privata e la contestuale nomina di un Luogotenente così come la relazione tra quest'ultimo e un monarca che formalmente continuava ad essere tale, ma sostanzialmente aveva subito una *deminutio* sia per la decisione definitiva ed irrevocabile di ritirarsi dalla vita pubblica che per l'impossibilità di revoca, parziale o totale, del Luogotenente.

Nella dottrina coeva all'istituzione della luogotenenza furono espresse peraltro opinioni diverse; secondo Alfonso Tesauro la sua creazione era stata causata dall'*impossibilità politica* del monarca di esercitare le sue funzioni. L'autorevole studioso rilevava come il fondamento della luogotenenza dovesse essere rinvenuto nell'articolo 16 dello Statuto che regolava la reggenza nel caso di fisica impossibilità del sovrano di regnare, disposizione applicabile in via analogica. Partendo da questo presupposto osservava: «*non è possibile disconoscere, invero, che l'impossibilità fisica del Re di esercitare le sue funzioni è, senza dubbio, una situazione analoga a quella della fisica impossibilità di regnare, come si rileva fino all'evidenza valutando l'attuale situazione in virtù della quale il Re non aveva alcuna possibilità concreta ed effettiva di continuare ad esercitare le sue funzioni in modo adeguato alle attuali improrogabili esigenze dato che gli esponenti dei vari partiti politici costituitisi al crollo del fascismo si rifiutavano di far parte del governo*[199]» qualora il sovrano non avesse rinunciato al trono o quantomeno all'esercizio delle funzioni regie[200]. Concludeva Tesauro affermando che «la *dichiarazione fatta di recente dal Re e che contiene un riferimento improprio all'istituto della luogotenenza ha il valore di riconoscere la sussistenza della situazione in virtù della quale si fa luogo alla reggenza spettante di diritto all'erede presuntivo al trono, riconoscimento fatto altresì dal Consiglio dei ministri*[201]» e che i poteri conferiti al principe Umberto discendevano «non dal Re, ma dalla costituzione[202]» e gli atti posti in essere «erano compiuti in modo autonomo e indipendente e non quale rappresentante del Re[203]».

Guarino la reputava invece un istituto «profondamente rivoluzionario[204]» tale da caratterizzare in modo peculiare e nuovo la posizione della monarchia e imperniato su semplice fondamento di fatto[205].

---

[198] B. CROCE, *Taccuini di guerra*, Adelphi, Milano, 2004, p. 117.
[199] G. TESAURO, *Corso di diritto costituzionale*, Rondinella, Napoli, 1944, p. 232.
[200] G. TESAURO, *op. loc. ult. cit*.
[201] G. TESAURO, *op. cit*., p. 233.
[202] G. TESAURO, *op. loc. ult. cit.*
[203] G. TESAURO, *op. loc. ult. cit.*
[204] G. GUARINO, cit. p. 13.
[205] G. GUARINO, *op. loc. ult. cit*. Cfr. G. GUARINO, *La Luogotenenza istituita con r.d. 5 giugno 1944 n. 140*, in Annali dell'Università di Napoli, I, 1946.

Secondo Mortati «la delegazione generale, illimitata ed irrevocabile[206]» contenuta nel decreto in esame non aveva le caratteristiche della delega, essendo quest'ultima limitata e revocabile, bensì quella di una sostanziale rinuncia all'ufficio regio[207]. Non presentava la natura di una formale abdicazione: in primo luogo per la diversa denominazione; in secondo luogo per il contrassegno ministeriale che corredava il decreto, estraneo invece all'atto di abdicazione nonché per il carattere personale di quest'ultimo; in terzo luogo per la designazione del successore, ipotesi non contemplata dall'atto di abdicazione. Pur non avendo natura formale di abdicazione secondo l'illustre studioso ne era identica quanto agli effetti[208]dato che eliminava «per sempre il re dalla funzione prima esercitata[209]»; secondo Carlo Lavagna invece parlare di abdicazione era in contrasto non soltanto con il mantenimento in capo al sovrano di alcuni diritti personali, ma anche con l'abdicazione formale di Vittorio Emanuele III, avvenuta il 10 maggio 1946[210]. D'altra parte, nonostante fosse meno impegnativa per la monarchia rispetto alla formale abdicazione, fu secondo autorevole dottrina una situazione più compromettente rispetto alla rinuncia formale al trono, poiché se da un lato aveva gli effetti negativi dell'abdicazione ossia il ritiro irrevocabile del monarca da ogni ingerenza nella vita dello Stato, dall'altro lato non presentava gli effetti positivi ossia l'immediata ascesa al trono del successore[211].

Mortati, inoltre, riteneva che la situazione venutasi a creare non potesse essere equiparata alla reggenza in quanto «*la reggenza presuppone un re in carica, titolare dell'organo, ed idoneo almeno potenzialmente a riassumere l'esercizio al cessare della temporanea incapacità*[212]», mentre in quel contesto il re non poteva più ritenersi in carica[213]. Secondo l'illustre studioso la non applicazione dell'articolo 23 dello Statuto Albertino, a mente del quale il reggente prima di assumere tale *status* doveva prestare giuramento, era un ulteriore elemento a sostegno della mancata costituzione della reggenza[214].

D'altronde vi è che ha reputato che la luogotenenza del 1944 presentasse quasi i caratteri della reggenza, sia perché era stato nominato il principe ereditario Umberto stesso sia per l'estensione illimitata delle funzioni[215]; peraltro l'accostamento alla

[206] C. MORTATI, *La Costituente*, p. 149.
[207] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*
[208] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*
[209] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*
[210] C. LAVAGNA, cit. p. 116.
[211] P. CALAMANDREI, cit. p. 299.
[212] C. MORTATI, cit. 150.
[213] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*
[214] C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*
[215] A. ORIGONE, voce *Luogotenenza*, cit. p. 1114.

reggenza «poteva sembrare più rispondente alla realtà delle cose[216]» poiché da tale prospettiva l'incapacità politica del sovrano era del tutto simile all'impedimento fisico, il quale secondo lo Statuto era una delle cause sufficiente per dar luogo alla reggenza[217]. D'altro canto, è pur vero che le disposizioni dello Statuto relative alla reggenza erano volte ad individuarne chiaramente i presupposti e in quanto norme eccezionali non erano suscettibili di prestarsi ad una interpretazione analogica[218]. D'altra parte, vi è che ha evidenziato il ricorso alla luogotenenza un espediente per denominare in modo diverso quella che era una vera e propria crisi della Corona, crisi intesa non nel senso titolarità, bensì della legittimazione costituzionale[219]. L'istituto, non uniformato alla prassi statutaria era «un sostituto convenzionale della dichiarazione di vacanza del trono[220]» e lo stesso luogotenente assumeva la natura di Capo dello Stato nel governo provvisorio sulla base di un accordo intercorso tra Vittorio Emanuele III, il principe Umberto e i partiti antifascisti, almeno fino alla convocazione dell'Assemblea costituente[221]; sulla dizione di *Luogotenente generale del Regno* adoperata in luogo di *Luogotenente del Re* Calamandrei scriveva che era stata adoperata per far comprendere come «*dietro a questo mandatario la persona del mandante non c'era più, e che egli era soltanto lo schermo provvisorio di una vacanza istituzionale, che doveva cessare solo colla* Costituente[222]». Nell'ordinamento creato dal d.lgs.lgt del 25 giugno era possibile desumere la vera figura della luogotenenza, del resto con il suddetto decreto fu creato un ordinamento costituzionale provvisorio, ove il Luogotenente vi entrò non in quanto

[216] A. REPOSO, cit. p. 60.
[217] A. REPOSO, *op. loc. ult. cit.*
[218] A. REPOSO, *op. cit*., p. 61
[219] S. LABRIOLA, cit. p. 283.
[220] *Ibidem*. S. LABRIOLA, *op. loc. ult. cit.*
[221]Cfr. C. MORTATI, *La Costituente*, p. 151 «Dalle precedenti considerazioni si può desumere la conclusione che il procedimento seguito non trova il suo fondamento nello statuto, ma poggia su una base del tutto di fatto. All'atto della rinunzia da parte del re non si è provveduto nel senso che sarebbe disceso dalle norme sulla successione al trono bensì con una soluzione di carattere temporaneo. E, come si è dimostrato, la temporaneità non è in dipendenza della possibilità di mutamento della volontà regia, e neppure è condizionata ad altri eventi relativi all'ordine stabilito dallo statuto per l'investitura della corona, ma invece esclusivamente collegato con la decisione costituente. Ne segue che il luogotenente è venuto ad assumere il carattere di capo dello Stato nel governo provvisorio, instauratosi in virtù della decisione predetta, e ne esercita le funzioni in nome proprio, non per rappresentanza di altri, né tanto meno in virtù di una delega, che non si sarebbe potuta validamente effettuare da parte di chi aveva già rinunziato alla carica (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) ma esclusivamente per effetto di un accordo corso fra l'antico sovrano, l'erede al trono ed i gruppi antifascisti, da valere fino alla convocazione dell'assemblea».
[222] P. CALAMANDREI, cit. p. 303.

rappresentante di un re ancora sul trono, bensì come organo nuovo, creato da tale ordinamento e avente in esso la sua unica legittimazione[223].

Un'interpretazione diversa è stata fornita da Paolo Colombo, il quale ha ritenuto che Vittorio Emanuele III tramite la luogotenenza provò a ritirare «*provvisoriamente in seconda linea la Corona in attesa del momento per gettarla di nuovo nella mischia*[224]»; questo evento secondo lo studioso fu rappresentato dalla formale abdicazione del sovrano e all'ascesa al trono di Umberto nelle settimane precedenti il referendum istituzionale; d'altro canto di recente autorevole dottrina ha evidenziato la soluzione della luogotenenza come «scelta politica di compromesso rispetto all'abdicazione del re richiesta da una parte dei partiti del C.L.N[225]» e realizzata sul piano politico per impedire ad un sovrano compromesso con il regime fascista l'esercizio delle funzioni, delegandole senza al figlio prevederne l'abdicazione[226].

Piuttosto può ritenersi la Luogotenenza Generale del Regno come simbolo di una situazione di equilibrio tra il vecchio ordinamento oramai crollato e il nuovo ordinamento che si profilava all'orizzonte, non appartenendo né al primo né al secondo[227].

[223] P. CALAMANDREI, *op. loc. ult. cit.*

[224] P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Laterza, Roma – Bari, 2001, p. 122. La diatriba sulla natura della Luogotenenza è descritta con queste parole da Falcone Lucifero all'indomani dell'abdicazione di Vittorio Emanuele III «Roma, 10 maggio [1946] Il nuovo Re [Umberto II] è rientrato alle 0.45 da Napoli. Per tempo vengo a Palazzo Reale. È alla messa con la quale inizia il Regno. De Gasperi attende di essere ricevuto perché alle 10 ha il Consiglio dei ministri e prevede battaglia grossa da parte di Togliatti, che ieri ha sostenuto che il Re non poteva abdicare. De Gasperi mi ha raccontato che, presi i decreti del giugno 1944, si è trovato che Umberto era proprio il Luogotenente *personale* di Vittorio Emanuele e quindi la tesi che si trattava di una luogotenenza speciale è caduta, del Regno e non del Re, è caduta». F.LUCIFERO, *L'ultimo re. I diari del ministro della Real Casa 1944-1946*, a cura di A. LUCIFERO E F. PERFETTI, Mondadori, Milano, 2002, p. 534.

[225] G.S. PENE VIDARI, *Storia del diritto in età contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2019, 228.

[226] G.S. PENE VIDARI, *op. cit.*, p. 229.

[227] G. SILVESTRI, cit. p. 587.

TUTELA E GESTIONE DEL RICCIO DI MARE

Esperienze internazionali e nazionali e rimedi normativi per la salvaguardia della risorsa

Nicolo' Carnimeo [*] **- Antonella Florio** [*]

ABSTRACT (ITA): Lo studio giuridico mira a disegnare un quadro normativo, ma anche di *governance*, a livello internazionale, europeo, nazionale e regionale, sulla tutela e gestione della pesca del riccio di mare (*Paracentrotus lividus*) che rischia di estinguersi nella gran parte delle acque italiane per la pesca illegale. Nella ricerca delle fonti sono state dapprima esaminate quelle internazionali, mediante un'analisi di diverse esperienze comparate tra cui quelle della Francia, Spagna, Norvegia, California e Nuova Zelanda, soffermandosi sulla normativa italiana che si rivela carente per una tutela effettiva di questa specie fortemente minacciata. Emerge a livello nazionale la necessità di un decreto ministeriale ad hoc come già realizzato per altre specie a rischio quali i datteri di mare (*Lithophaga lithophaga*) e le oloturie (*Holothuroidea*).

ABSTRACT (ENG):*The legal study aims to outline a regulatory framework, but also a governance framework, at an international, European, national and regional level, on the protection and management of sea urchin (Paracentrotus lividus) fishing which is at risk of extinction in most of Italian waters due to illegal fishing. In the research activities for the sources, the international ones were first examined, through the analysis of different comparative experiences including those of France, Spain, Norway, California and New Zealand focusing on the Italian legislation which turns out to be lacking of effective protection of this strongly threatened species. Therefore there is an urgency, at a national level, to provide a ministerial decree ad hoc, as it has already been done for other species such as sea dates (Lithophaga lithophaga) and sea cucumbers (Holothuroidea).*

SOMMARIO: 1. Caratteristiche ecologiche e biologiche del riccio di mare. Primi cenni sugli strumenti internazionali di tutela. **2.** L'esperienza italiana. Il d.m. del 12/01/1995 n. 44 «Disciplina della pesca del riccio di mare» ed altri interventi per la salvaguardia del dattero di mare e delle oloturie. **2.1.** La normativa regionale a tutela del riccio di mare, l'esempio della Sardegna e della Puglia. **3.** La tutela del riccio di mare in Francia. **3.1.** Esperienze di ripopolamento attivo. Il Programma «Stella Mare» in Corsica. **4.** La gestione della pesca del riccio di mare in Spagna. **5.** Norvegia**,** l'allevamento del riccio verde (*Strongylocentrotus droebachiensis*). **6.** Nuova Zelanda, la pesca del *kina*. **7.** Il fenomeno del sovrappopolamento dei *purple sea urchins* in California. **8.** Proposte per una tutela efficace del riccio di mare nelle acque italiane.

1. Caratteristiche ecologiche e biologiche del riccio di mare. Primi cenni sugli strumenti internazionali di tutela.

I ricci di mare rappresentano un importante anello ecologico, il prelievo eccessivo e illegale e la crescente richiesta per il consumo, come testimoniato dalla letteratura scientifica, ne ha drasticamente ridotto la popolazione, mettendo a rischio non solo la stessa specie, ma l'intero ecosistema costiero, importante zona di *nursery* per la fauna ittica. Da qui l'esigenza di realizzare una disamina comparata sugli strumenti giuridici di tutela e di gestione della pesca, non solo nell'ordinamento nazionale, ma in diversi mari nel mondo in modo che possa essere esemplificativa delle modalità di intervento più efficaci non solo rispetto ad una singola specie, ma tutte le volte nelle quali l'intervento antropico compromette il delicato equilibrio ecologico.

Nella disamina ci si soffermerà sul *Paracentrotus lividus* (il riccio di mare viola), un echinoderma della famiglia *Parechinidae*, che è la specie di riccio di mare - insieme all' *Arbacia lixula* (famiglia *Arbaciidae*) - tra le più diffuse nel Mediterraneo per le sue caratteristiche organolettiche, più adatte alla consumazione alimentare umana. Il suo ambiente di vita varia dai fondali rocciosi, praterie di *Posidonia oceanica* (pianta acquatica mediterranea della famiglia delle *Posidoniaceae*) sino ai bassi fondali nel mesolitorale inferiore, tra 0 e 10 m.[1], dove può trovare le alghe, alimento dominante nella sua dieta.

Nel Mediterraneo, il riccio di mare è uno dei principali invertebrati erbivori bentonici (vive sui fondali) svolgendo un ruolo ecologico di grande importanza per l'ambiente marino, anche mediante la sua azione di brucatura con cui regola le

[1] * I § 1, 2, 2.1, 3, 3.1 e 8 di questo articolo sono stati redatti dal Prof. Nicolò Carnimeo, Associato di Diritto della Navigazione nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro; i § 4, 5, 6, 7 sono stati redatti dalla dott. ssa Antonella Florio, assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro. Il presente lavoro riprende i risultati del progetto TUGEPLAL "Tutela e Gestione del *Paracentrotus Lividus* e *Arbacia Lixula*" che è stato finanziato dalla Regione Puglia, PO FEAMP Italia 2014-2020; Regolamenti UE 1303/2013 e 508/2014, Asse prioritario 1. Misura 1.40 "Protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi marini e regimi di compensazione nel contesto di una pesca sostenibile. Progetto di protezione e gestione di *Paracentrotus lividus e Arbacia lixula:* una strategia di intervento nella costa adriatica pugliese".

Sulle dinamiche ecologiche delle varie specie di riccio di mare Cfr. J.M.LAWRENCE, *Sea Urchins: Biology and Ecology, 3rd edition, in Developments and Fisheries Science,* 2013; D. LECCHINI - P. LENFANT - S. PLANES, *Variation in abundance and population dynamics of the sea-urchin Paracentrotus lividus on the catalan coast (North-western Mediterranean sea) in relation to habitat and marine reserve, Perpignan,* 2002, p. 10.

comunità algali[2]. Nella rete trofica i ricci di mare occupano un posto importante perché servono da cibo per alcune specie demersali (che nuotano attivamente in mare aperto, ma che si nutrono nei fondali) come il sarago (*Diplodus sargus)* e il branzino (*Dicentrarchus labrax*). Il ruolo ecologico e i "servizi" resi da questo echinoderma spiegano perché oggi, per esempio in Francia, sia classificato nell'elenco delle specie marine prioritarie delle *Zones Naturelles d'Intérêt Ecologique, Faunistique et Floristique* (ZNIEFF)[3] di Aquitania, Corsica e Occitania (INPN, *Inventaire National du Patrimoine Naturel*)[4].

Il riccio di mare può adattarsi alle variazioni ambientali come temperatura, correnti marine, salinità, quantità e qualità del cibo[5] rendendolo una creatura dalle caratteristiche versatili. Queste diverse peculiarità biologiche ed ecologiche specifiche del riccio di mare lo rendono una specie essenziale per garantire la salute degli ecosistemi marini e costieri mediterranei. Tuttavia, la proliferazione delle popolazioni di ricci di mare viola sulla costa può anche essere dannosa per l'ambiente marino, soprattutto in alcune regioni temperate e fredde. E' il caso delle coste norvegesi, giapponesi o californiane (del nord) dove è avvenuta la moltiplicazione dei ricci di mare a scapito delle grandi foreste di *bull kelp* (alga toro), alterando così la biodiversità

[2] S. COUVRAY, *Étude de la dynamique de populations d'oursins comestibles Paracentrotus lividus* (LAMARCK, 1816) *en zone pêchée et anthropisée. Évaluation de l'efficacité et de l'impact d'opérations de lâchers de juvéniles pour le repeuplement,* Toulon, 2014, p.24; M.VERLAQUE, *Biologie des juvéniles de l'oursin herbivore Paracentrotus lividus* (LAMARCK)*: sélectivité du broutage et impact de l'espèce sur les communautés algales de substrat rocheux en Corse (Méditerranée, France)*, in *Botanica Marina*, 1984, Vol.XXVII pp. 401-424.

[3] Per ZNIEFF, in Francia si intende, un'area naturale di interesse ecologico, faunistico e floristico. Le zone ZNIEFF fanno parte di un programma scientifico sancito dalla *loi n°83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.*

[4] L'INPN (*Inventaire Naturel du Patrimoine National*) è un sistema standardizzato istituito per garantire la diffusione di dati utili allo sviluppo di strategie di conservazione del patrimonio naturale francese (specie vegetali e animali, ambienti naturali e patrimonio geologico). Tale sistema nasce su impulso e disposizioni del codice dell'ambiente francese (*Ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000, partie législative*, ratifi*ée par la loi n° 2003-591 du 2 juillet)*, e precisamente all'articolo L 411-5 (*L'article L 411-5 du code de l'environnement institue pour l'ensemble du territoire national terrestre, fluvial et marin un inventaire national du patrimoine naturel, défini comme «l'inventaire des richesses écologiques, faunistiques, floristiques, géologiques, minéralogiques et paléontologiques»).* Nel web https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006074220/ ed anche https//www.inpn.mnhn.fr

[5] M.N. DE CASAMAJOR - J.MAHIAS - N.BRU - N. CAILL MILLY, *Analyse des ressources et des caractéristiques individuelles du stock d'oursin Paracentrotus lividus* (LAMARCK, *1816*) *du territoire*. Brest, 2014. Nel web https://archimer.ifremer.fr/doc/00218/32889/. S. COUVRAY, *op. cit*, p. 35.

marina di quegli *habitat*[6]. Nonostante la capacità di adattamento del riccio di mare ai cambiamenti e la significativa diminuzione dello sforzo di pesca degli ultimi decenni nel Mediterraneo[7], le varie pressioni esercitate sulla specie hanno portato ad una drastica diminuzione delle popolazioni di ricci di mare in diversi luoghi[8]. Molto apprezzato per la qualità della sua polpa, il riccio di mare è diventato una specie sovra sfruttata in molti paesi del mondo. Oltre all'impatto di queste attività umane sulla risorsa, compreso l'inquinamento e conseguente acidificazione dell'ambiente marino, entra in gioco anche il *climate change* poiché il riscaldamento della temperatura dell'acqua può disturbare la riproduzione dei ricci di mare, modificare la densità della loro popolazione e, quindi, creare squilibri sull'intero ecosistema infralitorale[9].

Poste le ragioni e la necessità di una tutela efficace della specie, la ricostruzione della disciplina deve prendere le mosse dall'ambito internazionale per verificare la presenza di norme specifiche relative al riccio di mare nelle principali disposizioni a tutela della fauna selvatica e della biodiversità. Tra queste le principali sono la Convenzione di

[6] Su questa specifica problematica v. L. ROGERS BENETT - C. A. CATTON, *Marine heat wave and multiple stressors tip bull kelp forest to sea urchin barrens,* in *Scientific Reports,* 2019, p.1ss.. Nel web https://www.researchgate.net/publication/336716207_Marine_heat_wave_and_multiple_stressors_tip_bull_kelp_forest_to_sea_urchin_barrens

[7] Cfr. il report FAO, *The state of world fisheries and aquaculture 2020*. Nel web https://www.fao.org

[8] Cfr. B. HEREU - D.CASALS - J.ORTEGA - G.ROVIRA, *Suivi des populations d'échinodermes au parc national de Port-Cros.* Département de Biologie Evolutive, Ecologie et Sciences Environnementales, Université de Barcelone, Barcellona 2019.

[9] S. COUVRAY, *Étude de la dynamique,* cit., p. 36.

Berna[10]; la Convenzione di Washington CITES[11], la Convenzione di Bonn[12]; nonché la Direttiva habitat 92/43/CEE[13] che elenca negli allegati le specie c.d. "prioritarie". Tra gli strumenti di tutela di rilievo anche le Categorie IUCN (*International Union for Conservation of Nature*)[14] del *Red Data Book* (2002) le quali offrono un panorama

[10] La Convenzione per la conservazione della vita selvatica e dei suoi biotopi in Europa, adottata a Berna il 19 settembre 1979, esecutiva dal 1º giugno 1982, è stata recepita in Italia con la legge n. 503 del 5 agosto 1981, promuove la cooperazione al fine di conservare la flora e la fauna selvatiche e il loro ambiente naturale e proteggere le specie migratorie in via di estinzione. Nel web http//www.publications.europa.eu/. Cfr. A. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità,* in A. CROSETTI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 740.

[11] La Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione (CITES). La CITES è stata redatta a seguito di una risoluzione adottata nel 1963 durante una riunione dei membri della IUCN (*International Union for the Conservation of Nature*). Il testo della convenzione è stato infine concordato in un incontro dei rappresentanti di 80 Paesi a Washington DC., Stati Uniti d'America, il 3 marzo 1973, e il 1 luglio 1975 è entrata in vigore. Viene ratificata in Italia con legge n. 874 del 19/12/1975; è attualmente disciplinata anche dal Regolamento CE 338/97. CITES è un accordo internazionale a cui gli Stati aderiscono volontariamente. Il suo scopo è quello di garantire la sopravvivenza di esemplari di animali e piante selvatiche a causa del commercio internazionale. Nel web http//www.isprambiente.gov.it

[12] La Convenzione per la Conservazione delle Specie Migratrici (CMS) è stata adottata nel 1979 a Bonn (Germania) e ratificata in Italia nel 1983 con la legge n.42 del 25 gennaio 1983. La Convenzione incoraggia accordi internazionali di protezione delle specie che migrano da un paese ad un altro, sottolineando l'importanza delle attività a livello locale quali la ricerca scientifica, il monitoraggio delle popolazioni, la regolamentazione della caccia, la tutela e, se necessario, il ripristino dei siti di sosta e di riproduzione, mitigando anche gli ostacoli alla migrazione e controllando altri fattori che potrebbero costituire potenziali pericoli.

[13] La direttiva 2008/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, meglio conosciuta come direttiva *Habitat*, costituisce la direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino con un approccio e obiettivi comuni all'Unione europea. Mira alla prevenzione, protezione e conservazione dell'ambiente marino in considerazione delle pressioni e degli impatti delle attività umane dannose, promuovendo la sostenibilità attraverso un approccio ecosistemico . L'Italia ha recepito la direttiva *Habitat* nel 1997 con il regolamento d.P.R. 8 settembre 1997 n. 357, modificato ed integrato dal d.P.R. n. 120 del 12 marzo 2003. La direttiva, inoltre, istituisce una rete ecologica europea di Zone Speciali di Conservazione (ZSC), chiamata "Rete Natura 2000" (che include le *Zone di Protezione Speciale*, istituite ai sensi della direttiva Uccelli- *2009/147/CE*). Gli allegati II, IV e V contengono gli elenchi delle specie animali e vegetali di interesse comunitario. L'allegato II individua in particolare le specie la cui conservazione richiede l'istituzione di ZSC. L'allegato III specifica i criteri di selezione delle aree suscettibili di essere designate ZSC. L'allegato IV elenca le specie per le quali è necessario adottare misure di rigorosa tutela e delle quali è vietata qualsiasi forma di raccolta, uccisione, detenzione e scambio a fini commerciali. L'allegato V elenca infine le specie il cui prelievo in natura può essere sottoposto a opportune misure di gestione.

[14] L'Unione Internazionale per la Conservazione della Natura (*International Union for the Conservation of Nature*), fondata nel 1948, è la prima organizzazione non governativa internazionale ad occuparsi dell'ambiente; la sua missione è quella di «persuadere, incoraggiare ed assistere le società di tutto il

completo e aggiornato delle specie a rischio, realizzando una differente classificazione: CR (*Critically endangered*) specie gravemente minacciata; EN (*Endangered*) specie minacciata; VU (*Vulnerable*) specie vulnerabile; LR (*Lower Risk*) specie a minor rischio; NT (*Near Threatened*) specie quasi a rischio; DD (*Data deficient*) specie della quale mancano adeguate informazioni per una valutazione diretta o indiretta del pericolo di estinzione. E' chiaro che per essere inserita nelle liste dell'IUCN è necessario che venga realizzata un'adeguata segnalazione supportata da documentazione scientifica. In Italia per verificare se una specie è minacciata bisogna esaminare l'elenco di quelle tutelate ai sensi della l. 11 febbraio 1992, n. 157, rubricata *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio* e poi la *Checklist* delle specie della Fauna d'Italia dove si indica se la specie è minacciata (M) o rara (R); precisando se questa è un endemismo, o è presente in Italia con popolazioni non autoctone[15].

Da una prima ricognizione degli strumenti indicati si segnala che il *Paracentrotus lividus* non possiede una tutela adeguata poichè è inserito solo nell'allegato III del Protocollo SPA/BD della Convenzione di Barcellona[16] e nell'allegato III della

mondo nel conservare l'integrità e la diversità della natura e nell'assicurare che qualsiasi utilizzo delle risorse naturali sia equo ed ecologicamente sostenibile». E' il più grande *network* globale, riunendo più di 1.200 organizzazioni affiliate, delle quali 200 governative e 900 non governative, ed è finanziata da governi, agenzie bilaterali e multilaterali, fondazioni, organizzazioni ed aziende, gestendo e promuovendo migliaia di progetti in tutto il mondo. Nel web https//www.iucn.it;

[15] La *Checklist* della fauna d'Italia è frutto del progetto promosso dal Comitato Scientifico per la Fauna d'Italia e realizzato con il supporto del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) e di LifeWatch ERIC (sezione Italia), consorzio di cui l'Italia è Stato fondatore, costituito al fine di creare un'infrastruttura europea di Scienza e Tecnologia per la ricerca sulla biodiversità e gli ecosistemi di cui l'Italia è Stato fondatore. Lo scopo dell'intera iniziativa mira appunto a stilare una lista sempre aggiornata della fauna nazionale al fine di perfezionare interventi di conservazione della biodiversità sempre più efficaci. Nel web https//www.faunaitalia.it; https://www.lifewatchitaly.eu/iniziative/checklist-fauna-italia-it/checklist-table/

[16] Dal 1977 l'attuale Unione europea è parte contraente della convenzione di Barcellona (GU n. L240/3 del 19.09.1977 ratificata con legge 21 gennaio 1979 n. 30 e successive modifiche). La sua natura programmatica prevede per i 22 paesi contraenti l'attuazione di specifici protocolli. Con Decisione del Consiglio del 26 ottobre 2009 si stabilisce la posizione da adottare a nome della "Comunità europea" in merito alle proposte di modifica degli allegati II e III del protocollo relativo alle aree specialmente protette e alla biodiversità nel Mediterraneo (protocollo SPA/BD). In particolare alla Tabella II: modifiche proposte all'allegato III viene inserito il *Paracentrotus lividus*. Nel web https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009PC0585&from=sl. Per approfondimenti sull'elenco aggiornato delle specie protette si veda nel web https://cites.org/sites/default/files/eng/app/2023/E-Appendices-2023-01-11.pdf

Sul tema cfr. G. LA MESA - A.PAGLIALONGA - L.TUNESI, *Manuali per il monitoraggio di specie e habitat di interesse comunitario (Direttiva 92/43/CEE e Direttiva 09/147/CE) in Italia: ambiente marino*, 2019, in *Serie*

Convenzione di Berna[17]. Esistono, però, regolamentazioni specifiche in diversi paesi del mondo, sia per i pescatori professionisti che per i dilettanti; in Italia, per esempio, oltre alle generali misure sulla pesca marittima, si segnala subito il d.m. n. 44 del 12/01/1995 rubricato *Disciplina della pesca del riccio di mare*. Da una prima sommaria ricognizione della normativa specifica risulta che, sebbene le misure di gestione e tutela dei ricci di mare possano variare su base nazionale, regionale o locale, è possibile individuare ed elencare le principali tipologie di intervento. Solitamente vengono regolamentati, il periodo di pesca, gli attrezzi consentiti, il numero massimo degli esemplari pescabili, sia per i pescatori professionisti - realizzando limitazioni alle licenze di pesca - che per quelli sportivi. Viene poi presa in considerazione la taglia minima e cioè il diametro del riccio compresi o esclusi gli aculei entro la quale è

Manuali e linee guida ISPRA 190/2019. Cfr. anche P. GENOVESI - P. ANGELINI - E. BIANCHI - E. DUPRE' - S.ERCOLE - V. GIACANELLI - F. RONCHI - F. STOCH, *Specie e habitat di interesse comunitario in Italia: distribuzione, stato di conservazione e trend*, in *Rapporti ISPRA*, 2014, pp. 194- 330. Nel web https//www.isprambiente.gov.it

[17] Le misure di tutela delle specie elencate nell'Allegato III della Convenzione di Berna sono previste dall'art. 7 «Ogni Parte contraente prende i provvedimenti legislativi e regolamentari appropriati e necessari per proteggere le specie di fauna selvatica enumerate nell'allegato III»; Le misure di tutela prevedono una serie di interventi tra cui l'istituzione di periodi di chiusura dei prelievi o di divieti temporanei di sfruttamento, al fine di permettere alle popolazioni esistenti di ritrovare un livello soddisfacente di equilibrio ambientale, nonché la regolamentazione, ove occorra : «della vendita, della detenzione, del trasporto o dell'offerta a scopo di vendita di animali selvatici, vivi o morti». All'art. 8 sono introdotte delle deroghe: «Quanto alla cattura o all'uccisione delle specie di fauna selvatica enumerate nell'allegato III e nel caso in cui siano fatte deroghe conformi all'articolo 9 per quanto concerne le specie enumerate nell'allegato II, le Parti contraenti vietano l'impiego di qualsiasi mezzo non selettivo di cattura e di uccisione e di mezzi atti a provocare localmente la scomparsa o a turbare gravemente la tranquillità delle popolazioni di una specie, in particolare i mezzi enumerati nell'allegato IV». Nell'art. 9 si precisa, inoltre, che «Sempreché non vi sia altra soluzione soddisfacente e la deroga non nuoccia alla sopravvivenza della popolazione interessata, ogni parte contraente può derogare alle disposizioni degli articoli 4, 5, 6 e 7 e al divieto dell'impiego dei mezzi di cui all'articolo 8 nell'interesse della protezione della flora e della fauna; per prevenire danni importanti alle colture, al bestiame, alle foreste, alle peschiere, alle acque e ad altre forme di proprietà; nell'interesse della sanità e della sicurezza pubbliche, della sicurezza aerea o di altri interessi pubblici prioritari; a fini di ricerca e d'educazione, di ripopolamento, di reintroduzione e d'allevamento; per permettere, in condizioni severamente controllate, su fondamento selettivo e in certa misura, la cattura, la detenzione o qualsiasi altro sfruttamento giudizioso di certi animali e piante selvatiche in piccole quantità. Le Parti contraenti sottopongono al Comitato permanente un rapporto biennale sulle deroghe fatte in virtù del paragrafo precedente. Tale rapporto deve menzionare: le popolazioni che sono o sono state oggetto delle deroghe e, se possibile, il numero degli esemplari implicati; i mezzi di uccisione o di cattura autorizzati; le condizioni di rischio, le circostanze di tempo e di luogo in cui tali deroghe sono intervenute; l'autorità abilitata a dichiarare che tali condizioni sono state adempiute e a prendere le decisioni concernenti i mezzi impiegabili, i loro limiti e le persone incaricate dell'esecuzione; i controlli fatti».

consentita la pesca, e, naturalmente, le sanzioni alla pesca illegale. Vista l'attuale emergenza in alcuni casi si è arrivati ad una vera e propria moratoria della pesca e del consumo per un determinato periodo.

Un primo dato essenziale per chi voglia approcciarsi ad iniziative regolatorie di tutela è conoscere a fondo le caratteristiche biologiche del riccio di mare, e ciò vale per qualunque iniziativa di tutela faunistica, che risulta essenziale per l'efficacia di alcuni provvedimenti, ancor più vero quando si utilizza il rimedio del c.d. "fermo biologico". Per il *Paracentrotus lividus* questo deve coincidere generalmente con la maturazione delle gonadi, che varia a seconda delle zone. Nel Mediterraneo è stata rilevata la presenza di uno o due picchi riproduttivi a seconda delle località geografiche, ma non è chiaro se alla maturazione segua sempre un'effettiva liberazione dei gameti o se, ancora più importante, le larve originate riescano ad insediarsi e svilupparsi correttamente. La maturazione delle gonadi è indipendente dalla temperatura dell'acqua, la liberazione in massa dei gameti, invece, sarebbe innescata solo in seguito ad una soglia minima di temperatura[18].

Secondo alcuni autori, il ciclo riproduttivo del *Paracentrotus lividus* ha uno o due picchi stagionali a seconda delle zone di mare[19]. In Sardegna, per esempio, il periodo riproduttivo pare che avvenga durante tutto l'anno, ed in modo ridotto nel periodo autunnale; questo fatto non è, però generalizzabile in quanto si è osservato che in località relativamente vicine si registrano differenze di attività riproduttive[20].

Da queste considerazioni si evince che la regolamentazione del periodo di pesca può e deve variare sulla base delle evidenze scientifiche dei territori di intervento.

2. L'esperienza italiana. Il d.m. del 12/01/1995 n. 44 «Disciplina della pesca del riccio di mare» ed altri interventi per la salvaguardia del dattero di mare e delle oloturie.

[18] Cfr. C.W. WALKER - L.M. HARRINGTON - M.P. LESSER - W.R. FAGERBERG, *Nutritive phagocyte incubation chambers provide a structural and nutritive microenvironment for germ cells of Strongylocentrotus droebachiensis, the green sea urchin,*Chicago, 2015.

[19] Cfr. J.LOZANO - J.GALERA - S.LOPEZ - X.TURON - C.PALACIN - G. MORERA, *Biological cycles and recruitment of Paracentrotus lividus (Echinodermata: Echinoidea) in two contrasting habitats. Department of Animal Biology (Invertebrates).* Barcellona, 1995.

[20] S.CATAUDELLA - M. SPAGNOLO (a cura di), *Lo stato della pesca e dell'acquacoltura nei mari italiani,* Roma, 2017, p. 61 ss.

La pesca rientra tra le "politiche comuni" dell'Unione europea, per questo motivo la relativa disciplina trova il suo primo fondamento nella legislazione euro-unionale[21] e, in seconda battuta, in quella nazionale. I regolamenti europei, avendo efficacia *self-executing* nel nostro ordinamento, sono vincolanti e trovano immediata applicazione senza necessità di atti di recepimento da parte del legislatore italiano, tuttavia spesso prevedono che gli Stati membri possano emanare norme di dettaglio nel rispetto dei

[21] L'Unione europea ha adottato una serie di regolamenti afferenti l'ambito della pesca tra i quali si citano di seguito quelli più significativi e attinenti il tema trattato, è bene prendere le mosse dal regolamento Ue n.1380/2013 che ha istituito la Politica Comune della Pesca (PCP) con la quale si è inteso garantire che le attività alieutiche, nonché quelle di acquacoltura, debbano contribuire alla sostenibilità a lungo termine dei mari sotto il profilo ambientale, economico e sociale. Con il regolamento (CE) n. 1005/2008 del Consiglio del 29 settembre 2008 che istituisce un regime comunitario per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata, che modifica i regolamenti (CEE) n. 2847/93, (CE) n. 1936/2001 e (CE) n. 601/2004 e che abroga i regolamenti (CE) n. 1093/94 e (CE) n. 1447/1999. Il Regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio del 20 novembre 2009 che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca. Il regolamento di Esecuzione (UE) n. 404 della Commissione dell'8 aprile 2011 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca. Il regolamento (UE) n. 1241 del 20 giugno 2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla conservazione delle risorse della pesca e alla protezione degli ecosistemi marini attraverso misure tecniche, Per comprendere la gerarchia delle fonti è bene ribadire che questi regolamenti sono immediatamente esecutivi nel nostro ordinamento interno, sono vincolanti e prevalgono sulla stessa normativa italiana laddove quest'ultima sia contraria a quella di derivazione euro-unionale. Molto importante, nel quadro delineato, risulta anche il Regolamento (UE) n. 1241/2019 con cui il legislatore europeo ha stabilito le misure tecniche concernenti il prelievo e lo sbarco delle risorse biologiche marine; il funzionamento degli attrezzi da pesca; l'interazione delle attività di pesca con gli ecosistemi marini. Anche in questo caso, come specificato dall'art. 2 del regolamento in esame, le sottese prescrizioni si applicano alle attività di pesca esercitate da pescherecci UE, ma anche alle attività esercitate nelle acque dell'Unione da pescherecci battenti bandiera di Paesi terzi e immatricolati all'interno di tali Paesi. Ancora, il Regolamento n. 1241, attraverso l'individuazione di specifiche misure tecniche, pone una serie di obiettivi (art. 3) tra i quali, appunto, il mantenimento del "buono stato ecologico" che può essere raggiunto esclusivamente mantenendo gli equilibri naturali tra le diverse specie (abbiamo visto *supra* come la scomparsa del riccio di mare provoca degli squilibri ecologici a danno di altre specie commerciali come saraghi e spigole), nonché la previsione di adeguati incentivi sempre allo stesso fine. In tale maniera, quindi, il Regolamento in esame, disciplinando le "*misure*" degli attrezzi di pesca, persegue il fine di evitare la cattura di specie marine di taglia inferiore alla taglia minima di riferimento o, comunque, che le catture accidentali non superino i livelli stabiliti dalla legislazione dell'Unione e dagli accordi internazionali per essa vincolanti o, ancora, di impedire che gli impatti ambientali delle attività di pesca sugli habitat dei fondali marini siano conformi all'art. 2, par. 5, let. j), Regolamento (UE) n. 1380/2013. Gli aspetti legati agli attrezzi da pesca e alla taglia minima risultano molto importanti anche nella regolamentazione della pesca del riccio, sia quella professionale che dilettantistica. Ulteriori e particolari restrizioni poi vengono realizzate nelle aree protette.

principi generali individuati dalle regole Ue. Il settore della pesca è uno di questi ambiti e presenta un patrimonio normativo piuttosto articolato. Tra le varie disposizioni merita attenzione il decreto legislativo 9 gennaio 2012, n. 4, recante *Misure per il riassetto della normativa in materia di pesca e acquacoltura, a norma dell'articolo 28 della legge 4 giugno 2010, n. 96* il quale all'art. 7 d. lgs. riprende quanto previsto dal reg. CE n. 1005/2008 in relazione alla pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata (INN) che, come già accennato, è una delle principali cause di rarefazione della popolazione di ricci di mare. La norma prevede divieti di pesca, detenzione e sbarco di alcune specie *target*, nonché il danneggiamento delle risorse marine utilizzando materiali e sistemi di pesca vietati. Detti divieti, come ovvio, hanno specifici destinatari in coloro che praticano le due diverse tipologie di pesca, ovvero la pesca professionale[22] e quella sportiva[23] per le quali la regolamentazione differisce per attrezzature, procedure autorizzative e quantità pescabili.

Nell'ordinamento italiano quando una specie è in pericolo l'azione normativa può partire dalla base giuridica posta dalla l. n. 963/1965 in materia di pesca marittima che consente direttamente al Ministro (art. 32) di emanare norme in deroga alle discipline regolamentari, ove supportata dalla ricerca scientifica. La necessità di una disciplina

[22] Una definizione della pesca professionale si trova nell'art. 2, d. lgs. n. 4/12, secondo cui questa consiste nella: «attività economica organizzata svolta in ambienti marini o salmastri o di acqua dolce, diretta alla ricerca di organismi acquatici viventi, alla cala, alla posa, al traino e al recupero di un attrezzo da pesca, al trasferimento a bordo delle catture, al trasbordo, alla conservazione a bordo, alla trasformazione a bordo, al trasferimento, alla messa in gabbia, all'ingrasso e allo sbarco di pesci e prodotti della pesca». La pesca professionale, più nel dettaglio ed ai fini del presente scritto, è esercitata dall'imprenditore ittico e, cioè, dal soggetto titolare di licenza di pesca (cfr. art. 4, d. lgs. n. 153/04) il quale può svolgere la sua attività, come disciplinata nel sopra richiamato art. 2, in forma singola, associata o societaria.

[23] La nozione di pesca sportiva, oggi cristallizzata nel citato art. 6, d. lgs. n. 4/12, non si discosta dalla originaria nozione contenuta nell'art. 7, co. 3, d.P.R. n. 1639/1968, oggi abrogato proprio in forza della sopravvenienza del d. lgs. n. 4/2012, secondo cui «la pesca sportiva è l'attività esercitata a scopo ricreativo o agonistico. Sono vietati, sotto qualsiasi forma, la vendita ed il commercio dei prodotti di tale tipo di pesca».
Deve qui rimarcarsi, inoltre, come non è il solo divieto di commercializzazione del pescato a qualificare e distinguere la pesca sportiva da quella professionale ma, anche, la precipua regolamentazione che è caratterizzata da una serie di limitazioni, vincoli, divieti e indicazione di taglie minime per il pescato. Ulteriore differenza, rispetto alla pratica professionale per cui è necessaria una licenza di pesca, si riscontra nella circostanza per cui la pratica di pesca sportiva, nelle acque interne, può essere oggi svolta mediante una semplice comunicazione (obbligatoria) come previsto dal d.M. del 6 dicembre 2012, attuativo di una prescrizione contenuta nel reg. CE n. 1967/2006. Il legislatore, poi, ha previsto specifiche prescrizioni sull'attrezzatura consentita ai fini dell'esercizio della pesca sportiva anche subacquea, nonché le relative limitazioni e norme di comportamento.

regolamentare specifica sulla pesca del riccio di mare venne evidenziata già agli inizi degli anni Novanta da studi condotti dal Laboratorio di biologia marina ed acquario della provincia di Bari in collaborazione con esperti delle università di Bologna e Cagliari. La risposta a queste evidenze è stata il d.m. del 12/01/1995 n. 4[24], che rappresenta il primo intervento dedicato specificatamente alla salvaguardia del *Paracentrotus lividus*.

Il decreto ministeriale interviene, dunque, al fine di disciplinare la pesca del riccio di mare nello spazio nazionale italiano. In esso vengono definiti l'oggetto e la sfera di applicazione identificando quali soggetti sono autorizzati alla pesca, i limiti di cattura, la taglia minima, i periodi dell'anno di divieto di cattura e le sanzioni in violazione di tali disposizioni.

Il decreto in oggetto prevede, nello specifico, alcune regole *ad hoc* per l'attività di prelievo di questi echinodermi. La norma autorizza la pesca professionale e sportiva del riccio di mare solo con determinate modalità e attrezzi; per la raccolta prevede l'utilizzo dell'asta a specchio e del rastrello, oltre a fissare i limiti di cattura in termini di numero di esemplari raccolti, facendo una distinzione tra i limiti di cattura previsti per il pescatore professionale, il quale non può prelevare più di mille esemplari al giorno, e quello sportivo, per il quale è previsto un numero massimo di cinquanta esemplari. La regolamentazione indica rigorosamente la taglia minima, mai inferiore a 7 cm di diametro totale, inclusi gli aculei, ed i tempi di raccolta. Quest'ultima, in particolare, è consentita per dieci mesi l'anno, con il divieto di pesca nei mesi di maggio e giugno, così da poter assicurare alla specie la possibilità di riprodursi. Il corpo del decreto è costituito da soli sette articoli e prevede la distinzione di quantitativo di prelievo, consentito solo ed esclusivamente a mezzo di asta a specchio e rastrello[25], a seconda che si tratti di pescatore professionale[26]per non più di mille esemplari e se subacqueo solo manualmente[27]. Per il pescatore sportivo i limiti di cattura sono ridotti a cinquanta esemplari giornalieri[28]e sempre a prelievo in apnea esclusivamente manuale. Resta fermo per tutti il divieto di pesca nei mesi di maggio e giugno[29]oltre ad

[24] Il d.m 12 gennaio 1995. *Disciplina della pesca del riccio di mare* è pubblicato in GU Serie Generale n.20 del 25-01-1995.
[25] Cfr. art.1
[26] Cfr. art. 4 lett. a
[27] Cfr. art. 2
[28] Cfr. art. 4 lett. b
[29] Cfr. art. 6

assicurarsi che ciascun esemplare non sia inferiore a 7 centimetri di diametro totale compresi gli aculei[30]. La violazione delle disposizioni del predetto decreto sono punite ai sensi degli articoli 15, lettera a), e 26 della legge 14 luglio 1965, n. 963[31], abrogata dal d.lgs. del 9 gennaio 2012, n. 4, le cui sanzioni sono previste nel Capo II.

Dal punto di vista sanitario, invece, per i ricci di mare devono essere rispettati i parametri microbiologici per l'immissione sul mercato dei molluschi bivalvi. Per la normativa sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari tutti i molluschi bivalvi vivi (ed echinodermi, tunicati e gasteropodi vivi) immessi sul mercato durante il loro periodo di conservabilità devono essere conformi ai limiti stabiliti nei criteri di sicurezza alimentare.

Gli echinodermi devono essere commercializzati vivi, la vitalità è verificabile dal movimento degli aculei, se incisi il liquido celomatico deve essere trasparente e inodore. Dopo la morte gli aculei perdono tono, il liquido celomatico tende ad intorbidire. Quando gli aculei si staccano i ricci hanno raggiunto un avanzato stato di deterioramento[32]. Il periodo di conservabilità dei ricci di mare non deve superare i tre giorni dalla cattura.

Le norme sanitarie si occupano della salute dei consumatori e non della tutela della specie affidata al d.m. n. 44 del 12/01/1995 che ha, però, disatteso le aspettative date le evidenze scientifiche sul depauperamento della specie. Tale norma andrebbe aggiornata e revisionata, innanzitutto con un inasprimento delle sanzioni nei confronti della pesca illegale. Anche per i ricci di mare, in special modo per il *Paracentrotus lividus* non si tratta più di gestire una risorsa ancorché scarsa, ma di prevedere delle azioni che facilitino il ripopolamento della specie. Dovrebbero prendersi misure analoghe a quanto avvenuto per le Oloturie (*Holothuroidea, de Blainville*, 1834), più conosciute queste ultime come "cetrioli di mare". Quest'ultima viene, infatti, richiesta ai fini gastronomici nei Paesi orientali, in particolare in Cina, dove ha un costo che può oscillare tra i 10 e i 600 dollari a chilo, ma vi sono alcune specie particolarmente pregiate che arrivano a costare anche fino a 3000 dollari al chilo. Ciò ha determinato una pesca intensiva che come nel caso dei ricci ne stava determinando l'estinzione. Si è intervenuti da ultimo con il decreto ministeriale n° 9403901 del 30.12.2020 recante divieto di pesca, detenzione a bordo, trasbordo ovvero sbarco di esemplari della classe

[30] Cfr. art. 5
[31] Cfr. art. 7
[32] Cfr. reg. (CE) n.1441/2007 che modifica il reg. (CE) n. 2073/2005

Holothuroidea (Oloturia). A tale moratoria si è arrivati, come si legge in questa disposizione, per il ruolo fondamentale svolto dalle oloturie ai fini della conservazione dell'ecosistema marino e delle altre risorse biologiche del mare in ragione della forte interdipendenza esistente tra gli organismi marini e del ruolo svolto da ciascuno di essi che importa l'applicazione del principio di precauzione[33]. Alle stesse conclusioni si arrivò con le norme a tutela dei datteri di mare *Lithophaga lithophaga* e *Pholas dactylus* in particolare con il d.m. 16 ottobre 1998 e la norma quadro in materia di pesca illegale, il citato d.lgs. n. 4 del 2012. Per la tutela del dattero di mare fondamentale fu la spinta internazionale, il divieto assoluto di pesca venne stabilito anche da fonti internazionali come la Convenzione di Berna del 1982, Annesso II, la Convenzione CITES del 1983, Annesso III, la Direttiva c.d. *Habitat* 92/43/EEC, Annesso IV, la Convenzione di Barcellona del 1982, Annesso II, nonché dall'art. 8 del Regolamento (CE) 1967/2006 del Consiglio del 21 dicembre 2006[34].

2.1 La normativa regionale a tutela del riccio di mare, l'esempio della Sardegna e della Puglia.

La regione autonoma Sardegna (RAS) sulla base del principio di precauzione, considerando le risultanze degli studi scientifici che hanno messo in luce il forte impoverimento della risorsa, ha adottato una disciplina propria maggiormente

[33] Una pronuncia della Terza sezione della Cassazione Penale del 15 marzo 2017 n. 18934 si è occupata di un caso avvenuto a Taranto relativo al sequestro di tonnellate di esemplari di oloturie esportate verso i mercati asiatici. Solo nel periodo gennaio - luglio 2015 risultavano esportate verso Hong Kong dall'azienda incriminata 353.278 kg di prodotto lavorato e 2.000.000 di esemplari di oloturie vive. Si tratta di una pronuncia molto importante in materia di reati ambientali e pesca illegale nella quale sono stati applicati gli artt. 452-bis, inquinamento ambientale, e 452 quater, disastro ambientale, del codice penale.

[34] Con la sentenza n. 40325 del 9 novembre 2021 la Corte di Cassazione, Sez. III penale, ha ribadito che: "I datteri di mare possono essere prelevati solo previa distruzione delle rocce in cui gli stessi si annidano, di conseguenza, il profitto del reato deve essere individuato avendo riguardo non tanto e non solo alle operazioni di commercializzazione degli stessi, bensì alle complessive condotte integranti i reati di inquinamento ambientale e di disastro ambientale, di qui la configurabilità dei reati di cui agli artt. 452-bis e 452-quater cod. pen." La stessa Cass. pen. Sez. III, Sent., (ud. 10/09/2021) 16-11-2021, n. 41599 ha stabilito che sussiste una ipotesi di ricettazione a carico dell'intermediario che, si inserisce tra pescatore e ristoratore, procurando a quest'ultimo i molluschi proibiti. La pronuncia ribadisce i principi che la Suprema Corte aveva già evidenziato con Cass. pen. Sez. II, Sent., (ud. 19/11/2014) 03-12-2014, n. 50692 e Cass. pen. Sez. II, Sent., (ud. 27/01/2011) 14-02-2011, n. 5390 nelle quali aveva stabilito la sussistenza del reato di ricettazione, qualificando come reato base/presupposto quello di danneggiamento dei fondali marini.

restrittiva, al fine di garantire la sostenibilità della pesca del riccio e mitigare lo sforzo di prelievo. L'Assessorato all'Agricoltura, con decreto annuale, per molti anni ha stabilito i tempi e le modalità di raccolta da parte dei pescatori professionali e sportivi[35]. Ma il crescente interesse del mercato verso il prodotto ha generato, in Sardegna, un incremento della richiesta delle licenze di pesca (130 autorizzazioni nel 2000, circa 200 oggi), e, di conseguenza, dei prelievi. Le maggiori criticità riscontrate dalle autorità competenti (Capitaneria di Porto, NAS, ASL), nel mancato rispetto della stringente normativa adottata in Sardegna, ha riguardato la taglia di cattura, infatti, si stima che il 65% del prodotto commercializzato sia sotto taglia. La pesca abusiva e la successiva vendita del prodotto, al di fuori dei circuiti di controllo igienico-sanitario, amministrativo e fiscale, hanno poi rappresentato un altro fenomeno preoccupante e dilagante, difficile da contrastare efficacemente con la sola attività repressiva e sanzionatoria[36].

Una ricerca effettuata nell'area marina protetta di Capo Caccia-Isola Piana (Sardegna Nord-Occidentale) ha valutato l'entità degli effetti delle misure di tutela dell'ambiente e della fauna ittica sul riccio di mare della specie *Paracentrotus lividus*. Sono stati misurati i parametri relativi alle densità, al diametro del dermascheletro e alla biomassa dei campioni, prelevati dall'area marina protetta e da zone adiacenti della rada di Alghero non protette, in cui è consentita la raccolta dei ricci. L'analisi dei risultati ha messo in luce che le misure di tutela risultano essere efficienti e

[35] Cfr. decreto n. 2423 del 15.10.2015 (Assessorato agricoltura agro-pastorale, Regione Autonoma Sardegna) per la stagione 2015-2016 dispone i metodi di pesca consentiti dall'imbarcazione (asta a specchio "cannuga" e coppo, o manualmente) o mediante immersione, limitando l'uso di apparecchi ausiliari di respirazione solamente ai pescatori professionisti subacquei, iscritti nel registro dei pescatori marittimi. Per la taglia minima di cattura limita inoltre la cattura agli esemplari dal diametro superiore ai 5 centimetri, esclusi gli aculei per un massimo di 3 ceste/die (dimensioni: altezza 35 cm, lunghezza 60 cm, larghezza 50 cm, circa 1500 esemplari) ed il doppio in presenza di un assistente. Per il pescatore sportivo, il prelievo prevede un massimo di 50 esemplari/die, e lo autorizza solamente nei giorni di Mercoledì, Sabato, Domenica e Festivi. Il decreto introduce, inoltre, l'obbligo per il pescatore professionale della compilazione giornaliera del "giornale di pesca", da tenere a disposizione e trasmettere mensilmente al Servizio Pesca dell'Assessorato all'Agricoltura, disponendo inoltre l'osservanza delle norme comunitarie, nazionali e regionali relative alle misure igienico-sanitarie inerenti la tracciabilità dei prodotti della pesca". Nel web https://www.regione.sardegna.it/documenti/

[36] Cfr. M.G. TILOCCA, *Tecnologia di produzione della polpa di riccio di mare della specie Paracentrotus Lividus e controlli sanitari,*Pisa, 2016, p.12 e ss. Per maggiori approfondimenti v. L.PULINA , *Economia del Riccio di mare in Sardegna*, Agenzia regionale per lo sviluppo in agricoltura, Laore (Sardegna), 2014, pp. 1-67. V. anche S. CORONA, *La filiera del Riccio di mare*, in *Riv. Il Pesce*, 2014, p. 55.

sufficientemente protettive nei confronti della risorsa, oggetto di un'importante pressione di pesca[37].

Come già accennato le misure di gestione non sono state sufficienti a tutelare la risorsa e così con la legge regionale 21 giugno 2021 n.14 rubricata I*stituzione del Comitato Tecnico Consultivo regionale per la pesca e l'acquacoltura* si è arrivati ad una vera e propria moratoria della pesca. Nell'articolo 13 comma 47 si prevede che: «Nel mare territoriale della Sardegna, a decorrere dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della presente legge, è vietato il prelievo, la raccolta, la detenzione, il trasporto, lo sbarco e la commercializzazione degli esemplari di riccio di mare (*Paracentrotus lividus*) e dei relativi prodotti derivati freschi, per un periodo di tre anni e, comunque, fino alla data del 30 aprile 2024». Nella stessa disposizione vengono regolate le modalità di attuazione del fermo di pesca, le prescrizioni da applicare in caso di prelievo involontario, le sanzioni per le violazioni al divieto, un piano di monitoraggio scientifico sugli effetti del fermo di pesca e delle compensazioni economiche per i pescatori professionali[38]. Si è disposto, inoltre, sulla base della deliberazione della Giunta n. 47/45 del 30 novembre 2021[39] l'attribuzione all'Agenzia Agris Sardegna della competenza per l'attuazione di interventi previsti dalla legge regionale 22 novembre 2021, n. 17, tra i quali quelli relativi al fermo della pesca del riccio di mare. L'Agenzia ha poi avuto il compito di provvedere alla tempestiva emanazione della manifestazione d'interesse per la raccolta delle adesioni da parte degli operatori della pesca subacquea professionale ammissibili all'intervento e alla redazione di un piano operativo sugli interventi di recupero e monitoraggio ambientale. Con Deliberazione del Consiglio Regionale n. 140 del 28 marzo 2023 la

[37] Cfr. A. PASIS , L.A. CHESSA, S. SERRA, A. RUIU, G. MELONI, S. SABA, *Protection effects on the sea urchin Paracentrotus lividus at Capo Caccia - Isola Piana marine protected area (North Western Sardinia),* Sassari, 2017.

[38] Per tali finalità la legge n.17/2021, con deliberazione n.50/27 del 28 dicembre 2021 (Assessorato dell'Agricoltura e Riforma Agro-Pastorale, Regione Autonoma della Sardegna), ed a fronte del fermo pesca ha previsto un compenso a favore dei pescatori professionali, e del relativo personale imbarcato sulle unità di appoggio. L'operazione normativa di gestione della risorsa riccio di mare in Sardegna si è perfezionata con il decreto n.112/Dec/A/04 del 19 gennaio 2022# realizzato sempre in attuazione delle disposizioni di cui alla l.r. n. 17/2021 (art.13 commi 47 e 48) e ad integrazione di quanto disposto nelle direttive approvate con DGR n. 50/27 del 28 dicembre 2021. Nel web https//www.regione.sardegna.it

[39] Deliberazione della Giunta n. 47/45 del 30 novembre 2021 concernente l'«Assegnazione attuazione interventi all'Agenzia Agris Sardegna. Legge regionale 22 novembre 2021 n. 17. Missione 16, programma 1 e programma 2 » che attribuisce all'Agenzia Agris Sardegna la competenza per l'attuazione di interventi previsti dalla legge regionale 22 novembre 2021, n. 17, tra i quali quelli relativi al fermo della pesca del riccio di mare di cui ai commi 47 e 48 dell'art. 13.

Puglia vara la legge sulle "Misure di salvaguardia per la tutela del riccio di mare", con la quale all'art. 2 (comma 1) formalizza nel suo mare territoriale il divieto per tre anni del prelievo, raccolta, detenzione, trasporto, sbarco e commercializzazione degli esemplari di riccio di mare (*Paracentrotus lividus*) e dei relativi prodotti derivati freschi, consentendo però (al comma 2 del medesimo articolo) la commercializzazione di esemplari provenienti da «mari territorialmente non appartenenti alla Regione Puglia». Si evidenzia, inoltre all'articolo 3, lettera c, l'introduzione di un «piano di ripopolamento di ricci di mare tramite l'immissione di post larve» che ben fa sperare sui risultati complessivi del recupero della risorsa.

Merita, infine, una segnalazione anche l'esperienza della Regione Lazio dove la pesca dei ricci di mare è un'attività praticata lungo tutte le coste regionali ed in particolare nel Compartimento Marittimo di Civitavecchia (CMC) sia dai pescatori professionisti che da quelli ricreativi. Il periodo di raccolta in questa zona va dal mese di giugno al mese di aprile. Sebbene nel Lazio la domanda del mercato locale non sia elevata, la raccolta indiscriminata sta portando ad una progressiva rarefazione della popolazione di ricci di mare (*Paracentrotus lividus*), soprattutto a causa di un'intensa attività di pesca di frodo; la Capitaneria di Porto, ha evidenziato una crescente attività di commercio illegale destinato al consumo di altre regioni italiane, in particolare della Puglia.

Nel 2015 l'Associazione Generale Cooperative Italiane, settore Agro Ittico alimentare Lazio (Agci Agrital)[40], ha commissionato uno studio per l'elaborazione di un modello di piano gestionale per lo sfruttamento sostenibile della pesca del *Paracentrotus lividus* locale. Lo studio ha evidenziato l'esigenza d'integrazione del piano di gestione esistente (di cui è responsabile il Compartimento Marittimo di Civitavecchia) con misure atte al contenimento del prelievo[41].

[40] Per maggiori dettagli v. Il progetto AGCI AGRITAL, Modello gestionale per lo sfruttamento sostenibile della risorsa riccio di mare (*Paracentrotus lividus*) nel Compartimento Marittimo di Civitavecchia, 2015.

[41] Lo studio sul modello gestionale prevede una serie di misure tra cui la limitazione nel rilascio di licenze (sino a 6 unità locali e 2 unità provenienti dalla zona limitrofa di Livorno); la riduzione dei quantitativi di pescato non superiore agli 800 ricci al giorno per la pesca professionale (rispetto ai 1000 previsti dalla normativa nazionale (D.M. '95); l' obbligo di registrazione presso la Capitaneria di porto (per i pescatori ricreativi); l'implementazione delle attività di controllo e di repressione da parte degli organi competenti. Nel web https://www.agciagrital.it/wp-content/uploads/2015/05/02_ACO_11_relazione_finale.pdf

3. La tutela del riccio di mare in Francia.

La ricerca di un compromesso tra la conservazione delle risorse marine e la sostenibilità delle attività di pesca artigianale e ricreativa è diventata un imperativo gestionale per la Francia. Limitare il prelievo durante il periodo di riproduzione delle specie a livello regionale, anche nell'approccio francese, è risultata una misura efficace per una gestione responsabile delle popolazioni di ricci di mare, ma gli interventi, come meglio si specificherà in seguito, variano a seconda delle Regioni e dei singoli Dipartimenti (*Régions et Departments*[42]).

Le azioni più efficaci sono state realizzate lungo le coste del Mediterraneo dove si sono poste le condizioni per una gestione più sostenibile della risorsa, non solo attraverso una regolamentazione più rigida, ma con altre azioni tra cui l'implementazione della qualità e quantità dei monitoraggi su base scientifica, oltre che attraverso il coinvolgimento dei pescatori nelle misure di gestione della specie. Spicca tra queste iniziative un progetto pilota avviato dall'*Institut océanographique Paul Ricard* [43] realizzato nella zona di Marsiglia. ma diverse, però, sono le esperienze

[42] Il territorio della Repubblica francese si compone attualmente di 18 regioni amministrative, di cui 13 nella Francia metropolitana (inclusa la Corsica, provvista di statuto speciale) e 5 regioni d'oltremare. Le regioni sono ulteriormente suddivise in 101 dipartimenti (di cui 5 d'oltremare). Infine, la base del sistema amministrativo territoriale francese è costituita da 35. 416 comuni. Cfr. *Les collectivités locales en chiffres*, 2022. Nel web https://www.collectivites-locales.gouv.fr/collectivites-locales-chiffres;

[43] L'*Institut Paul Ricard* conduce da diversi anni programmi di ricerca mirando a due obiettivi al fine di preservare al meglio "*le caviar de la méditerranée*" (il riccio di mare è considerato il caviale del mediterraneo), da un lato attraverso la gestione degli *stock* nell'ambiente naturale, dall'altro attraverso l'allevamento in cattività, che permetterebbe eventualmente l'insediamento di attività di acquacoltura. Il programma è volto a comprendere meglio lo stato demografico e genetico delle popolazioni locali della specie, *Paracentrotus lividus*, al fine di migliorare la gestione. Lo studio, condotto nell'ambito del *Bay Contract n. 2* nel porto di Tolone, ha riguardato, dal 2013 sino al 2018, sia il monitoraggio della popolazione che il controllo della riproduzione, prevedendo nel contempo azioni sperimentali di ripopolamento. In particolare, si è trattato, di valutare lo stato reale della risorsa contando gli individui in siti accuratamente circoscritti e delimitati della regione, al fine di monitorarne l'evoluzione. I dati raccolti sono stati oggetto di confronto con il processo evolutivo di popolazioni analoghe delle regioni limitrofe, ed in particolare di quelle della Costa Azzurra. Una struttura sperimentale per l'accrescimento dei ricci di mare è stata installata presso il Centro di ricerca dell'Istituto a *l'Île des Embiez* (*al largo della costa del porto di Le Brusc,* sud-est della Francia). Tale attività, mirata alla realizzazione di un allevamento del *Paracentrotus lividus*, ha consentito di determinare il miglior metodo di trattamento delle acque, di validare un protocollo di allevamento e alimentazione, nonché di sviluppare un sistema che preservi al meglio l'ambiente marino: « *Le Contrat de baie de la rade de Toulon est une démarche globale de reconquête de la qualité des eaux et des milieux aquatiques engageant l'ensemble des acteurs de la rade sur un programme d'actions de 5 ans.La finalité d'un contrat de baie est, à partir d'objectifs de restauration, préservation, d'entretien et de mise en valeur de l'écosystème littoral, de programmer et de réaliser les études et travaux. Cette démarche a*

francesi che meritano attenzione. In Francia si considerano due periodi di riproduzione del riccio di mare, l'una tra maggio e giugno, e l'altra da fine estate sino alla possibilità di estensione a novembre[44]. Importante precisare che le normative sulla pesca dei ricci di mare per lungo tempo hanno imposto misure diverse per limitare le attività di pesca, stabilendo per ogni territorio regionale il calendario (di apertura e chiusura della stagione), la taglia minima, la quantità massima del pescato, e la disciplina delle autorizzazioni locali[45]. Attualmente, almeno per quanto attiene al periodo di apertura e chiusura della stagione si e giunti ad una certa uniformità, difatti le regioni del Sud Provenza-Alpi-Costa Azzurra (PACA), Occitania (*Languedoc-Roussillon et Midi-Pyrénées*), la Bouches-du-Rhône, Var ed Alpi Marittime aprono la stagione il primo dicembre e la chiudono il 15 aprile[46]. Nei paesi della Loira invece la

nécessité l'organisation d'une large concertation locale associant l'ensemble des partenaires au sein du comité de baie, animé par Toulon Provence Méditerranée». Nel web https//www.radetoulon.contratdebaie.org; https//www.institut-paul-ricard.org; https//www.institut-paul-ricard.org/programmes_recherche/oursin-comestible

[44] Cfr. S. COUVRAY, *Étude de la dynamique,* cit., p. 22. Vedi anche M. GUETTAF- G.A. SAN MARTIN, *Etude de la variabilité de l'indice gonadique de l'oursin comestible Paracentrotus Lividus (Echinodermata: Echinidae) en Méditerranée nord-occidentale*, Marsiglia, 1995, pp. 129-137. Nel testo si evidenzia appunto la variabilità delle fasi riproduttive del *Paracentrotus Lividus* nel corso dell'anno, che in particolare nel Mediterraneo nord-occidentale risultano essere due: «*En France, deux périodes de reproduction ont été observées : entre mai et juin puis en fin d'été, la période pouvant s'étendre jusqùen novembre*». Cfr. P. GRASSE, *Traité de zoologie anatomie, Systématique, Biologie Echinoderme Stomocordés-Procordés*, Parigi, 1948. J. Y. ALLAIN, *Structure des populations de Paracentrotus lividus (Lamarck- Echinodermata, Echinoidea*) *soumise à la pêche sur la côte Nord de Bretagne*, Parigi, 1972. J. Y. ALLAIN *Age et croissance de Paracentrotus lividus (Lmk) et de Psammechinus miliaris (Gmelin) des côtes Nord de Bretagne (Echinoidea),* Parigi, 1978.

[45] Nelle regioni del PACA(*Provence-Alpes-Cotê d'Azur*), le autorizzazioni regionali di pesca dei ricci di mare (ARP, *Aide à la Réinsertion Professionnelle)* sono state istituite dal CRPMEM (*Comité Départemental des Pêches Maritimes et des Élevages*). Per la stagione di pesca 2020/2021 per i pescatori professionisti, in possesso di certificato sanitario, sono previste ulteriori e specifiche autorizzazioni regionali di pesca ARP (*Autorisations Régionales de Pêche*), quest'ultima misura viene ritenuta particolarmente efficace, ha un carattere temporaneo ed è stata adottata proprio al fine di gestire l'emergenza legata alla riduzione degli stock. DIRM Méditerranée (*Direction Interrégionale de la Mer Méditerranée*), 2021. Nel web https//www.dirm.mediterranee.developpement-durable.gouv.fr; https//www.e.agriculture.gouv.fr. Per maggiori dettagli si veda inoltre *Paracentrotus lividus*, *Inventaire National du Patrimoine Naturel,* Muséum national d'Histoire naturelle, 2020. Nel web https//www.inpn.mnhn.fr.

[46] *Arrêté du 28 janvier 2013 déterminant la taille minimale ou le poids minimal de capture et de débarquement des poissons et autres organismes marins pour la pêche professionnelle; Arrêté préfectoral n° R93-2021-09-29-0002 du 29 septembre 2021 modifiant la date d'ouverture de la pêche des oursins dans le Var et les Alpes Maritimes et ce pour une durée de trois ans: "Article 1er la pêche des oursins est interdite chaque année pour le pêcheurs de loisir et les pêcheurs professionnels du 16 avril au 30 novembre". Les mesures réglementaires de l'arrêté du 27 octobre 2008 modifié par ce du 29 septembre 2021 concernant la pêche des oursins ont pour objectif le maintien d'un niveau suffisant de reproducteurs contribuant efficacement au renouvellement des stocks en Méditerranée:En*

regolamentazione (decreto del 2 giugno del 2017) prevede un periodo di apertura che va dal 15 ottobre al 15 aprile incluso[47]. La Corsica avvia la sua stagione il 15 dicembre e la chiude il 15 aprile[48]. Va evidenziato, però, come talvolta, siano gli stessi operatori del settore che su propria iniziativa, e consapevoli di rendere più prolifici i fondali oggetto di pesca, applichino in totale autodeterminazione, restrizioni più significative, come quella operata dei pescatori professionisti delle regioni del Sud Provenza-Alpi-Costa Azzurra (PACA), con una riduzione della stagione di pesca dal 1 dicembre al 31 marzo, concedendo così un periodo leggermente più ampio di riposo biologico per la specie[49] .

Le tecniche di pesca dei ricci di mare sono diverse a seconda del Dipartimento. Nel Var e nelle Alpi Marittime la pesca è praticata in immersione (in apnea), oppure da riva (*pêche à pied*), con la raccolta dei ricci di mare per mezzo dell'attrezzatura regolamentare[50]. Anche in relazione alle dimensioni degli esemplari di riccio di mare regolamentari le prescrizioni cambiano a seconda del litorale e degli ambienti acquatici (lagune o mare). E, difatti, se nei territori francesi bagnati dal Mediterraneo la dimensione massima è di 5 cm di diametro (esclusi gli aculei) sia per i pescatori

pêche à pied ou sous-marine en partant de la côte, elle est limitée à 4 douzaines par pêcheur et par jour. En pêche à partir d'un bateau, 4 douzaines par personne embarquée et par jour avec un maximum de 10 douzaines par bateau et par jour au-delà de deux personnes embarquées. Mesures auxquelles il faut ajouter le respect des mesures de conservation prises par arrêté du 28 janvier 2013 concernant la taille minimale de capture et débarquement pour la pêche professionnelle, fixée à :Oursin (Paracentrotus lividus): pêché en mer, 5 cm piquants exclus; Oursin (Paracentrotus lividus) : pêché en étang, 3,5 cm piquants exclus.

[47] *Arrêté n ° 25 du 2 juin 2017, réglementant l'exercice de la pêche maritime de loisir pratiquée à pied en région Pays de la Loire pour les coquillages, les échinodermes et le vers marins.*

[48] *La pêche aux oursins est ouverte en Corse depuis ce 15 décembre, et ce jusqu'au 15 avril 2022, tout en respectant la taille de 5 cm de diamètre, sans les piquants. Seuls les professionnels ont le droit de les vendre. Rappelons que les infractions à la réglementation sont passibles d'une contravention pénale de 5ème classe, dont le montant de l'amende s'élève à 1 500 € (3 000 € en cas de récidive).*

[49] La disciplina in vigore relativa alle regioni è regolamentata dal decreto prefettizio del 27 ottobre 2008 modificato dal decreto prefettizio del 29 settembre 2021; *Arrêté préfectoral n° R93-2021-09-29-0002 du 29 septembre 2021; La pêche des oursins arrêté du 27 octobre 2008;*

[50] L'attrezzatura per la raccolta dei ricci di mare (sia per la *pêche à pied* che dalla barca) consentita è costituita da *un crampe ou grappe à oursin* (coppo per ricci di mare), *un carreau miroir* (asta a specchio)oppure *un seau vitré* (secchio con fondo a vetro) , *et un filet* (cesta in rete semi rigida) *oltre a quelli previsti* nell'*Annexe I* dell'*Arrêté n ° 25 du 2 juin 2017, réglementant l'exercice de la pêche maritime de loisir pratiquée à pied en région Pays de la Loire pour les coquillages, les échinodermes et le vers marins. Annexe I: La liste des engins de pêche autorisés pour l'exercice de la pêche maritime de loisir* (….) *la griffe et la gratte à coquillages, la serfouette, le grappin a oursins* (….).

professionisti che quelli ricreativi, nella pesca in lagune la dimensione minima richiesta si riduce ai 3,5 cm (esclusi gli aculei).

Nei territori francesi della costa atlantica, invece, è prevista una taglia minima di 4 cm (esclusi gli aculei) sia per pescatori ricreativi che professionisti, eccezion fatta per la Bretagna in cui la taglia minima è di 5,5 cm (esclusi gli aculei) per tutti i tipi di pesca.

La regola della differenziazione a seconda delle regioni che è certamente una buona pratica si applica anche alle quantità massime di pescato consentito. Nelle regioni del Sud Provenza-Alpi-Costa Azzurra (PACA), nella pesca subacquea (solo apnea) o da riva (*pêche à pied)*, le catture sono limitate a 48 esemplari di ricci di mare per pescatore al giorno (*4 douzaines par pêcheur et par jour*). Per la pesca dalla barca, le catture sono limitate a 48 esemplari per pescatore al giorno, per un massimo di 120 esemplari per barca al giorno (*4 douzaines par personne embarquée et par jour avec un maximum de 10 douzaines par bateau*) .

Nei Paesi della Loira, i pescatori ricreativi che praticano la pesca *à pied* si devono limitare a raccoglierne non più 12 esemplari giornalieri per persona.

3.1 Esperienze di ripopolamento attivo. Il Programma «Stella Mare» in Corsica.

A Sud di Bastia in alta Corsica, nel comune di Biguglia, tra lo Stagno di Chjurlinu-Biguglia e il Mar Tirreno, dal 2011 grazie al Progetto Stella Mare[51], l'Università di Corsica Pasquale Paoli e il CNRS (*Centre national de la recherche scientifique*[52]), ha avviato, attraverso l'applicazione di nuove tecnologie di ingegneria ecologica marina, un programma di ricerca coinvolgendo gli *stakeholders* del settore della pesca del territorio (pescatori, piscicoltori e gestori ambientali). Lo studio nasce con l'intento di apportare strumenti concreti allo sviluppo della pesca territoriale, in particolare nell'ambito dell'acquacoltura sostenibile, attraverso la sperimentazione di tecniche di allevamento e reimmissione in natura (ripopolamento attivo) di specie minacciate. Il progetto prevede anche un'accurata campagna di sensibilizzazione dei giovani, e per il raggiungimento di tale obiettivo è stata realizzata una *plateforme halieutique* una

[51] Maggiori dettagli sul progetto Stella Mare sono disponibili nel web *https//www. stellamare.universita.corsica.fr.*

[52] *Le Centre national de la recherche scientifique est une institution de recherche parmi les plus importantes au monde. Pour relever les grands défis présents et à venir, ses scientifiques explorent le vivant, la matière, l'univers et le fonctionnement des sociétés humaines. Internationalement reconnu pour l'excellence de ses travaux scientifiques, le CNRS est une référence aussi bien dans l'univers de la recherche et développement que pour le grand public.* Nel web https//www.cnrs.fr.

struttura che funge da vero e proprio laboratorio ecosostenibile, e luogo di divulgazione e d'incontro con le parti interessate, costruita con sistemi di risparmio energetico attraverso un processo di aria condizionata reversibile che funziona con l'acqua del mare e copre il 51% del fabbisogno energetico cioè un risparmio di 13 tonnellate di CO^2 all'anno.

Tra le specie oggetto del programma di ricerca figurano il riccio di mare (*Paracentrotus lividus*), l'astice europeo (*Homarus gammarus*), l'ostrica piatta europea (*Ostrea edulis*), il dentice (*Dentex dentex*) o la patella gigante (*Patella ferruginea*). Per ciascuna di queste specie, il lavoro ruota attorno a due protocolli: lo studio ambientale, con l'analisi dei parametri biotici (valutazioni con le interazioni delle componenti viventi dell'ecosistema) e abiotici (interazioni con l'acqua, le rocce, la luce, fattori climatici) e la valutazione degli *stock*, poi lo studio zootecnico per il controllo dei processi di riproduzione e l'allevamento del novellame. L'obiettivo di questo lavoro è quello di fornire sul piano pratico, orientamenti mirati all'allevamento di nuove specie locali in acquacoltura, al fine di una diversificazione sul mercato, oltre che favorire un aumento degli *stock* naturali che risultano sovra sfruttati, e permettere il mantenimento della biodiversità soprattutto nel caso di specie minacciate.

Tale tipo di approccio ha già portato un significativo risultato nel caso della pratica di ripopolamento in ambiente naturale delle ostriche piatte, realizzato appunto dai team scientifici. Sulla base di monitoraggi era emersa una consistente mortalità delle specie coltivate dagli allevatori di ostriche (ostrica giapponese o ostrica a coppa). L'ostrica piatta autoctona, invece, offre una migliore resistenza, una migliore qualità del gusto e si vende a un prezzo maggiore rispetto a quella giapponese. Il risultato è stato quello di reintrodurre una specie locale nel loro ambiente naturale, e contestualmente di ottenere un ritorno economico competitivo per gli operatori del settore. Le iniziative di ripopolamento attivo potrebbero essere validamente inserite all'interno di una regolamentazione di tutela.

4. La gestione della pesca del riccio di mare in Spagna.

La Direzione generale della pesca e degli affari marittimi in Spagna è l'organismo nazionale che si occupa prevalentemente della gestione costiera delle risorse ittiche. A causa di una notevole pressione antropica concentrata sui litorali, anche la Spagna ha dovuto affrontare problematiche di grave depauperamento ambientale dei suoi

fondali, con una conseguente compromissione dell'intero ecosistema marino ed una ovvia ripercussione sull'attività di pesca. La raccolta dei ricci di mare è considerata un'importante fonte di reddito per i professionisti del settore pesca, qui le specie di maggior interesse commerciale sono due: il *Paracentrotus lividus*, lo *Sphaerechinus granularis*. Tradizionalmente l'attività di prelievo dei ricci di mare ha origine nel comprensorio di Girona, ma negli ultimi anni si è estesa in tutta la costa catalana. Si tratta, quindi, per i pescatori professionisti di un'attività che ha acquisito rilevanza commerciale solo negli ultimi anni, determinando la necessità di una nuova regolamentazione che prima era prevista esclusivamente per i pescatori ricreativi. E' importante premettere che la Catalogna, in virtù dello *status* di regione a statuto autonomo[53], detiene la competenza esclusiva in materia di pesca marittima e ricreativa nelle acque interne, nonché autonomia in materia di regolamentazione e gestione delle risorse ittiche e della pesca professionale (che include la pesca dei ricci di mare) e dell'acquacoltura[54].

La prima norma *ad hoc* in materia di regolamentazione del prelievo dei ricci di mare è contenuta nel decreto n. 109 del 24 marzo 1995[55] che disciplina la pesca ricreativa ed all'articolo 27.1, il quale prevede che il Dipartimento dell'agricoltura, dell'allevamento e della pesca possa stabilire periodi di chiusura per alcune specie. Secondo tale previsione, si ritiene necessario applicare alle catture effettuate nella pesca ricreativa lo stesso periodo di chiusura previsto per la pesca professionale dei ricci di mare al fine di tutelare una specie minacciata attraverso una gestione sostenibile della risorsa.

[53] *Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio);*

[54] L'art. 119.2 dello statuto sancisce il principio di competenza esclusiva in materia di pesca: « *Estatuto de Autonomía de Cataluña artículo 119.2, la competencia exclusiva de la Generalidad en materia de pesca marítima y recreativa en aguas interiores y también la regulación y la gestión de los recursos pesqueros y la delimitación de espacios protegidos, así como la regulación y la gestión del marisqueo y la acuicultura y el establecimiento de las condiciones para practicarlos, así como la regulación y la gestión de los recursos*».

[55] La prima normativa catalana in materia di prelievo regolamentato è rappresentata dal Decreto 109/1995 del 24 marzo, rubricato *Por el que se regulan las pesquerías recreativas*. Nell'art. 27.1 dispone «*que el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca podrá establecer vedas para determinadas especies. Según esta previsión, se considera necesario aplicar el mismo período de veda que se establece para el marisqueo profesional de los erizos de mar a las capturas realizadas en la pesca recreativa con el fin de proteger a las especies objetivo durante un período en el que su poco interés comercial no justifica su captura, actuando sobre la gestión sostenible del recurso*». Nel *web* https//portaldogc.gencat.cat

Anche nel Principato delle Asturie si garantiscono interventi di conservazione dell'ecosistema delle acque interne attraverso la l. n. 6 del 18 giugno 2002[56], che ha lo scopo di proteggere gli *habitat* acquatici interni, attraverso la regolamentazione della loro conservazione e recupero e promozione, attraverso l'organizzazione e gestione delle popolazioni acquatiche e delle specie di fauna e flora nelle acque interne. Sebbene non vi sia uno specifico riferimento alla tutela del riccio di mare, tale regolamentazione è degna di nota per il suo impianto assai dettagliato e puntuale di ogni aspetto dell'attività di pesca, dal piano di gestione alle attività di acquacoltura, agli aspetti sanzionatori. In particolare vengono introdotti strumenti giuridici di pianificazione e protezione delle specie minacciate mediante l'istituzione di un organo *ad hoc*, il Consiglio degli ecosistemi acquatici e della pesca nelle acque continentali, le cui funzioni sono quelle di proporre misure di protezione, recupero e ricerca e uso ordinato degli ecosistemi acquatici continentali oltre a provvedere agli aggiornamenti (stagionali) dei regolamenti in materia pesca (art. 6)[57].

L'art. 8 definisce il Piano di Gestione che rappresenta un modello da seguire poiché risulta esaustivo degli aspetti di conservazione delle specie e miglioramento delle qualità ambientali dell'ecosistema[58], questo documento potrebbe essere replicato per la gestione della popolazione di ricci di mare .

[56] In materia di protezione degli ecosistemi cfr la legge 6/2002 del 18 giugno che ha come oggetto la protezione degli ecosistemi acquatici, la regolamentazione della sua conservazione e recupero e la promozione, l'ordinamento e la gestione delle popolazioni acquatiche e delle specie di fauna e flora delle acque continentali del Principato delle Asturie.

[57] Le competenze del Consiglio vengono disposte dall'art. 6 della legge 6/2002*: «El Consejo de los Ecosistemas Acuáticos y de la Pesca en Aguas Continentales del Principado de Asturias es el órgano consultivo de la Administración del Principado de Asturias en esta materia. Entre sus funciones estarán las de proponer medidas para la protección, recuperación e investigación y ordenado aprovechamiento de los ecosistemas acuáticos continentales y de los seres que los habitan, e informar la normativa de pesca en aguas continentales en cada temporada».*

[58] Il piano previsto dall'art. 8 dovrà contenere i seguenti elementi: a) Descrizione ed interpretazione delle caratteristiche fisiche e biologiche degli ecosistemi acquatici continentali. b) Diagnosi del suo stato di conservazione e previsione della sua evoluzione. c) Formulazione dei criteri generali di azione per la conservazione, il miglioramento e il recupero degli ecosistemi acquatici interni. d) Determinazione delle misure necessarie per la conservazione e la promozione delle popolazioni della fauna e della flora acquatiche. e) Descrizione dei criteri guida delle politiche settoriali e di ordinamento delle attività economiche e sociali, pubbliche e private, affinché siano compatibili con gli obiettivi di conservazione e miglioramento degli ecosistemi acquatici interni. f) Definizione dei bacini e degli ecosistemi acquatici interni come unità di pianificazione e gestione globale, oltre a previsioni in materia di ripopolamento attivo (art.li 29 e 30), e di attività di acquacoltura (art. 34).

Nel 2017, in Cantabria, il crescente interesse commerciale della risorsa marina dei ricci di mare ha portato, la Direzione Generale della Pesca e dell'Alimentazione alla elaborazione di un piano sperimentale di sfruttamento e monitoraggio con l'obiettivo di controllare l'attività di pesca della specie e realizzare un prelievo sostenibile della risorsa. Il piano sperimentale è regolamentato dalla l. n. 5 del 22 novembre 2018, che prevede, tra l'altro il periodo di chiusura della pesca del riccio (*Paracentrotus lividus*) dal 31 marzo al 31 ottobre[59].

Sulla base di esigenze nazionali di mappatura tecnico-scientifica, anche al fine di una più adeguata regolamentazione, in relazione alla proliferazione di colonie di ricci di mare in alcune zone non sfruttate da attività di pesca professionale, la Direzione Generale del Ministero dell'Agricoltura e Pesca, dell'Alimentazione ed Ambiente di Spagna nel 2016 ha commissionato all'Università di Barcellona uno studio[60] che ha evidenziato la necessità di istituire meccanismi di controllo per la sopravvivenza delle alghe che costituiscono la dieta preferita degli echinodermi al fine di evitare il rischio delle cosiddette zone "bianche" su superfici rocciose, che sarebbero difficilmente recuperabili.

Sulla base dei dati emersi dall'analisi degli studi sulla costa catalana si inquadrano i successivi interventi normativi tra cui il decreto n. 118 del 19 giugno del 2018[61], che mira a stabilire un quadro più aggiornato di *governance* per la gestione delle attività legate alla pesca professionale in Catalogna, prevedendo azioni di contenimento allo sfruttamento intensivo in aree specifiche al fine di ripristinare l'equilibrio di ecosistemi depauperati. Il predetto decreto introduce, inoltre, restrizioni alle concessioni di licenze di pesca, anche su sollecitazione ed impulso da parte delle associazioni di pescatori del territorio di Girona e di quelli della costa centrale e meridionale della Catalogna. La disponibilità degli stessi pescatori ad una turnazione, per un migliore e più equo utilizzo della risorsa marina, ha prodotto attualmente la calendarizzazione differenziata dell'apertura e chiusura della stagione di prelievo a seconda delle regioni.

---

[59] Cfr. art 3 *ley de Cantabria 5/2018,* del 22 novembre 2018, in materia di *Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria.*

[60] Lo studio dal titolo *Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente,* realizzato in Spagna nel 2016 ha contribuito a fornire un quadro aggiornato dello stato degli ambiti oggetto di analisi, per maggiori dettagli si veda nel web https//www.miteco.gob.es/en/ministerio/servicios/publicaciones/memoria_mapama_2016;

[61] Decreto 118/2018 del 19 giugno 2018, con il quale si stabilisce il quadro di *governance* per la gestione delle attivita' legate alla pesca professionale in Catalogna.

La regolamentazione viene redatta su proposta della Direzione Generale della Pesca e degli Affari Marittimi, a firma del Ministro dell'agricoltura, dell'allevamento, della pesca e dell'alimentazione, con l'*Orden* ARP/105/2020 del 26 di giugno 2020[62], attraverso il quale si stabiliscono più stringenti misure di tutela e salvaguardia con l'approvazione del Piano di gestione dell'attività di pesca professionale dei ricci di mare sulla costa catalana e si introduce il divieto per la cattura dei ricci di mare nella pesca ricreativa[63].

Per la raccolta dei ricci di mare da parte dei pescatori professionisti è fissata una quota massima giornaliera di 150 kg. Tale quantità può essere ridotta in determinate zone o aree territoriali a seconda dello stato della risorsa o degli usi e costumi locali legati allo sfruttamento della stessa. La pesca professionale dei ricci di mare viene effettuata esclusivamente in immersione in apnea e deve essere effettuata esclusivamente manualmente o con *erizonera*[64]. E' vietato l'uso di strumenti che non consentano la raccolta selettiva, nonché di autorespiratori subacquei autonomi o semi autonomi, prevedendo il divieto di prelievo a profondità superiori a 7 metri.

Durante la raccolta dei ricci di mare, il trasporto via mare e fino all'arrivo in porto delle navi appoggio, sia per la pesca sportiva che per la pesca professionale (ricci di mare compresi), è vietato il possesso a bordo di bombole di aria compressa, compressori o qualsiasi dispositivo che possa consentire la respirazione autonoma o semi-autonoma sott'acqua[65]. È, inoltre, vietato lo stoccaggio di ricci di mare in acque marine, sia all'interno dei porti, nelle lagune, in acque protette o in mare aperto. Per la pesca professionale, dopo la raccolta dei ricci di mare, deve essere avviato immediatamente il circuito di commercializzazione. Se in un qualsiasi punto del

[62] Cfr. *Orden* ARP/105/2020 del 26 di giugno 2020, pubblicata in CVE-DOGC-B-20182054-2020. Per approfondimenti nel web www.gencat.cat/dogc

[63] Una breve disamina del testo normativo costituisce un utile strumento di confronto e precisamente: all'articolo 1 provvede all'approvazione del Piano di Gestione della pesca dei ricci di mare dettagliato nel suo allegato; all'articolo 2 stabilisce un periodo di chiusura per la pesca ricreativa delle specie di ricci di mare *Paracentrotus lividus*, *Sphaerechinus granularis* tra il 1 aprile e il 30 settembre di ogni anno.
Il "Piano di Gestione" per la pesca professionale dei ricci di mare sulla costa catalana si applica alle specie di maggiore interesse commerciale, *Paracentrotus lividus*, *Sphaerechinus granularis*, e prevede limitazioni al prelievo e al periodo di pesca, nonchè alla misura minima (5 cm) esclusi gli aculei. Cfr. *Orden ARP/174/2004,*pubblicato in DOGC núm. 4147, de 4.6.2004.

[64] Si tratta di un tradizionale dispositivo da pesca costituito da un'asta di lunghezza variabile, la cui estremità è dotata di un meccanismo per raccogliere i ricci di mare senza intaccare l'ambiente circostante.

[65] Cfr. Punto 5.5

circuito è necessario stoccare i ricci di mare, lo si deve fare in uno stabilimento autorizzato, secondo le norme tecnico-sanitarie necessarie e previste per i prodotti della pesca destinati al consumo umano. In conformità di quanto previsto dall'articolo 9.3 della l. 2/2010, del 18 febbraio, e dall'articolo 5.3 C), del decreto 118/2018, del 19 giugno, per la pratica della pesca dei ricci di mare oggetto del piano di gestione, gli operatori dovranno essere in possesso di permesso speciale che viene rilasciato con delibera del capo della direzione generale responsabile della pesca e degli affari marittimi, e che accompagna la licenza di pesca dei molluschi e ricci di mare[66].

Il numero massimo di permessi speciali per la molluschicoltura dei ricci di mare viene fissato annualmente dalla Direzione Generale della Pesca e degli Affari Marittimi, su proposta della Commissione di Sorveglianza, sulla base delle valutazioni delle popolazioni di ricci di mare, o di dati scientifici accreditati. Nel caso in cui il numero delle richieste di permessi speciali ecceda il numero totale dei permessi disponibili, sarà data priorità ai richiedenti che non siano stati sanzionati con decisione inappellabile in via amministrativa nei due anni precedenti la richiesta di infrazioni relative alla pesca del riccio. Tali permessi speciali non saranno soggetti alle limitazioni di durata, di cattura giornaliera o di portata territoriale previste dal piano. La pesca professionale dei ricci di mare deve essere effettuata nel territorio dell'associazione di pescatori di appartenenza. Tuttavia, è possibile estendere l'ambito territoriale autorizzato purché vi sia un accordo tra le associazioni di categoria coinvolte. Gli accordi tra associazioni di pescatori devono essere notificati alla segreteria della Commissione di Vigilanza affinché possano essere recepiti nelle delibere di concessione dell'autorizzazione speciale. Il trasporto dei ricci di mare pescati dovrà essere accompagnato dalla relativa autorizzazione alla circolazione dal luogo di

[66] L'autorizzazione speciale deve contenere le seguenti informazioni: a) dati personali dell'interessato. b) elenco delle specie che possono essere catturate. c) le aree in cui è autorizzato l'esercizio dell'attività. d) ogni altra condizione che si possa stabilire per lo svolgimento dell'attività (punto 6.2). L'autorizzazione speciale ha una durata massima di 6 mesi all'anno ed è concessa solo ai pescatori in possesso della licenza di pescatori di molluschi di 1° o 2° livello prevista dagli articoli 2 e 3 del decreto 9/1987, del 15 gennaio, sull'allevamento e la raccolta di molluschi e ricci di mare, affiliati alle associazioni di pescatori del territorio della Catalogna e che ne fanno richiesta tramite le rispettive associazioni di categoria (punto 6.3). Entro il 31 luglio di ogni anno, le Associazioni di pescatori devono trasmettere alla segreteria del Comitato di Sorveglianza, le domande precedentemente pervenute e selezionate secondo i seguenti criteri di priorità: a) candidati in possesso di autorizzazione speciale per l'anno precedente e dedicati all'attività, accreditati tramite vendita al mercato. b) durata dell'appartenenza all'Associazione dei Pescatori (punto 6.5).

scarico sino al mercato ittico in cui vengono effettuate la pesatura, la generazione della prima vendita, il confezionamento e l'etichettatura.

La competente Direzione Generale della Pesca e degli Affari Marittimi istituisce, inoltre, il programma di monitoraggio tecnico-scientifico continuo sullo stato delle popolazioni di ricci di mare che preveda una fase adattiva in relazione alle misure di gestione tecnica previste dal piano. Viene costituito, anche un Comitato di Sorveglianza[67] il quale sulla base dei dati emersi dal programma di monitoraggio tecnico-scientifico, dalle osservazioni dell'ispezione e del controllo dell'attività, dai risultati economici dei prelievi del pescato, dall'evoluzione della gestione svolta e dalle problematiche emerse, redige una relazione motivata indirizzata al responsabile della Direzione generale responsabile della pesca e degli affari marittimi.

Le limitazioni di cattura, spesso nella forma di limiti di carniere giornaliero espresso in numero di esemplari o peso totale, sono uno strumento comune nella gestione della pesca per aiutare a mantenere una pesca sostenibile. La Spagna ha differenziato il limite giornaliero per la pesca ricreativa da riva (5 kg a licenza) e dalla barca (25 kg a barca). Anche in Spagna la vendita del pescato, proveniente dalla pesca ricreativa, è vietata, ma è permessa nelle competizioni sportive purché il ricavato sia devoluto per scopi sociali o caritatevoli.

5. Norvegia - L'allevamento del riccio verde (*Strongylocentrotus droebachiensis*).

Nei paesi NPA (Norvegia, Islanda, Irlanda e Groenlandia) l'attività della pesca dei ricci di mare, in assenza di soluzioni normative *ad hoc,* è assoggettata alla regolamentazione prevista dall'Unione europea per i molluschi, con prevedibili incongruenze applicative ed operative, che la stessa Unione europea ha provato a

[67] Il Comitato di Sorveglianza è formato da tre rappresentanti di ciascuna delle seguenti categorie: amministrazione (Direzione Generale della Pesca e degli Affari Marittimi, che funge da segretario del Comitato stesso), pesca (che rappresenti il settore della pesca nell'ambito al piano di gestione), comunità scientifica (che rappresenti il gruppo scientifico, con conoscenze specialistiche nell'attività di monitoraggio dei ricci di mare). La stessa Commissione di Sorveglianza può presentare proposte sulla concessione di permessi speciali attraverso l'analisi delle domande precedentemente selezionate dai sindacati dei pescatori; provvedere all'adeguamento adattativo al programma socio-economico del piano; presentare protocolli di raccolta dati inseriti nel *follow-up* tecnico-scientifico; implementare incentivi alla conservazione; proporre ulteriori misure come l'istituzione di misure di gestione a seconda delle aree e fissare periodi di attività specifici o limitare i periodi e le quantità dei prelievi.

implementare con linee guida contenute nella *Roadmap 3rd* quarter 2020 (*Strategic Guidelines for EU aquaculture Update*)[68].

La Norvegia non possiede, quindi, un sistema regolatorio nazionale specifico né per la gestione degli stock, né per la quantificazione delle quote totali ammissibili (TACC). Negli ultimi tempi, però, la *Mattilsynet*, che è l'Autorità nazionale per la salute alimentare, ha effettuato una classificazione di siti destinati alla pesca del riccio di mare, ed introdotto alcune restrizioni, tra cui l'autorizzazione alla raccolta esclusivamente da parte di pescatori professionisti iscritti alla *Norges Råfisklag*[69], e con imbarcazioni rigorosamente inserite nel registro della pesca territoriale. Altra stringente regolamentazione si applica all'esportazione dei ricci pescati che devono essere accompagnati da uno specifico certificato di cattura.

Il crescente interesse commerciale della risorsa ha dato impulso tra il 2014 ed il 2020 al progetto transnazionale *The Urchin Project*[70] finanziato dal *Northern Periphery and*

[68] Cfr. P. JAMES - R. SLOANE - C. HANNON - G.THORARINSDOTTIR , *Factsheet:Requirements for sea urchin fishing in the Northern Periphery and Arctic area, Northern Periphery and Artic Programme, 2018.* Nel web v. https//www.urchinproject.com. Per ulteriori approfondimenti si veda, inoltre, https://aquaculture.ec.europa.eu/knowledge-base/reports/state-world-fisheries-and-aquaculture-2020-sustainability-action, «*The Roadmap 2020 is a Strategic Guidelines for EU aquaculture Update to promote the development of the sector and concluded on the need to revise the Strategic Guidelines in order to take into consideration recent developments in the sector. The evaluation encouraging additional supporting measures to foster the sustainable development of the sector was recently published (SWD(2020) 6 final). In a similar vein, a Food From the Oceans report, developed by the European Commission's Scientific Advice Mechanism, underlined that aquaculture should continue to grow to meet the increasing demand for seafood (since wild stocks are limited) in a sustainable manner and promoting diversification and low trophic species. Taking into account that this initiative will review an existing policy document (Communication "Strategic Guidelines for the sustainable development of EU aquaculture" in 2013 (COM(2013) 229 final), providing good practice examples and non-binding advice on actions for the development of the aquaculture sector in the EU, no significant impacts are to be expected. The policy objectives, established in articles 2 and 34 of the CFP, will remain the same. Thus, no impact assessment is deemed necessary*».

[69] *Norges Råfisklag* è un'organizzazione norvegese di pescatori che ha il monopolio sulla vendita di pesce e molluschi È stata fondata nel 1938 e la sua attività è regolamentata dalla legge nazionale sull'attività di pesca *Raw fish Act* del 1951, versione aggiornata rispetto alla originaria normativa *Råfiskloven* del 1938.

[70] Cfr. nel web https//www.urchinproject.com. Qui si precisa :«*The Urchin Project was a transnational project financed by the Northern Periphery and Arctic Program (2014-2020) that provided a robust platform for innovation, the creation of new technology and dissemination of new and existing technology and knowledge to SMès, research institutes, businesses, government agencies and other relevant stakeholders throughout the participating countries. The goal was to stimulate the creation of a sustainable, lucrative and economically beneficial sea urchin industry in the NPA region*».

Arctic Program[71], con l'obiettivo di creare nuove tecnologie al servizio di piccole e medie imprese, istituti di ricerca, agenzie governative e altre parti interessate, stimolando il sistema produttivo e commerciale dei ricci di mare affinché sia nel contempo redditizio ed economicamente vantaggioso oltre che sostenibile in tutte le regioni dell'NPA (Norvegia, Islanda, Irlanda e Groenlandia)[72].

Tra le esperienze norvegesi da porre ulteriormente in evidenza vi è, inoltre, l'attività di acquacoltura, all'avanguardia rispetto ad altri paesi, un vero esempio da seguire in tema di sostenibilità, essa si avvale di un regime regolatorio estremamente rigoroso in termini di verifiche periodiche delle attività di gestione nel rispetto dei protocolli sanitari e qualità del prodotto ittico previsti dalla normativa interna (*Aquaculture Act*)[73].

---

[71]Cfr nel web https//www.internelreg-npa.eu/about/programme. «*The Northern Periphery and Arctic 2014-2020 Programme is part of the European Territorial Cooperation Objective, also known as Interreg, in the framework of the cohesion policy, supported by the European Regional Development Fund. The programme operates in a multi-layered policy landscape, making it well positioned to contribute to and align with the Europe 2020 Strategy, national and regional policies and development strategies, macro regional and sea basin strategies, and other programmes covering parts of the geographical area. In addition, increased interest and rapid developments in Arctic regions have resulted in a more explicit recognition of the programmès Arctic dimension in regional development*».

[72] Il Factsheet (v. nota 66) contiene inoltre i requisiti legali e logistici inerenti al *Urchin Project* :«*Legal and logistical requirements for fishing sea urchins in Norway Step 1: Logistical requirements a) Potential sea urchin fishers must have a registered fishing boat b) A diving license if the method of harvesting is use of divers Step 2: Site classification The chosen site needs a classification for fishing from Mattilsynet. There are four kinds of classification: A Classification – The site has been tested for 12 months for Eschericha coli and algae toxins without any failed results. Additionally, the urchins must be tested for Heavy Metals every 4 years. Obtaining this classification means the sea urchins can go directly to the market or consumer. B Classification – Therès been a failure of E. coli or algae toxin. These sea urchins cannot be sold directly to the consumer and must be heat-treated. C Classification – A constant failure of E. coli, or algae toxins. The site can be fished, but the sea urchins must be moved onto an A, B or separate land site for a period of purification. Seasonal Fishing Classification – This is a temporary classification of a site and is probably the most relevant to sea urchin fishers. E. coli, algae toxin and Heavy Metal testing must be carried out. Three E.coli tests are needs to take place in a three-week period with no failed results before any fishing can take place, followed by E. coli every 4 weeks during the period of fishing. Additionally – A site map showing industrial and residential area is required, highlighting sewage outlets and charting the sea currents. There is currently no legislation around the size of a harvesting site (this is up to the individual food health authorities) but they are usually around 5km2 . Step 3: Catch reporting and certification a) When the catch is landed, it must be reported to the Fishermen's Association. b) The packing centre must be approved by the food health authority, with annual inspections and 3-yearly audits. c) For exporting within the EU: sea urchins currently need a catch and health certificates and an export licence. d) For exporting to the US and Japan: Need a health certificate for the export, issued by the food and health authorities. Possible future requirements: Norovirus testing may be applied to the fishery at some point*». *Si veda nel web https//www.urchinproject.com.*

[73] Cfr. *Act of 17 June 2005 no. 79 relating to aquaculture (Aquaculture Act) Chapter I Purpose and scope § 1 Purpose The purpose of this Act is to promote the profitability and competitiveness of the aquaculture industry*

Da considerare certamente un esempio da seguire è l'attività di acquacoltura del riccio di mare frutto di una sperimentazione condotta proprio nei mari del Nord attraverso una ricerca mirata alla standardizzazione del prodotto in allevamento, i cui buoni risultati danno concrete speranze per una commercializzazione su ampia scala. La ricerca è partita su impulso di una impresa norvegese, che in linea con i nuovi processi di *green economy*, ha realizzato la prima la sperimentazione di produzione del riccio verde (*Strongylocentrotus droebachiensis*), presso la *Troms Krakebolle AS*[74], il cui nome, tradotto dal norvegese, riporta il riferimento alla zona in cui aveva sede lo stabilimento produttivo (*Troms*, appunto).

La decennale sperimentazione effettuata sul riccio di mare verde (*Strongylocentrotus droebachiensis*), la cui tecnologia e i mangimi usati sono impiegabili quasi senza variazioni anche ad altre specie, come il riccio edibile del Mediterraneo, il *Paracentrotus lividus*, e alla specie più apprezzata tra le cinque consumate in Giappone, lo (*Strongylocentrotus intermedius*) è frutto di studi in genetica molecolare, biologia marina ed acquacoltura. La produzione di giovanili[75] ottenuta originariamente in moduli galleggianti *in shore* (con scarsi risultati) ha ceduto il passo a nuovi protocolli, tra cui l'allevamento in vasche a terra, e l'uso di mangime di alta qualità ha permesso di garantire un prodotto con un alto valore di commercializzazione alla stregua di ostriche e storioni, con qualità organolettiche superiori a quelli del riccio selvatico. Il successo imprenditoriale ha permesso di realizzare nuovi impianti nel sud della Norvegia poiché le temperature del Nord della Norvegia si erano rivelate troppo basse per garantire accrescimenti soddisfacenti, considerata la domanda nazionale e internazionale[76].

6. Nuova Zelanda: la pesca del *kina*.

In Nuova Zelanda e Australia per lungo tempo è stata praticata una pesca in gran parte non regolamentata e con modalità assai rudimentali. La pesca del *kina* (*riccio di*

within the framework of a sustainable development and contribute to the creation of value on the coast. Per maggiori informazioni si veda nel web https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/fkd/reg/2005/0001/ddd/pdfv/255327-l-0525_akvakulturloveneng.pdf

[74] Per maggiori informazioni si veda nel web https//www.nettavisen.no

[75] Lo sviluppo di una catena di produzione su vasta scala del riccio di mare comporta l'esigenza di seguire tutto il processo dalla fecondazione (passando attraverso lo sviluppo di individui giovanili) sino allo stadio adulto che in natura dura circa 5 anni.

[76] G. GUIDI, *Riccio di mare: ricerca e gestione della risorsa* in *Il Pesce*, n.3 anno 2016;

mare) in particolare in Nuova Zelanda, che si basa quasi esclusivamente sulla raccolta di una singola specie endemica di riccio di mare (*Evechinus chloroticus*), non ha fatto eccezione. E la mancanza di controllo e normazione oltre alla scarsa qualità delle gonadi della specie autoctona di ricci di mare, hanno notevolmente rallentato lo sviluppo della pesca di questa risorsa, in particolare nel *Dusky Sound,* fiordo nel Sud-Ovest[77]. Il *kina* viene raccolto nella maggior parte della Nuova Zelanda, dai pescatori professionisti, quelli ricreativi oltre che dalla raccolta tradizionale del popolo Maori[78]. I primi interventi normativi risalgono al 1999 con la moratoria sul rilascio dei permessi per la raccolta ad uso commerciale dei *kina* (in particolare della specie *Evecbinus cbloroticus*) regolamentata dal *New Zealand Department of Conservation. Southland Conservancy* (dipartimento del Ministero della pesca neozelandese)[79]. Negli anni '90, infatti, il NIWA (*National Institute of Water and Atmospheric Research*)[80] è stato incaricato dal ministero della Pesca di avviare uno studio internazionale sulla pesca dei ricci di mare e della loro gestione. L'obiettivo di questa indagine era evidentemente quello di fornire elementi utili al fine di predisporre una corretta e sperimentata regolamentazione, in comparazione con le *best practices* nel resto del pianeta, per la gestione della *kina fishery i*n patria.

Oggi, attraverso una *governance* matura ed attenta alle evoluzioni nel settore in termini di gestione e sostenibilità, la pesca in Nuova Zelanda, risulta essere regolamentata attraverso una nutrita normativa[81] che si fonda sul sistema di gestione

---

[77] Cfr. P. E. MC SHANE - O. ANDERSON - P.GERRING - R. STEWART - J.R.NAYLOR, *Fisheries biology of kina Evechinus chloroticus. New Zealand Fisheries Assessment Research Document*, Wellington, 1994. Ed anche N. L. ANDREW - A. B. MACDIARMID, *Sea urchin fisheries and potential ecological interactions with a kina fishery in Fiordland,* Wellington, 1999.

[78] Cfr. P.E. MCSHANE. *A summary of commercial catch data and biological information for kina (Evechinas chloroticus) . New Zealand Fisheries Assessment Research Document,* Wellington, 1997.

[79] Cfr. nel web *http//www.natlib.govt.nz, New Zealand Department of Conservation. Southland Conservancy.*

[80] *The National Institute of Water and Atmospheric Research or NIWA (Māori: Taihoro Nukurangi), is a Crown Research Institute of New Zealand. Established in 1992, NIWA conducts research across a broad range of disciplines in the environmental sciences.* Nel web https://niwa.co.nz/about

[81] Il *Fisheries Act* del 1996, emendato nel 2017(che ha introdotto nuove limitazioni) nasce con l'obiettivo di offrire ai pescatori commerciali e ricreativi l'accesso alle risorse garantendo al contempo che gli stock ittici siano gestiti in modo sostenibile. I livelli di cattura sostenibili determinano quanti pesci possono essere raccolti. misure che contribuiscono alla sostenibilità delle risorse della pesca. L'intervento normativo del 2017 (*Amendment Regulation*, di parziale emendamento alla legge del '96) fa parte del più ampio programma di riforma della pesca nazionale, le modifiche infatti mirano ad incoraggiare le *best practises* nelle tecniche ed attività di pesca, favorendo la modernizzano e rafforzando il sistema di gestione della pesca sostenibile in Nuova Zelanda. Nel web http//www.mpi.govt.nz/legal/legislation-

delle quote QMS (*Fish Quota Management System*)[82] introdotto dal *Fisheries Act* del 1996 (*and Amendment Regulation in* 2017), il QMS ha avviato e perfezionato, il sistema di turnazione del prelievo del riccio di mare su quattro delle dodici aree in cui è suddiviso il bacino di pesca nazionale, la cui pesca è concentrata esclusivamente nelle seguenti aree marine: SUR1B (Auckland - Sud), SUR4 (Chatham Isole), SUR7A (Marlborough Sounds) e SUR5 (Southland) e con tecniche di raccolta che vanno (prevalentemente) da quella manuale in apnea, ma anche attraverso l'uso di draghe nei settori SUR7A e SUR1B.

Utile spunto di riflessione lo offre, anche, l'indagine effettuata nel 2011 nelle aree protette, dove sono presenti molti grandi predatori naturali, come i pesci di barriera e i gamberi di fiume, la loro presenza, infatti, risulta essere un indicatore assai affidabile della quantità e qualità di *kina* (che ne costituiscono la principale fonte alimentare)[83], evidenziando, dunque, un collegamento diretto tra l'aumento delle popolazioni di un mollusco denominato *paua* (*Haliotis iris*) e gamberi di fiume e il declino a lungo termine delle popolazioni di *kina* nella *Leigh Marine Reserve* nel *Northland* [84], il cui monitoraggio consente interventi normativi di regolamentazione più adeguati ed efficaci[85].

7. Il Fenomeno del sovrappopolamento dei *purple sea urchins* in California.

standards-and-reviews/fisheries. In generale per una disamina normativa completa nel web https://www.fishserve.co.nz/information/fisheries-legislation.

[82] Il *Fish Quota Management System*, sebbene sia stato introdotto nel 1996 (con il *Fisheries Act*), il sistema ha raggiunto oggi una particolare efficienza fornendo a tutti gli operatori del settore le più aggiornate informazioni, anche attraverso il monitoraggio dei livelli di cattura sostenibili ed i quantitativi di quote di raccolta. Cfr. nel web https//www.mpi.govt.nz/legal/legislation-standards-and-reviews/fisheries-legislation/quota-management-system

[83] Cfr. R.G. COLE, D. KEUSKAMP, S. L. MILLER, E.R. ABRAHAM, *Characterisation of New Zealand kina fisheries*, in *New Zealand Fisheries Assessment Report*, n. 7, 2011.

[84] N. L. ANDREW - A. B. MACDIARMID, *Interrelations among sea urchins (Evechinus chloroticus) and spiny lobsters (Jasus edwardsii) i n northern New Zealand. Marine Ecological Progress*, Wellington, 1991.

[85] Cfr. R.G. COLE, D. KEUSKAMP, *Indirect effects of protection from exploitation: pat- terns from populations of Evechinus chloroticus (Echinoidea) in northeastern New Zealand.* in *Marine Ecological Progress*, 1998, *Series* 173, pp. 215-226. Vedi anche P.E. MCSHANE, *A summary of commercial catch data and biological information for kina (Evechinas chloroticus), New Zealand Fisheries Assessment Research Document 97/16,* Wellington, 1997, p.7; P.E. MCSHANE, J.R. NAYLOR, *A survey of kina populations (Evechinus chloroticus) in Dusky Sound and Chalky Inlet, New Zealand Fisheries Assessment Research Document* 91/17, Wellington, 1991, p.21; Cfr. K. SAITO, *Sea urchin fishery of Japan. In: C.M. Dewees (ed.). The management and enhancement of sea urchins and other kelp bed resources. A Pacific Rim perspective,* California Sea Grant College, University of California, La Jolla, 1992.

Già dal 2013 nell'Oceano Pacifico, si è sviluppata una misteriosa malattia che iniziato a decimare decine di milioni di stelle marine, tra cui la specie *Sunflower Starfish*, l'unico vero antagonista del riccio di mare viola (*purple sea urchin - Strongylocentrotus purpuratus*), che proprio in quel periodo storico ha registrato un notevole incremento riproduttivo, assai presumibilmente facilitato dall'assenza di rischi predatori[86].

La smisurata proliferazione della specie *Strongylocentrotus purpuratus* li ha spinti a nord della California, avendo brucato (razziandoli) i fondali del sud ricoperti di alga toro (*bull kelp*).

Nonostante l'allarme del 2013 le condizioni ambientali nel Nord della California hanno continuato a deteriorarsi. Dal 2016, le indagini effettuate dal Dipartimento della pesca e della fauna selvatica della California hanno messo in evidenza un aggravamento nel depauperamento dei fondali a scapito della presenza di alghe toro (*bull kelp*, cibo prediletto dal riccio viola) nel nord della California, nonché un declino sostenuto della diversità delle specie compresa quella delle stelle di mare (principali antagonisti dei ricci viola); questa condizione è stata confermata da subacquei locali ed enti di ricerca californiani come *Reef Check*[87]. La conservazione delle poche zone rimanenti di insediamenti di alghe è di fondamentale importanza nello sforzo di ricostruire questo habitat biogenico su cui fanno affidamento una miriade di specie autoctone. I rilievi scientifici su tali fondali devastati inducono ad ipotizzare dai 15 ai 20 anni per rimuovere la specie *purple sea urchin e* riportare un equilibrio alla grande barriera corallina. A tale scopo, nell'aprile del 2018, la *California Fish and Game Commission* ha adottato regolamenti di emergenza per aumentare il limite giornaliero di raccolta per ricci di mare viola al largo delle contee di *Mendocino* e *Sonoma*[88].

---

[86] Tali dati sono frutto dei rilievi effettuati dall'*Oregon Fish and Wildlife Office* che si occupa del monitoraggio per *conto dell'U.S. Fish and Wildlife Servicès Ecological Services program to conserve fish, wildlife, plants, and their habitats throughout Oregon for future generations.* Per maggiori dettagli si veda nel web https//www.fws.gov/office/oregon-fish-and-wildlife*; ed anche in* https//conservationalmanac.org/programs/california

[87] Il *Reef Check Foundation*, creata nel 1996 è una organizzazione internazionale *no-profit dedicata alla conservazione della barriera corallina tropicale e delle foreste di kelp.* Nel web https//www.reefcheck.org/california-program

[88] Cfr. nel web https//www.reefcheck.org/california-program/kelp-restoratio, «*Kelp forest Restoration program provides two restoration sites in Mendocino County: Noyo Harbor and Albion Cove. These sites will serve as refuges and seed banks for surrounding areas in hopes that kelp can reestablish in northern California where it has been lost from 100's of miles of coast. In addition to the ecological benefits of this project, it will also provide a substantial economic benefit to the fishing community of Fort Bragg, which has been hard hit by the effective loss of its two most important fisheries* ».

L'aumento delle colonie di ricci continua ad essere una emergenza per la quale il Dipartimento della pesca e della fauna selvatica della California (*The California Department of Fish and Wildlife*, CDFW)[89] dal 2018 ha avviato un protocollo di valutazione, collaborando con subacquei professionisti, ricercatori, accademici ed operatori del settore, al fine di riportare i fondali ad una normalizzazione delle alghe toro, attraverso il monitoraggio di porzioni di fondale circoscritte a tale scopo. Il *The California Department of Fish and Wildlife* (anche attraverso la concessione di permessi e procedure *ad hoc* ha autorizzato esperimenti controllati per valutare lo *smashing* (si intende con questo termine il livello di compromissione dell'ambiente naturale prodotto dal pascolo dei ricci di mare viola). Sebbene l'emergenza sia alta la distruzione e lo smaltimento dei ricci di mare nelle discariche è allo stato illegale, e che l'uso degli stessi ricci di mare oltre a quello alimentare può essere orientato verso l' integrazione a materiale di compostaggio.

Prima della crisi della pesca del *red sea urchin*[90] (collocabile tra il 2011 ed il 2015) la sua raccolta era considerata tra le prime sei attività di pesca della California per redditività, pertanto le misure adottate dal Dipartimento a tutela degli operatori del settore della pesca fortemente penalizzati consistono nell'erogazione diretta di forme di indennizzo su fondi costituiti *ad hoc* e distribuiti secondo criteri di livelli ponderati. L'erogazione di fondi a tutti i livelli, è, dunque, importante garantire la sopravvivenza delle flotte pescherecce, incoraggiando pratiche commerciali competitive, oltre che supportare le comunità di pescatori, rafforzando così l'economia e le infrastrutture locali. I criteri di qualificazione e calcolo del rimborso e l'ammissibilità all'erogazione del fondo è stata determinata in base al possesso dei permessi o licenze rilasciate nei cinque anni precedenti la dichiarazione di indennizzo.

---

[89] Cfr. nel web https//www.nrm.dfg.ca.gov, «*The California Department of Fish and Wildlife (CDFW) is a non profit organization to help support wildlife, wildlife habitat. The Mission of the California Department of Fish and Wildlife (CDFW) is to manage Californiàs diverse fish, wildlife, and plant resources, and the habitats upon which they depend, for their ecological values and for their use and enjoyment by the public. The California Fish and Wildlife Strategic Vision is designed to provide the organization with direction and focus to protect the public trust, preserve nature, and make recreation available to the residents of California*».

[90] Cfr. nel web https//www.marinespecies.wildlife.ca.gov/red-sea-urchin/true, «*The purple sea urchin, a major competitor of the red sea urchin, has undergone an immense population explosion statewide, which is affecting available kelp abundance and outcompeting many other benthic invertebrates for food. Recruitment studies have not shown evidence of a decline in recruitment attributable to the fishery, however, the fishery is currently experiencing its lowest landings in history due to both lower abundance and fewer marketable red sea urchin with diminished gonads, which is mostly attributable to the decline in kelp beds statewide and especially in northern California*».

L'*Annual Status of the Fisheries Report* del gennaio 2020[91] evidenzia allo stato la riduzione del 90% di presenza dell'alga toro oltre che un allarmante calo dei *red sea urchin* (*Strongylocentrotus franciscanus)* autoctoni delle coste del nord della California, considerati, questi ultimi, molto più appetibili soprattutto dal punto di vista della redditività commerciale, letteralmente decimati dalla specie viola (*purple sea urchin*).

8. Proposte normative per una tutela efficace del riccio di mare nelle acque italiane.

La disamina sin qui operata fornisce un quadro assai ampio dei differenti approcci nella tutela e gestione del riccio di mare, ma può certamente costituire una base di partenza per l'individuazione di tutti quegli interventi normativi e di *governance* utili ad una mirata ed efficace gestione di questa risorsa marina. Dalle norme di tutela internazionali rileva che il *Paracentrotus Lividus* risulta essere presente tra le specie oggetto di protezione sia nell'allegato III del Protocollo SPA/BIO della Convenzione di Barcellona che nell'allegato III della Convenzione di Berna, sebbene sarebbe utile fosse segnalato tra le Categorie IUCN del *Red Data Book* (2002). L'attenzione internazionale verso questa specie costituisce la base su cui fondare l'impegno dell'Italia nel consolidamento di azioni nazionali di salvaguardia della risorsa. Dato il decremento sensibile della specie *Paracentrotus lividus* in alcune zone non si tratta più di intervenire con politiche di gestione dell'attività di pesca (come già realizzato con il d.m. del 12/01/1995 n. 44), ma di realizzare una vera e propria moratoria relativa alla pesca, alla detenzione ed al consumo del *Paracentrotus lividus*, come quella già adottata per le specie *Holothuroidea*. Tale provvedimento potrebbe essere inizialmente di natura annuale con la possibilità di rinnovo. Si potrebbe, inoltre, inserire il divieto di prelievo del riccio di mare nei "piani di gestione" delle ZSC (Zone di Conservazione Speciale) di cui alla direttiva *Habitat*[92] nonché inserire il divieto di pesca nei regolamenti di tutte le aree marine protette di cui alla l.979/82 e l.394/91 al fine di creare dei polmoni per il ripopolamento (effetto *spillover*)[93].

[91] Cfr. nel web https//www.wildlife.ca.gov, «*Annual Status of the Fisheries Report, California Department of Fish and Game, The Marine Life Management Act, which became law on January 1, 1999, instructs CDFW to regularly prepare reports on the status of Californiàs fisheries and the effectiveness of management programs. The reports below have been prepared in response to this call for periodic review. Prior to 2012, these reports were prepared for all species, or subsets of species, managed by CDFW*».

[92] Cfr. nota 13

[93] L'art. 19 della l- n. 394/91 specifica che per ogni AMP deve essere adottato un regolamento con cui vengono disciplinati nel dettaglio i divieti e le eventuali deroghe in funzione del grado di protezione necessario della stessa area protetta. Il Regolamento, quindi, contiene l'indicazione della suddivisione

La misura più efficace sarebbe l'approvazione di un nuovo decreto ministeriale che preveda la moratoria della pesca per un determinato periodo e allo stesso tempo l'obbligatorietà per le regioni di realizzare un'attività di monitoraggio della risorsa e attività di ripopolamento attivo mirate. Sulla base poi delle evidenze del monitoraggio scientifico qualora dovesse mostrare che la risorsa riccio è in ripresa, le singole regioni potrebbero interrompere la moratoria nazionale e intervenire autonomamente adottando uno specifico piano di gestione della pesca del riccio di mare le cui caratteristiche andrebbero già evidenziate nel decreto ministeriale. Risultati efficaci si sono già ottenuti con l'introduzione di fermi biologici più o meno prolungati, così come adottati per l'oloturia, e/o divieti come per i datteri di mare, prevedendo, inoltre, un indennizzo in favore dei pescatori per il mancato guadagno, come previsto nella esaminata normativa della Sardegna[94]. Hanno funzionato anche il ripopolamento attivo in zone di grave depauperamento (effetto *spillover*), come in Spagna[95], di turnazione dell'attività di pesca, stabilendo una mappa di zone destinate al prelievo del riccio di mare, come in Nuova Zelanda[96]e incentivi per realizzazioni di impianti di acquacoltura come in Norvegia e Francia[97].

Il nuovo decreto dovrebbe, inoltre, prevedere in caso di violazione della moratoria sulla pesca, detenzione e consumo del riccio di mare un inasprimento delle sanzioni sulla falsariga della regolamentazione adottata per il dattero di mare. Tale

in zone sottoposte a diverso regime di tutela ambientale e della disciplina delle attività consentite all'interno dell'area, nel rispetto delle caratteristiche dell'ambiente e delle finalità istitutive dell'area stessa. Si precisa come, secondo l'art. 28, co. 6 e co. 7, legge n. 979/82, il Ministro della Transizione Ecologica, acquisito il parere favorevole della commissione di riserva, approva con apposito decreto il regolamento di esecuzione e organizzazione dell'area marina protetta, che contiene la normativa di dettaglio e le condizioni di esercizio delle attività consentite. Il medesimo regolamento d'esecuzione e organizzazione prevede la possibilità di emanare ulteriori disposizioni di dettaglio contenute in un disciplinare integrativo adottato annualmente. Attraverso il regolamento devono essere definiti all'interno della relativa AMP i criteri e le modalità con cui si può, ove prevista e consentita, svolgere l'attività ittica in quel determinato territorio tutelato. Diversi regolamenti delle AMP prevedono il divieto di pesca del riccio di mare, ma sarebbe necessario un provvedimento nazionale ove si preveda l'inserimento di disposizioni specifiche in tutti i regolamenti delle AMP prevedendo, ove non fosse già presente, il divieto della pesca del riccio. Esempio ne è il regolamento dell'AMP *Penisola del Sinis-Isola Mal di Ventre* dove all'art. 24 rubricato *Disciplina delle attività di pesca professionale* è previsto al punto g) tra le specie protette anche il riccio di mare (*Paracentrotus lividus*).

[94] Cfr. par. 2.1

[95] Cfr. par. 4

[96] Cfr. par. 6

[97] Cfr. par. 3

inasprimento, dovrebbe altresì essere accompagnato da incrementi nei controlli delle Capitanerie di porto e degli altri organi preposti.

RIGHTS OF NATURE IN THE CONSTITUTIONS OF ECUADOR AND BOLIVIA

THE PRINCIPLE OF BUEN VIVIR AND THE CONSTITUTIONAL SUBJECTIVITY OF NATURE.

Damiano Fuschi[1]

ABSTRACT [ITA]: L'espressione castigliana "*buen vivir*" è correlata alla cosmovisione indigena presente in America Latina. Questa è stata inserita nella Costituzione di Ecuador e Bolivia, rispettivamente il 20 ottobre 2008 e 7 febbraio 2009. Stando alla visione occidentale di sviluppo, vi è una vita piena e soddisfacente all'aumentare della ricchezza e della produzione di beni e servizi di ogni singolo Stato che potranno essere usufruiti da ogni singolo cittadino. Per i popoli indigeni tradizionali, la vita non si svolge in funzione esclusivamente alla sfera economica. Molto rilievo viene conferito alle conoscenze tradizionali, al rispetto della natura e alla vita in comunità in condivisione e rispetto reciproco. L'aspetto principale di questa visione cosmogonica è l'armonia con la natura, con la *naturaleza*, tutto ciò si riflette nella produzione di beni e servizi, i quali devono essere il più possibile equilibrati e rispettosi di essa. Questo approccio segna il passaggio, almeno teorico, ad una visione ecocentrica del diritto dell'ambiente. Assume rilievo nei giorni di maggio 2023 la proposta di Correa del 15 agosto 2013 in cui chiese al Parlamento di attuare il cosiddetto "piano b" del progetto Yasunì-ITT, per un parziale sfruttamento del sottosuolo del parco nazionale Yasunì (abitato da popolazioni indigene tradizionali). Contravvenendo sia al rispetto ambientale sia alla tutela della popolazione indigena, questo caso è ritornato attuale poiché la Corte costituzionale dell'Ecuador, dopo un primo diniego, ha approvato il Referendum popolare per decidere sul blocco delle estrazioni dal sito di Yasunì. Pertanto, stando alla disciplina che regola il referendum, in Ecuador, entro 75 giorni dal 9 maggio 2023 sarà indetta la consultazione popolare. Alla luce di questa analisi si propone, in conclusione una riflessione sulla metodologia giuridica utilizzata per studiare questa fattispecie.

***ABSTRACT [ENG]**: The Castilian expression "buen vivir" is related to the indigenous cosmovision found in Latin America. This was included in the Constitution of Ecuador and Bolivia on October 20, 2008 and February 7, 2009, respectively. According to the Western vision of development, there is a full and satisfying life as the wealth and production of goods and services of each individual state increases and can be enjoyed by each individual citizen. For traditional indigenous peoples, life is not solely a function of the economic sphere. Much emphasis is placed on traditional knowledge, respect for nature, and living in community in sharing and mutual respect. The main aspect of this cosmogonic vision is harmony with nature, naturaleza, all of which is reflected in the production of goods and services, which must be as balanced and respectful of it as possible. This approach marks the transition, at least theoretically, to an ecocentric view of environmental law. Significant, in the days of May 2023, is Correa's proposal of August 15, 2013 in which he asked Parliament to implement the so-called "plan*

[1] Ricercatore di diritto pubblico comparato, Università degli studi di Milano Statale

b" of the Yasunì-ITT project, for the partial exploitation of the subsoil of Yasunì National Park (inhabited by traditional indigenous peoples). Contrary to both environmental respect and the protection of the indigenous population, this case has returned to the present day as Ecuador's Constitutional Court, after an initial denial, approved the People's Referendum to decide on blocking extraction from the Yasunì site. Therefore, according to the Ecuadorean rules governing the referendum, the popular consultation will be called within 75 days from May 9, 2023. In light of this analysis, a reflection on the legal methodology used to study this case is proposed in conclusion.

SUMMARY: **1.** Introduction – **2.** The meaning of *buen vivir* – **3.** From anthropocentrism to ecocentrism – **4.** The process of subjectification of nature on the constitutional level – **5.** The Ecuadorean Constitution: key aspects – **6.** The Constitution of the Intercultural Republic of Bolivia: key aspects – **7.** Ecuador and Bolivia compared – **8.** Court cases related to nature protection (*buen vivir*) in Ecuador and Bolivia – **9.** Conclusions on the method of research on the subject of neo-Andean constitutionalism.

1. Introduction

The Castilian expression "*buen vivir"* (to live well) is related to the indigenous cosmovision present in Latin America. It was included in the Constitution of Ecuador and Bolivia on October 20, 2008, and February 7, 2009 respectively.

Before coming up with a definition of this innovative legal concept, we need to analyze and understand the ancestral vision of indigenous peoples; only with an in-depth analysis of them we can best understand *buen vivir.*

According to the Western view of development, a full and satisfying life is connected to the production of goods and services. This is calculated with gross domestic product (GDP). However, according to traditional indigenous peoples, life is not solely a function of the economic sphere.

According to these peoples' view, all living beings, human, animal, and plant, are equal and bearers of the same rights, in a complementary relationship of equal importance.

The main aspect of this cosmogonic vision is harmony with *nature*, with *naturaleza*, all of which is reflected in the production of goods and services, which must be as balanced and respectful of it as possible. As will be detailed later in this paper, the challenge for the Legislature has been to incorporate this vision into the normative framework of a given country; an even more interesting aspect is what the examples of Ecuador and Bolivia, which have incorporated these values into their constitutions, offer us.

Moreover, this vision of *buen vivir* presupposes another fundamental characteristic: living as much as possible in community, as a function of the community. Living in

community for community's sake. This translates into experimental forms of participatory and representative democracy.

In addition to the indigenous peoples who have handed down this ancestral vision of *buen vivir* for years, there is also the thought of Evo Morales Ayma, former president of Bolivia's plurinational state and promulgator of the 2009 constitutional reform, to analyze. In summarizing the concept of *buen vivir* he says: "*Nosotros, los pueblos indígenas del planeta, queremos contribuir a la construcción de un mundo justo, diverso, inclusivo, equilibrado y armónico con la naturaleza para el Vivir Bien de todos los pueblos*" and again: "*Vivir Bien es pensar no sólo en términos de ingreso per-cápita, sino de identidad cultural, de comunidad, de armonía entre nosotros y con nuestra Madre Tierra*" and concludes by saying, "*No tenemos muchas alternativas. Either seguimos por el camino del capitalismo y la muerte, o avanzamos por el camino de la armonía con la naturaleza y la* vida"[2]. Interesting, and consistent with his persona, is the reference to the indigenous world and people. It is worth mentioning how Evo Morales was the first indigenous president of Latin America (more precisely, he belongs to the Aymara people). As denoted by his words, *buen vivir* should serve as a model of harmonious development, respecting Mother Earth (and indigenous ancestral traditions). In the affirmation of this principle, one can see how strong the critique of capitalism and the Western model of development is[3]. In light of this analysis, a reflection on the legal methodology used to study this case is proposed in conclusion.

2. The meaning of *buen vivir*

After this contextualization we can arrive at a definition of the Castilian term *buen vivir*, which is derived from the Aymara language expression *sumaj qamaña* and the Quechua language term *sumak kawsay*. Despite obvious translation problems, some Latin American jurists and academics have proposed several terms that can be equated with the indigenous language but translated into Castilian. Pablo Mamani translates it as "riqueza de vida" or "saber vivir la vida"[4], i.e., wealth of life and knowing how to live life. Javier Medina translates the concept of *sumaj qamaña* (Aymara language) as: "buena vida, calidad de vida, bienestar, estilo de vida, buen vivir; felicidad, alegría"[5], i.e.: good life, quality of it, benestare, cheerfulness and *buen vivir*. Finally, Xavier Albó places emphasis on the coexistence of human beings with pachamama, or Mother

[2] F. Huanacuni, Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas, «Lima: Coordinadora andina de organizaciones indigenas» (2010).

[3] E. BERNAL – B. MURIEL – G. OLIVAREZ, *Pobreza, ingresos laborales y trabajo en Bolivia*, (2015).

[4] S. SCHAVELZON, *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*, Abya Yala Quito, 2015.

[5] *Ibid.*

Earth[6]. The indigenous terms just analyzed have a greater semantic meaning than just the term *buen vivir* (good living), since they refer to values such as: sharing, mutual respect (toward human beings and nature)[7] . We are dealing with an ancestral philosophical vision, which was later placed within the Constitution of Ecuador and Bolivia. These two states are the proponents of the new Andean constitutionalism, with a more careful respect for nature and the ancestral visions of indigenous peoples.

3. From anthropocentrism to ecocentrism

After analyzing it as a term, it is time to focus on *buen vivir* and compare it with the Western vision. The Constitutions of Bolivia and Ecuador can be seen as an attempt to overcome the Western hegemonic vision of development by presenting the world with a sustainable and communitarian alternative linked to the indigenous tradition.

The concept extruded from the Andean view is cosmocentric in which human beings have a subordinate role to the order of nature and things. Whereas, in the West, there is an opposing view, with man at the center and not nature, that is, the anthropocentric perspective[8].

One can find numerous contrasts between the Western hegemonic system and the Latin American counter-hegemonic system, starting with the principles that move and guide the lives of living beings[9]. In the new Andean constitutionalism, there is a complementarity between human beings and nature. This is not found in the West where, for cultural and historical reasons, the legal construction is anthropocentric[10].

Importantly, the analysis of *buen vivir* must address both the indigenous legal tradition, which posits a holistic and ancestral link between man and nature, and the prospects for a new model of economic development, in contrast to the prevailing global thinking. Both of these facets are present in the new Andean constitutionalism[11].

Interestingly, the constitutions of Bolivia and Ecuador explicitly refer to a plurinational and intercultural state (Art. 1 Const Ec. refers to the state as "*intercultural y plurinacional"*). This fosters a conceptualization of the constitutional state that is more relevant to the social and demographic composition of the two states, thus including

[6] X. ALBÓ, *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, vol. 71, Cipca, 2008.

[7] R. PERON – M.-J. CARO-BENÍTEZ, *La subjetividad jurídica de la naturaleza en el nuevo constitucionalismo andino: los casos de ecuador, Bolivia y Colombia*, «Saber, Ciencia y Libertad», 18/1 (2023).

[8] S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, «Visioni LatinoAmericane», 10 (2014), pp. 25–39.

[9] J. P. BLANCO – E. P. AGUIAR, *El Buen Vivir como discurso contrahegemónico. Postdesarrollo, indigenismo y naturaleza desde la visión andina*, «Mana», 26 (2020).

[10] On this point see, also in relation to environmental control and protection, C. SCHMITT – E. CASTRUCCI – F. VOLPI, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus publicum europaeum*, Adelphi, 1991

[11] S. BALDIN, *Il Buen Vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, 2019, p. 23

in the legal semantics also the indigenous peoples who, until now were the great excluded of past constitutions built merely on the Western model.

The very idea of *buen vivir*, in addition to respect for nature, is based on social cohesion among the various peoples who animate these two states. A passage not taken for granted, given the living conditions of the indigenous people, who have always been inferior to the descendants of the Spanish. Even in recent years, during the Covid-19 pandemic, the problem of indigenous peoples has been exacerbated; in fact, the management of the problems of these social formations has often been marginal and insufficient[12]. In addition, the shift from multinational to plurinational state is another peculiar element, compared to European and Western constitutions.

To conclude, the underlying idea of development is also somewhat antithetical to the Western vision. As denoted in the "*Plan nacional para el buen vivir"* (2017-2021), a five-year document where the Ecuadorean government sets goals to best satisfy the *sumak kawsay*, the term development is from the outset linked to collectivity. There is a focus on creating a link between the whole society, nature and the state, the only way to be able to ensure sustainable and human-friendly development for all[13]. The Ecuadorean state sets three goals for development: rights for all throughout life, affirming the importance of respect for plurinationality, interculturality and Mother Earth; an economy increasingly at the service of the community, both sustainable development and food sovereignty; and, finally, the goal of *"Măs sociedad, mejor estado,"* through which the Ecuadorean state wants to incentivize participatory democracy[14].

These three points are also at the heart of *buen vivir*, as it affects the entire state organization both constitutionally and economically.

4. The process of subjectification of nature on the constitutional level.

Art. 10 Const. Ec. establishes that: "*la naturaleza serà sujeto de aquellos derechos que le reconozca la constitución."* With this article, nature becomes a subject of law, having equal dignity with other subjects. This article places people, community and nature on the same level. Regarding the rights of nature there is a special part of the Constitution,

[12] See: G. M. GARCÍA – M. HABOUD – R. HOWARD – A. MANRESA – J. ZURITA, *Miscommunication in the COVID-19 Era*, «Bulletin of Latin American Research», 39 (2020), pp. 39–46 and R. FLORES-RAMÍREZ – A. A. BERUMEN-RODRÍGUEZ – M. A. MARTÍNEZ-CASTILLO – L. E. ALCÁNTARA-QUINTANA – F. DÍAZ-BARRIGA – L. DÍAZ DE LEÓN-MARTÍNEZ, *A review of Environmental risks and vulnerability factors of indigenous populations from Latin America and the Caribbean in the face of the COVID-19*, «Global Public Health», 16/7 (2021), pp. 975–999.

[13] S. F. PAZMAY-PAZMAY – P. D. PAZMAY-PAZMAY, *El Ecuador, plan nacional de desarrollo 2017-2021 toda una vida, derechos y sociedad*, «Domino de las Ciencias», 6/4 (2020), pp. 408–421.

[14] A. RINELLA – H. OKORONKO, *Sovranità alimentare e diritto al cibo*, «Diritto pubblico comparato ed europeo», 17/1 (2015), pp. 89–130.

Chapter VII: *derechos de la naturaleza*, and the referenced Articles are 71 to 74. Among other things, the right to the life of nature and the right to the restoration of nature's life cycle is enshrined in art. 72: "*la naturaleza tiene derecho a la restauracion, esta serà independiente de la obligacion que tiene el estado*". To conclude, art. 73 states that it will be the state's responsibility to promote environmental respect and regeneration.

The Constitution of Bolivia also mentions nature and its respect several times, such as Art. 8 Const. Bol., which points to *suma qamaña* (buen vivir) as one of the moral ethical principles that the state is committed to respect. Art. 33 states that all people have the right to live in a healthy environment, and the next article prescribes that all people may, collectively or individually, bring legal actions to defend the environment.

The big difference between Ecuador and Bolivia is that the former has established the subjectivity of nature in the Constitution itself, while the latter has delegated the affirmation of this subjectivity to the level of ordinary laws, more specifically through the *Ley de derechos de la madre tierra* (law number 71 passed on December 21, 2010). Art. 2 of this law prescribes the various principles that must guide the legislature; these include the collective good (II point), namely: the rights of Mother Earth must prevail over any human activity and over any acquired right[15]. With this point comes the transformation of nature from an object to a rights-bearing subject. Point III of said norm establishes the right of nature's regeneration, while the next point imputes to the state the duty to protect and guarantee respect for nature in order to ensure *buen vivir*. Art. 7 indicates the various rights of nature, among which are: the right to life, balance, water, air as healthy as possible, restoration, and life free of contamination[16].

Another Bolivian law fundamental to the implementation of *sumak kawsay* is the *Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien*[17], passed in October 2012. In this case it is a more specific regulation than the one previously mentioned. Art. 5 dissects the concept of respect for nature and *buen vivir*, indicating the actions of the state to support it.

As two developing states with a lower GDP than the average of Western states[18], this vision of nature preservation, cohesion and appeal to ancestral indigenous traditions is certainly new. However, there has been no shortage of shadows and inconsistencies, as evidenced by the court case that occurred in Ecuador concerning

[15] G. CLAXTON – A. DAMICO – M. RAE – G. YOUNG – D. MCDERMOTT – H. WHITMORE, *Health Benefits In 2020: Premiums In Employer-Sponsored Plans Grow 4 Percent; Employers Consider Responses To Pandemic: The annual Kaiser Family Foundation Employer Health Benefits Survey of the cost and coverage of US employer-sponsored health benefits.*, «Health Affairs», 39/11 (2020), pp. 2018–2028.

[16] https://www.bivica.org/files/tierra-derechos-ley.pdf.

[17] Law n. 301/2012.

[18] https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPD@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD/BOL.

the province of Loja or Bolivian President Evo Morales himself in the case of building a highway in an Amazon region without the consent of the indigenous population.

5. The Ecuadorean Constitution: key aspects.

Rafaël Correa became president of Ecuador in 2007; he went into the elections supported by the *Alianza PaÍs* (AP) party, a movement that brought together within it several of the country's social souls, which had always been on the margins of politics. It was a heterogeneous movement composed of extreme left, ecologists, and indigenous[19]. The first act of the newly elected president was to convene a Constituent Assembly, to draft a new Constitutional Charter.

The AP movement won 70 percent of the seats. After years of political unrest and social instability, the constitution could only be visionary, with *sumak kawsay* at the center as the master idea to guide subsequent national politics. There was no shortage of ambiguities, such as the resignation of Constituent Assembly President Alberto Acosta in June 2008, with work under way[20].

In the first "*plan nacional para el buen vivir"* of 2013 it is stated that *buen vivir* is *sumak kawsay*, furthermore, *buen vivir* is described as: "*la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad.* The indigenous vision of this philosophy has been correctly included in official acts. However, there are inconsistencies, especially with regard to economic development, the consequent role of the state, and how these can be harmonized with *sumak kawsay*'s vision.

Emblematic was Correa's August 15, 2013 proposal in which he asked Parliament to implement the so-called "plan b" of the Yasunì-ITT project, for partial exploitation of the subsoil of the Yasunì National Park (inhabited by traditional indigenous peoples). Contrary to both environmental respect and the protection of the indigenous population, this case has come back to the attention of international media as this paper concludes. In the next section I will detail that the Constitutional Court of Ecuador, after an initial denial, approved the People's Referendum to decide on the blocking of extraction from the Yasunì site.

The Ecuadorian Constitution indicates *buen vivir as* both a principle and a catalog of rights, as reflected in Title II, Chapter II: Rights of *buen vivir*[21]. In total, Ecuador's Constitution has 444 articles, making it one of the longest and most detailed in the world.

---

[19] S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in S. BALDIN – M. ZAGO (eds.), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, FILODIRITTO EDITORE, Bologna , pp. 73–99.

[20] *Ibid.*

[21] *Ibid.*

Given its ambitious goal as a constitution, it is interesting to analyze the use of the indigenous language, which more than Castilian can represent the claims of the ancestral population and the *sumak kawsay*. This term is mentioned 5 times (in the preamble, Art. 14, 250, 275 and 387). While *pachamama* is mentioned twice: in the preamble and in Art. 71 Const. Ec., where nature is referred to as a subject of law. In contrast, the Castilian translation *buen vivir* is mentioned 21 times. Dependent on this term are the duties and responsibilities of citizens, as well as an important role in the economic development of the state, which must be respectful of this ancestral philosophy, as reflected in Art. 283 Const. Ec[22].

Finally, there are matters in Ecuador's Constitution that can be linked indirectly to *sumak kawsay*, for example: an inclusive and social economy, the right to a plurinational and intercultural state, and direct citizen participation in the country's democratic choices[23].

Therefore, the long Constitution of Ecuador eviscerates the philosophy of *buen vivir*, attempting to analyze all areas of state intervention, from economics to justice, as well as the rights and duties of the Ecuadorean people. Despite the inconsistencies we have analyzed, it remains the first Constitution to place nature as the subject of law.

6. The Constitution of the Intercultural Republic of Bolivia: key aspects

The Constitution of the Plurinational Republic of Bolivia, desired by President Evo Morales, was promulgated on February 7, 2009 establishing the actions and functions that can be carried out by the state in compliance with *buen vivir*[24].

The Constitution presents two main visions regarding environmental protection: *buen vivir* on the one hand, and the respect for the indigenous population on the other; both of these ideas are homogeneous and mutually influence each other. For the latter aspect, already Art. 1 Const. Bol. establishes that, "*Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico*", emphasizing the desire to establish a multi-ethnic and pluricultural state. Art. 171 Const. Bol regulates social and economic rights for the indigenous population living within the national territory, as

[22] Art. 283 Const. Ec.: -The economic system is social and supportive; it recognizes the human being as both subject and end; it tends toward a dynamic and balanced relationship between society, the state and the market, in harmony with nature; and it aims to guarantee the production and reproduction of the material and immaterial conditions that enable good living.
joint and several, and the remaining ones established by the Constitution.
Popular and solidarity economy will be regulated in accordance with the law and will include cooperative, association and community sectors.

[23] S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, cit.

[24] F. HUANACUNI, *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, cit.

well as the possibility of exploitation of natural resources, and the use of their language and protection of their culture[25]. Legal personality is recognized.

Bolivia's Fundamental Charter establishes ethical and moral principles of the state, which are to be the inspiration, for future laws. Among the various principles listed in Art. 8 Const. Bol. there is also the *suma qamaña*, which can be translated into Castilian as *buen vivir*.

As in the case of the Ecuadorean Constitution, this is a very long and detailed text, with no less than 411 articles. Right from the preamble, it stresses the importance of respect for *pachamama*[26].

7. Ecuador and Bolivia compared.

First, *buen vivir* means a life in harmony with both the community and nature, where the individual, collective, material and spiritual spheres are interdependent[27].

In both cases, in Ecuador and Bolivia, it is critically important, in order to implement *buen vivir, to* carry out heterogeneous policies in collectivities, always respecting Mother Earth. *Buen vivir is* the result of a counter-hegemonic narrative[28]. These two countries have found in this form of constitutional narrative the way to harmonious development of state institutions following failed attempts to assimilate Western models.

The concept of *buen vivir* has within it several elements such as: participatory democracy, interculturalism, plurinationality, food sovereignty, and the strengthening of environmental protection. All of these rights are present within the two constitutions and are the lynchpin of the new Andean constitutionalism.

To conclude, *buen vivir* can present itself both as a guideline for public policy (obligations are imposed that states must meet in formulating laws) and as a normative principle. The latter is related to the various rights found in the two Constitutions. In Ecuador, Chapter II is dedicated to the rights of *buen vivir*, divided into eight sections: water and food, healthy environment, communication and information, culture and science, education, habitat and housing, health labor and social security[29]. There is to emphasize that the *sumak kawsay* is not just a static list of rights, this vision adjudicates several obligations on the part of the state and the community. The Ecuadorian Constitutional Court itself has repeatedly emphasized that the *sumak kawsay* is a

[25] S. SCHAVELZON, *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*, cit.

[26] S. BALDIN, *Il Buen Vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, cit.

[27] *Ibid.*

[28] J. P. BLANCO – E. P. AGUIAR, *El Buen Vivir como discurso contrahegemónico. Postdesarrollo, indigenismo y naturaleza desde la visión andina*, cit.

[29] S. BALDIN, *Il Buen Vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, cit.

fundamental structure of the state, guaranteeing access to constitutional rights, especially within the framework of economic, social and cultural rights; while the state plays a leading role, as the Court itself points out in ruling number 0006-10-SEE-CC of March 2010[30].

The Constitution of Bolivia also has a list of rights. In the original draft there was a distinction between "most fundamental" rights (life, bodily integrity, water, food) and other fundamental rights, the ultimate goal being to eliminate any form of hierarchy and implement concrete equality among rights[31], however in the approved Constitution there is the first chapter devoted to general provisions, followed by a list of rights. Even the Bolivian Plurinational Court, in 2012, in ruling number 0129, affirmed that the principle of *suma qamaña* is a categorical imperative for the State[32].

Constitution of Ecuador and Bolivia: nature's Rights.

In Ecuador and Bolivia, both the domain of nature and the relationship established between land and community are sacred. The inclusion of the *buen vivir* philosophy within the two constitutions transforms these preexisting ancestral values into a binding legal norm, placing this harmony between land and community at the center of constitutional semantics[33]. Nature itself becomes the bearer of rights and claims, becoming a subject of law alongside man.

Human beings, moreover, are an integral part of *pachamama*, and for this reason it is everyone's right to live in as healthy an environment as possible.

Sumak kawsay and *Suma qamaña* are indigenous expressions of the Bolivian and Ecuadorean indigenous population used to indicate the balance of the individual within the surrounding collectivity and ecosystem[34]. Ecuador and Bolivia, in 2008 and 2009, respectively, incorporated this Andean cosmovision into their constitutions, translating it with the Castilian term *buen vivir*. The ultimate goal is to live in harmony and balance with nature.

In these two Constitutions, nature is configured as a right related to the individual's living conditions. Finally, the claims of nature, including ecological citizenship, are stated on both the constitutional and ordinary legislative levels[35].

---

[30] E. IMPARATO, *I diritti della Natura e la visione biocentrica tral'Ecuador e la Bolivia*, «DPCE Online», 41/4 (2020), pp. 2455–2478.

[31] S. SCHAVELZON, *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*, cit.

[32] E. IMPARATO, *I diritti della Natura e la visione biocentrica tral'Ecuador e la Bolivia*, cit.

[33] *Ibid.*

[34] F. HUANACUNI, *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, cit.

[35] S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, cit.

Representation of the rights of nature within the Constitution of Ecuador.

Art. 10 Const. Ec. establishes the subjectivity of nature, which enjoys the rights recognized in the Basic Charter. Nature's claims are equated with those of the human population, according to Art. 11 Const. Ec. Moreover, the state proclaims itself as the promoter of compliance with these prescriptions.

The referenced articles are 71 to 74, which establish the rights of nature, found in the seventh chapter: "*derechos de la naturaleza*". From the outset, the right of *pachamama* to life, regeneration and maintenance of its life cycle is guaranteed. Under Sec. II, all people and communities can demand respect for the rights of nature.

On the other hand, Art. 72 prescribes the "*derecho a la restauración*", so it is a principle that seeks to incorporate remedial actions into the law in cases of environmental damage. In situations of serious environmental damage, it will be the responsibility of the state to implement measures to mitigate the damage, according to Art. 72 c.2. This precautionary principle implies a prudential criterion. The ultimate goal must be to avert any environmentally harmful activity[36].

Buen vivir is explicitly stated in Art. 74, one of the most *anthropocentric* articles of the Charter: all citizens and communities have the right to benefit from both Mother Earth and natural resources to enable *buen vivir*. In this case, *buen vivir* is indicated as the limit, the whole community must be able to enjoy the benefits of the earth, and everyone must enjoy *buen vivir.*

However, already within the Fundamental Charter there are early inconsistencies regarding the right of nature, and consequently *buen vivir*. While the previously mentioned articles can be linked to others that impose positive obligations and prohibitions (again regarding *naturaleza)*, such as Art. 15 Const. Ec. (the state promotes the use of *green* technology, both in the public and private sectors) or articles that prescribe the prohibition of mining in protected areas[37], other articles seem to disregard this biocentric approach. Art. 401 is a prime example. The first part declares the nation as GMO seed-free. However, the second part indicates the possibility of taking advantage of genetically modified seeds (subject to the approval of the President of the Republic and the Assembly)[38] . There is a reminder that *buen vivir* should be a philosophy to improve the life of the community, respecting the sacred relationship between humans and the earth, and this does not seem to be respected in this article. The same goes for Art. 407, which, with the same passage, approves mining in protected areas, although in the first part it is prohibited. In both cases this is justified using balancing national interests.

[36] F. HUANACUNI, *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, cit.

[37] S. BALDIN, *Il Buen Vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, cit.

[38] A. ACOSTA, *The Buen Vivir: an opportunity to imagine another world*, «Inside a Champion: An Analysis of the Brazilian Development Model» (2012), pp. 192–210.

Representation of the rights of nature within the Constitution of Bolivia

Unlike Ecuador, Bolivia has enacted the legal status of Mother Earth through a law: *Ley de derechos de la Madre Tierra*, No. 071 of 2010. The ultimate goal of this law is to establish balance and harmony with Mother Earth by defining the rights and duties and various roles of the plurinational state[39]. In addition, the state will have to ensure economic development, while at the same time respecting *naturaleza* and guaranteeing *buen vivir for* the population.

Art. 33 Const. Bol. guarantees the right to life in a healthy environment and respect for future generations. However, the various rights of *naturaleza* are found in ordinary laws, and in norms of constitutional status as is the case in Ecuador.

Art. 2 of the aforementioned law states the various guiding principles, among which are cited: harmony between human activity and the life cycles of the earth, guaranteeing the regeneration of the earth in cases of damage (also indicated as a limit, human activity may not harm Mother Earth in any case). Finally, both the prohibition of *mercantilización*, that is, the buying and selling of land, and the intrinsic value of interculturality are indicated. Respect for the land and *naturaleza* also passes through ancestral knowledge, techniques, and visions[40]. The principle of the collective good of the land is also affirmed in this article; this must take precedence over human activities. The definition of *Madre Tierra* is given in Art. 3, where the connection with all life forms and the dynamic aspect of this relationship is emphasized[41]. In addition, the surrounding nature is referred to as sacred, respecting traditional cosmovisions.

The legal character of nature is specified in Art. 5: we are dealing with a collective subject of public interest. Both the Earth and all human communities are holders of the rights found within the law itself. Specifically, Mother Earth, under Art. 7, enjoys the right to life, water, clean air, balance and regeneration.

The right to environmental regeneration, present in both Bolivia and Ecuador, is the most evocative representation of both the *buen vivir* philosophy and traditional Andean cosmovision and this biocentric turn implemented by both countries.

The Bolivian law, in Art. 8, in addition to prescribing the various rights of nature, also establishes obligations on the part of the plurinational state, among which are found: to implement public policies of environmental prevention and protection, to promote peace and the elimination of nuclear weapons, and to implement appropriate and nature-friendly energy sovereignty policies. Importantly, it is indicated as a state

[39] L. M. MONTAÑO RIVEROS, *Pluralismo jurídico y Derechos de la Madre Tierra*, «Revista Jurídica Derecho», 1/2 (2015), pp. 55–64.

[40] https://www.bivica.org/files/tierra-derechos-ley.pdf.

[41] F. HUANACUNI MAMANI, *Los derechos de la Madre Tierra*, «Revista Jurídica Derecho», 3/4 (2016), pp. 157–169.

obligation to respect forms of production and balanced consumption for the satisfaction of the *buen vivir* philosophy. In this way, the legislature seeks to promote this indigenous vision by avoiding waste and adjust production to these principles in order to respect nature more.

Buen vivir, in both countries, is seen as an opportunity to preserve in time and space their ancestral peculiarities and traditions. The ultimate goal, rather than the pursuit of development as in the West, must be harmony between community and nature. In both Ecuador and Bolivia constitutions, several articles set as goals the recovery and preservation of nature and an environment that is as healthy as possible. The intangibility of protected natural areas is enshrined in both constitutions. Art. 283 Const. Ec. describes the state's economic policy and sets the environmental limit from the outset, to ensure respect for *buen vivir.* It is interesting to note that such a constitutional device was also included in the Italian Constitution in Art. 41 Const. It. through the Constitutional Law 1/2022.

Bolivia, too, counts respect for natural resources and environmental conservation among the various duties of the state; more precisely, the matter is governed by Art. 9 Const. Bol.

Effectiveness of nature's rights. Lights and shadows

Broader protections vis-à-vis nature are found in countries where popular action is implemented, an instrument that guarantees the protection of diffuse interests of constitutional importance, such as the environment in this case. Several Latin American countries provide this form of direct access to justice (which consequently increases participatory democracy), such as, for example, Brazil, Peru, Costa Rica, and the two countries examined in this paper, Ecuador and Bolivia.

Nature exists apart from man, and its rights will have to be claimed when its harmony is altered through actions carried out by the human community[42]. It will be third parties, through popular action, who will claim the rights of Mother Earth.

The Ecuadorian Constitution establishes in Art. 71, first of all, the right of nature to be respected, and to the regeneration of its life. Furthermore, in Paragraph II, it is indicated that the community (*pueblo* or *nacionalidad*) has the right to demand from public authorities the enforcement of nature's rights and their protection.

Again, the Constitution of Ecuador, in Art. 88, indicates the tool made available by the legal system for those wishing to protect the rights of nature: this is the *acción de protección*[43]. It can be used by any Ecuadorean citizen, thus including those who are not

[42] L. PERRA, *La natura: sujeto de derechos*, "Jus Civile" (2017), pp. 627-645.
[43] *Ibid.*

directly harmed and affected. It is a direct and effective action to protect constitutionally enshrined rights[44].

Linked to Art. 88 Const. Ec. there is Art. 40 of the *Ley Organica de Garantias jurisdiccionales y Control Constitucional* of September 2009. This text outlines the various requirements for the activation of the *acción de protección*, including the violation of a constitutional right and the non-existence of other legal protection mechanisms to protect the constitutional right[45]. This means that if the jurisdictional guarantees provided by the Constitution are not met, this protection action can be used[46].

There is a point to be made that in the Ecuadorean legal system, thus also with regard to the organization of justice, there is a predominance of *naturaleza.* Nature plays a lynchpin role within the order[47]. The main good, to be preserved, is not the value of life, as is the case in the West, but the value of *buen vivir*. Judges will have to assess that the harmony between human collectivity and nature is respected, and that this relationship is not broken, leading to *mal vivir*.

8. Court cases related to nature protection (*buen vivir*) in Ecuador and Bolivia.

Also in Bolivia, the Constitution, in Art. 34, stipulates that any person, whether in an individual capacity or as a representative of a community, can bring legal actions to safeguard the surrounding environment. The same Constitution, in Art. 135, provides for *accíon popolar* to counter a violation of one of the rights enshrined in the Constitution, among which *naturaleza* is denoted. All citizens can promote this popular action in defense of collective interests. The principle of subsidiarity is excluded, since the ultimate goal is the celerity of action, to safeguard the right to a healthy environment[48].

Popular action has three purposes: to repair the possible damage, to immediately suspend the negative effects of that action, and a preventive purpose. In addition, in several fundamental laws of the multi-national state, reference is made several times to popular action and respect for nature. The *Ley de derechos de la madre tierra*, in Art. 2, establishes the duty of every citizen and community to respect and guarantee the rights of Mother Earth, for the purpose of achieving *buen vivir*[49].

This popular action is regulated in Chapter Six, Title II of the *Codigo procesal constitucional* (July 2012 law). Art. 69 of this law lists the subjects who may initiate this type of proceeding: all citizens, including those who represent the instances of a

[44] I. A. CEVALLOS ZAMBRANO, *La acción de protección ordinaria formalidad y admisibilidad en el Ecuador* (2009).
[45] https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf.
[46] I. A. CEVALLOS ZAMBRANO, *La acción de protección ordinaria formalidad y admisibilidad en el Ecuador*, cit.
[47] E. GUDYNAS, *El postdesarrollo como crítica y el Buen Vivir como alternativa* (2014).
[48] L. PERRA, *La natura: sujeto de derechos*, cit.
[49] https://www.bivica.org/files/tierra-derechos-ley.pdf.

collectivity, the ministry (*el ministerio publico y la defensoria del pueblo),* and finally the attorney general who represents the state[50]. Under Art. 71, if the court approves the guardianship it will result in the annulment of any act or action contrary to collective rights. However, it should be emphasized that environmental protection is extrinsic through legal subjects while Mother Earth is solely an object of law and the possible positive effects of the subjects' actions will fall indirectly to the object, i.e., Mother Earth[51].

Buen vivir and *sumak kawsay,* as we have seen, are expressions used by traditional Latin American people to indicate the balance that must be established between the human community and nature, in a circular relationship where the Western conception of "development" is absent[52] . As states included as cardinal principles within the constitutions of Ecuador and Bolivia, respect for this ancestral philosophy is demanded, although there is no shortage of internal contradictions, especially in the judiciary, where this vision is not always respected.

According to two pioneers of *Earth Jurisprudence*, namely the U.S. Christopher D. Stone and Chile's Godofredo Stutzin, in both countries, technical-legal references to the concept of *Earth Jurisprudence* are evident when analyzing the Constitutions. Stone indicates nature as a legal subject that must have rights. If these rights are not respected, it will be the duty of the *guardians to* protect and represent nature in court[53]. Reasoning very similar to what is still happening in Ecuador today, even though this book was published in 1973. On the other hand, the second scholar, Stutzin, refers to nature as a legal entity, more specifically a foundation for life[54].

Let us now turn to concrete examples on the failure to comply with the constitutional dictate. In Ecuador, the ordinary law regulated procedural requirements to protect the rights of nature, which were not provided for in the Constitution, narrowing the scope of application and making it less universalistic than the will of the constituents[55].

The Constitution, in Articles 75, 86 and 439 respectively, provides for jurisdictional guarantees and direct actions by the entire population in defense of the collective right to *buen vivir* and a healthy environment. In addition, the demonstration of direct injury

[50] https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N254.html.
[51] J. M. TORTOSA, *Sumak kawsay, suma qamaña, buen vivir* (2011).
[52] U. VILLALBA, *Buen Vivir vs Development: a paradigm shift in the Andes?*, «Third World Quarterly», 34/8 (2013), pp. 1427–1442.
[53] C. D. STONE, *Should trees have standing--toward legal rights for natural objects*, «S. CAl. l. rev.», 45 (1972), pp. 450.
[54] S. BALDIN – M. ZAGO, *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto Editore, 2014.
[55] S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, cit.

by the party seeking environmental protection is not required, whereas the ordinary law defeats this guarantor view.

The *Ley Organica de Garantias jurisdicionales y control constitucional,* in Art. 9, limits the action only to aggrieved persons, who must prove that they have suffered harm, with respect to the failure of a constitutional right[56]. The environmental protection action found within this national law is residual, and admissible only when it is certified that there is serious environmental damage[57].

Regarding the constitutional principle of *Sumak Kawsay* and the respective judicial actions for environmental protection, there are, as yet few, judicial interventions in favor of this cardinal principle of the Ecuadorian Constitution.

In Ecuador, in 2011, the first criminal judgment in favor of Mother Earth's rights was extended, the case being related to the damaging of the Vilcabamba River (Loja province). This first success in the judicial arena was initiated by two foreign nationals, Richard Frederick Wheeler and Eleanor Geer Huddle, who used the provision of Art. 71 Const. Ec. which governs how nature is to be protected. The two accused the provincial government of Loja, responsible, in their view, for polluting the Vilcabamba riverbed during the construction and widening of the Vilcabamba-Quinara road by failing to assess the risks of environmental impact[58]. These risks should have been assessed and managed by the Ministry of Environment. In addition, during the winter of 2009, the rainy season, the presence of rocks, debris, and even trees in the riverbed (accumulated due to the construction of the road) caused flooding of neighboring territories[59].

The two plaintiffs, in the first trial to protect the rights of nature in the Loja Provincial Court, made the following demands: immediately stop the dumping of debris into the river; regenerate nature itself, and immediately remove the various debris still in the river[60].

The Provincial Court of Loja (case number 1121-2011-0010 of March 30, 2011) recognized the responsibilities and failures of the local government (aggravated by the fact that the area is also protected because of its historical significance given the presence of Inca ruins). Among other things, the Court, in the ruling, openly mentioned respect for nature and its regeneration of life cycles in cases of defacement, a principle present in the 2008 Constitution. The provincial Court, seeing the provincial administrators' disregard for nature, ordered implementing measures to remedy the

[56] https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf.
[57] S. BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, cit.
[58] *Ibid.*
[59] S. SUÁREZ, *Defending Nature: Challenges and Obstacles in Defending the Rights of Nature; Case Study of the Vilcabamba River*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013.
[60] *Ibid.*

damage, such as: the application and implementation of the recommendations developed by the Ministry of Environment within a maximum of 5 days (under penalty of work stoppage) and the initiation of an independent task force to monitor the state of works, and finally made a public apology from the provincial government[61]. The Court, in this first ruling related to the rights of nature, ruled that the protective action, governed by Art. 88 Const. Ec., is the only procedural remedy to put an end to environmental damage. Moreover, only the likelihood of environmental damage, not its certainty, is required to put the measures in place[62].

Sarayaku vs. Ecuador.

The Inter-American Court of Human Rights is located in San Jose, Costa Rica. It has been in operation since 1979 and its ultimate purpose is to protect the rights enshrined in the 1978 American Convention on Human Rights[63]. The Court has jurisdiction over any subject, the only limitation being that it can only try states that have signed the Convention.

A year after the first historic ruling in the province of Loja, in which *naturaleza* was directly protected from human behavior there was, in 2012, another landmark ruling regarding *buen vivir* and respect for indigenous people: the *Sarayaku* vs. Ecuador case. Before then, the Inter-American Court had already protected several indigenous peoples, such as in *awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) and the Mayan population in *Toledo District vs. Belize*[64]. However, the 2012 ruling for the first time protects indigenous property.

Ecuador was accused of violating international and national law by granting the use of a region to an Argentine oil company without direct consultation by the affected population, the *Sarayaku*, who inhabit this region[65].

The Court, in its verdict, accused the State of Ecuador of having disregarded both sources of national law, such as the Constitution itself, and international sources of law, such as the 1989 Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169 and, finally, the Convention on Human Rights. By having granted the usufruct to the Argentine company, the state, by implication, had infringed on the property rights of the *Sarayaku* people. This ruling is significant, especially for condemning a state that did not

[61] *Ibid.*

[62] E. GUDYNAS, *El postdesarrollo como crítica y el Buen Vivir como alternativa*, cit.

[63] C. Y. VERBEEK, *Free, Prior, Informed Consent: The Key to Self-Determination: An Analysis of The Kichwa People of Sarayaku v. Ecuador*, "Am. Indian L. Rev.", 37 (2012), pp. 263.

[64] *Ibid.*

[65] U. KHATRI, *Indigenous People's Right to Free, Prior, and Informed Consent in the Context of State-Sponsored Development: The New Standard Set by Sarayaku v. Ecuador and Its Potential to Delegitimize the Belo Monte Dam*, "Am. U. Int'l L. Rev.", 29 (2013), pp. 165.

concretely respect the rights of indigenous peoples. This fact is even more serious, given that the Ecuadorian Constitution formally is based on the traditional indigenous principles of *sumak kawsay* and assumes equal treatment among all communities that populate Ecuador.

The first time this case was cited within the Inter-American Court was in 2003 by the *Sarayaku* people[66].

The Court ruled that the State of Ecuador failed to respect the right to *Free Prior Informed Consent*[67], a right recognized within the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Specifically, the indigenous people should had given consent to the Ecuadorian state to begin drilling work and consented to the Argentine company to operate in their territory. All this was to protect both the right to property and the self-determination of indigenous peoples.

In the international arena, both the Indigenous and Tribal Peoples Convention and the American Convention on Human Rights (ACHR) (ratified by Ecuador in 1997) have been violated. Specifically, the Court points out how the State decision goes against Art. 21 of the ACHR, which concerns the right to property. The Convention specifies that no one shall abandon their property, the only exception made, under payment of compensation, in cases of public interest[68].

Not only did the oil company and the state force a forced removal of the *Sarayaku* from their lands (not caring about the peculiar ancestral bond created between the human community and the *naturaleza*), but they also committed an act of defacing the natural environment by using explosives, cutting down the rainforest, and destroying archaeological, spiritual, and cultural sites of prime interest to the people.

In addition, both the 2008 Constitution, which provides for greater attention to the indigenous population in order to achieve *buen vivir* and equal treatment among all people living in Ecuador, and the previous Constitution of 1998, have not been respected by national law, since the facts date from before 2008. In fact, both the state and the oil company (CGC) failed to comply with the requirement of the previous Constitution to implement an exploratory phase between the company itself and the population from the outset (implemented 4 years later, in 2002)[69].

This ruling, for the first time, indicates an obligation on the part of states to consult their indigenous counterparts in situations such as these. It must be the state directly, and not a third-party company, to interact with the aggrieved population.

---

[66] *Ibid.*

[67] http://www.fao.org/indigenous-peoples/our-pillars/fpic/en/.

[68] https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf.

[69] U. KHATRI, *Indigenous People's Right to Free, Prior, and Informed Consent in the Context of State-Sponsored Development: The New Standard Set by Sarayaku v. Ecuador and Its Potential to Delegitimize the Belo Monte Dam*, cit.

The Yasuní case.

With respect to what was said at the beginning, the Yasunì case deserves a closer look because it saw a major breakthrough in May 2023.

Ecuador's Constitutional Court on Tuesday, May 9, 2023 approved the holding of a popular consultation aimed at protecting the Yasuní National Park, one of the largest biosphere reserves on the planet located in the heart of the Ecuadorian Amazon, from oil exploitation.

The Yasuní National Park, created in 1979 and declared a World Biosphere Reserve by UNESCO in 1989, is the largest protected natural area in mainland Ecuador and is home to more than 2,000 species of trees and shrubs, 204 mammals, 610 birds, 121 reptiles, 150 amphibians and more than 250 fish. It is not surprising, therefore, that it has been considered the place with the greatest biodiversity in the Western Hemisphere[70]. In addition, the park's intangible areas are home to the indigenous people of the Waorani ethnic group, including groups such as the Tagaeri and Taromenane, who live in voluntary isolation, with no contact with society outside their territory. In short, the Yasuní National Park is of great value for biodiversity, conservation, and cultural heritage reasons.

However, in 2013 the state oil company Petroecuador decided to exploit the oil resources of the Ishpingo-Tambococha-Tiputini (ITT) axis, located in the so-called Oil Exploitation Block 43, which also covers areas of Yasuní Park. Currently, Petroequador is operating in this area, producing more than 55,000 barrels of oil per day (about 11.45 percent of national production). Expanding on this, Petroequador has been conducting extraction activities in the Ecuadorian Amazon since 1972; during its period of operation, despite claiming to use advanced and environmentally friendly technologies, Petroecuador has not been able to guarantee the conservation of ecosystems[71].

The exploitation of the so-called Block 43 for oil extraction purposes, while it may bring benefits in economic terms, will almost certainly (as past experience shows) cause risks to biodiversity and to the survival of indigenous peoples who have been settled in the forest for centuries.

This situation led to the establishment of the environmental group Yasunidos, which promoted an initiative against oil exploitation in the area. The proposal calls for leaving underground the crude oil reserves found in the so-called Ishpingo-

[70] C. LARREA, *Yasuni ITT Case* [https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/], accessed 17/5/2023.

[71] Studies report 4 percent cumulative deforestation of native forests between 1906 and 2005 and a 20 percent loss of large animal density due to commercial hunting with firearms. V. *Ibid*.

Tambococha-Tiputini (ITT) axis, located in the so-called Block 43, which affects an important area of the Yasuní Park.

This proposal is nearly 10 years old: in fact, back in 2014, Yasunidos submitted some 757,000 signatures in support of the referendum, equivalent to 5 percent of the electoral roll at the time, as required by the Constitution to hold a plebiscite. However, the National Electoral Council, appointed by the Constitutional Court to review the signatures, did not accept 60 percent of the signatures. The reasons for the rejection were of the most varied; some signatures, for example, were not accepted because they were written on sheets of color and size that did not meet the requirements[72]. The process was finally concluded with the validation of signatures in 2022. The Constitutional Court then finally[73] approved the question they proposed, which is to be submitted to a popular vote. The text of the question will be: "Do you agree that the Ecuadorian government should keep the ITT crude oil, known as Block 43 in Yasuní National Park, indefinitely underground? Yes or No."

Under the law, the popular consultation will be held within a maximum of 75 days, and "Ecuadorians will be able to decide whether as a country we will continue to exploit the place with the greatest diversity on the planet or move toward a model that puts people and nature at the center of the future," as stated by the Yasunidos group in a message on social media after learning of the ruling.

In the event that the Yasunidos' initiative wins the referendum, the oil company will have to cease its operations, both production and testing, within a year. In addition, Petroecuador will have to conclude compensation agreements with companies active in the area. Lastly, if Yasunidos is successful, the state will not be able to exercise actions that tend to "initiate new contractual relations to continue the exploitation of Block 43."

In addition to issuing a ruling in favor of the Yasunidos question, the Constitutional Court ruled that the ballot paper that will be used for the consultation should include text explaining how to dismantle existing oil operations in the area if the initiative wins. In this regard, the Court's own ruling stated that "[s]he will proceed to the gradual and orderly withdrawal of all activities related to oil extraction within a period not exceeding one year."

---

[72] https://cuencahighlife.com/court-allows-popular-vote-to-end-oil-production-in-yasuni-it-could-cost-the-government-billions/.

[73] The ruling came after the Court decided on April 21 to reassign the case to a new judge rapporteur after the first appointed judge, Carmen Corral, submitted a ruling that failed to gain the support of the entire body. The Court then appointed Constitutional Judge Alí Lozada Prado to take charge of the case. V. *Aprueban consulta popular sobre prohibir explotación petrolera de Yasuní en Ecuador*, (10/5/2023) [https://www.swissinfo.ch/spa/ecuador-petr%C3%B3leo_aprueban-consulta-popular-sobre-prohibir-explotaci%C3%B3n-petrolera-de-yasun%C3%AD-en-ecuador/48500234], accessed 17/5/2023.

The Constitutional Court also rebuked "the set of state actions at the time that hindered the full exercise of the participation rights of the applicants and adherents to the initiative." In this regard, Yasunidos representatives did not fail to point out how the government, also using illegal means, slowed down the process of requesting the referendum, and how this caused great harm to the region with the greatest biodiversity in the world[74].

On the other hand, former Energy Minister Gustavo Trujillo said that Yasunidos' victory would cause irreparable damage to the state, considering that the so-called Block 43 produces more than 15 percent of Ecuador's oil[75] .

In conclusion, the recently approved referendum will be the site of clash between environmental and cultural demands, for the protection of biodiversity and indigenous peoples, and economic demands, which may ultimately also have social repercussions; Trujillo noted that in Ecuador "funding for schools, hospitals, and infrastructure depends on the revenue generated by Block No. 43"; without using overly dramatic tones appropriate for the political arena, the economic well-being of a state can have positive effects on society and on the enjoyment of certain human rights, such as the right to education and to receive healthcare services. The choice between these two instances is now up to the eligible voters.

9. Conclusions on the method of research on the subject of neo-Andean constitutionalism.

It is well known that, within the neo-constitutional framework, the development of the Andean theoretical trend in Ecuador and Bolivia would have been unthinkable without a series of concrete national and regional political circumstances that we have discussed in this work. Andean neo-constitutionalism was born out of Latin American emancipation and anti-colonial tendencies, anti-capitalism of self-determination in the face of the developmentalist model and of repulsion toward of the economic and fiscal guidelines proposed by international organizations. Theoretically, the Andean constitutional model possesses the three characteristic features of neo-constitutionalism, namely: the break with the formal model prior to World War II, the importance of new hermeneutic formulas for analyzing constitutional tenor - based on the application of principles and the defeatability - and the formation of a new prescriptive legal theory, heir to Ferrajoli's meta-garantism. As summarized by Ávila Santamaría,

[74] *Court allows popular vote to end oil production in Yasuní; It could cost the government billions*, (11/5/2023) [https://cuencahighlife.com/court-allows-popular-vote-to-end-oil-production-in-yasuni-it-could-cost-the-government-billions/], accessed 17/5/2023.
[75] *Ibid.*

"Neo-constitutionalism (...) is nothing other than the theory of fundamental rights placed at the center of the theory of law and the state, whereas law must be built on the basis of individuals and collectivities and their rights"[76].

A conflict arises as a result of a characteristic dynamic of Latin American legal-political literature: all research soon degenerates into *militant research*[77]. This modality, so deeply rooted in the research and educational sphere of the region, usually converges with classic political militancy[78]. Hence, it is unusual to find literature on Andean neo-constitutionalism devoid of a certain ideological bias. To overcome this excess, I suggest the application of a model of interpretation that allows us to delve into this radical thought with European eyes. This is precisely what Andean neo-constitutionalism pursues: an exercise of profound perspective, a crude, critical evaluation of our personal stance toward the legal and human paradigm, moving away from Western and ethnocentric prejudices. However, we must not fall into what Ávila Santamaría calls the *realist fallacy*[79], according to which there is a tendency to confuse the underlying theory of a constitutional text with the praxis that results from it. Furthermore, according to Ferrajoli, we must not succumb to the temptation to analyze law from the diatribe *to be*[80]. As we have seen the best normative synthesis of Andean neo-constitutionalism can be found in the Ecuadorian and Bolivian constitutional texts, specifically in their preambles. Both constitutions emerged at a historical moment of successful indigenous popular mobilizations, a regional anti-globalization trend and the exhaustion of the so-called neoliberal model. The popular movements were fundamental in shaping the trend of leftist governments. Through their constitutional texts, Ecuador and Bolivia "expressed their local concerns, the result of concrete political projects"[81]; in the words of Pérez Guartambel, the Latin American constituent processes moved toward "liberation from the oligarchic and neoliberal yoke"[82]. Indeed, in order to understand the neo-constitutionalist irruption in the Andean countries, it is necessary to assimilate their modern history, deeply marked by the emancipation from the adverse effects of neocolonialism. In this sense, Andean neo-constitutionalism not only defends the re-adoption of the indigenous

[76] R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El neoconstitucionalismo andino*, "Quito: Universidad Andina Simón Bolívar" (2016).

[77] F. BORDA, *Orlando, y Carlos Rodríguez Brandao*, "Investigación participativa" (1987).

[78] E. FLORES-KASTANIS - J. MONTOYA-VARGAS - D. H. SUÁREZ, *Investigación-acción participativa en la educación latinoamericana: un mapa de otra parte del mundo*, "Revista mexicana de investigación educativa," 14/40 (2009), pp. 289-308.

[79] R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El neoconstitucionalismo andino*, cit.

[80] L. FERRAJOLI, *Law and reason: a theory of criminal guaranteeism* (1989).

[81] M. CARBONELL, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica* (2009).

[82] C. PÉREZ GUARTAMBEL, *La Asamblea Constituyente. Una oportunidad histórica para el pueblo del Ecuador* (2007).

cosmovision in the legal sphere, but also the excommunication of the ideal of developmentalist progress - synonymous with extractivism, competition, consumerism, pollution. Andean neo-constitutionalism can be viewed in two opposing ways: either as Western constitutionalists do, who believe it is the product of ancestral institutions, characterized by the savagery of non-civilization to the ancestral institutions, or according to the authors of the Marxist diagnosis, who see it as the emancipatory path of the peoples of the South. Therefore, it is necessary to turn to a third way, which respects pluriversality and ethnic diversity, but does not fall into the easy capitalist critique. Moreover, one of the great "epochal challenges" of comparative law is the management of diversity, to which the provision of an "effective constitutional law of difference" is called for today. In the geographic-epistemological space of the Global South, in which Latin America is included, these challenges take on the terms of *interlegalidad* and *chthonic* diversity, elements derived from the existence of a relevant indigenous legal tradition. Indigenous *chthonic* law is based on a *sentido de territorialidad* that interweaves the right to ethnic and cultural identity with rights bound to the possession and use of land[83]. The constellation of rights related to the protection of the environment with the rights of effective legal protection and reparation propose to us a new perspective of analysis that is increasingly present in domestic and regional jurisprudence. Since the advantages and disadvantages of human rights-based approaches to environmental protection continue to be debated in the scholarly literature, there is a dearth of research regarding the impact on North-South power relations of the evolving environmental human rights regime. Some scholars have questioned the utility of the human rights framework given the diminished governance capacity of Third World States, which is the result of years of intervention by international law and international financial institutions. This should be analyzed as another aspect that has triggered the evolution of the Andean constitutional model.

[83] D. AMIRANTE, *Environmental Constitutionalism through the Lens of Comparative Law: New Perspectives for the Anthropocene*, in *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Routledge, 2022, pp. 148-167.

L'INTERPELLO IN MATERIA AMBIENTALE: UN UTILE STRUMENTO DI DIALOGO TRA LE COMPLICATE SEMPLIFICAZIONI

Giacomo Vivoli

Professore a contratto in Diritto dell'ambiente – Università di Firenze

ABSTRACT [ITA]: L'interpello ambientale è uno strumento giuridico introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 27 del D.L. 77/2021 (c.d. decreto semplificazioni) convertito con modifiche in legge n. 108/2021; scopi del presente contributo sono ricercarne l'origine, analizzarne gli elementi che lo caratterizzano per poi effettuare alcune riflessioni di ordine generale su questo nuovo strumento.

ABSTRACT [EN]: *The environmental ruling is a legal instrument introduced into the Italian legal system by art. 27 of the Legislative Decree 77/2021 (so-called simplification decree) converted with amendments into Law n. 108/2021; purposes of this paper are to research its origin, analyze the elements that characterize it and finally propose some general reflections on it.*

SOMMARIO: **1.** L'origine dell'istituto; **2.** Le caratteristiche generali degli altri interpelli già esistenti; **3.** L'ambito materiale dell'interpello ambientale: quale «*normativa ambientale*»?; **4.** I soggetti legittimati a presentare l'istanza; **5.** L'ambito oggettivo dell'interpello e i suoi limiti; **6.** Il "*peso giuridico*" della risposta; **7.** Sull'utilità dello strumento; **8.** Riflessioni conclusive: l'interpello ambientale tra semplificazione e dialogo.

1. L'origine dell'istituto.

La semplificazione è un tema che ritorna spesso alla ribalta nel nostro ordinamento nei più svariati ambiti[1] e negli ultimi anni si possono contare numerose iniziative

[1] Tra i numerosi contributi in tal senso v. F.FRACCHIA, P.PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, n. 36, 2020, pp. 33-70 (il contributo è dedicato al D.L. 76/2020 anch'esso denominato "*semplificazioni*"); recentemente dedicato al PNRR v. C.B.CEFFA, *La semplificazione normativa nel PNRR: verso una vera riforma (ri)abilitante in tema di qualità della regolazione?*, in *Federalismi.it,* n.11, 2023, pp. 23-53; ma la questione è antica e la dottrina pressoché sterminata; tra le opere monografiche dedicate al tema si può segnalare M.L.D'AUTILIA, N. ZAMARO, *Semplificazione e trasparenza: lo stato di attuazione della legge n. 241 del 1990*, 2005; A.M. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole,* 2005; S. AMOROSINO *Achille e la tartaruga: semplificazione*

legislative promosse proprio al fine di tentare di semplificare un sistema troppo complesso e complicato; come avremo modo di evidenziare anche nelle riflessioni finali questi due termini, complesso e complicato, impiegati come sinonimi nel linguaggio quotidiano, potrebbero invece meritare un utilizzo differenziato in quanto ontologicamente distinti.

L'interpello ambientale viene introdotto nel nostro ordinamento all'interno del D.L. n. 77/2021, noto come "*semplificazioni*"[2] – ma non è il primo[3] – e suddiviso in due parti: la prima contiene disposizioni in materia di governance del PNRR in cui vengono stabiliti i ruoli delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e le modalità di interlocuzione con le autorità europee; nella seconda parte, dove viene collocato l'art. 27 che interessa ai fini del presente contributo, trovano spazio quelle disposizioni che mirano ad accelerare e snellire le procedura nonché volte al rafforzamento della capacità amministrativa. Rispetto a queste finalità perseguite dal legislatore l'interpello ambientale, almeno in prima battuta, non sembra poter essere considerato uno strumento che acceleri o snellisca una procedura amministrativa[4] a meno che non lo si voglia interpretare quale elemento in grado di rimuovere dubbi o incertezze sul piano normativo e quindi, in tal senso, capace di fornire un contributo utile a tali scopi; tra le espressioni utilizzate dal legislatore quella a cui l'interpello pare tendere di più è il rafforzamento della capacità amministrativa anche se la portata trasversale dell'istituto e le sue specificità lo rendono un *unicum*.

Prima di procedere all'analisi degli elementi strutturali del nuovo istituto ossia, in particolare, i soggetti legittimati a proporre l'istanza, il perimetro del suo utilizzo, la portata giuridica della risposta e la tempistica entro la quale quest'ultima dovrebbe giungere, si ritiene utile aprire una preliminare riflessione sull'effettiva origine di tale

amministrativa e competitività del sistema Italia, 2006; VESPERINI G. (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, 2006; F.BASSANINI, L.CASTELLI (a cura di), *Semplificare l'Italia: Stato regioni enti locali*, 2008; P. CARNEVALE, *Le cabale della legge: raccolta di saggi in tema di semplificazione normativa e manovra "taglia leggi"*, 2011; J.LUTHER, P.M.VIPIANA (a cura di), *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, 2013; più datato v. G.ARENA, *Semplificazione normativa: un'esperienza e alcune riflessioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 1999, pp. 851-876 e sull'esperienze delle c.d. "taglia-leggi" più recentemente v. M.CALVO, *Gli angeli e i demoni della semplificazione. La manutenzione dell'ordinamento giuridico tra vecchi e nuovi procedimenti "taglia-leggi"*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2020, pp. 49-83.

[2] L'epigrafe del D.L. n. 77/2021 è «*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*».

[3] In precedenza anche il D.L. n. 76/2020 convertito in L. n. 120/2020 ha assunto tale denominazione dedicando misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale; v. F.CINTOLI, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in *Federalismi.it*, n.7, 2021, pp. 80-104; v. anche F.FRACCHIA, P. PANTALONE, *op. ult.cit.*

[4] Si precisa che il presente contributo non analizza le misure di semplificazione contenute del D.L. 77/2021.

strumento; si vorrebbe cioè verificare se l'idea dell'interpello ambientale possa essere considerata una vera e propria novità concepita dal legislatore. A questo interrogativo la risposta non può che essere negativa; infatti lo spunto nonché molti degli elementi strutturali dell'interpello poi assorbiti nell'intervento legislativo si riscontrano in un precedente documento elaborato da Confindustria nel 2018 dedicato all'economia circolare[5].

All'interno del paragrafo dedicato ad abbattere le barriere «*non tecnologiche*» viene ricordata sia l'esigenza di riorganizzare e razionalizzare la regolazione ambientale sia la nota "*turbolenza normativa*" del D.Lgs. 152/2006, ossia le continue e ravvicinate modifiche del suo tessuto legislativo; sulla base di queste premesse e in funzione dell'elevato tecnicismo che caratterizza la regolazione ambientale, il documento propone di introdurre un «*meccanismo di interpello simile a quello fiscale per assicurare agli operatori, attraverso le associazioni imprenditoriali, un confronto con l'amministrazione in grado di evitare sanzioni e sequestri a fronte di regole spesso di difficile interpretazione*»[6].

Il documento prosegue suggerendo di limitare il novero dei soggetti legittimati alle sole associazioni imprenditoriali; la selezione dei legittimati realizzerebbe un adeguato compromesso tra l'esigenza di chiarimenti avvertiti dal mondo delle imprese ed evitare un'eccessiva proliferazione di istanze con il rischio di alimentare un meccanismo troppo oneroso da gestire a carico dell'autorità tenuta a rispondere[7].

2. Le caratteristiche generali degli altri interpelli già esistenti.

Quello in materia ambientale è solo l'ultimo, in ordine di data, di una nutrita serie di interpelli già previsti dal legislatore statale introdotti per soddisfare esigenze diverse.

Si può già anticipare che la soluzione adottata lo rende un ibrido tra i due interpelli forse più noti del nostro ordinamento ossia quello fiscale interpretativo ex art. 11 della L. 212/2000[8] e quello in materia di previdenza sociale e del lavoro ex art. 9 del D.gs. 124/2004; se il risultato finale risulta un mix tra le caratteristiche strutturali degli interpelli sopra citati, va anche precisato che quello ambientale presenta degli elementi tali da distinguerlo comunque dagli altri; il legislatore nella formulazione normativa adottata si è quindi sicuramente ispirato alle figure già disciplinate ma le

[5] Il documento, reperibile sul sito www.confindustria.it, è datato 31 ottobre 2018 ed intitolato «*Il ruolo dell'industria italiana nell'economia circolare*».

[6] *Ibidem* p. 97.

[7] Dopo una prima fase di sperimentazione, il documento proponeva una successiva estensione a presentare istanza di interpello a qualsiasi soggetto interessato ed auspicava una sua introduzione anche a livello regionale per le discipline normative di propria competenza; *ibidem* p. 98.

[8] Statuto dei diritti del contribuente.

caratteristiche regolatorie della tutela dell'ambiente non potevano permettere una mera riproposizione "*tale e quale*" degli istituti presenti. Tenuto conto di questo, si ritiene utile una breve ricognizione dei due interpelli sopra richiamati in modo da far emergere sia gli elementi di somiglianza ripresi dal legislatore per forgiare quello ambientale, sia le caratteristiche distintive di quest'ultimo rispetto ai precedenti.

L'interpello fiscale consente a qualsiasi contribuente, in presenza di condizioni di obiettiva incertezza della corretta interpretazione di una disposizione, di interpellare l'amministrazione finanziaria per ottenerne una risposta «*riguardante fattispecie concrete e personali*».

L'ambito soggettivo, ovvero il novero dei legittimati, risulta molto ampio in quanto l'istanza può essere presentata da qualsiasi contribuente; il sistema congegnato in modo così aperto se da un lato ne amplifica la dimensione garantista dall'altro ha messo decisamente sotto stress l'amministrazione a cui viene affidato il compito di gestire una quantità imponente di istanze, informazioni e documenti[9].

La risposta all'interpello deve essere fornita dall'amministrazione finanziaria entro 90 giorni dalla presentazione dell'istanza e tale termine, si anticipa già, è lo stesso che

[9] Una conferma in tal senso risulta dai dati dell'Agenzia delle Entrate che sono stati forniti dal proprio direttore Ernesto Maria Ruffini nell'intervento presso la Camera dei deputati del 9 marzo 2023 dove è emerso che i documenti predisposti nel 2022 sono stati oltre 17 mila, un quantitativo tale da giustificare una riflessione sulla capacità di tenuta del sistema e cha ha indotto a prevedere un ridimensionamento dell'istituto; una volontà legislativa in tal senso è rilevabile nell'art. 4 del ddl della legge delega di riforma fiscale nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 marzo 2023 e presentato alla Camera dal Ministro dell'Economia e delle Finanze il 23 marzo 2023 dove, all'interno di una finalità più ampia di revisione dello statuto dei diritti del contribuente, si punta anche alla razionalizzazione dell'istituto dell'interpello ricercandone un utilizzo più sostenibile.
L'art. 4 contiene l'elenco di alcuni principi e criteri direttivi specifici per la revisione dello statuto dei diritti del contribuente che il Governo dovrà osservare nell'esercizio della delega; ai sensi dell'art. 4, co. 1, lett. c) si persegue una razionalizzazione della disciplina dell'interpello in modo da raggiungere le seguenti finalità:
«*1) ridurre il ricorso all'istituto dell'interpello di cui all'articolo 11 della citata legge n. 212 del 2000, incrementando l'emanazione di provvedimenti interpretativi di carattere generale, anche indicanti una casistica delle fattispecie di abuso del diritto, elaborati anche a seguito dell'interlocuzione con gli ordini professionali, con le associazioni di categoria e con gli altri enti esponenziali di interessi collettivi nonché tenendo conto delle proposte pervenute attraverso pubbliche consultazioni;*
2) rafforzare il divieto di presentazione di istanze di interpello, riservandone l'ammissibilità alle sole questioni che non trovano soluzione in documenti interpretativi già emanati;
3) subordinare, per le persone fisiche e i contribuenti di minori dimensioni, l'utilizzazione della procedura di interpello alle sole ipotesi in cui non è possibile ottenere risposte scritte mediante servizi di interlocuzione rapida, realizzati anche attraverso l'utilizzo di tecnologie digitali e di intelligenza artificiale;
4) subordinare l'ammissibilità delle istanze di interpello al versamento di un contributo, da graduare in relazione a diversi fattori, quali la tipologia di contribuente o il valore della questione oggetto dell'istanza, finalizzato al finanziamento della specializzazione e della formazione professionale continua del personale delle agenzie fiscali».

il legislatore ha stabilito per l'interpello in materia ambientale; ma se la tempistica appare identica profondamente diversa è la sua natura e, in particolare, gli effetti che ne conseguono in funzione del suo decorso in assenza di risposta. Infatti nel caso dell'interpello fiscale interpretativo il legislatore ha optato per il silenzio assenso con le relative conseguenze giuridiche: l'eventuale mancanza di risposta entro il termine stabilito «*equivale a condivisione, da parte dell'amministrazione, della soluzione prospettata dal contribuente*»[10]; soluzione che, come vedremo[11], non è stata invece accolta per l'interpello in materia ambientale. Gli effetti della risposta fornita dell'amministrazione finanziaria (o della non risposta) risultano chiari: qualsiasi atto difforme dalla risposta (o dalla soluzione prospettata dal contribuente) è nullo[12].

La disposizione legislativa si completa con una formula volta a limitare nel tempo la solidità della risposta all'interpello qualora l'amministrazione finanziaria ritenesse di modificare la propria posizione interpretativa; infatti la "*copertura*" dell'interpello si estende sì «*ai comportamenti successivi del contribuente riconducibili alla fattispecie oggetto di interpello*», ma «*salvo rettifica della soluzione interpretativa dell'amministrazione*» anche se, evitando così qualsiasi impatto retroattivo, «*con valenza esclusivamente per gli eventuali comportamenti futuri dell'istante*».

Passando all'interpello in materia previdenziale e del lavoro disciplinato dall'art. 9 del D.Lgs. n. 124/2004 si può evidenziare come questo sia concepito su logiche ed elementi profondamenti diversi rispetto a quello fiscale.

In primis esiste un filtro selettivo che limita l'alveo dei soggetti che possono presentare al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali «*quesiti di ordine generale sull'applicazione delle normative*» di sua competenza; infatti i soggetti legittimati risultano soltanto gli «*organismi associativi a rilevanza nazionale degli Enti territoriali e gli enti pubblici nazionali, nonché, di propria iniziativa o su segnalazione dei propri iscritti, le organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale e i consigli nazionali degli ordini professionali*»; in sintesi non è aperto a tutti i contribuenti come quello fiscale. La risposta viene fornita tramite la Direzione generale del Ministero d'intesa con le competenti Direzioni generali «*e, qualora interessati dal quesito, sentiti gli enti previdenziali*»; peculiare il fatto che non è prevista alcuna tempistica di risposta e pertanto nemmeno si pone la questione di quale valore debba essere attribuito al silenzio da parte dell'amministrazione competente a fornire i chiarimenti. Per quanto riguarda invece la solidità della risposta resa, la disposizione chiarisce che adeguandosi si esclude «*l'applicazione delle relative sanzioni penali, amministrative e civili*».

[10] Art. 11, co. 3, L. n. 212/2000.
[11] Vedi anche *infra* par. 6.
[12] Art. 11, co. 3, L. n. 212/2000.

Va oltre gli scopi del presente contributo approfondire ulteriormente gli elementi strutturali ed esprimere un giudizio sulle loro finalità e sui complessi equilibri ricercati dal legislatore nella disciplina dei due interpelli sinteticamente richiamati; con questa breve panoramica si è comunque evidenziato in modo sufficiente gli aspetti comparativi essenziali ed utili per comprendere quali siano gli elementi innovativi pensati *ad hoc* per l'interpello in materia ambientale.

3. L'ambito oggettivo dell'interpello ambientale: quale «*normativa ambientale*»?

Una volta assegnata la paternità dell'idea e ricostruiti sinteticamente gli elementi strutturali di due degli interpelli presenti nel nostro ordinamento si può passare ad analizzare con maggior contezza gli elementi strutturali dell'interpello ambientale disciplinato dall'art. 27 del D.L. n. 77/2021 che ha aggiunto il nuovo art. 3-*sexies* al D.Lgs. n. 152/2006.

L'istituto è stato quindi inserito nella prima parte del c.d. "*Codice dell'ambiente*" dedicato alle disposizioni comuni e generali. La scelta di questa collocazione pone un primo dubbio sulla portata applicativa dell'istituto stesso; per comprendere meglio la questione occorre considerare come la disposizione statale prevede la possibilità di proporre istanze «*di ordine generale sull'applicazione della normativa statale in materia ambientale*»[13]. Non si può non notare un certo tasso di tautologia nella misura in cui viene stabilito che l'interpello "*ambientale*" può essere proposto per qualsiasi "*materia ambientale*"; tuttavia la disposizione non fa altro che riproporre implicitamente il primordiale interrogativo di quale sia il concetto di ambiente; o, più precisamente, quale sia la definizione di ambiente che risulti utile per il mondo del diritto.

Il dilemma è noto e si rimanda agli esaustivi approfondimenti già elaborati dalla dottrina[14] ma, in questa sede, preme evidenziare gli effetti che si riverberano sul piano concreto; infatti la debolezza teorica a monte genera un preciso e concreto riflesso a valle: se non è possibile fornire una definizione di ambiente univoca per il mondo del

[13] Art. 27, co. 1, D.L. 77/2021.

[14] Sull'indeterminatezza della disciplina v. S.GRASSI, *Introduzione*, in S.GRASSI,M.CECCHETTI, A.ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, 1999, vol. I, p. 8; l'A. dopo aver ricordato che sul concetto di ambiente vi siano incertezze sia sul piano scientifico che nelle risposte di politica economica afferma che «*[s]ul piano giuridico il concetto assume, conseguentemente, un significato indeterminato, poliedrico che si colloca in termini trasversali rispetto a tutti i settori e le discipline che entrano in contatto con i problemi e gli interessi ambientali*»; M.CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, 2000, pp. 1-8; l'A. ritenendo come «*la ricerca a tutti i costi di una nozione giuridica di "ambiente" si rivela, in fondo, un falso problema*» propone piuttosto di spostare gli interrogativi in altre direzioni e, segnatamente, verso la natura giuridica dell'interesse alla tutela dell'ambiente e, come conseguenza, nell'individuazione «*dei principi che debbono sovraintendere ad ogni forma di giuridificazione di tale interesse*», p. 6;

diritto consegue la difficoltà di stabilire rigidamente il perimetro stesso della disciplina[15].

Trasferendo questa incertezza sull'interpello ambientale, posto che il perimetro della "*normativa ambientale*" non è di agevole e chiara perimetrazione, quali ambiti materiali possono essere oggetto di interpello? E venendo al dubbio principale, la collocazione dell'interpello ambientale all'interno del D.Lgs. n. 152/2006 implica che può essere presentato solo per le discipline in esso contenute? Per giungere alla risposta si può partire da una constatazione "*in negativo*": le disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 152/2006 non esauriscono il perimetro della regolazione ambientale statale; si può cioè affermare che mentre le normative ivi contenute rientrano sicuramente nella regolazione ambientale ve ne sono altre, con disciplina esterna al D.Lgs. n. 152/2006, che altrettanto sicuramente vi rientrano. Tra queste ultime, a titolo puramente esemplificativo, sia sufficiente citare la disciplina delle aree naturali protette e quella sulle attività a rischio di incidente rilevante entrambe pacificamente ricondotte dalla giurisprudenza costituzionale all'interno della "*materia*" tutela dell'ambiente e dell'ecosistema[16] ex art. 117, co. 2, lett. s) della Costituzione.

Si può quindi affermare che la "*normativa statale ambientale*", espressione contenuta nella disposizione che introduce l'interpello, non può esaurire la propria portata all'interno nel D.Lgs. n. 152/2006. D'altra parte non si può però non considerare la scelta di collocare l'istituto proprio all'interno delle disposizioni generali del D.Lgs. n. 152/2006 né come il suo articolo di apertura ne autodetermini anche gli ambiti di applicazione[17] che sono la VIA, la VAS e l'AIA, la difesa del suolo e la tutela delle acque

[15] Per ulteriori riflessioni su problematiche di perimetrazione della materia ambientale v. G.ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente,* 2021, pp. 25-29 e B.CARAVITA, L.CASSETTI, A.MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente,* 2016, pp. 39-48.

[16] Per quanto riguarda le aree naturali protette nella recente sentenza 115 del 2022 la Corte ha ribadito come «*[l]a legge quadro n. 394 del 1991 sulle aree protette è pacificamente ricondotta dalla giurisprudenza di questa Corte alla "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., alla quale, pertanto, le Regioni sono tenute a conformarsi*»; ma vedi anche le recenti sentenze n. 134 del 2020, n. 290 e n. 180 del 2019, n. 121 del 2018, n. 74 e n. 36 del 2017; peraltro va ricordato come sul piano legislativo la disciplina sulle aree naturali protette risultava anche tra i settori e le materie previste nella legge n. 308/2004 di delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale ma la scelta finale è stata invece quello di mantenere tale disciplina fuori dal decreto delegato. Invece, per le attività a rischio di incidente rilevante, la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 407/2002 ha stabilito che tale disciplina è «*riconducibile al disposto dell'art. 117, secondo comma, lettera s) della Costituzione, relativo alla tutela dell'ambiente*» (cid 3.2).

[17] L'art. 1, denominato "Ambito di applicazione", dispone che il D.lgs. 152/2006 «*disciplina, in attuazione della legge 15 dicembre 2004, n. 308, le materie seguenti:*
a) nella parte seconda, le procedure per la valutazione ambientale strategica (VAS), per la valutazione d'impatto ambientale (VIA) e per l'autorizzazione ambientale integrata (IPPC);

dall'inquinamento, la gestione dei rifiuti, l'inquinamento atmosferico e il danno ambientale.

Emerge più chiaramente adesso il dubbio da cui siamo partiti: visto che l'interpello ambientale è stato inserito all'interno delle disposizioni generali del D.Lgs. n. 152/2006 e questo autodetermina i propri ambiti normativi appare legittimo chiedersi se l'istituto possa trovare applicazione solo per le discipline ivi contenute.

Una prima ipotesi interpretativa volta a valorizzare la collocazione formale porterebbe ad escludere la presentazione di istanze su normative statali diverse da quelle collocate all'interno del Codice stesso; una lettura chiusa che apparirebbe contrastante con la *ratio* dell'istituto e con il fatto che la disposizione apra poi a tutta la "*normativa ambientale statale*"; inoltre non considera che se l'obiettivo era davvero limitare le istanze di interpello alle sole discipline previste all'interno del D.Lgs. n. 152/2006 sarebbe stata questa una indicazione chiara e semplice da indicare nella formulazione legislativa.

Le stesse argomentazioni spingono verso una soluzione ermeneutica diversa, più aderente alla finalità dell'intervento legislativo, che esclude qualsiasi limitazione motivata in base alla formale collocazione; in base ad un'interpretazione che guarda alle finalità dell'istituto l'interpello può quindi trovare applicazione per qualsiasi "*normativa statale ambientale*"[18] perdendo di rilievo se la disciplina oggetto di chiarimenti sia contenuta o meno nel D.Lgs. n. 152/2006.

Una conferma che la soluzione interpretativa corretta sia quella teleologica la si rileva anche sul piano strettamente pratico.

Il legislatore ha infatti individuato nel Ministero della sicurezza energetica (MASE) l'autorità a cui le istanze di interpello ambientale devono essere presentate; questo, in linea con la proposta promossa da Confindustria nel documento del 2018, ha l'obbligo

b) nella parte terza, la difesa del suolo e la lotta alla desertificazione, la tutela delle acque dall'inquinamento e la gestione delle risorse idriche;
c) nella parte quarta, la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti contaminati;
d) nella parte quinta, la tutela dell'aria e la riduzione delle emissioni in atmosfera;
e) nella parte sesta, la tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente».
Peraltro 1'art.1 non tiene conto del fatto che nel 2015, nello stesso momento in cui i c.d. ecoreati sono stati introdotti nel codice penale, il legislatore ha anche aggiunto la parte sesta-bis nel D.Lgs. 152/2006 che prevede una procedura estintiva per le ipotesi contravvenzionali ivi contenute.

[18] Semmai si potrebbe porre il caso, di sicuro interesse soprattutto in punto di motivazione, di una istanza di interpello rifiutata perché, a parere dell'autorità competente a rispondere, la questione esula dalla regolazione ambientale; anche se quindi non pensato per questo l'interpello potrebbe risultare uno strumento concreto per aiutare a definire, almeno secondo il punto di vista dell'autorità competente, quali siano i limiti della regolazione statale ambientale.

di pubblicare senza indugio le risposte fornite nell'ambito della sezione "*Informazioni ambientali*" del proprio sito previo oscuramento dei dati protetti da riservatezza[19].

Verificando il sito[20] si riscontra la presenza di sezioni dedicate a discipline che trovano una corrispondenza con gli ambiti disciplinati all'interno del D.Lgs. n. 152/2006 quali "*tutela dell'acqua*", "*bonifiche*", "*economia circolare*", "*qualità dell'aria*", "*valutazioni ed autorizzazioni ambientali*", "*difesa suolo*" e "*contravvenzioni ambientali ex art. 318 e ss del D.Lgs. n. 152/2006"*. Ma ve ne sono anche altre che invece fanno riferimento a discipline normative esterne al D.Lgs. n. 152/2006 e, segnatamente, quelle denominate "*natura*", "*energia*", "*rischi d'incidente rilevante*" e "*agenti fisici*"[21].

Quindi, in funzione di come è stato organizzato il sito e le sezioni pensate, il MASE, interpretando la disposizione legislativa, ha ritenuto che le istanze potessero avere ad oggetto anche normative ambientali statali non comprese nel Codice. Dopodiché dal sito emergono due dati: *in primis* le sezioni extra-Codice sono quasi prive di interpelli[22]; inoltre, all'interno delle sezioni con regolazioni comprese nel D.Lgs. 152/2006, quelle che hanno ricevuto la quasi totalità delle istanze sono "*economia circolare*" e "*valutazioni ed autorizzazioni ambientali*"[23]. Quindi seppur resta valida l'ampia portata oggettiva dell'interpello ambientale, un riscontro empirico permette di evidenziare come, almeno allo stato attuale, i soggetti interessati a ricevere chiarimenti da parte del MASE si sono orientati quasi esclusivamente verso le autorizzazioni ambientali e l'economia circolare.

4. I soggetti legittimati a presentare l'istanza.

Per quanto riguarda i soggetti a cui è stata concessa la facoltà di poter presentare istanza di interpello la scelta legislativa è andata nel senso di introdurre un filtro selettivo. Infatti, ai sensi dell'art. 27 del D.L. n. 77/2021, l'interpello in materia ambientale può essere presentato solo da enti pubblici e, nel mondo privato, da enti associativi qualificati.

I soggetti pubblici che possono presentare istanza sono le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, le province, le città metropolitane ed i comuni.

---

[19] Art. 27, co. 2, D.L n.. 77/2021.

[20] L'indirizzo dedicato all'interpello ambientale è *https://www.mase.gov.it/pagina/interpello-ambientale*.

[21] Quest'ultima è ulteriormente dettagliata in "*rumore, inquinamento acustico, radiazioni ionizzanti e non ionizzanti*" ed è quindi destinata ad accogliere interpelli ambientali in tema di inquinamento acustico ed elettromagnetico.

[22] Alla data del 26 giugno 2023 quando si chiude il presente contributo risulta soltanto un interpello nella sezione "*natura*".

[23] Alla data del 26 giugno 2023 quando si chiude il presente contributo risultano 29 interpelli nella sezione "*economia circolare*" e 31 interpelli nella sezione "*valutazione ed autorizzazioni ambientali*"; su un totale di 64 interpelli presenti sul sito ben 60 rientrano in queste due sezioni.

Sul versante privato vengono invece individuate due categorie diverse in funzione degli interessi che fisiologicamente confliggono ossia l'attività d'impresa e la tutela dell'ambiente; in rappresentanza di tali interessi il legislatore ha selezionato quali soggetti idonei, rispettivamente, le associazioni di categoria rappresentate nel CNEL e quelle di protezione ambientale a carattere nazionale o presenti in almeno cinque regioni o province autonome. Quindi il legislatore, in linea con la proposta di Confindustria del 2018, ha ritenuto opportuno prevedere un filtro alla presentazione delle istanze in modo da selezionare solo alcuni soggetti qualificati e impedire un accesso esteso a chiunque potesse risultare interessato ad un chiarimento su una normativa ambientale; rispetto agli istituti già presenti nel nostro ordinamento è agevole osservare come, sul piano dei legittimati, l'interpello in materia ambientale sia affine a quello in materia di previdenza e lavoro mentre si distingua nettamente da quello interpretativo fiscale.

Tuttavia l'interpello in materia ambientale ha dovuto adeguare il proprio filtro selettivo alle esigenze sottese alla tutela dell'ambiente in modo da dare voce agli enti associativi che rappresentano interessi confliggenti.

Al fine di identificare i soggetti qualificati, il legislatore non ha introdotto un nuovo filtro selettivo *ad hoc* ma ha utilizzato "*riconoscimenti*" già presenti nel nostro ordinamento: per il mondo imprenditoriale[24] è richiesto che l'associazione di categoria sia rappresentata nel CNEL mentre per le associazioni ambientaliste viene utilizzato il criterio di "*identificazione*" previsto nell'art. 13 della L. n. 349/1986. A prescindere dai diversi interessi di cui sono portatrici tali enti associativi l'elemento che caratterizza la scelta legislativa è comunque univoco ed è la rappresentatività; il filtro selettivo ha quindi lo scopo di dare voce solo agli enti che, seppur perseguendo scopi diversi, hanno già dimostrato di essere portavoce di un numero significativo di aderenti; il concetto di rappresentatività è esplicitamente richiamato dal legislatore nel caso delle associazioni di categoria - che devono, appunto, risultare "*rappresentate*" nel CNEL - mentre viene sotteso implicitamente per le associazioni ambientaliste. Infatti in base all'art. 13 della L. n. 349/1986 le associazioni di protezione ambientale possono essere individuate tramite decreto dell'attuale MASE in presenza di alcuni presupposti sia esterni, che cioè possano sancire la pertinenza dell'attività svolta rispetto alla tutela dell'ambiente nonché la sua estensione, sia interni, volti invece a verificare che l'associazione abbia una organizzazione tale da garantire il rispetto di un ordinamento

[24] In realtà la disposizione parla, in generale, di «*associazioni di categoria rappresentate nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*» e pertanto aprendo, in teoria, anche ad enti associativi diversi, tuttavia, sul piano pratico, i soggetti più interessati ad avvalersi dello strumento non sembrano che poter essere quelli rappresentativi del mondo imprenditoriale.

democratico[25]. Pertanto le associazioni di protezione ambientale non individuate ex art. 13 della L. 349/86 non possono presentare istanza di interpello; non è possibile per gli enti associativi "minori" ed operanti su ambito locale potersi avvalere dell'interpretazione giurisprudenziale che, al sussistere di certi presupposti, riconosce loro la legittimazione ad agire per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi ritenuti illegittimi.

Del resto va segnalato come il MASE si sia già dimostrato non disposto a rispondere ad istanze di interpello presentate da soggetti diversi da quelli tassativamente indicati dal legislatore.

A titolo esemplificativo si può citare l'istanza[26] presentata dal Coordinamento dei Comitati Piemontesi del Forum nazionale "*Salviamo il Paesaggio – Difendiamo i Territori*" con la quale veniva richiesto di chiarire se, in riferimento al progetto per la realizzazione di un impianto sportivo motoristico, il soggetto pubblico competente allo svolgimento della fase di VIA e al rilascio del provvedimento autorizzatorio unico risultasse la provincia di Asti oppure la Regione Piemonte.

Nella risposta[27] il MASE non è entrato nel merito della questione sollevata limitandosi a constatare che l'istante non rientrava nell'elenco dei soggetti legittimati; infatti, dopo aver ricordato che «*[n]el novero delle categorie individuate dal legislatore non risultano ricompresi gli Enti privati, quali a titolo esemplificativo, i Consorzi, le società e neppure i Comitati nonché i Coordinamenti dei Comitati*», il MASE, rilevando come invece l'interpellante risultava proprio quest'ultimo, ha concluso che «*dunque, non appare legittimato, in forza della suindicata disposizione normativa, a proporre interpelli e/o istanze in merito all'applicazione della normativa statale in materia ambientale*».

---

[25] Per quanto riguarda l'estensione dell'attività è richiesto che questa sia svolta a carattere nazionale o quantomeno, come dimensione minima, che l'associazione sia presente in almeno cinque regioni o province autonome. Gli ulteriori requisiti sono invece volti a verificare che l'attività indicata in statuto e quella effettivamente esercitata sia coerentemente orientata alla tutela dell'ambiente e che essa assuma comunque condizione di prevalenza rispetto all'attività complessiva dell'associazione. Inoltre, in aggiunta al parametro dimensionale geografico, l'azione associativa deve anche presentare un certo livello di stabilità sotto l'aspetto temporale; in altri termini è necessario che l'attività associativa non sia perseguita in modo occasionale bensì sistematico; il dato legislativo richiede una "continuità dell'azione" che sul sito del MASE è ritenuta soddisfatta se esercitata per almeno un triennio in almeno cinque regioni. In assenza di un regolamento ministeriale che precisi ulteriormente il dettato legislativo, per finalità interpretative, si fa riferimento quale fonte integrativa ad un documento approvato dal Consiglio Nazionale per l'Ambiente (organo poi soppresso e le attività conferite al Ministero dell'ambiente) dell'11 gennaio 1988 contenente i criteri per l'individuazione delle Associazione di protezione ambientale di cui all'art. 13 della L. 349/86 e al parere dell'Avvocatura dello Stato del'11 ottobre 2011 n. 316095P.

[26] Interpello prot. 129701 del 23.11.2021.

[27] Risposta prot. 145415 del 21.11.2022.

5. L'ambito oggettivo dell'interpello ed i suoi limiti.

Al fine di individuare l'ambito dell'istituto, oltre alla questione "*materiale*" del perimetro dell'interpello, occorre considerare anche le altre indicazioni fornite dal legislatore all'interno del contenuto dell'art. 27 del D.L. n. 77/2021. Innanzitutto l'interpello può essere utilizzato per la richiesta di chiarimenti sull'applicazione della sola "*normativa statale*"; la scelta di tale espressione terminologica rende possibile presentare le istanze non soltanto per dubbi sulla legislazione primaria ma anche su quella secondaria.

A titolo esemplificativo può essere citato l'interpello presentato dalla Città metropolitana di Milano[28] che, nell'ambito dell'economia circolare, aveva chiesto di confermare alcune posizioni interpretative sul D.M. n. 152/2022 ossia il regolamento che disciplina la cessazione della qualifica di rifiuto per gli inerti da costruzione e demolizione e per altri rifiuti inerti di origine minerale.

Il MASE, previa acquisizione di parere dell'Ispra, ha condiviso[29] con l'istante che i rifiuti identificati con codice EER 170504 - ossia «*terre e rocce, diverse da quelle di cui alla voce 170503*» -, sebbene inclusi nell'elenco di cui al punto 1 della tabella 1 dell'allegato 1 del D.M. n.152/2022, non rientrano nel campo di applicazione del regolamento *end of waste* se, piuttosto che derivare da attività di costruzione e demolizione, provengono da attività connesse e funzionali alla procedura di bonifica di un sito contaminato; a prescindere comunque dalla risposta offerta, il MASE, in linea del resto con il dettato legislativo, accoglie istanze di interpello che riguardano fonti secondarie.

Il MASE si è già espresso ritenendo requisito strettamente necessario che il dubbio verta soltanto sulla normativa statale e come esempio può essere citato ancora l'interpello promosso dal Coordinamento dei comitati piemontesi[30] in quanto, alla debolezza sul piano del soggetto legittimato, aggiungeva tale ulteriore criticità.

L'istanza, si ricorda, aveva lo scopo di chiarire se per la realizzazione di un impianto sportivo motoristico il soggetto pubblico competente in fase di VIA e al rilascio del provvedimento autorizzatorio unico era la Provincia di Asti oppure la Regione Piemonte. Il MASE, dopo aver ricordato la possibilità di proporre istanze generali in merito all'applicazione della sola normativa statale in materia ambientale, eccepiva come però la questione sottoposta risultasse «*invece integralmente disciplinata da disposizioni regionali e non da previsioni normative statali in materia ambientale*» e constatando quindi la mancanza dei «*presupposti di legge per fornire un riscontro al quesito proposto*».

[28] Interpello prot. 174315 del 14.11.2022.
[29] Risposta prot. 147877 del 25.11.2022.
[30] Vedi *supra* par. 4.

Il "*self restraint*" del MASE nei confronti di quesiti non riconducibili alla normativa statale è stato confermato nell'interpello promosso dalla Regione Toscana[31] che, dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento relativo alla nascita delle agenzie per l'ambiente, chiedeva conferma sulla possibilità di conferire le funzioni per il rilascio dell'autorizzazione unica ambientale (AUA)[32] all'ARPAT.

Il dubbio, di innegabile interesse, prende le mosse da una decisione della Corte costituzionale, segnatamente la sentenza n. 132/2017, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 16 della L.R. Molise n. 4/2016[33] con la quale la Regione assegnava all'ARPAM «*le funzioni amministrative regionali in materia di ambiente e di energia*» nonché quelle in materia di inquinamento atmosferico[34] e di impianti termici[35]; il ricorso era stato promosso dal Governo che censurava l'assegnazione alle agenzie regionali di funzioni amministrative in quanto, richiedendo la ponderazione di interessi diversi – e quindi inevitabilmente anche valutazioni discrezionali –, ciò contrasterebbe con il ruolo tecnico-scientifico affidato loro sin dall'origine[36].

La Corte ha condiviso le censure del ricorrente ritenendo che l'attività delle agenzie dovesse "*limitarsi*" a supportare ed integrare l'esercizio delle funzioni pubbliche volte a tutelare l'ambiente; quindi da un lato ci sono gli enti di amministrazione attiva e dall'altro, in condizioni di autonomia seppur connesso e fondamentale supporto ai primi, il sistema delle agenzie con compiti tecnico-scientifici[37]. Tuttavia, dopo aver ricordato anche alcune posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa[38] che confermerebbero i principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale, la Regione

[31] Interpello prot. 133265 del 30.11.2021.

[32] L'AUA, autorizzazione ispirata ad esigenze di semplificazione, si applica per gli impianti non soggetti ad AIA ed è stata introdotta con il D.P.R. n. 59/2013.

[33] Disposizioni collegate alla manovra di bilancio 2016-2018 in materia di entrate e spese. Modificazioni e integrazioni di leggi regionali.

[34] Art. 4, L.R. Molise n. 16/2011.

[35] Art. 42, L.R. Molise n. 34/1999.

[36] Il sistema delle agenzie nasce con il D.L. 496/1993 (Disposizioni urgenti sulla riorganizzazione dei controlli ambientali e istituzione della Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente), convertito, con modificazioni, dalla L. n. 61/94.

[37] Nella decisione la Corte ha condiviso l'importanza di salvaguardare la condizione di autonomia in quanto essa rappresenta «*un requisito qualificante della singola Agenzia, come del sistema in generale, poiché solo grazie ad esso può essere garantito il rispetto dei criteri operativi, puramente tecnico-scientifici, cui il sistema stesso deve attenersi*». Condizione di autonomia che però, ha concluso la Corte, sarebbe risultata «*incompatibile con il coinvolgimento [dell'agenzia regionale] in attività di amministrazione attiva, quali quelle considerate nella legge regionale, attività che, essendo espressione di discrezionalità amministrativa in senso proprio, comportano una ponderazione degli interessi coinvolti (si pensi alla pianificazione ambientale) e quindi sono soggette alle direttive degli organi rappresentativi titolari della "politica" ambientale*».

[38] Vengono citate le sentenze del Consiglio di Stato nn. 6984/2019 e 2149/2021.

interpellante segnala anche una legge dell'Emilia-Romagna[39] - approvata quale "attuazione" della L. n. 56/2014 (c.d. "*Del Rio*") e non impugnata dal Governo -, che attribuiva alcune funzioni amministrative all'ARPAE; tale disciplina, risultata oggetto di un contenzioso amministrativo, offrirebbe una chiave di lettura diversa.

Una società agricola aveva presentato un progetto di recupero di un complesso di nove capannoni abbandonati da alcuni decenni e adibiti, sino ai primi anni '80 del secolo scorso, ad allevamento avicolo; i ricorrenti, proprietari di immobili e titolari di imprese agricole poste nelle immediate vicinanze dell'intervento, ritenevano illegittima la delibera della giunta regionale con cui era stata disposta l'autorizzazione unica (comprensiva di VIA, AIA e permesso di costruire) ex art. 27-bis del D.lgs. 152/2006; il progetto di recupero presentato, a loro dire, avrebbe prodotto alterazioni al territorio e all'ambiente gravi e difficilmente reversibili.

Tra i motivi a sostegno del gravame i ricorrenti sostenevano anche l'illegittimità costituzionale degli artt. 15 e 16 L.R. emiliana n. 13/2015 per violazione dell'art. 117 lett. s) cost. e relative norme interposte[40] in quanto, in sintesi, il procedimento di VIA sarebbe contraddistinto dall'assunzione da parte di ARPAE di compiti di amministrazione attiva, violando così i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 132/2017 sopra ricordati.

Sul punto però il TAR competente, con la sentenza n. 756/2021, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione; infatti vagliando l'aspetto dirimente, ossia se la disciplina legislativa regionale assegnasse o meno ad ARPAE funzioni di amministrazione attiva, giunge ad una risposta negativa. Nei limiti di quanto interessa il collegio conclude che la normativa regionale emiliana seppur «*effettivamente attributiva di svariate funzioni in senso ampio di amministrazione attiva, appare dunque sensibilmente diversa da quella molisana oggetto della sentenza n. 132/2017 dichiarativa della incostituzionalità*»; mentre quest'ultima attribuiva ad ARPAM funzioni amministrative tipicamente discrezionali quali la pianificazione ambientale e l'attribuzione *tout court* delle funzioni regionali in materia di ambiente ed energia, di diverso tenore viene valutata quella emiliana la quale, nonostante affidi all'agenzia regionale la competenza per il rilascio dell'AIA e della concessione di derivazione idrica sotterranea, conserva tuttavia il potere decisorio in capo alla regione[41].

Ritornando all'interpello è sulla base quest'ultima decisione, che la Toscana chiedeva se di poter attribuire all'ARPAT le funzioni amministrative in materia di AUA vista l'assenza di qualsiasi attività comparativa degli interessi coinvolti e l'esercizio esclusivo di discrezionalità meramente tecnica. Ma il MASE non è entrato

[39] L.R. Emilia-Romagna n. 13/2015.

[40] D.L. n. 496/1993, conv. in L. n. 61/1994 e D.lgs. n. 132/2016.

[41] La posizione viene condivisa e ampiamente argomentata nella decisione del Consiglio di Stato n. 1751/2022.

nel merito della questione ritenendo la richiesta esterna alla cornice applicativa dell'interpello in materia ambientale.

In questo caso infatti, a parere dell'autorità interpellata, l'istanza, attenendo ai rapporti tra soggetto delegante e delegato – ossia Regione Toscana ed ARPAT – «*non prende in considerazione profili e tematiche in ambito ambientale, ma tratta aspetti amministrativi afferenti a competenze e funzioni di altri Enti*».

6. Il "*peso giuridico*" della risposta.

Sin qui è stato precisato l'ambito di applicazione dell'interpello in materia ambientale in funzione della disposizione legislativa e dell'interpretazione dall'autorità preposta a rispondere alle istanze; si è visto che l'istituto prevede sia un filtro selettivo dei soggetti legittimati a proporlo sia un campo di applicazione che, nonostante il potenziale estensivo degli ambiti oggetti di interpello, presenta comunque dei limiti.

Adesso passiamo alle considerazioni che invece conseguono alla risposta data all'interpello; in altri termini, ammesso che il soggetto sia legittimato a presentare l'istanza e che il quesito possa essere considerato all'interno del perimetro stabilito dal legislatore, quale valore ha la risposta fornita dall'autorità interpellata? Nella consapevolezza che questo risulta l'elemento più critico e complesso da affrontare, anche in questo caso può essere utile proporre alcuni elementi di comparazione con gli altri interpelli in modo da evidenziarne, nonostante le ovvie differenze, alcuni elementi di richiamo. Nell'interpello fiscale il legislatore è stato chiaro nello stabilire gli effetti della risposta fornita dall'amministrazione finanziaria in quanto questa «*scritta e motivata, vincola ogni organo della amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente al richiedente*»; inoltre gli atti «*anche a contenuto impositivo o sanzionatorio difformi dalla risposta, espressa o tacita, sono nulli*»[42]. Sotto questo punto di vista l'interpello ambientale si distacca da quello fiscale e tende, seppur asintoticamente, verso quello previdenziale e del lavoro; anche nella relazione illustrativa al D.L. n. 77/2021 si afferma che «*la disciplina riprende la ratio dell'interpello in materia di lavoro, di cui all'articolo 9 del decreto legislativo n. 124 del 2004 e successive modificazioni, modulando l'istituto sulla base delle specificità della materia ambientale*». Ma in relazione agli aspetti sanzionatori anche l'interpello in materia previdenziale fornisce un segnale chiaro visto che l'adeguamento alle indicazioni fornite «*esclude l'applicazione delle relative sanzioni penali, amministrative e civili*»[43].

In entrambi i casi pertanto, al di là delle inevitabili differenze conseguenti alla diversa finalità degli istituti, la risposta risulta esplicitamente tranquillizzante per

[42] Art. 11, co. 3, L. 212/2000.
[43] Art. 9, co. 2, D.Lgs. 124/2004.

l'istante nella misura in cui l'adeguamento alla risposta fornita implica, in sintesi, la sostanziale non punibilità del comportamento posto in essere.

Invece nell'interpello ambientale si afferma che le indicazioni fornite nelle risposte alle istanze «*costituiscono criteri interpretativi per l'esercizio delle attività di competenza delle pubbliche amministrazioni in materia ambientale*». Nel resto della disposizione non si rilevano altre indicazioni che possono rafforzare ulteriormente la solidità della risposta né che, in maniera diretta o indiretta, possano portare ad escludere, almeno esplicitamente, l'applicazione di sanzioni per il soggetto interpellante qualora si adegui alla risposta che gli viene fornita; anzi, semmai vi sono altre indicazioni del legislatore che sono di segno contrario e che, in qualche modo, tendono a limitare gli effetti dell'interpello. Infatti, allo scopo di togliere ogni residuo dubbio sulla possibilità di impedire un qualsiasi effetto dilatorio dell'istanza – ma quanto stabilito sembrava già potersi desumere agevolmente in via interpretativa –, l'art. 3-*septies*, co. 3 precisa che la sua presentazione non ha alcun effetto sulle scadenze previste nelle norme ambientali, né sulla decorrenza dei termini di decadenza e non comporta l'interruzione o la sospensione dei termini di prescrizione; anche la disposizione prevista nel comma precedente, che resta salvo «*l'obbligo di ottenere gli atti di consenso, comunque denominati, prescritti dalla vigente normativa*», appare pleonastica e comunque non rivolta a dare solidità alla risposta fornita.

Infine, con una formula che rievoca quanto stabilito per l'interpello fiscale, si precisa che le indicazioni fornite nelle risposte costituiscono sì criteri interpretativi per l'esercizio delle attività di competenza delle pubbliche amministrazioni in materia ambientale ma «*salvo rettifica della soluzione interpretativa da parte dell'amministrazione con efficacia limitata ai comportamenti futuri dell'istante*». Sulla base di questi elementi dispositivi e, in particolare, del fatto che mancano delle indicazioni esplicitamente "tranquillizzanti" per l'interpellante, quali conclusioni è possibile trarre sulla solidità giuridica della risposta fornita? La risposta fornita dal MASE quanto può "*pesare*" in sede di giudizio? Posta in altri termini i giudici possono decidere senza tener conto dei criteri interpretativi forniti dal MASE nella risposta all'interpello o comunque in maniera difforme? A ben vedere la questione conduce ad una domanda ben più ampia – e non certo nuova – cioè di chi sia il soggetto più idoneo a interpretare una norma ambigua e, in particolare in relazione all'ultima domanda, se la pubblica amministrazione o un giudice; il tema è in realtà enorme in quanto entra nel cuore degli equilibri costituzionali, del principio di separazione dei poteri e di quello di legalità.

La valutazione sul "peso" giuridico della risposta all'interpello ambientale ripropone sotto vesti diverse una tensione presente in ogni ordinamento moderno e che la regolazione ambientale, anche per il suo tecnicismo, sollecita ulteriormente. Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto un elemento merita di essere considerato

ossia il ruolo fondamentale giocato dall'*expertise* nella regolazione ambientale la quale richiede anche competenze professionali specifiche e tecnico-scientifiche senza le quali la normazione (e la sua interpretazione) non sono nemmeno immaginabili; del resto in assenza di questa condizione il sistema delle agenzie per l'ambiente perderebbe molta della sua "legittimazione".

In primis, nonostante la scelta legislativa non sia chiara come per gli altri interpelli, va considerato che l'adeguamento a quanto risposto dal MASE non pare sia in alcun modo sanzionabile sul piano amministrativo per ragioni di coerenza del sistema; indipendentemente dall'ambito dell'interpello come si potrebbe giustificare il fatto di concedere in via legislativa di poter chiedere se una determinata condotta sia da ritenersi corretta, adeguarsi alla risposta ricevuta ed essere poi sanzionato per essersi comportato in linea con quest'ultima? Su tale aspetto, commentando l'interpello in materia previdenziale, la dottrina ha ritenuto che «*quando l'amministrazione si esprime in un senso o nell'altro, debba essere vincolata alla propria interpretazione, salvo rivedere la stessa per i casi futuri, ma non potendo applicare sanzioni di alcun tipo a chi si è uniformato ad essa*»[44]. Aspetto più delicato e complesso è la tenuta dell'interpello davanti ai giudici che, come noto, sono "*soggetti soltanto alla legge*" ex art. 101 co. 2 della Costituzione; tuttavia l'*expertise* in materia ambientale da parte del MASE potrebbe essere un elemento che gioca un peso nell'orientare i giudici verso una tendenziale "*deferenza*"[45] verso la posizione interpretativa offerta dal soggetto che, salvo una risposta irragionevole, si trova nella posizione migliore per esprimersi su di un dubbio sollevato nella «*normativa statale in materia ambientale*». Peraltro, tenuto conto del fatto che l'interpello può riguardare tutta la normativa statale e non solo la legislazione primaria, il MASE si troverebbe in tal caso nella posizione di fornire criteri interpretativi su fonti di propria produzione e *a fortiori* sembrerebbe soggetto più idoneo, rispetto ad un giudice, a chiarire il dubbio sollevato. Deferenza che non può essere incondizionata ed ovviamente il presidio dei giudici resta un elemento

[44] M.BOMBARDELLI, *Diritto di interpello, Commento all'art. 9 d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, 2005*, in *Le nuove leggi civili commentate*, p. 942; la citazione viene ribadita anche da M.SICA, *Diritto di interpello e certezza nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, n. 12, 2017, p. 2788 e P.FIMIANI, *L'interpello ambientale, I rifiuti. Bollettino di informazione normativa*, n. 303, 2022, p. 8.

[45] Va tuttavia evidenziato come nel caso *end of waste* che sarà trattato nel paragrafo successivo il Consiglio di Stato non ha tenuto conto della Circolare prot. n. 10045 del 1° luglio 2016 del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio; l'interpello non è una circolare ma in funzione della disposizione legislativa sembra lo strumento che più ne rievoca la portata giuridica; tuttavia anche tale "fonte" non ha mai nascosto profili di problematicità sia nell'inquadramento nel sistema delle fonti sia nell'individuazione del valore giuridico; recentemente sull'utilizzo delle circolari nel periodo pandemico v. A.CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, in *Società e diritti*, n. 11, 2021, pp. 40-53 e G.F.PULIZZI, *Il sistema delle fonti e la rilevanza delle circolari amministrative nella governance dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2023, pp. 135-146.

ineliminabile anche per evitare "abusi" da parte della pubblica amministrazione nei confronti dei privati.

La mancanza di una previsione legislativa che escluda chiaramente l'applicazione di sanzioni[46] – come nell'interpello previdenziale – può quindi non risultare decisiva in caso di adeguamento alle indicazioni fornite dall'autorità interpellata; oltre che nei confronti di quest'ultima ciò dovrebbe valere, salvo posizioni irragionevoli, anche in sede giurisdizionale per la possibile deferenza verso l'autorità con più *expertise*.

Più delicato lo scenario se l'istante decidesse di non adeguarsi alla risposta ricevuta dall'autorità interpellata; comportamento pienamente legittimo visto che la risposta non può essere certo vincolante. Al di là del dettato normativo, a supporto di tale affermazione si può anche ricordare quanto chiarito dalla Corte costituzionale nell'ambito dell'interpello fiscale nella sentenza n. 191/2007 ma con considerazioni estensibili a quello in materia ambientale; in quell'occasione la Regione Sicilia aveva proposto conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato in relazione ad una nota dell'Agenzia delle Entrate[47] emessa in risposta ad interpello ex art. 11 della L. 212/2000 presentato da un ente regionale[48]; con tale nota l'Agenzia delle entrate forniva la propria interpretazione dell'art. 76 della L.R. Sicilia n. 17/2004[49] che stabiliva come i contributi per la formazione all'autoimpiego[50] erano «*assimilabili*» alle borse di studio ex art. 4 della L. 476/1984[51].

La Corte, dopo aver premesso che l'istituto dell'interpello del contribuente ex art. 11 della L. n. 212 del 2000, «*costituisce lo strumento attraverso il quale si esplica in via generale l'attività consultiva delle agenzie fiscali in ordine all'interpretazione delle disposizioni tributarie*» e che esso «*si sostanzia nella richiesta all'amministrazione finanziaria di un parere nelle ipotesi in cui vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione di dette disposizioni*», conclude poi che «*[t]ale parere è vincolante soltanto per l'amministrazione e non anche per il contribuente, il quale resta libero di disattenderlo. Ciò si desume dalla medesima disposizione del citato art. 11 ed è confermato dall'interpretazione che la dottrina e la stessa amministrazione finanziaria ne hanno dato*». Se sul piano giuridico la questione è chiara, diversa può essere la valutazione sul piano dell'opportunità. Davanti ad un possibile – ed anche probabile – contenzioso resta il presidio costituzionale che il giudice è soggetto soltanto alla legge ma, allo stesso modo del caso

[46] Per considerazioni specifiche sul piano penale v. P.FIMIANI, *op.cit.*, n. 303, 2022, pp. 5-9.

[47] Nota emessa dalla Direzione centrale normativa e contenzioso - Settore fiscalità generale e contenzioso - Ufficio persone fisiche, prot. n. 954-91232/2005 del 14 giugno 2005.

[48] Segnatamente l'Agenzia regionale per l'impiego e la formazione professionale dell'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione

[49] Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2005.

[50] Previsti dall'art. 2 della legge della Regione Siciliana 28 gennaio 1998, n. 3.

[51] Norme in materia di borse di studio e dottorato di ricerca nelle Università.

precedente, va sempre valutata la possibile deferenza della giurisprudenza rispetto ai criteri interpretativi offerti dal soggetto che si trova nella posizione migliore e con le competenze più idonee per potersi esprimere su un dubbio sollevato nella «*normativa statale in materia ambientale*»; scenario che in questo caso giocherebbe però a sfavore del soggetto che non si è adeguato alla risposta.

Va considerato anche il ruolo svolto nella tutela dell'ambiente dal principio di precauzione che, lungi dal fornire un criterio chiaro di come il legislatore, la pubblica amministrazione o i giudici lo debbano davvero applicare, dovrebbe tuttavia agire come elemento che spinge, davanti a più interpretazioni, verso quella meno rischiosa[52].

Per completare le riflessioni sulla risposta all'interpello manca soltanto di affrontarne la sua tempistica; dopo che il testo del D.L. niente stabiliva a proposito – altro elemento "genetico" in comune con l'interpello previdenziale –, il legislatore ha poi aggiunto, in sede di conversione in legge, che questa debba pervenire entro 90 giorni dalla presentazione. Tuttavia, come già accennato in precedenza[53], se il termine è lo stesso dell'interpello fiscale profondamente diversa è la sua portata giuridica e, in particolare, le conseguenze del suo esaurirsi senza che una risposta da parte dell'autorità interpellata sia stata formulata: mentre in quello fiscale lo spirare del termine produce l'effetto di accogliere la proposta interpretativa del contribuente, in quello ambientale assume natura ordinatoria rendendo l'eventuale ritardo della risposta privo di conseguenze.

Da un punto di vista empirico, ossia da un confronto effettuato sul sito del MASE tra data di presentazione dell'istanza e relativa risposta, la tempistica risulta nel suo complesso mediamente soddisfacente; è vero che non mancano risposte in ritardo rispetto ai 90 gg indicati dal legislatore – ritardo a volte anche significativo[54] -, ma ci sono anche casi in cui queste giungono molto prima dello spirare del termine[55].

7. Sull'utilità dello strumento.

[52] L'agire del principio di precauzione non va considerato in questo caso solo davanti a casi di incertezza scientifica propriamente detta ma anche nella sua applicazione più pragmatica; si pensi al caso del detentore del rifiuto classificabile con codici speculari che, nell'impossibilità pratica di determinare la presenza di sostanze pericolose o meno, sia obbligato a classificarlo come pericoloso; v. sentenza CGUE, Sez. X 28 marzo 2019, in cause riunite da C-487/17 a C-489/17.

[53] Vedi *supra* par. 2.

[54] Ad esempio l'interpello dalla Regione Toscana sopra commentato – vedi *supra* par. 5 - risulta presentato il 30 novembre 2021 ma la risposta giunge il 21 novembre 2022 cioè quasi un anno dopo.

[55] Un interpello sulla gestione delle richieste per l'utilizzo di combustibili alternativi al gas naturale in impianti di combustione esercitati presso siti industriali e artigianali conseguenti all'eccezionale situazione su disponibilità e condizioni di mercato risulta presentato il 13 ottobre 2022 con risposta poco più di un mese dopo il 25 novembre 2022.

Per valutare se questo strumento sia davvero una innovazione positiva o meno, si ritiene utile provare una sorta di esercizio mentale prendendo spunto sempre dall'elaborato di Confindustria dedicato all'economia circolare.

Proprio tale settore è stato inciso negativamente dagli effetti di un contenzioso che ha generato elementi di incertezza e di destabilizzazione - se non addirittura di paralisi – in una delle colonne portanti della complessa architettura dell'economia circolare ossia l'*end of waste*; con tale termine si intende un rifiuto che, a seguito di operazione di recupero, perde tale *status* giuridico potendo così rientrare nel circuito economico ed essere utilmente riutilizzato nel ciclo produttivo; quindi, a differenza del sottoprodotto che non diventa mai rifiuto, l'*end of waste* è qualcosa che lo era ma che, a seguito di operazione di recupero, non lo è più.

Ma chi e come può definire quali siano le operazioni di recupero[56] che "*rigenerano*" giuridicamente il rifiuto?

Il legislatore, dopo aver indicato alcune condizioni generali che devono essere soddisfatte affinché il rifiuto cessi di essere tale[57], rimanda l'individuazione dei criteri specifici a regolamenti UE o decreti del Ministero dell'ambiente.

La disposizione originaria non disciplinava il caso di autorizzazione richiesta per un'attività di recupero non disciplinata né da regolamenti UE né da DM ministeriali: in tal caso la regione poteva "*supplire*" all'assenza di criteri specifici fissati a livello europeo o statale e rilasciare una autorizzazione "*caso per caso*"?

Con la sentenza n. 1229/2018 il Consiglio di Stato[58] ha risposto negativamente su tale possibilità; ma stabilendo che le regioni non avrebbero avuto titolo per concedere

[56] Come previsto dal legislatore nell'art. 184-ter, co.2 del D.Lgs. 152/2006 l'operazione di recupero non necessariamente implica una trasformazione materiale ma può consistere anche solo nel «*controllare i rifiuti per verificare se soddisfano i criteri elaborati conformemente*» alle condizioni indicate al co. 1 dello stesso articolo; vedi nota successiva.

[57] Queste sono indicate nell'art. 184-ter, co. 1 e sono le seguenti:
«*a) la sostanza o l'oggetto sono destinati a essere utilizzati per scopi specifici;*
b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto;
c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti;
d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana».

[58] Per commenti alla sentenza A.MURATORI, *Una doccia fredda del Consiglio di Stato sulla competenza delle Regioni a sancire l'end of waste mediante provvedimenti autorizzativi*, in *Amb. & Sviluppo*, 2018, n. 4, p. 225-230; R.GUBELLO, *La regione non può decidere quando un rifiuto non è più rifiuto*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2018, n. 2, p. 374-382.

una autorizzazione "*caso per caso*"[59] la decisione ha chiaramente messo in crisi[60] il settore *end of waste* per tutte quelle attività di recupero prive di criteri specifici approvati.

La questione è stata poi risolta dal legislatore ma con un certo affanno: prima si è intervenuti sull'art. 184-ter co. 3 del D.Lgs. 152/2006 con il D.L. n. 32/2019 (c.d. "*Sblocca cantieri*") convertito in L. n. 55/2019 ma il risultato complessivo è stato ritenuto abbastanza insoddisfacente[61] rendendosi necessaria un'ulteriore decretazione d'urgenza; con il successivo D.L. n. 101/2019 (c.d. "*Salva imprese*"), convertito con modificazioni in L. 128/2019, il legislatore non si è limitato a qualche ritocco ma è intervenuto in maniera più incisiva sull'art. 184-ter innovandolo in modo significativo[62]; tuttavia la soluzione è risultata ancora inidonea a risolvere la situazione e si è arrivati quindi al D.L. n. 77/2021 che ha riformulato la disposizione abrogando alcuni commi inseriti in precedenza. Siamo giunti quindi alla fotografia dell'attuale art. 184-ter del D.Lgs. n. 152/2006 dove per quelle operazioni di recupero in cui mancano regolamenti UE o decreto ministeriali si prevede un meccanismo che introduce un bilanciamento tra autonomia regionale in fase di rilascio e successivi controlli. Insomma gli eventi hanno prodotto proprio nel settore dell'economia circolare quei rischi giuridici paventati nell'elaborato di Confindustria[63]; e i costi introdotti nel sistema dalla sentenza, soprattutto in termini di freno agli investimenti e aumento dell'incertezza ulteriore a quella fisiologicamente esistente per qualsiasi attività d'impresa, non sono facilmente calcolabili.

---

[59] Il passaggio più significativo della sentenza n. 1229/2018 del Consiglio di Stato dove esclude qualsiasi spazio regionale autonomo è il seguente: «*il destinatario del potere di determinare la cessazione della qualifica di rifiuto è, per la Direttiva, lo "Stato", che assume anche obbligo di interlocuzione con la Commissione*».

[60] C.FABRIS,A.MAZZI, *"End of waste": dopo lo stop ai criteri regionali caso per caso, lo stato intervenga in fretta,*in *Riv.Giur.Amb.*, 2018, n. 4, p. 689-705.

[61] cfr. E.FERRERO, *Lo sblocca end of waste: molto rumore per nulla?*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2019, n. 3, pp. 605-617);

[62] cfr G.BIASUTTI, *Autorizzazioni ambientali ed end of waste. Tra procedimenti amministrativi sui generis e garanzie in favore del privato*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, pp. 17-42; A.MURATORI, *Autorizzazioni end of waste; lo sblocco arriva dalla conversione del Decreto "Salva imprese"*, in *Amb. & Sviluppo,* 2019, n. 11, pp. 805-806);

[63] Rischi che oramai si erano già materializzati in costi e danni per il settore e di cui era ben consapevole anche l'elaborato in quanto la sentenza del Consiglio di Stato è del 28 febbraio 2018 mentre il documento di Confindustria è del 31 ottobre 2018; infatti la decisione viene citata nel documento sia dove si rileva come l'orientamento restrittivo della sentenza «*rischia di generare non poche difficoltà nel raggiungimento degli obiettivi, peraltro indicati come prioritari dall'Unione Europea, di realizzazione dell'economia circolare*» (p. 59) sia all'interno del cap. 4.3.3 - che le dedica un apposito paragrafo (pp. 66-69) - dove, dopo aver messo anche in evidenza la presenza di elementi e posizioni ministeriali che avrebbero potuto avvalorare una decisione diversa, si segnala un potenziale "effetto-domino" in quanto «*molte amministrazioni regionali stanno valutando di procedere in autotutela al fine di revocare le autorizzazioni rilasciate caso per caso*» (p. 69).

Ironia della sorte, la soluzione legislativa al caso "*end of waste*" sollevato dalla giurisprudenza amministrativa, viene trovata con il D.L. n. 77/2021 che introduce proprio lo strumento dell'interpello ambientale.

A questo punto l'esercizio mentale è quello di chiedersi gli effetti sullo scenario giuridico ed economico se in presenza dell'interpello ambientale, la regione, nel dubbio, piuttosto che negare l'autorizzazione all'impresa e successivamente appellarsi al Consiglio di Stato[64], avesse valutato di presentare istanza al Ministero chiedendo chiarimenti sulla possibilità o meno di rilasciare autorizzazioni *end of waste* nei casi non disciplinati da Regolamenti UE o DM ministeriali; per quanto sia difficile valutare scenari ipotetici sembra altrettanto difficile immaginarne uno peggiore di quello che si è davvero realizzato perlomeno nei tempi di adeguamento legislativo.

Vale la pena evidenziare come la posizione "*centralista*" assunta dalla giurisprudenza amministrativa si è sviluppata in via interpretativa nel silenzio del legislatore statale che non affermava né negava la possibilità di uno spazio regionale in tale situazione e di come, *ex post,* sia stato ritenuto preferibile lo scenario diverso da quello della sentenza.

8. Riflessioni conclusive: l'interpello ambientale tra semplificazione e dialogo.

La tutela dell'ambiente mette sotto stress ogni ordinamento giuridico per la sua pervasività e la sua debordante capacità di penetrazione nelle sue tante fessure.

Quando è emersa la questione ecologica ha trovato impreparati gli ordinamenti e per affrontare i nuovi problemi non risultava sufficiente adeguare vecchie regole ma occorreva prevederne di nuove; adesso la stagione delle norme che mancano può dirsi tendenzialmente conclusa e, seppur potranno presentarsi necessità regolatorie ulteriori, la maggior parte delle modifiche normative tentano di migliorare il tessuto normativo già esistente piuttosto che colmare delle vere e proprie lacune normative quantomeno di ambiti settoriali. Ma l'aver scritto norme a tutela dell'ambiente – e oramai ne siamo alluvionati – è condizione necessaria ma non sufficiente; la realtà può, all'improvviso, portare alla luce una incompletezza o una ambiguità regolatoria in cui possono insinuarsi dubbi interpretativi legittimi.

Una parte del problema può sicuramente risiedere anche in una scarsa qualità della regolazione le cui ambiguità o lacune possono amplificare le tensioni interpretative ma anche un legislatore "illuminato" non sarebbe in grado di risolvere del tutto il problema.

[64] In primo grado infatti il Tar Veneto con sentenza n. 1422 del 2016 aveva accolto il ricorso promosso dalla società annullando il diniego contenuto nella deliberazione della Giunta Regionale del Veneto 16 agosto 2016 n. 1319; i giudici avevano quindi ritenuto che, anche in assenza di regolamenti UE o decreti ministeriali, l'amministrazione conservasse il potere di valutare "caso per caso".

Un sistema deve farsi carico di affrontare una situazione inaspettata nel modo più efficace ed efficiente possibile e, sotto questo punto di vista, lo strumento dell'interpello, di cui quello ambientale è l'ultimo concepito in ordine di tempo, può essere un elemento utile per affrontarla.

L'interpello potrebbe cioè svolgere anche un ruolo utile quale "*alert*" per valutare se l'ambiguità o la lacuna normativa meriti un intervento legislativo di sistema; può cioè far emergere una criticità che richieda una risposta normativa (e non quindi solo interpretativa) sollecitando quindi il legislatore o il Ministero stesso (in caso di normativa secondaria).

I danni derivanti dalla sentenza del Consiglio di Stato del 2018 sono stati incalcolabili per le incertezze operative gettate nel mercato; il sistema imprenditoriale sta affrontando negli ultimi anni, tra pandemia e crisi energetica, sfide già complicatissime e non possiamo permetterci, come "sistema" Italia, di aggiungere incertezze ulteriori a quelle che già sono inevitabilmente presenti in qualsiasi momento storico economico, anche in uno scenario caratterizzato da meno shock esterni straordinari.

Un'ultima riflessione sulla natura dell'interpello che, nonostante sia inserito in un D.L. denominato "*semplificazioni*", non sembra poter essere considerato in sé quale strumento che possa semplificare; questo non vuol dire che non sia utile ma anzi che l'utilità non necessariamente deve seguire la via della semplificazione.

Più in generale, varrebbe la pena riflettere su quanto la semplificazione possa davvero essere l'obiettivo da perseguire nella tutela dell'ambiente vista l'intrinseca complessità che la caratterizza. Almeno sul piano teorico può essere utile distinguere la complessità dalla complicazione; la prima sembra una caratteristica che esiste in sé a prescindere dell'azione umana - e, quindi, dalle scelte giuridiche adottate - mentre è la seconda quella cui all'azione umana si può attribuire una responsabilità per un cattivo uso della regolazione che, lungi dal trovare una soluzione idonea, aggiunge ulteriori complicazioni alla complessità preesistente; se si ammette una tale distinzione allora ne consegue che non si può semplificare la complessità se questa risulta una caratteristica intrinseca dell'oggetto di regolazione; semmai, e questa sembra la sfida da affrontare, occorre ricercare gli strumenti più idonei affinché tale complessità possa essere gestita nel modo più efficace ed efficiente possibile. Quello che si può (e si deve) perseguire è quindi cercare di eliminare le complicazioni con la consapevolezza che è tutto fuorché obiettivo semplice da realizzare in una società immersa e connessa in una modernità "fluida" che, anche senza considerare le straordinarie emergenze degli ultimi anni, pone in crisi sistemi strutturati troppo rigidi in cui ogni nuova regola introdotta, che sia orientata a semplificare o meno, ne "*contamina*" altre senza che il "legislatore" – che sistematicamente opera a colpi di decreti legge ben oltre i casi di

straordinaria necessità e urgenza che giustificherebbero il loro utilizzo[65] – dimostri avere sempre la capacità di coordinare e valutare in modo sufficientemente ragionevole gli effetti; inoltre sembra mancare anche la capacità di reagire in tempo utile davanti al manifestarsi di una urgenza derivante da una "falla" o un'ambiguità normativa; l'affanno e il tempo che si è reso necessario per rimuovere le incertezze nel settore *end of waste* in funzione della sentenza del Consiglio di Stato del 2018 sono emblematici.

In conclusione l'interpello in materia ambientale, nonostante la denominazione assunta dal D.L. n. 77/2021 che lo ha previsto, più che semplificare, sembra piuttosto risultare uno strumento che favorisce, strutturandolo in modo formale, il dialogo all'interno delle istituzioni e tra esse ed il mondo delle imprese e da cui, al di là di offrire criteri interpretativi volti ad affrontare il caso specifico, se ne può trarre utili spunti per migliorare la regolazione.

[65] La questione è oramai antica e radicata; tra i moltissimi contributi si segnalano i seguenti sufficientemente distanti in ordine di tempo A.CELOTTO, *L'abuso del Decreto-Legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica. Vol I,* 1997; A.SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgente in Italia*, 2006; più recentemente L.SPADACINI, *Decreto-Legge e alterazione del quadro costituzionale*, 2022.

I PRINCIPI DI MASSIMA PARTECIPAZIONE E DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Marco Calabrò - Anton Giulio Pietrosanti *

ABSTRACT [ITA]: Il lavoro, prendendo le mosse dall'analisi dell'art. 10 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), esamina l'evoluzione del principio di massima partecipazione (e del connesso principio della tassatività delle cause di esclusione), soffermandosi sulla plurima portata applicativa dello stesso. Lo studio mette in evidenza la centralità del principio di massima partecipazione nell'ambito dell'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, sottolineando in particolare l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alla stazione appaltante nel ponderarne l'applicazione attraverso il bilanciamento con gli altri principi generali di riferimento, oggi espressamente indicati nella Parte I, Titolo I del nuovo Codice.

ABSTRACT [ENG]: *This paper starts from the analysis of the art. 10 of the new Public Procurement Code (Legislative Decree No. 36/2023) and examines the evolution of the principle of maximum participation (and the connected principle of the mandatory nature of the causes of exclusion), focusing on the multiple scope of application of the same. The study highlights the centrality of the principle of maximum participation within the entire discipline of public procurement procedures, underlining in particular the wide margin of discretion recognized to the contracting station in weighing up its application through the balancing with the other general principles of reference, today expressly indicated in Part I, Title I of the new Code.*

SOMMARIO: 1. Il principio di massima partecipazione tra concorrenza e buon andamento. – **2.** La tassatività delle cause di esclusione e il principio di legalità. – **2.1.** L'impianto espulsivo delle cause automatiche e non automatiche. – **2.1.1.** Il grave illecito professionale alla prova della tipizzazione legislativa di un diritto amministrativo *giurisprudenziale-sapienziale*. – **2.2.** Il soccorso istruttorio. – **3.** I criteri di attinenza e proporzionalità all'oggetto del contratto nella individuazione dei requisiti speciali di partecipazione. – **4.** La plurima portata applicativa del principio di massima partecipazione: tra equivalenza dei requisiti, avvalimento e principio di rotazione. – **5.** *Favor* nei confronti delle micro, piccole e medie imprese: i limiti della compatibilità con le prestazioni da acquisire e delle esigenze di contenimento della spesa pubblica. – **6.** Conclusioni.

1. Il principio di massima partecipazione tra concorrenza e buon andamento.

Il principio di massima partecipazione alle procedure di gara ha in sé una duplice valenza, che, se, da un lato, ne evidenzia la centralità nell'ambito del settore dei

contratti pubblici, dall'altro, ne incrementa il grado di complessità in chiave applicativa. In particolare, esso può essere in prima battuta letto dal punto di vista dell'operatore economico, quale principio volto a consentire la massima contendibilità, imponendo alla stazione appaltante di agevolare il superamento di una serie di possibili barriere (di ordine formale, procedurale, strutturale) all'accesso alla gara, traducendosi pertanto in una espressione del principio di imparzialità[1].

Parallelamente, ispirare le regole e le procedure di gara alla più ampia partecipazione da parte di tutti i soggetti potenzialmente in grado di soddisfare le esigenze contrattuali dell'amministrazione si pone – questa volta collocandosi nell'ottica della p.a. – quale strumento essenziale per consentire la selezione del miglior contraente possibile, e, quindi, in una prospettiva di buon andamento[2].

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare tale duplice *ratio* del principio in questione, affermando come esso sia da considerarsi finalizzato «a soddisfare non solo le aspettative dei singoli aspiranti, ma anche l'interesse pubblico ad ampliare la platea dei concorrenti tra cui selezionare l'offerta più favorevole»[3]. Ad un più approfondito esame delle due descritte accezioni, emerge, invero una sorta di gradualità tra le stesse, tale da consentire una distinzione tra *favor partecipationis* e massima partecipazione, generalmente intesi in chiave sinonimica: l'esigenza di strutturare le procedure di gara e le modalità di dialogo procedimentale in modo tale da consentire al singolo operatore economico di partecipare non frapponendo barriere formali e attivandosi per superare eventuali ostacoli all'entrata, rappresenta un primo e più limitato obiettivo, in un'ottica *micro* (*favor partecipationis*); in una dimensione *macro* (massima partecipazione), invece, il tema non è tanto consentire ad un determinato concorrente di partecipare superando letture meramente formalistiche delle procedure concorsuali, quanto piuttosto introdurre regole e istituti in grado di

---

[1] * *Il presente scritto è il frutto di una riflessione comune tra gli autori. Tuttavia, Marco Calabrò è autore dei parr. 1, 3, 4 e 5, mentre Anton Giulio Pietrosanti è autore dei parr. 2, 2.1, 2.1.1 e 2.2. Il par. 6 è da attribuire ad entrambi gli autori.*

«Ogni previsione attinente ai requisiti di partecipazione alle gare pubbliche deve essere riguardata attraverso lo spettro del principio supremo di libertà della concorrenza e di favor per la massima partecipazione, aperta tendenzialmente a tutti gli operatori sostanzialmente idonei ad eseguire la prestazione richiesta» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 14 febbraio 2018, n. 1769, in *www.giustizia-amministrativa.it*). A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 952 ss.

[2] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2017, n. 3641, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 maggio 2016, n. 2185, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 19 febbraio 2013, n. 1828, in *Guida al diritto*, 11/2013, p. 49. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 297 ss. In generale, sulla portata applicativa del principio di buon andamento v. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 126 ss.

[3] T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 27 luglio 2017, n. 3990, in *Foro amm.*, 7-8/2017, p. 1731; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 6 febbraio 2017, n. 334, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

offrire alla stazione appaltante un ventaglio di offerte quantitativamente e qualitativamente idonee al perseguimento del miglior risultato economico e giuridico[4].

Si è ormai ben lontani, in altri termini, dall'idea originaria – contenuta nella legislazione sulla contabilità di Stato (R.D. n. 2440/1923) – secondo la quale le regole dell'evidenza pubblica avrebbero avuto come unico fine l'individuazione del contraente privato in grado di offrire le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni più vantaggiose[5]. A tale prospettiva, si è affiancato l'afflato concorrenziale comunitario, in base al quale la scelta del contraente privato deve essere realizzata attraverso procedure in grado di soddisfare (anche) l'esigenza di tutelare la libertà di impresa e i principi di trasparenza e non discriminazione[6]. La concorrenza, la più ampia apertura dei mercati, sembra assurgere in un certo qual modo a vero e proprio «baricentro del sistema dell'evidenza pubblica»[7].

Parte della dottrina, al riguardo, ha tuttavia condivisibilmente osservato come tra le due finalità (tutela della concorrenza e miglior uso del denaro pubblico) non viene a configurarsi una relazione paritaria, bensì di tipo "strumentale": la prima – consentendo alla stazione appaltante di disporre di un'ampia scelta circa l'offerta maggiormente rispondente ai bisogni della collettività – si configura quale mezzo per

---

[4] Per una lettura dell'attività di selezione delle migliori offerte – intese come quelle presentate da operatori economici affidabili e in grado di soddisfare gli obiettivi di qualità prestazionale che si pone di volta in volta la stazione appaltante – in una prospettiva di ottimizzazione del risultato economico e giuridico, v. M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 429. Tale prospettiva si innesta, evidentemente, nella ricostruzione di più ampio respiro, operata da una parte della letteratura, del principio di buon andamento come espressione di un modello di amministrazione orientata al risultato, su cui si rinvia ai lavori di M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula Amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, II, p. 813 ss.; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 110 ss.

[5] Ai sensi di tale concezione originaria, la *ratio* della normativa sull'evidenza pubblica si sarebbe configurata in termini meramente contabilistici, quale controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del denaro pubblico. In termini v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1982, p. 660.

[6] Cfr. Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. cost.*, 6/2007, p. 4569, con nota di C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*. Sul tema v. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, cit.; R. CARANTA, *Contratti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino, 2008, p. 237 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

[7] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per una critica a tale prospettiva, in termini di non adeguata considerazione di obiettivi ulteriori sottesi alla contrattazione pubblica, quali quello della sostenibilità ambientale e sociale, v. P. CHIRULLI, *La proconcorrenzialità nel codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI E C. ACOCELLA (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, p. 13 ss.

raggiungere il fine del buon andamento[8]. Detto in altri termini – e richiamando la distinzione operata da Trimarchi Banfi tra concorrenza nel senso del diritto nazionale e concorrenza nel senso del diritto europeo – si può affermare che il principio di massima partecipazione è, da un lato, espressione della prima (concorrenza ai sensi del diritto nazionale), nella misura in cui è volto a garantire la soddisfazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; dall'altro lato, e nel contempo, esso è altresì strumento delle «regole europee della concorrenza», poste a presidio non dell'imparzialità della p.a., bensì del corretto ed efficace funzionamento del mercato[9].

Principio di massima partecipazione, quindi, quale principio dotato di una duplice, seppur non inconciliabile, anima, e che, a ben vedere, si colloca a sua volta in un contesto di perenne tensione con l'altrettanto centrale principio della *par condicio* tra i concorrenti[10]. Come noto, l'esigenza di garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici in termini di assoluta neutralità da parte della stazione appaltante è da sempre percepita come primaria[11]. Parte della dottrina riconosceva, invero, in capo al principio di parità di trattamento una valenza assoluta (quale immediata espressione del principio di imparzialità), tale da rendere il principio di massima partecipazione sussidiario rispetto al primo[12]. Tale orientamento, tuttavia, pare ormai superato a fronte dell'esigenza – anche alla luce del tenore della più recente evoluzione della normativa europea – di individuare *case by case* un adeguato punto di equilibro tra il rispetto del principio di *par condicio* tra gli operatori economici ed il principio del

[8] «La finalità proconcorrenziale, intesa come concorrenza "per" il mercato, assume pur sempre rilevanza se e in quanto si suppone che la concorrenza effettiva possa assicurare la soddisfazione dell'interesse pubblico in ragione del fatto che porta a contenere i prezzi dei contratti e ad aumentare la qualità delle prestazioni, consentendo così di scegliere il contraente "giusto". Ma ciò significa appunto che libertà di concorrenza e di mercato operano come un mezzo rispetto al fine, ovvero che assumono rilevanza in quanto interessi pubblici», F. FRANCARIO, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 954.

[9] F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici locali)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 5/2012, p. 730-733. Riprende, più di recente, la distinzione tra nozione europea e nazionale di concorrenza E. ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

[10] Si sofferma su tale divergente tensione, tra gli altri, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, p. 217 ss., ove l'Autore parla di un «*trade-off* tra il *favor* formalistico per la *par condicio* e il *favor* sostanzialistico per la partecipazione».

[11] In generale, per una ricostruzione evolutiva di tale principio, v. S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, p. 289 ss.

[12] In termini S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in *Trattato de contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, VIII, Torino, 2007, p. 356 ss. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2007, p. 1172.

favor partecipationis, nell'ottica (di matrice pubblica e privata) di consentire una effettiva e ampia competizione tra tutti i soggetti in grado di soddisfare le domande di un determinato segmento di mercato[13].

Anche dall'esame della giurisprudenza emerge un analogo percorso evolutivo. A fronte di alcune pronunce più risalenti nel tempo tese ad escludere la possibilità che la stazione appaltante potesse/dovesse procedere di volta in volta ad un bilanciamento tra i due principi[14], il giudice amministrativo è ormai saldamente orientato verso la necessità di garantire il rispetto della parità di trattamento tra i concorrenti (e, quindi, del principio di imparzialità), senza però trasmodare in un eccesso di formalismo, il che non solo tradirebbe lo spirito generale pro-concorrenziale che connota la materia degli appalti pubblici, ma finirebbe per comportare effetti negativi anche in capo all'interesse pubblico alla selezione dell'offerta (sostanzialmente) migliore[15].

A ben vedere, invero, la giurisprudenza più recente sembra tendere ad affermare una certa prevalenza del principio di massima partecipazione rispetto a quello di *par condicio*, nella misura in cui estende massimamente l'ambito di applicazione del soccorso istruttorio (v. *infra* par. 2.2), nonché sancisce l'illegittimità di qualsiasi forma di esclusione per ragioni puramente formali[16]. In altri termini, in assenza di contrari

---

[13] E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra* fairness *contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 3/2018, p. 641; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 251.

[14] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 marzo 2012, n. 1699, in *Foro amm. CDS*, 3/2012, p. 578.

[15] «Nelle pubbliche gare, il pur generale principio della massima partecipazione deve essere rapportato al concomitante principio della par condicio (secondo cui occorre impedire che un concorrente possa avvantaggiarsi della propria situazione tributaria al fine di offrire un prezzo ingiustificatamente più favorevole rispetto agli altri concorrenti) e con l'ulteriore principio secondo cui le Amministrazioni pubbliche devono comunque prioritariamente mirare all'obiettivo di negoziare con controparti sicuramente attendibili e finanziariamente solide, in tal modo riducendo il rischio di dispersione ingiustificata di risorse pubbliche» (Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2016, n. 4960, in *Foro amm.*, 11/2016, p. 2659). Lega l'opportunità di rifuggire da formalismi ultronei all'esigenza di conseguire il raggiungimento del miglior risultato sostanziale T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 4 dicembre 2017, n. 345, in *Foro amm.*, 12/2017, p. 2436. Sul tema v. anche M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 71 ss. e C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 206 ss., il quale sottolinea, in generale, l'esigenza di temperare qualsiasi tendenza al formalismo procedurale.

[16] «Nel rapporto sempre esistente in materia di contratti pubblici fra principio di massima partecipazione e di par condicio è ormai il primo a essere considerato prevalente, alla luce del disposto dell' art. 83 d.lgs. n.50 del 2016 che consente che sia sanata la mancanza essenziale di elementi formali – *rectius* , la mancanza di elementi essenziali - purché non riguardino le offerte tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto proponente, e ciò mediante apposita richiesta della Stazione Appaltante entro un termine perentorio, scaduto invano il quale l'offerta va esclusa» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 6 novembre 2017, n. 11031, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

specifici interessi della p.a., a fronte di eventuali dubbi interpretativi, viene riconosciuta una preferenza al *favor partecipationis* «in coerenza con l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale»[17].

Del resto, il ruolo nodale riconosciuto dall'ordinamento al principio di massima partecipazione è altresì confermato dalla circostanza che esso – come da tempo affermato da dottrina e giurisprudenza – assurge a criterio interpretativo generale della *lex specialis* di gara, ogniqualvolta questa si riveli lacunosa o foriera di dubbi applicativi[18]. In altri termini, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola del bando, va preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti[19].

Da quanto osservato, emerge con chiarezza come il principio di massima partecipazione – pur non trovando una espressa ed autonoma disciplina all'interno del d.lgs n. 50/2016 – fosse comunque configurabile, anche sotto la vigenza del precedente Codice, quale vero e proprio baricentro dell'intero settore degli appalti pubblici, in quanto funzionale sia alle istanze pro-concorrenziali che alla selezione del miglior contraente presente sul mercato. Numerose, del resto, erano le disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 interpretabili come diretta espressione del principio di massima partecipazione[20]. Appare, pertanto, pienamente coerente con la complessiva operazione volta a dotare la nuova disciplina di una solida base di principi generali di riferimento, l'aver espressamente inquadrato, con l'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023, il principio di massima partecipazione quale principio fondamentale destinato ad

[17]Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3611, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[18] Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 2 novembre 2017, n. 336, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1247, in *Foro amm. CDS*, 2/2011, p. 477. Di contro, la stessa giurisprudenza sottolinea che «Non può essere invocato il principio di massima partecipazione alla gara laddove vengano in rilievo clausole chiare che prescrivono un requisito di partecipazione, la cui disapplicazione si porrebbe in contrasto con l'efficacia di tali disposizioni, non impugnate, con il principio di par condicio dei partecipanti» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 20 maggio 2022, n. 6581, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[19] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4731, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 3/2022, con nota di A. ZUCCOLO, *Per l'interpretazione del bando di gara, il Consiglio di Stato sembra ignorare il rilievo pubblicistico dell'atto, guardando esclusivamente al diritto comune e all'immanente supremo fine della tutela del mercato*, p. 59 ss. In termini v. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 5 luglio 2018, n. 978, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 25 settembre 2017, n. 9899, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 657, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[20] Tra le principali, è possibile ricordare gli artt. 30, co.1 (richiamo dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), 30. co. 7 (*favor* nei confronti della PMI), 51 (regola generale della suddivisione in lotti funzionali) e 83 (individuazione dei requisiti nel rispetto dell'interesse al più ampio numero di potenziali partecipanti).

orientare l'operato dell'amministrazione nel corso dell'intera fase della selezione del contraente privato.

Tra l'altro, come si illustrerà nel prosieguo del presente scritto, la formulazione adoperata dal legislatore conferma in qualche misura la natura "ibrida" del principio in questione, così come *supra* delineata. Da un lato, infatti, (art. 10, co. 1 e 2) esso è declinato in termini di tassatività delle cause di esclusione, operando, quindi, nell'ambito del rapporto tra stazione appaltante e singolo operatore economico (visione *micro*, ispirata a ragioni pro-concorrenziali). Dall'altro lato, il principio di massima partecipazione è, invece, legato alla individuazione di precisi limiti nella determinazione dei requisiti speciali di partecipazione, nonché alle misure tese a favorire l'accesso alle procedure ad evidenza pubblica per le micro, piccole e medie imprese (visione *macro*, espressione dell'esigenza di selezionare il miglior contraente privato).

2. La tassatività delle cause di esclusione e il principio di legalità.

Nella visione *micro* ispirata da ragioni proconcorrenziali, la tassatività va esaminata alla luce del principio di legalità onde verificarne la stretta aderenza sotto il profilo della determinatezza e della tipicità delle cause di esclusione. In verità, già nella vigenza del precedente codice ci si era interrogati sul "se" il principio di tassatività avesse giocato un ruolo troppo debole nella partita per la difesa della legalità in riferimento a cause di esclusione che – per come costruite – avevano lasciato spazio a ipotesi espulsive per così dire subdole o occulte, in quanto estrapolate solo tramite un'interpretazione creativa[21].

A tal fine, si era auspicato un intervento del legislatore che, attraverso un appropriato livello di precisione (semantica nella costruzione delle stesse), potesse risolvere le ambiguità interpretative più pericolose per la tenuta della legalità e dell'uguaglianza nelle procedure ad evidenza pubblica. Una simile esigenza era stata avvertita anche dalla giurisprudenza la quale, in diverse occasioni, aveva rimarcato l'importanza della sicurezza giuridica e dell'uso di disposizioni, determinate e chiare, nel disegnare i meccanismi espulsivi.

E invero, sebbene il legislatore del 2016 avesse cercato di tipizzare alcune fattispecie espulsive (si pensi al grave illecito professionale) e avesse attribuito all'ANAC la prerogativa di delimitarne i confini, la struttura aperta della relativa normativa

[21] Sia consentito rinviare ad A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2018, p. 209. Più recentemente, *ex multis*, cfr. J. VAVALLI, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove autonomie*, 2/2020, p. 777 ss.; F. MANGANARO, M. GERMANÒ, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. e app.*, 3/2019, p. 301 ss.

sembrava aver lasciato un potere abbastanza ampio che consentiva di riempire il *genus* in questione con ipotesi non sempre prevedibili dagli operatori economici[22].

Si ricorderà infatti come, nel codice precedente, fosse prevista una figura autonoma di grave illecito professionale alla quale seguivano altre cause di esclusione che, ai fini espulsivi, potevano essere considerate autonomamente oppure come espressione dello stesso illecito professionale[23].

Ne derivava una sorta di *open ended list* della causa di esclusione, che a sua volta indeboliva la legalità del sistema delle commesse pubbliche e produceva una limitazione della capacità contrattuale (dell'operatore economico), con conseguente contrazione della concorrenza e, prima ancora, della libertà d'iniziativa economica[24].

Le ricadute di tale sistema sul piano della trasparenza del regime espulsivo erano evidenti, non essendo il legislatore riuscito a soddisfare quel bisogno di certezza relativo alla collocazione (escludente o meno) da assegnare a determinate situazioni e, in modo particolare, all'oggetto su cui (in riferimento a tali situazioni) doveva vertere l'onere dichiarativo[25].

---

[22] A.G. PIETROSANTI, *op cit*., p. 248 ss., ove, con riferimento alla fattispecie dei gravi illeciti professionali disciplinata nel codice del 2016, si è ipotizzato un ritorno al passato in termini di scelte espulsive potenzialmente arbitrarie, poiché basate su una normativa forse troppo generica che riporta gli interpreti ad un'idea di Amministrazione caratterizzata da un meccanismo molto affine a quello realizzatosi prima dell'avvento della Costituzione, *id est* quando il principio di legalità sostanziale non si era ancora affermato nel panorama giuridico e si consentivano esclusioni discrezionalissime. La natura fortemente poliedrica di alcune fattispecie finiva infatti per mettere in discussione i traguardi faticosamente raggiunti proprio sul piano della legalità-tassatività.

[23] Ad es., le carenze nell'esecuzione di un precedente contratto.

[24] Si era così ipotizzata per i gravi illeciti professionali una sorta di «tipizzazione non tassativa» rimessa ad un «circuito interpretativo a tre corsie (Anac-giurisprudenza-stazioni appaltanti)» A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del D.lgs. n. 50*/2016, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2018, p. 209 ss.

[25] A.G. PIETROSANTI, *Grave illecito professionale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 841 ss. La necessità di individuare con precisione e tassatività le fattispecie idonee ad incidere negativamente sulla partecipazione di un concorrente, riducendo con ciò l'arbitrio dell'amministrazione, era stata propugnata dalla dottrina anche con riferimento alla moralità professionale degli imprenditori: cfr. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1999, p. 531. Sui rischi derivanti dall'incertezza del quadro normativo pure in materia di appalti pubblici v. M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, p. 45 ss.; ID., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi.it*, 2018; ID., *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a "Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale"*, ivi, n. 11; ID., *"Principi e regole dell'azione amministrativa": riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 2017; F. FRANCARIO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in *Dir. soc.*, 1/2018, p. 11 ss.; ID., *Certezza del diritto ed operatori economici: note a margine di recenti riforme*, in *Le fonti del diritto amministrativo, Atti del Convegno annuale dell'Associazione italiana dei*

Né l'incertezza di cause di esclusione spesso indecifrabili sembrava potersi risolvere con il mezzo della regolazione *flessibile* - tanto più se esso si concretizzava attraverso Linee guida ANAC - la cui natura non vincolante consentiva alle stazioni appaltanti di non considerarle. Alla medesima valutazione di inefficacia veniva poi destinato il freno contenitivo della tassatività espressa nell'art 83 co. 8 del d.lgs. 50/2016[26], trattandosi di un freno che finiva per allentarsi laddove il legislatore, lungi dal poter prevedere tutte le fattispecie espulsive, rinviava, per la loro costruzione, a concetti giuridici indeterminati che spesso "intrappolavano" il concorrente soprattutto sul piano dell'onere dichiarativo.

In assenza di un perimetro normativo più stringente, non si poteva non auspicare un solerte consolidamento dei confini di alcune ipotesi espulsive (quantomeno) attraverso pronunce giurisprudenziali che mantenessero un legame più solido con il diritto positivo. Solo in tal modo i singoli concorrenti avrebbero potuto conoscere i propri diritti e obblighi, gravando sul legislatore e sulle stazioni appaltanti l'obbligo del *clare loqui*, che non poteva essere "rigirato" – per evidenti ragioni di legalità proconcorrenziali – sotto forma di gravosi oneri di attenzione, diligenza e prudenza aggiuntiva in capo ai concorrenti[27].

2.1. L'impianto espulsivo delle cause automatiche e non automatiche.

Ebbene, il freno imposto dal principio di tassatività – con il correlato regime delle clausole escludenti atipiche – è stato ribadito nell'attuale formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023, laddove si legge che «i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice» (comma 1). A ciò si è aggiunto che «le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito», dovendosi considerare nulle e non apposte le clausole contenenti ipotesi ulteriori di esclusione (comma 2).

Conseguentemente, tutto ciò che si colloca al di fuori dal sistema espulsivo costruito dal codice e in particolare dall'art. 10 cit., in combinato disposto con gli artt. 94 e seguenti, sembra attratto in una sfera di irrilevanza giuridica per il mercato delle commesse pubbliche e, quindi, di libertà dell'operatore economico (che, a sua volta,

professori di diritto amministrativo, Padova, 9-10 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 269 ss. Inoltre, sulla medesima questione, v. le Relazioni e gli Interventi raccolti nel volume *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica, Atti delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, Modanella (Siena), 8-9 giugno 2018*, a cura di F. FRANCARIO E M.A. SANDULLI, Napoli, 2018.

[26] Cfr. art. 83 co. 8 secondo cui «I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni di legge vigenti», prevedendosi diversamente la nullità delle stesse. V., in tema, Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Id., 16 ottobre 2020, n. 22, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[27] Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2018 n. 783, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

dovrebbe risultare) intoccabile dal relativo potere espulsivo. Ciò che invece appartiene al predetto regime espulsivo integra di diritto i bandi e le lettere di invito[28]: sicché la tassatività – nei confronti delle cause di esclusione – può assumere un ruolo che allo stesso tempo può essere *ampliativo* (laddove le integra in caso di difetto) e/o *contenitivo* (laddove le sterilizza per eccesso).

Del resto la giurisprudenza aveva più volte ricordato che «le norme di legge ... che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea»: sotto tale profilo, la tassatività può essere quindi intesa come limite (o meglio come divieto) per la stazione appaltante di introdurre cause di esclusione ulteriori (mediante interpretazioni estensive/analogiche), essendo la "sorte" di tali ulteriori clausole quella della nullità e/o della non apposizione[29].

Ciò detto, ci si potrebbe chiedere se e in che termini il principio di tassatività sia coerente con la parte del Codice dedicata alle cause di esclusione e se quest'ultime siano a loro volta conformi ai principi enunciati nella legge delega, nonché nella direttiva comunitaria e nei primi articoli dello stresso Codice.

A tal fine merita anzitutto ricordare che il cennato art. 10 afferisce ai principi di delega[30] di cui all'art. 1, comma 2, lett. a) e n) che attribuivano al legislatore:

---

[28] Nella Relazione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici si legge significativamente che «È necessario, infatti, che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati», p. 26.

[29] T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 6 marzo 2023 n. 3736; Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9415; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 febbraio 2022, n. 1318, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Anche nella Relazione del Consiglio di Stato si ricorda che «Al riguardo, recependo l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria (cfr. n. 22 del 2020), viene specificato che le clausole nulle "si considerano non apposte", in tal modo chiarendo che trattasi di una nullità parziale limitata alla clausola e che non si estende all'intero atto», p. 26.

[30] La legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (l'approvazione della quale rappresentava uno specifico traguardo del PNRR da conseguire entro il 30 giugno 2022, v. infra), è stata pubblicata nella G.U. n. 146 del 24 giugno 2022. La legge in questione delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi relativi alla disciplina dei contratti pubblici, al fine di adeguare la disciplina dei contratti pubblici a quella del diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.

«*a)* [il] *perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma rimanendo l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza…;*

(…)

n) [la] *razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE …*».

Inoltre, nella relazione illustrativa, si legge che, «per quanto attiene alla sua struttura logica, la norma si pone in linea con altre codificazioni europee»[31]. E il riferimento è, in particolare, al Code de la commande publique, che prevede nella "Partie législative - Titre Préliminaire" una previsione sostanzialmente equivalente al comma 1 dell'art. 10, per poi distinguere le cause di esclusione in due categorie: le "Exclusions de plein droit" e le "Exclusions à l'appréciation de l'acheteur".

Il nuovo codice prevede infatti diverse cause di esclusione che vengono raggruppate, a seconda dei casi, in due categorie: cause di esclusione non automatiche e cause di esclusione automatiche. In quest'ultima categoria – disciplinata dall'art. 94 – il potere espulsivo è collegato a fatti ed eventi che hanno trovato definizione in sentenze o altri provvedimenti incontrovertibili.

Le cause di esclusione non automatiche – previste dall'art. 95 – sono invece quelle che presuppongono una discrezionalità dell'ente appaltante nella valutazione dei fatti che ne sono a fondamento. Discrezionalità che potrebbe inoltre interessare le valutazioni delle misure di c.d. *self cleaning*[32] le quali – in presenza di determinati presupposti indicati dall'art. 96 – consentirebbero all'operatore economico di dimostrare la sua affidabilità o meglio di ricostruire quel patrimonio di credibilità che era stato inciso dalla commissione dei fatti all'origine della causa di esclusione[33].

2.1.1 Il grave illecito professionale alla prova della tipizzazione legislativa di un diritto amministrativo giurisprudenziale-sapienziale.

Tra le cause di esclusione non automatiche, viene riprodotto l'illecito professionale grave, tale da rendere dubbia l'integrità e affidabilità del concorrente, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati (art. 95, comma 1, lettera e).

[31] Relazione del Consiglio di Stato, p. 26.

[32] Sulla natura discrezionale della valutazione ante riforma v. Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[33] Per una recente applicazione del rimedio del *self cleaning*, anche per eventi verificatisi nel corso della procedura dopo la presentazione delle offerte cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2023, n. 1700, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

A differenza del vecchio codice, il legislatore ha deciso di dedicare a tale causa di esclusione una specifica disciplina, contenuta all'articolo 98, dove (per espressa previsione) sono elencati in maniera tassativa i casi di grave illecito professionale e i mezzi adeguati per dimostrarli[34].

La novità maggiormente rilevante, per quanto qui interessa, è contenuta nei commi 3 e 6 del medesimo art. 98, secondo cui gli elementi che possono dar luogo al grave illecito professionale, e i mezzi idonei a comprovare tali elementi, sono indicati in maniera tassativa[35]. Di conseguenza, non vi sarebbe più spazio – come accaduto in passato – per una nozione generica di grave illecito professionale. La tassatività, in quest'ottica, sembrerebbe riuscita a dominare la fattispecie espulsiva *de qua*, ponendosi al suo cospetto come una "valvola di chiusura" capace di contenere, non senza difficoltà, sia i gravi illeciti professionali, sia i mezzi di prova e i relativi oneri di comunicazione.

Bisognerà però verificare se le ipotesi tassative di grave illecito professionale e i correlati mezzi di prova siano stati disegnati con adeguato livello di determinatezza, potendo a loro volta incidere (ove costruite con concetti indeterminati) sulla tenuta stessa della necessaria legalità-tassatività. Non si può infatti trascurare l'importanza interpretativa desumibile dall'art. 4 quale disposizione che sembra riconoscere, nei principi evocati negli artt. 1, 2 e 3 del d.lgs. n. 36/2023, un valore di *super principi* (tra cui non a caso quello di legalità) su cui basare l'interpretazione e applicazione di tutte le disposizioni del codice, ivi incluse quelle poc'anzi richiamate *sub* artt. 10, 94, 95 e 98.

Parimenti occorrerà analizzare la coerenza del sistema delle comunicazioni che è stato eretto su tre livelli di rilevanza: da quello (*più basso*) che può incidere solo sulla gravità dell'illecito professionale[36], a quello (*intermedio*) idoneo a configurare una causa di esclusione non automatica (ovvero un tipo di grave illecito professionale)[37] a quello

[34] In particolare, quelle che (nel codice precedente) erano cause di esclusione autonome sono state ricondotte nell'ambito della nozione generale di illecito professionale grave, di cui ora costituiscono uno dei possibili elementi tali da far venir meno l'affidabilità e integrità dell'operatore.

[35] Alcune delle situazioni elencate al comma 3 quali indici sintomatici dell'illecito professionale grave, di seguito riportate unitamente ai relativi mezzi di prova, erano già presenti nel regime previgente. Vi sono poi ulteriori situazioni idonee a configurare l'illecito professionale grave che rappresentano delle novità. In primo luogo vi è l'irrogazione di una sanzione esecutiva da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore che assuma rilevanza rispetto all'oggetto specifico dell'appalto (lettera a). In questo caso il mezzo di prova è in sé, nel senso che è costituito dall'emanazione del relativo provvedimento esecutivo (comma 6, lettera a).

[36] In caso di omissione o non veridicità della comunicazione in merito alla sussistenza di fatti e provvedimenti che possono costituire causa di esclusione.

[37] In caso di presentazione di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, selezione e aggiudicazione.

(*più elevato*) capace di rilevare come causa di esclusione automatica[38]. Si tratta invero di livelli non facilmente distinguibili e che potrebbero dare luogo a sovrapposizioni[39] poco rispettose dal punto di vista della concorrenza e della legalità.

Sotto altro profilo, andrebbe poi verificato se il livello di tassatività raggiunto dalla disciplina in tema di gravi illeciti professionali sia compatibile con la direttiva comunitaria: anzitutto per capire se il suddetto modello "chiuso" del grave illecito professionale sia rispettoso del carattere apparentemente "aperto" riservato a livello europeo alla medesima causa di esclusione; in secondo luogo, per verificare se alcuni mezzi di prova indicati dal legislatore nazionale, ai fini della configurabilità di un grave illecito professionale, siano coerenti con quanto prescritto a livello sovranazionale circa la natura definitiva o meno degli stessi.

Quanto al primo profilo, la suddetta opera di tipizzazione potrebbe stridere con il diritto europeo laddove quest'ultimo non permette espulsioni automatiche per i motivi di esclusione c.d. facoltativi come quello dei gravi illeciti professionali[40]. Tali motivi, infatti, possono essere recepiti dal legislatore nazionale a patto che ne vengano rispettati gli elementi essenziali con i quali sono stati disegnati a livello europeo e garantendo che la valutazione circa l'esclusione o meno del concorrente spetti solo all'amministrazione aggiudicatrice[41]. Di conseguenza, come emerso in dottrina, potrebbe ravvisarsi qualche criticità proprio sul punto della delega che attribuiva al

[38] A fronte di false dichiarazioni o falsa documentazione a seguito della valutazione dell'ANAC che ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico.

[39] Critico rispetto al regime delle comunicazioni previsto dal codice è F.F. GUZZI, *Il regime delle esclusioni non automatiche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *AmbienteDiritto.it*, 2, 2023, il quale ravvisa un rischio di sovrapposizioni e incertezze tra le varie ipotesi. In particolare l'Autore rileva che «La valenza dell'omissione informativa è dunque lasciata all'amministrazione la quale, potrà decidere se la stessa possa assumere un rilievo tale da configurarsi come grave e supportare la configurazione di illecito professionale. Lo spazio di autonomia valutativa è ampio, di conseguenza non sarà facile determinarne gli esiti. Il punto è che anche l'omissione può avere attitudine decettiva, di conseguenza, oltre a rilevare ai fini della valutazione di gravità può altresì essere presa in considerazione come causa di esclusione autonoma; siamo dinanzi ad una sovrapposizione che la norma non risolve. La condotta decettiva, in sostanza, non può ricondursi solo all'aver fornito un'informazione falsa, posto che l'omissione può essere equiparata ad una condotta (condotta commissiva mediante omissione)».

[40] Corte Giust. UE, 3 giugno 2021, C-210/2020, punto 45 per la quale la disciplina europea dei motivi di esclusione facoltativi deve essere interpretata nel senso che essa «osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

[41] Corte Giust. UE, 19 giugno 2019, C-41/18; in termini Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2021 n. 5659, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «tale interpretazione è peraltro l'unica conforme al diritto europeo. Secondo le ripetute indicazioni della Corte di Giustizia, il potere della stazione appaltante non può essere limitato da preclusioni poste dal diritto nazionale, ma si deve basare sull'accertamento in concreto dei fatti, rimesso esclusivamente al vaglio della stazione appaltante medesima».

legislatore di individuare *..le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE …*[42].

Il secondo profilo di criticità con la direttiva potrebbe ravvisarsi nella parte in cui il legislatore nazionale richiama mezzi di prova non definitivi per la configurabilità di un grave illecito professionale (art. 98 co. 6). Si pensi (come mezzo di prova sufficiente a dimostrare il grave illecito professionale) alla richiesta di rinvio a giudizio (ex art. 407 bis co. 1 c.p.p.) per taluno dei reati (consumati o tentati) di cui all'art. 94 co. 1; reati che, ove accertati con sentenza di condanna, darebbero invece luogo ad una causa di esclusione automatica.

Ebbene, senza voler entrare nel merito della riforma del processo penale, che sembra aver rafforzato le condizioni per l'esercizio dell'azione penale (non più rimessa alla mera sussistenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, ma a una ragionevole previsione di condanna), l'asserita criticità (di alcuni mezzi di prova non definitivi per dimostrare un grave illecito professionale) potrebbe essere superata tenendo presente che, per il legislatore europeo, l'accertamento definitivo di alcuni reati serve per determinare l'esclusione dell'operatore economico (art. 57, co. 1), mentre, per configurare un grave illecito professionale non viene data alcuna indicazione specifica (ossia in merito alla definitività o meno) dei mezzi di prova idonei a dimostrarli, limitandosi (la direttiva) a stabilire che essi devono essere adeguati (direttiva 2014/24, art. 57, co. 4, lettera c).

Potrebbe quindi scartarsi – almeno a prima lettura – l'ipotesi di una incompatibilità tra la norma nazionale e la direttiva comunitaria, poiché l'illecito professionale grave rappresenta una causa di esclusione non automatica, laddove invece l'accertamento dei reati *de quibus*, con la richiesta sentenza definitiva, riguarda casi di esclusione automatica[43].

Insomma, quanto tale disciplina riuscirà a eliminare i molteplici problemi interpretativi e i continui contenziosi originati da quella precedente è ancora presto per dirlo. Certo è che, come accaduto in passato, la motivazione del provvedimento

[42] In tal senso G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm*., 3, 2022, p. 779 ss., secondo cui «il potere attribuito alle singole stazioni appaltanti non appare comprimibile da parte del Legislatore interno con disposizioni che creino automatismi di esclusione o casistiche tassative dei gravi illeciti». L'Autore poi aggiunge che «la disciplina europea dovrebbe essere interpretata nel senso di impedire perfino che il Legislatore interno possa creare filtri e impedimenti, procedurali o sostanziali, all'esercizio del potere valutativo spettante alle stazioni appaltanti».

[43] Inoltre, merita all'uopo ricordare che, secondo il medesimo legislatore europeo, «…le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi…» (considerando 101).

espulsivo assumerà una rilevanza dirimente per la configurazione delle fattispecie di illeciti professionali, mentre l'onere comunicativo (per essere completo) riguarderà anche le richieste di rinvio a giudizio ed altre misure non definitive[44].

Il fatto che l'esclusione non operi in maniera automatica e debba essere sorretta da un confronto costruttivo da veicolare in un'adeguata motivazione[45] dimostra lo sforzo del legislatore di cercare un punto di equilibrio tra quanto richiesto a livello europeo e quanto emerso *medio tempore* nel panorama della casistica giurisprudenziale.

Ciononostante, l'esigenza di razionalizzare e semplificare le cause di esclusione per rendere le regole di partecipazione chiare e certe sembra essersi abbandonata – soprattutto per la fattispecie del grave illecito professionale – ad una complessa tipizzazione che consegna il sistema dell'accesso o meno alle commesse pubbliche al circuito di un diritto amministrativo *giurisprudenziale-sapienziale*. Un diritto, cioè, che dapprima esprime la sua reale portata tramite la casistica giurisprudenziale e, poi, mediante l'attività di *sapienti iuris periti*, trae dalla realtà di detta casistica l'insieme dei principi giuridici che a loro volta (ri)vivono (sotto un profilo sostanzialmente genetico) al di fuori del diritto che (prendendo a prestito le parole usate dalla dottrina togata) «viene dal sovrano»[46]. Lo sforzo di trarre dalla realtà dei casi singoli l'insieme dei principi giuridici del diritto dei contratti pubblici (che a quanto pare viene regolato mediante particolari interventi legislativi) pone interrogativi di più ampio respiro rispetto ai limiti del presente contributo[47] anche in chiave di certezza del diritto[48].

---

[44] In termini, Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019 n. 8711; T.A.R. Toscana, sez. I, 7.febbraio 2020 n. 180; T.A.R. Piemonte, sez. I, 23 agosto 2019 n. 959; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 3 giugno 2020 n. 632, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[45] F. F. GUZZI, *Il regime delle esclusioni non automatiche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Ambientediritto.it*, 2, 2023, afferma che «L'obbligo di motivazione, responsabilizza le stazioni appaltanti nel rendere edotto l'operatore economico, nel modo più esaustivo e chiaro possibile, dell'iter logico, giuridico e fattuale alla base del meccanismo espulsivo».

[46] L'espressione è ripresa dal titolo di un articolo scritto da E. SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Quest. Giust*., 4/2016 (numero monografico sul tema *Il giudice e la legge*).

[47] Su tali profili cfr. U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di Filosofia*, 78/1987, p. 3 ss.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. Con riferimento alla codificazione per principi cui si è ispirato il d.lgs. n. 36/2023 cfr., invece, M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 49 ss.

[48] G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 517 ss., il quale rileva che sicuramente non è possibile bramare un ritorno alla certezza "illuministica" che fondava la sua fortuna sulla chiarezza e razionalità delle leggi. Quel legislatore, oggi, come ricorda la dottrina, «è completamente uscito di scena, se mai è davvero esistito»; tuttavia, secondo la medesima dottrina, « … non si può affermare che la certezza del diritto non faccia comunque parte dei valori incorporati nella struttura normativa dello Stato costituzionale», sicché «… la cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo può certamente dotarsi di alcuni anticorpi in chiave di certezza del diritto, anche per evitare che lo Stato costituzionale, esasperando alcune sue dinamiche interne, finisca per fagocitare le sue stesse conquiste (in termini di diritti, libertà, eguaglianza, ecc.)».

Da questo punto di vista, il tentativo di recuperare una sorta di fiducia degli operatori economici in una legalità (formale) che punta alla tassatività delle cause di esclusione viene soffocato dalla complessità di alcuni aspetti del potere espulsivo che, anche con questa nuova codificazione, non consente di pensare alla determinatezza e chiarezza cui aspira il modello illuministico-liberale come a un qualcosa di concretamente realizzabile, potendo alcune fattispecie, per quanto tipizzate, prendere delle derive irrazionalistiche tali da mettere in discussione il principio stesso di legalità (sostanziale).

Si tratterà allora di valorizzare ancora una volta la motivazione dei provvedimenti espulsivi (e in particolare la motivazione sulla gravità degli illeciti professionali) in una logica di legalità proconcorrenziale e quindi in modo tale da ottimizzare il profilo dell'*ignorantia legis* che potrebbe derivare da incastri legislativi basati su formule indeterminate o comunque troppo complesse per essere "digerite" in maniera rapida e consapevole. Del resto, senza entrare nelle peculiarità dell'errore scusabile, può osservarsi come nel processo amministrativo detto errore abbia raggiunto una portata abbastanza generale, che è potenzialmente in grado di rifarsi a un'ampia gamma di situazioni da cui deriva una condizione di "incertezza del diritto".

Solo in tal modo si potranno tracciare i sentieri di una legalità del mercato delle commesse pubbliche il cui regime espulsivo sia ispirato ad un'idea di rapporto amministrativo (proiettato a un risultato) che tenga in debita considerazione non solo il principio della tassatività-tipicità delle cause di esclusione, ma anche e prima ancora quello della tassatività-determinatezza delle stesse in un'ottica di *reciproca* buona fede, fiducia e leale collaborazione tra stazioni appaltanti e aspiranti appaltatori.

2.2. Il soccorso istruttorio.

Proprio in quest'orizzonte ermeneutico merita brevemente soffermarsi sull'istituto del soccorso istruttorio che permette di (ri)ancorare il discorso al principio della massima partecipazione. È invero nella prospettiva della massima partecipazione, e allo stesso tempo del rispetto della *par condicio*, che il nuovo Codice cerca di prendere le distanze da un eccessivo formalismo che potrebbe pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito.

In quest'ottica la giurisprudenza aveva spinto il diritto delle commesse pubbliche verso una maggiore apertura al principio di massima partecipazione rispetto a quello di *par condicio*, nella misura in cui estende l'ambito di applicazione del soccorso istruttorio, nonché sancisce l'illegittimità di qualsiasi forma di esclusione per ragioni puramente formali[49]. Apertura che però andava e andrà ponderata attentamente per evitare una frizione troppo forte tra il principio del *favor partecipationis*, utile a

[49] Cfr. *supra* nota 16.

consentire una effettiva e ampia competizione, e il rispetto del principio di *par condicio* tra gli operatori economici[50].

A tal fine il legislatore ha dedicato al soccorso istruttorio una disciplina *ad hoc* nell'art. 101 ove ha anche incanalato ipotesi tipiche di tale soccorso. In particolare – ma senza voler entrare nelle singole situazioni disciplinate nell'art. 101 – è opportuno rilevare che, diversamente da quanto previsto nel d.lgs. 50/2016, il nuovo codice ha previsto non solo la fattispecie del soccorso integrativo della documentazione amministrativa prodotta all'atto della partecipazione, ma anche la fattispecie del soccorso istruttorio specificativo di cui all'art. 6 della legge 241/90[51].

Oltre a ciò, si è stabilita la possibilità per l'operatore economico di richiedere, in caso di errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o economica, la rettifica di tale errore di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione (art. 101 co. 4)[52]; rettifica che ovviamente non potrà concretizzarsi in una modifica sostanziale dell'offerta stessa.

Anche in relazione all'istituto del soccorso istruttorio nelle sue varie declinazioni espresse nell'art. 101, il legislatore ha quindi mostrato una certa propensione alla *giurisprudenzializzazione-sapienziale* dell'istituto in questione mediante l'inserimento dei vari *tipi* maturati nella casistica. Ciò non ha però eliminato valutazioni che

---

[50] E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra* fairness *contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 3/2018, p. 641; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 251.

[51] Sulla distinzione tra soccorso integrativo e specificativo si veda Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2022 n. 7353, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In proposito, il Collegio ricorda come alla stazione appaltante «sia certamente precluso di sollecitare integrazioni in ordine ad ambigue formulazioni della proposta negoziale (attività che si risolverebbe in forme anomale di dialogo, idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti)», ma precisa che non è altresì vietata la possibilità di sollecitare meri chiarimenti o illustrazioni sui tratti dell'offerta tecnica, qualora sia ritenuto opportuno nell' ipotesi di proposte connotate di particolare complessità. Al riguardo, il Consiglio di Stato aggiunge che pur dovendosi ritenere sempre ammesso il soccorso specificativo, rimane certamente «fermo il divieto di integrazione dell'offerta» che va ben oltre la mera attività di precisazione finalizzata «a consentire l'interpretazione delle offerte e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte».

[52] Nella Relazione del Consiglio di Stato si legge che «La richiesta di rettifica deve essere avanzata con le stesse modalità previste per la presentazione della domanda e può avvenire – questa è l'altro elemento di novità – anche oltre il termine per la presentazione dell'offerta. Tendenzialmente la possibilità dell'operatore economico di emendare l'errore materiale costituisce una previsione omologa e corrispondente alle ipotesi in cui è ammissibile la sanatoria di cui al comma 1, lett. b). Una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara. Resta fermo che la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta».

dovranno essere prese dalle stazioni appaltanti proprio al fine di evitare, da un lato, eccessivi formalismi contrari ad una corretta e ampia competizione e, dall'altro, violazioni della *par condicio*.

3. I criteri di attinenza e proporzionalità all'oggetto del contratto nella individuazione dei requisiti speciali di partecipazione.

La *ratio* della attribuzione alle stazioni appaltanti del potere/dovere di individuare per ciascun appalto specifici requisiti speciali di partecipazione riposa, evidentemente, nella primaria esigenza di selezionare *ex ante* gli operatori economici in grado di soddisfare l'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara. Ciò conferma quanto si è in precedenza osservato circa la perdurante centralità del principio del buon andamento nel settore dei contratti pubblici, inteso come esigenza della p.a. di disporre di offerte idonee, adeguate e pienamente rispondenti ai bisogni della collettività[53]. Purtuttavia, tale prospettiva finisce inevitabilmente per comportare una restrizione del mercato e, di conseguenza, una deroga al generale principio della concorrenza ed al suo elemento cardine, rappresentato proprio dal principio di massima partecipazione[54].

Ciò posto, il legislatore (comunitario e nazionale) si è da sempre preoccupato di individuare parametri chiari e appropriati in grado di orientare la discrezionalità della stazione appaltante nella "customizzazione" del bando, ovvero nella redazione dello stesso attraverso l'indicazione di requisiti speciali di partecipazione in grado di

[53] «La compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività è stata chiaramente delineata dalla giurisprudenza europea la quale, nel dichiarare che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto, ha aggiunto che siffatta apertura alla concorrenza è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice che disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[54] Riconduce la funzione della selezione degli operatori economici mediante l'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione alla materia della tutela della concorrenza (come limite alla stessa) e, di conseguenza, ne fa derivare la competenza esclusiva statale, Corte cost., 22 maggio 2009, n. 160, in *Giur. cost.*, 3/2009, p. 1793. Più di recente, la stessa Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità costituzionale – per violazione della competenza esclusiva statale in materia tutela della concorrenza – di alcune disposizioni della L.P. Bolzano n. 3/2020, laddove introducevano criteri valutativi differenti rispetto a quelli indicati nel Codice dei contratti pubblici (cfr. Corte cost., 28 gennaio 2022, n. 23, in *Giur. cost.*, 1/2022, p. 310).

selezionare il contraente "giusto"[55], senza però finire per escludere ingiustificatamente e indebitamente operatori economici potenzialmente idonei a soddisfare le prestazioni oggetto del contratto. In tale ottica, la disciplina che regola le modalità di individuazione dei requisiti speciali di capacità professionale, economica e tecnica si pone in termini strumentali rispetto al fine di bilanciare le contrapposte esigenze di consentire ai soli soggetti idonei ed affidabili l'accesso alla gara[56], da un lato, e di garantire la più ampia partecipazione alla medesima procedura, dall'altro[57].

Come noto, i requisiti speciali attengono a tre profili, tutti a carattere "soggettivo", ovvero non concernenti la qualità dell'offerta (elemento oggettivo) bensì l'affidabilità, la professionalità e la capacità imprenditoriale dell'operatore economico[58]. Si tratta dei requisiti di: a) idoneità professionale, volti a verificare la corrispondenza dell'attività svolta dall'operatore economico rispetto alla prestazione oggetto del contratto[59]; b) economico-finanziari, inerenti la valutazione circa la solidità economica del soggetto e la sua capacità di affrontare finanziariamente l'esecuzione della prestazione[60]; c) tecnico-organizzativi, la cui finalità è accertarsi che le risorse umane, tecniche e

[55] La stazione appaltante, invero, è tenuta a tenere in considerazione il principio della massima partecipazione sin dalla determinazione dell'oggetto dell'appalto: «Fermo restando che la Stazione Appaltante gode di ampia discrezionalità nella scelta delle prestazioni oggetto dell'appalto, in relazione alle esigenze che il contratto deve soddisfare, nondimeno l'esercizio della discrezionalità non può trasmodare in una ingiustificata restrizione della concorrenza» (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 23 aprile 2018, n. 132, in *Foro amm.*, 4/2018, p. 694).

[56] In merito al parametro dell'affidabilità, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che l'operatore economico deve essere in possesso dei requisiti richiesti al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8, in *Foro amm.*, 7-8/2015, p. 1903); nonché che i suddetti requisiti permangano sino alla stipula del contratto (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 7 ottobre 2022, n. 6203, in *Foro amm.*, 10/2022, p. 1356; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, n. 4225, in *Foro amm. CDS*, 7-8/2011, p. 2357).

[57] F. FRANCARIO, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, cit., p. 955.

[58] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 marzo 2019, n. 6, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2019, p. 680.

[59] L'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023 conferma l'assetto precedente, disponendo che le stazioni appaltanti richiedono l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali.

[60] In merito ai requisiti economico-finanziari, il co. 11 dell'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023 conferma il riferimento già presente nell'art. 83, co. 5 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero la possibilità di richiedere all'operatore economico di dimostrare un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto. La sola differenza registrabile è che in precedenza l'all. XVII del d.lgs. n. 50/2016 indicava che la dimostrazione del fatturato globale potesse riguardare "al massimo" gli ultimi tre esercizi, laddove, al contrario, il nuovo Codice indica il triennio precedente a quello di indizione della procedura di gara quale periodo standard di riferimento.

strutturali dell'operatore economico siano atte a consentirgli di eseguire la prestazione in maniera corretta e secondo determinati standard di qualità[61].

Non è questa, evidentemente la sede per esaminare approfonditamente i diversi profili attinenti la natura dei requisiti e le modalità attraverso cui essi devono essere dimostrati; né tantomeno è possibile soffermarsi sulla differente disciplina (confermata, almeno in via transitoria, dal nuovo Codice) tra il settore degli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro – per i quali opera un sistema di qualificazione basato su attestazioni rilasciate da soggetti privati accreditati[62] – ed i settori degli appalti di servizi e forniture (nonché dei lavori sotto soglia), in ordine ai quali la gestione della fase della qualificazione degli operatori economici è ancora affidata alle singole stazioni appaltanti, mediante l'individuazione e il controllo dei requisiti[63].

Per quanto più specificamente concerne lo scopo dell'indagine del presente scritto, ovvero la relazione tra la definizione dei requisiti speciali ed il rispetto del principio di massima partecipazione, assumono piuttosto rilievo i criteri che la stazione appaltante è tenuta ad utilizzare nella individuazione dei suddetti requisiti speciali, criteri in merito ai quali l'art. 10 del nuovo Codice non ha una specifica portata innovativa. Già l'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, contemplava espressamente – quali parametri di riferimento per la verifica della legittimità dei requisiti speciali indicati nel bando di gara – l'attinenza e la proporzionalità all'oggetto dell'appalto[64], parametri del resto

[61] L'art. 100, co. 11 del d.lgs. n. 36/2023 dispone che le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati. La precedente disciplina, contenuta nell'all. XVII del d.lgs. n. 50/2016 individuava al contrario il periodo di riferimento nell'ultimo quinquennio.

[62] L'attuale disciplina della qualificazione nel settore dei lavori è rinvenibile nell'all. II.12 del d.lgs. n. 36/2023 (*Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori*), destinato ad essere abrogato da un corrispondente Regolamento ministeriale che l'art. 100, co. 4 del d.lgs. n. 36/2023 affida al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC.

[63] Ai sensi dell'art. 100, co. 10, del d.lgs. n. 36/2023, anche i settori degli appalti servizi e forniture sono destinati a transitare verso un sistema di qualificazione *ex ante* degli operatori economici, analogo a quello già operante nel settore dei lavori. Tale disciplina sarà introdotta ad opera del regolamento ministeriale previsto dal co. 4 del medesimo art. 100. Nella Relazione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici, viene sottolineata la *ratio* della scelta di disciplinare anche la qualificazione degli operatori economici per gli appalti di forniture e servizi «così da allineare la disciplina della qualificazione per gli appalti di servizi e forniture a quella degli appalti di lavori, così dando vita ad un sistema tendenzialmente unitario in funzione di semplificazione sia per quanto riguarda la partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, sia per quanto riguarda il controllo da parte delle stazioni appaltante», p. 152.

[64] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2/2021, 290; Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8 febbraio 2017,

ribaditi oggi anche nell'art. 100, co.2, del d.lgs. n. 36/2023 (*Requisiti speciali*). Anche la riconduzione dei suddetti parametri al principio di massima partecipazione era in qualche modo già presente nella precedente disposizione, laddove statuiva l'obbligo di tener presente «l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti».

A ben vedere, invero, è possibile effettuare una distinzione proprio in ordine alla diversa *ratio* dei due citati parametri. Il criterio della proporzionalità[65], infatti, risponde chiaramente all'esigenza di garantire la concorrenza, al fine di non consentire l'ingiustificata esclusione di alcun operatore economico potenzialmente idoneo, attraverso l'indicazione di requisiti che vanno ben oltre le effettive esigenze prestazionali. Pertanto, è possibile riferirsi, al riguardo, al principio di *favor partecipationis*, ovvero all'ottica che abbiamo definito "micro", legata all'interesse della singola impresa di essere messa nelle condizioni di accedere a quel segmento di mercato, perché chiamata a dimostrare il possesso di requisiti congruenti rispetto a quanto strettamente necessario al raggiungimento dello scopo[66]. In tale prospettiva, è di immediata evidenza il legame tra il criterio della proporzionalità e il principio di buona fede, introdotto con l'art. 5 del d.lgs. n. 36/2023, ai sensi del quale nell'ambito del procedimento di gara sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede. Un rinvio, in altri termini, a quella *fairness* contrattuale che impone alla stazione appaltante di operare, sin dalla redazione della *lex specialis*, nel rispetto di un principio di correttezza tale da non determinare esclusioni aprioristiche e ingiustificate[67].

---

n. 2115, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2012, n. 5009, in *Foro amm. CDS*, 9/2012, p. 2340.

[65] Sul principio di proporzionalità quale parametro di orientamento e valutazione dell'esercizio della pubblica funzione v., *ex multis*, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2016, p. 361 ss. Con specifico riferimento alla portata applicativa del parametro della proporzionalità nelle gare pubbliche v. S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., p. 332-336.

[66] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7597, in *www.giustizia-amministrativa.it*. È stato, ad esempio, definito «esorbitante e sproporzionato rispetto al servizio dedotto in appalto» il requisito della idoneità a produrre varietà vegetali in relazione ad un affidamento che concerneva la sola sistemazione/manutenzione del verde pubblico (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 novembre 2017, n. 11116, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[67] E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra* fairness *contrattuale e logica del risultato economico*, cit., p. 646. G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1/2016, p. 1 ss. parla di

In tale contesto, la giurisprudenza ha sottolineato l'esigenza che i requisiti di partecipazione non solo siano formulati in maniera chiara, ma abbiano anche carattere oggettivo e non discriminatorio[68]. Di conseguenza, ad esempio, viene sancito il divieto della c.d. "clausola di territorialità", ovvero l'illegittimità della richiesta della dimostrazione di avere una sede operativa nel luogo ove deve essere eseguita la prestazione quale requisito di partecipazione[69], essendo tale elemento al più valutabile unicamente in fase di aggiudicazione, quale presupposto per la stipula del contratto[70].

Al contrario, il parametro della attinenza – pur non essendo privo di una portata pro-concorrenziale – appare maggiormente legato al principio di massima partecipazione osservato dal lato dell'amministrazione: i requisiti speciali devono essere attinenti all'oggetto del contratto non solo (e non tanto) per non escludere alcun operatore se non quelli effettivamente non in grado di offrire una prestazione adeguata, quanto piuttosto per far si che sia garantito l'interesse pubblico alla selezione del miglior contraente possibile.

L'attinenza, in altri termini, è espressione del principio di massima partecipazione inteso in funzione del buon andamento (ottica "macro"). Tale prospettiva, del resto, è pienamente coerente con la recente valorizzazione della dimensione dialogica all'interno delle procedure di gara: lo spirito delle direttive del 2014 era evidentemente volto, tra l'altro, a consentire il superamento di un modello di selezione del contraente nel quale forme e procedure rigide comportassero scelte automatiche e spesso non soddisfacenti, a favore di moduli procedimentali capaci di adattarsi alle esigenze del caso, al fine di garantire quelle esigenze specifiche che di volta in volta spingono la stazione appaltante a rivolgersi al mercato[71].

Ciò premesso, appare evidente come la formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023 – nel confermare i (soli) parametri della attinenza e della proporzionalità – nulla muti

«amministrazione indirizzata dal criterio di efficienza dell'azione pubblica il che presuppone modelli amministrativi di tipo funzionale e non burocratico».

[68] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4541, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2003, n. 5684, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 177.

[69] Cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 21 giugno 2018, n. 673 in *www.giustizia-amministrativa.it*. In passato non sono mancati arresti giurisprudenziali in senso parzialmente difforme, laddove si è ritenuta legittima la previsione di requisiti legati ad elementi di localizzazione territoriale, in quanto attinenti motivate esigenze organizzative e di esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377, in *Foro amm. CDS*, 9/2006, p. 2508).

[70] «La clausola di territorialità che impone agli operatori economici di possedere una sede operativa in un dato ambito territoriale, quale requisito di partecipazione alla gara e non come modalità di esecuzione del contratto, è illegittima per violazione dei principi di libera concorrenza, massima partecipazione e parità di trattamento» (Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147, in *Foro amm.*, 9/2019, p. 1461 ss. con nota di A. COIANTE, *Le clausole di territorialità nelle procedure di gara tra tutela della concorrenza e discrezionalità amministrativa*).

[71] F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016.

in ordine a quanto già da tempo sottolineato da dottrina e giurisprudenza circa l'ampia discrezionalità che connota il potere delle stazioni appaltanti nella individuazione dei criteri di selezione dei contraenti[72], per lo meno per quanto attiene agli appalti di servizi, forniture e lavori sotto soglia, dovendosi al contrario escludere – nelle procedure di gara aventi ad oggetto lavori sopra soglia – la possibilità di chiedere ai concorrenti requisiti ulteriori rispetto all'attestazione di qualificazione[73]. Ciò comporta, in primo luogo, che per evidenti ragioni di trasparenza, imparzialità e – con il nuovo Codice, buona fede – tutti i requisiti di partecipazione vengano predeterminati in maniera chiara e non suscettibile di plurime interpretazioni all'interno della *lex specialis*[74].

Sul punto occorre, invero, effettuare una prima distinzione tra la possibilità di richiedere requisiti di natura diversa da quelli individuati dal Codice, da un lato, ed il concreto dimensionamento dei requisiti speciali normativamente indicati, dall'altro. In ordine al primo profilo, l'art. 83, co. 8 del d.lgs. n. 50/2016 conteneva un esplicito divieto di inserimento nel bando o nella lettera di invito di prescrizioni ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice o da altre disposizioni di settore, specificando che tali prescrizioni ultronee «sono comunque nulle». L'art. 100, co. 12 del nuovo Codice conferma, di fatto, l'assetto precedente, pur adoperando una formula differente, non concepita in chiave di divieto, bensì di imposizione («le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo»). Si segnala, tuttavia, come la disposizione attuale risulti priva della espressa sanzione della nullità delle eventuali prescrizioni contenenti requisiti di natura differente rispetto a quelli normativamente indicati, il che è destinato a rendere probabilmente ancora più incerta

[72] Cfr. T.A.R. Liguria, sez. I, 10 giugno 2022, n. 453, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[73] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14, in *www.giustizia-amministrativa.itit* e, da ultimo, la Delibera Anac n. 140 del 4 aprile 2023, con la quale si afferma la non conformità alla normativa di una procedura di gara a causa della illegittima richiesta di requisiti economico finanziari ulteriori rispetto all'attestazione SOA. Sul punto F. FRANCARIO, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, cit., p. 969, osserva come «non avrebbe del resto senso la costruzione di un sistema unico di qualificazione se le stazioni appaltanti avessero il potere di discostarsi da esso, compromettendo peraltro l'affidamento fatto dalle imprese sulla possibilità di operare nel mercato degli appalti pubblici per le tipologie e gli importi di lavori per i quali si è stati previamente abilitati e, più in generale, il principio della certezza del diritto». In generale sul sistema di qualificazione nel settore degli appalti di lavori v. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021, p. 154 ss.; G. IOANNIDES, *La selezione delle offerte*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. 644 ss.

[74] Cfr. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 8 agosto 2022, n. 151, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 10 luglio 2017, n. 3701, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 1992, n. 481, in *Foro amm.*, 1992, 1402. Sul divieto di eterointegrazione del bando di gara in ipotesi di sopravvenienza di una norma nel corso della procedura concorsuale v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 26 settembre 2017, n. 9921, in *Giur. it.*, 2018, p. 173, con nota di E. BOSCOLO, *Il divieto di eterointegrazione del bando: certezza e stabilità della* lex specialis.

la prassi applicativa, se solo si considera che – del tutto inspiegabilmente – nonostante la chiara *littera legis* dell'art. 83 cit., l'ANAC, nel Bando tipo n. 1, prevedeva che «Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti, qualora questi siano proporzionati, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connessi all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito»[75].

Del tutto differente è invece il discorso che deve essere condotto in merito al margine di discrezionalità da riconoscere alle stazioni appaltanti nella individuazione della concreta "misura" del requisito speciale, prescelto tra quelli indicati dalla norma. Obiettivi di efficienza, efficacia (e, oggi, risultato) non solo consentono, ma addirittura impongono all'amministrazione di dimensionare in modo adeguato le tre tipologie di requisiti speciali previsti in astratto, adattandoli alla natura, alla quantità e alle specifiche caratteristiche della singola gara, ed utilizzando, a tal fine, un considerevole margine di apprezzamento.

Con specifico riferimento al requisito della idoneità professionale, la giurisprudenza – in un'ottica sostanzialistica ispirata al *favor partecipationis* – aveva avuto modo di chiarire che la congruenza contenutistica che deve sussistere tra il certificato camerale e l'oggetto del contratto d'appalto «non deve tradursi in una perfetta e assoluta sovrapponibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale», atteso che la *ratio* della norma è quella di verificare che gli operatori economici vantino una professionalità *coerente* con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico[76]. Del resto, un'applicazione eccessivamente rigida del requisito avrebbe la conseguenza di restringere ingiustificatamente la platea dei potenziali concorrenti, limitandola ai soli soggetti aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto ai contenuti della prestazione, indipendentemente dal peso riconosciuto agli stessi da parte della *lex specialis*[77].

Ebbene, proprio nel recepire il richiamato orientamento, il legislatore nel nuovo Codice ha espressamente disposto che l'iscrizione nei registri o presso i competenti ordini professionali devono riguardare una «attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto» (art. 100, co. 3). In tal modo, a ben vedere, si è

[75] Cfr. Delibera n. 1228 del 22 novembre 2017. Tale formulazione è presente anche nei successivi aggiornamenti predisposti dall'ANAC al suddetto Bando tipo n. 1, ad opera della Delibera n. 154 del 16 marzo 2022 e, da ultimo, della Delibera n. 332 del 20 luglio 2022.

[76] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21 aprile 2021, n. 4672, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[77] «L'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti va contemperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, in quanto è di interesse pubblico non già la creazione o il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto l'ampliamento di tale mercato anche a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale» (T.A.R. Abruzzo, l'Aquila, sez. I, 26 febbraio 2018, n. 71, in *Foro amm.*, 2/2018, p. 303).

opportunamente posto fine ad eventuali esclusioni formali dalla gara dettate dalla semplice mancata piena coincidenza tra oggetto della registrazione e oggetto dell'appalto; tuttavia, di contro, è forte il rischio di dare origine ad un nuovo profilo di incertezza, essendosi ampliato il margine di discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione circa la sussistenza o meno del presupposto della pertinenza.

In ordine ai requisiti economico-finanziari, l'elemento maggiormente delicato è rappresentato dall'indicazione del fatturato minimo richiesto per poter accedere alla gara, elemento volto a verificare la solidità dei concorrenti, ma potenzialmente idoneo a costituire un impedimento per le PMI, oltre che per gli operatori economici di più recente costituzione[78]. Rispetto a tale profilo la norma si limita ad indicare parametri di riferimento "di massima", ma lascia alla stazione appaltante la duplice scelta circa il "se" richiedere un fatturato minimo ed il *quantum* dello stesso; il tutto, ovviamente, non solo adeguatamente motivando sul punto, ma anche nel rispetto dei criteri della proporzionalità e della attinenza[79]. Al riguardo, la giurisprudenza parla di «margine apprezzabile di discrezionalità» nel richiedere requisiti di partecipazione anche più severi rispetto a quelli normativamente previsti, purché – in un'ottica di bilanciamento con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi – siano rispettati i criteri della attinenza e della proporzionalità all'oggetto dell'appalto, e la scelta maggiormente restrittiva si correli a circostanze debitamente giustificate[80].

Se è vero, allora, che, anche sotto la vigenza del precedente Codice, alla stazione appaltante era riconosciuto un certo margine di discrezionalità nella definizione di requisiti economico-finanziari particolarmente elevati, ciò non comportava, tuttavia, la possibilità di indicare importi sovradimensionati rispetto alle reali esigenze di gara, in particolar modo quando ciò avveniva senza motivare in maniera rigorosa una scelta che veniva a configurarsi come palesemente contraria al principio di massima partecipazione ed al *favor* nei confronti delle micro, piccole e medie imprese[81].

Anche in merito alla richiesta di specifici requisiti di ordine tecnico-professionale, la giurisprudenza tende a riconoscere un'ampia discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti. In particolare, sono considerate legittime tutte quelle prescrizioni che richiedono modelli organizzativi, capacità tecniche ed esperienziali che risultino

[78] T.A.R. Toscana, sez. II, 16 giugno 2022, n. 790, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[79] T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 24 aprile 2013, n. 1779, in *Diritto e Giustizia*, 2013.

[80] Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 17 dicembre 2018, n. 369, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3352, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[81] Cfr. il parere pre-contenzioso ANAC n. 506 del 23 giugno 2021, con il quale l'Autorità ha evidenziato l'illogicità e la violazione dei principi di ragionevolezza e massima partecipazione di una stazione appaltante che aveva indicato quale requisito di partecipazione un fatturato globale pari al triplo del valore dell'appalto, senza tra l'altro motivare in maniera adeguata la scelta a carattere restrittivo (*https://www.anticorruzione.it/documents/91439/2366412/Delibera+n.+506+del+23+giugno+2021.pdf*).

coerenti con il settore di mercato interessato – nonché adeguatamente giustificate rispetto alle caratteristiche della specifica procedura – anche laddove tali previsioni di bando dovessero restringere il novero dei potenziali partecipanti[82]. In tale prospettiva – con specifico riferimento al settore degli appalti di servizi – deve essere letta quella giurisprudenza che distingue le nozioni di servizi "identici" e servizi "analoghi", ritenendo che debba ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto[83]. In tal modo, viene di fatto garantita l'osservanza del principio di massima partecipazione, pur nel rispetto della necessità di scelta di operatori qualificati da parte della stazione appaltante. Ciò non esclude in assoluto la possibilità di indicare espressamente nella *lex specialis* il requisito dell'aver già svolto servizi del tutto uguali a quelli oggetto della prestazione richiesta, purchè, però, tale scelta non si riveli sproporzionata e irragionevole e sia supportata da un solido supporto motivazionale attinente la peculiarità del servizio richiesto[84].

4. La plurima portata applicativa del principio di massima partecipazione: tra equivalenza dei requisiti, avvalimento e principio di rotazione.

Come già osservato, l'art. 100, co. 12 del nuovo Codice – nel confermare la precedente disciplina – dispone che le stazioni appaltanti possono richiedere esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal medesimo articolo. Tale disposizione, tuttavia, deve essere interpretata – proprio nell'ottica della massima partecipazione – in uno con il principio di equivalenza dei requisiti. Quest'ultimo, espressamente qualificato in termini di «principio immanente» al settore dei contratti

[82] Cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 3 febbraio 2022, n. 120, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 11 maggio 2020, n. 4934, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[83] «I servizi analoghi designano una categoria aperta di prestazioni accomunate da elementi caratterizzanti simili ed omogenei a quelli messi a gara e dialetticamente opposti ai servizi identici, connotati invece dall'essere una categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara teso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel medesimo segmento di mercato» (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 7 febbraio 2023, n. 352, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In termini cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 maggio 2020, n. 5010; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 21 settembre 2020, n. 1873; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 gennaio 2018, n. 183, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[84] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove la richiesta dell'avviso di gara di avere svolto «servizi uguali» è stata ritenuta non manifestamente sproporzionata né irragionevole, considerando la peculiarità del servizio di «catalogazione» (oltre che «di recupero catalografico e di altre tipologie di lavorazione catalografica») oggetto di affidamento, poiché richiedente un bagaglio di esperienza ed una idoneità tecnico-professionale specifici). In termini v. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 19 ottobre 2021, n. 880, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

pubblici[85], impone alle amministrazioni di accettare offerte che – sebbene in parte difformi dalle specifiche tecniche indicate nei documenti di gara – risultino prestazionalmente equivalenti ai requisiti richiesti[86]. Il fine, evidentemente, è quello di «evitare che un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici precluda l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta»[87].

L'operatore economico è ovviamente chiamato a dimostrare che sussistano i presupposti affinchè possa trovare applicazione il principio di equivalenza e, a tal fine, è legittimato a provare con qualsiasi mezzo che il prodotto o servizio offerto non differisca in alcun modo, dal punto di vista qualitativo e prestazionale, da quelli specificamente richiesti nel bando[88]. Tuttavia, tale *onus probandi* non è interpretato in modo rigido da parte della giurisprudenza maggioritaria, secondo la quale – in piena coerenza con l'immanenza riconosciuta al principio in esame – la stazione appaltante sarebbe legittimata a ravvisare d'ufficio l'equivalenza delle caratteristiche di un requisito alla *lex specialis*, anche in assenza di una specifica istanza in tal senso da parte dell'operatore economico[89]. La terminologia adoperata dal giudice amministrativo ("è consentito", "può"), sembra, invero, qualificare in termini di mera facoltà, per la stazione appaltante, l'effettuazione di tale valutazione "in forma implicita" dell'equivalenza dell'offerta presentata; ciò rimanda nuovamente al tema dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nella dimensione attuativa del principio di massima partecipazione, ed in particolare ai limiti entro cui risulterebbe

[85] Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 maggio 2020, n. 848, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In termini v. anche Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2022, n. 1006, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si ribadisce che «Il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, e risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e libertà d'iniziativa economica privata e, dall'altro, al principio di libera concorrenza, che vedono quale corollario il *favor partecipationis* alle pubbliche gare».

[86] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Veneto, sez. I, 18 febbraio 2021, n. 236, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[87] Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[88] Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 maggio 2020, n. 848, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2017, n. 4282, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[89] Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 4 dicembre 2020, n. 3282, in *Rass. dir. farmaceutico*, 3/2021, p. 563; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 maggio 2020, n. 848, in *www.giustizia-amministrativa.it*. *Contra*, Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4207, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 4/2017, p. 89 ss., con nota di C. SANTARELLI, *Il concorrente non può essere escluso se dimostra che il prodotto offerto ha caratteristiche tecniche perfettamente corrispondenti a quanto richiesto, ma ha l'onere di dimostrarlo*; in questo caso i giudici hanno ritenuto che non si potesse far gravare sulla commissione l'onere probatorio incombente in capo al concorrente «per l'alterazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti».

eventualmente sindacabile l'operato di una stazione appaltante che non procedesse *ex officio* alla valutazione di equivalenza, pur sussistendone tutti i presupposti.

Un ulteriore istituto direttamente ispirato al principio di massima partecipazione è l'istituto dell'avvalimento[90]. Ricorrendo ad esso, infatti, operatori economici privi di alcuni dei requisiti di partecipazione (economici, finanziari o tecnici) hanno comunque la possibilità di concorrere per l'aggiudicazione di un appalto "utilizzando" le capacità di altri soggetti, a patto di poter dimostrare di disporre effettivamente delle stesse[91]. Esula dal tenore del presente contributo un'analisi approfondita dei diversi profili di interesse (e di criticità) sottesi alla disciplina dell'avvalimento, attualmente presente nell'art. 104 del nuovo Codice, connotato, rispetto alla normativa precedente (art. 89 del d.gs. n. 50/2016) da una maggiore attenzione alle caratteristiche proprie del contratto di avvalimento, piuttosto che al meccanismo di "prestito" dei requisiti[92].

Basti evidenziare, in questa sede, come l'avvalimento non solo contribuisca con forza all'affermarsi di una visione sostanzialistica del possesso dei requisiti, ma finisca per rivelarsi in gran parte dei casi la soluzione più efficace per conseguire il risultato di ampliare il novero dei potenziali concorrenti ad una gara, attesa la ridotta onerosità (in termini organizzativi e burocratici) dello stesso rispetto all'opzione alternativa rappresentata dalla costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese[93]. La giurisprudenza, tuttavia, pur esprimendosi in maniera chiara per la più ampia applicazione dell'istituto dell'avvalimento[94], ha in più occasioni sottolineato come il ricorso allo stesso debba essere comunque bilanciato con l'esigenza di garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla corretta e sicura esecuzione del contratto, con la conseguente necessità che l'impresa ausiliaria possegga integralmente i requisiti mancanti «senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili subausiliari» (divieto del c.d. avvalimento a cascata)[95].

---

[90] La letteratura in tema di avvalimento è molto ampia; *ex multis*, si rinvia a C. ZUCCHELLI, *Avvalimento*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 1104 ss.; G.P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Riv. notar.*, 3/2016, p. 579 ss.; F. CINTIOLI, *Il contratto di avvalimento tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Giustamm.*, 2011.

[91] Cfr. Corte Giust. UE, 14 aprile 1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*; Corte Giust. UE, 7 aprile 2016, C-324/2014, *Apelski Dariusz*, in *Foro amm.*, 4/2016, 775.

[92] Per un commento analitico della nuova disposizione v. C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 608 ss.

[93] In termini v. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 159.

[94] Con l'unico limite che esso «non si risolva nel prestito di una mera condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali» T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 1 febbraio 2017, n. 62, in *Foro amm.*, 2/2017, p. 359.

[95] Cons. Stato, ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2020, p. 955; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1295, in *Foro amm.*, 3/2018, p. 441; Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3347, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

In merito alle novità introdotte con il nuovo Codice, può essere senza dubbio letto in termini di ulteriore *favor* nei confronti della massima partecipazione delle imprese quanto sancito dal co. 1 dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023, laddove – nel chiaro intento di risolvere un contrasto giurisprudenziale sorto sotto la vigenza della disciplina precedente – si riconosce natura "normalmente onerosa" al contratto di avvalimento, senza tuttavia escludere che esso possa essere concluso anche in forma gratuita, allorquando ciò «risponda a un interesse dell'impresa ausiliaria»[96].

La portata applicativa del principio di massima partecipazione involge, infine, anche il c.d. principio di rotazione, in base al quale, nelle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia, le stazioni appaltanti sono tenute a garantire una effettiva turnazione tra gli operatori economici[97]. In particolare, la rotazione può riguardare tanto gli inviti (in caso di procedure negoziate), quanto gli affidamenti diretti, mentre non si applica nelle ipotesi in cui l'amministrazione abbia ritenuto di ricorrere ad una procedura ordinaria aperta al mercato, non operando in quel caso alcuna limitazione in ordine al numero di concorrenti tra i quali effettuare la selezione[98].

La *ratio* di tale principio è quella di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriverebbe evidentemente dalle conoscenze acquisite durante il pregresso affidamento)[99] e, di conseguenza, finisce anch'esso per rivelarsi strumentale all'ampliamento del numero degli operatori posti nelle condizioni di accedere a procedure ad evidenza pubblica. Certo, l'obbligo

[96] Si era espressa a favore della validità dell'avvalimento «anche se manchi il corrispettivo in favore dell'ausiliario, ma a condizione che dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha mosso l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in questione e le connesse responsabilità» T.A.R. Liguria, sez. I, 2 agosto 2021, n. 745, in *Foro amm.*, 7-8/2021, p. 1180; in termini anche T.A.R. Toscana, sez. I, 21 marzo 2013, n. 443, in *Foro amm. TAR*, 3/2013, p. 821. In senso contrario, invece, T.A.R. Toscana, sez. I, 14 agosto 2018, n. 1144, in *www.giustizia-amministrativa.it*.; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 19 febbraio 2016, n. 52, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2016, p. 250.

[97] Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 15 giugno 2021, n. 1957, in *www.giustizia-amministrativa.it*.; Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un'ampia analisi dell'evoluzione della disciplina del principio di rotazione si rinvia a M. TERREI, *Sulla rotazione ovvero alla difficile ricerca di un equilibrio tra concorrenza e* favor partecipationis, in *Urb. e app.*, 5/2020, p. 618 ss.

[98] Cfr. Linee Guida Anac n. 4 del 19 luglio 2019, *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici.* Sul punto v. anche T.A.R. Liguria, sez. II, 30 ottobre 2018, n. 869, in *Foro amm.*, 10/2018, p. 1730, laddove si specifica che «in ossequio al principio della massima partecipazione alle gare, la rotazione degli inviti presuppone la scelta della stazione appaltante di limitare il numero degli operatori cui attingere per gli inviti, sicché non appare applicabile nelle procedure nelle quali siano stati invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta». Da ultimo, in termini, Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2021, n. 7414, in *Appalti & Contratti*, 12/2021, 72 ss., con nota di D. IMMORDINO, *Ambito di applicazione e requisiti formali del principio di rotazione*.

[99] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 marzo 2023, n. 5555, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

di osservare il suddetto principio finisce per configurare una vera e propria esclusione *ex ante* dalla partecipazione alla gara nei confronti del precedente affidatario, tuttavia la giurisprudenza ha chiarito come tale scelta non assuma un carattere sanzionatorio, bensì pro-concorrenziale, il che comporta, tra l'altro, l'assenza di un obbligo di motivazione specifica[100].

Il d.lgs. n. 36/2023 dedica al principio di rotazione degli affidamenti l'intero art. 49, il cui contenuto conferma in buona parte la disciplina precedentemente in vigore ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, così come integrata dalle Linee Guida ANAC n. 4 del 19 luglio 2019. Non mancano, tuttavia, profili innovativi tra i quali – per quanto maggiormente rileva in questa sede – si segnala la (condivisibile) scelta di limitare l'ambito soggettivo di applicazione del principio di rotazione: il divieto di partecipazione non riguarda più, come invece in passato, tutti gli operatori economici invitati alla precedente procedura di affidamento, bensì unicamente colui che è risultato aggiudicatario della stessa (art. 49, co.2). In effetti, se la principale finalità della turnazione è quella di scongiurare violazioni alla *par condicio* derivanti da asimmetrie informative connesse alla previa conoscenza delle condizioni del servizio da espletare, esso non trova giustificazione nei confronti di coloro che, pur essendo stati già invitati, sono risultati non aggiudicatari.

L'elemento innovativo di maggior interesse, in quanto in grado di perimetrare con maggiore chiarezza la portata del principio in esame, è tuttavia dettato dal co. 4 dell'art. 49, laddove si dispone che la regola generale del divieto di invitare il (o di procedere con l'affidamento diretto nei confronti del) contraente uscente può essere derogata nelle ipotesi in cui la struttura del mercato e l'effettiva assenza di alternative valide non consentano alla stazione appaltante di rivolgersi ad operatori economici differenti, se non a scapito della qualità della prestazione. La circostanza che il principio di rotazione avesse un carattere relativo, del resto, era già stato chiarito quella giurisprudenza che – nel sottolinearne il carattere servente rispetto ai principi di massima partecipazione e concorrenza – ne ha escluso l'applicabilità ogniqualvolta all'avviso esplorativo pre-inviti forniscano riscontro unicamente due operatori, uno dei quali rappresentato dall'affidatario uscente[101].

Emerge nuovamente, in altri termini, l'esigenza di non imbrigliare le scelte dell'amministrazione in rigidi modelli decisionali, riconoscendole comunque margini più o meno ampi di discrezionalità, necessari a conseguire di volta in volta la più idonea sintesi tra i principi in rilevo: anche un principio apparentemente primario,

[100] Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 26 maggio 2022, n. 753, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[101] «L'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato, ragione per cui la stazione appaltante ha legittimamente deciso di ammettere alla gara anche il gestore uscente al fine di far prevalere l'esigenza del confronto concorrenziale rispetto al principio di rotazione» (T.A.R. Toscana, sez. II, 11 dicembre 2018, n. 1605, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

come quello della massima partecipazione, può (anzi, deve) essere legittimamente "sacrificato" a fronte di elevati rischi per la qualità e la effettività della esecuzione del contratto (ovvero a fronte di una presumibile lesione del principio del risultato).

5. *Favor* nei confronti delle micro, piccole e medie imprese: i limiti della compatibilità con le prestazioni da acquisire e delle esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Nell'individuare i parametri di riferimento per la determinazione dei requisiti di partecipazione, l'art. 10 del nuovo Codice contiene un esplicito riferimento alla finalità di favorire l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese. Tradizionalmente, le PMI – pur rappresentando una elevatissima percentuale delle imprese esistenti in buona parte dei diversi settori mercato, sia a livello nazionale che europeo – hanno sempre trovato notevole difficoltà ad accedere alle commesse pubbliche, per una serie di fattori, alcuni legati alla c.d. asimmetria informativa, altri (principalmente) alla impossibilità di soddisfare tutti i requisiti di partecipazione indicati nei bandi, spesso consapevolmente redatti in un'ottica "escludente" da parte di stazioni appaltanti che consideravano più conveniente (in termini di tempistica e gestione complessiva dell'operazione) stipulare contratti unici di grandi dimensioni piuttosto che porre in essere diverse procedure di gara di più ridotta entità[102].

Il *favor* verso le PMI – chiaramente indicato già nelle direttive del 2014[103] – assurge a vero e proprio principio ispiratore con il d.lgs. n. 50/2016, il cui art. 30, co. 7, disponeva che i criteri di partecipazione alle gare dovevano essere tali da non escludere le micro, le piccole e le medie imprese, impegnando in tal senso le stazioni appaltanti nella scelta di requisiti partecipativi non solo non discriminatori e idonei a selezionare il contraente "giusto", ma anche in grado di agevolare (*favorire*) la partecipazione delle PMI alle gare, nei limiti di quanto possibile in relazione alla

[102] G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, cit., p. 1 ss.

[103] I riferimenti al *favor* nei confronti delle PMI all'interno della dir. 2014/24/UE sono rinvenibili, tra l'altro, nel considerando 2 (La normativa in materia di appalti deve essere rivista facilitando la partecipazione delle piccole e medie imprese), nel considerando 78 (È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI), e – per quanto maggiormente rileva in questa sede – nel considerando 83 (Requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici). Anche prima del 2014, si registrano altri importanti documenti con i quali l'UE ha richiamato l'attenzione dei Paesi membri alla predisposizione di una normativa più aperta all'accesso delle PMI al settore degli appalti pubblici. Si veda, ad esempio, il *Codice europeo delle buone pratiche che agevolino l'accesso delle PMI ai contratti di appalti pubblici* (Commissione delle Comunità europee, 2008), e la *Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla modernizzazione degli appalti pubblici* (2011/2048(INI)).

corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali[104]. Lo stesso art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare i criteri di selezione, confermava tale specifica attenzione, laddove affermava che «sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente».

Analogamente, il d.lgs. n. 36/2023 – confermando l'assetto precedente (del resto l'unico coerente con le direttive europee, immutate) – esprime in più disposizioni, oltre che nell'art. 10 in commento, il suddetto *favor* nei confronti delle PMI, in un'ottica tanto semplificatoria (in termini di riduzione degli oneri)[105], quanto di agevolazione economico-finanziaria[106], senza tuttavia giungere ad imporre quei meccanismi di c.d. *set aside* operanti ad esempio negli U.S.A., ovvero di vere e proprie riserve di alcune categorie di appalti a favore imprese che non superano determinati requisiti dimensionali[107].

Ciò posto, uno degli aspetti di maggior rilievo nella prospettiva del non ostacolare l'accesso al mercato da parte delle PMI, è rappresentato dal divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta: i primi, infatti, sono finalizzati a verificare l'affidabilità soggettiva dell'operatore economico (in termini di competenze, capacità economica e tecnica) – in una prospettiva che potremmo definire di controllo di idoneità astratta *ex ante* – mentre i secondi hanno lo scopo del tutto

[104] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, p. 326. D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 1/2021, p. 161 ss., parla, al riguardo, dello Stato come «consumatore atipico che non tende alla massimizzazione del proprio benessere individuale […], preoccupandosi piuttosto del benessere collettivo e, finanche, del benessere delle proprie controparti contrattuali (tutela delle PMI e della concorrenza)», p. 163.

[105] Ai sensi dell'art. 106, l'importo della garanzia provvisoria che deve corredare l'offerta è ridotto del 50% per le PMI.

[106] Ai sensi dell'art. 119, la stazione appaltante corrisponde non all'appaltatore ma direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni effettuate, quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa.

[107] Sul tema v. A. EQUABILE, *Opportunità e limiti per le PMI nel contesto del codice dei contratti pubblici*, Pescara, 2020. La Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che, accanto al divieto di pubblicare bandi "riservati" alle sole PMI, si rivelerebbe altresì illegittima l'eventuale procedura di gara che prevedesse un trattamento di favore destinato unicamente a piccole e medie imprese radicate su un determinato territorio locale o regionale (Corte cost., 27 maggio 2020, n. 98, in *www.cortecostituzionale.it*).

differente di misurare la qualità oggettiva dell'offerta presentata (da parte di soggetti tutti potenzialmente idonei)[108].

Ebbene, la giurisprudenza europea e nazionale mantiene ferma tale distinzione e vieta qualsiasi impropria traslazione tra i due "momenti", in quanto indicare tra i requisiti di partecipazione minimi (con effetti, quindi, escludenti) un criterio che, invece, sarebbe destinato unicamente ad operare un confronto qualitativo tra le offerte, finirebbe inevitabilmente per avvantaggiare i soggetti dotati di una struttura organizzativa maggiormente ampia ed operanti da più tempo sul mercato[109].

Al riguardo devono segnalarsi due rilevanti novità presenti nel nuovo Codice. La prima, di carattere nominalistico-formale, riguarda la rubrica dell'articolo contenente la disciplina in esame. L'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 utilizzava impropriamente la locuzione "criteri" di selezione, il che – come è stato osservato – rischiava di ingenerare confusione tra le condizioni ritenute necessarie ai fini della mera partecipazione ad una procedura di appalto e gli elementi oggetto di specifica valutazione per la selezione del miglior contraente privato[110]. L'attuale rubrica dell'art. 100 del nuovo Codice contiene, invece, più opportunamente il termine "requisiti" di ordine speciale, eliminando in tal modo qualsiasi possibile effetto confusorio.

In merito alla seconda novità, si segnala che ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 era stabilito che tra i criteri per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa potessero essere indicati – se influenti sull'esecuzione dell'appalto – anche l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato per erogare le prestazioni: in tal modo, si legittimava la valorizzazione di profili di ordine evidentemente soggettivo anche in sede di valutazione delle offerte, a condizione che «a) alcuni aspetti dell'attività della impresa possano effettivamente "illuminare" la qualità della offerta e b) lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo»[111]. Ebbene, il

---

[108] A. GIANNELLI, P. PROVENZANO, A. GIUSTI, *Commento all'art. 83. Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, I, 2017, p. 1045 ss.

[109] Cfr. Corte Giust., 20 settembre 2011, C-461/08; Corte Giust., sez. I, 24 gennaio 2008, C-532/06; Corte Giust., 19 giugno 2003, C-315/01; Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2022, n. 722, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279, in *Foro amm.*, 1/2018, p. 16; Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197, in *Foro amm. CDS*, 10/2012, p. 2620; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro it.*, 2004, III, p. 344.

[110] F. FRANCARIO, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, cit., p. 959, sottolinea che «l'improprietà deriva con tutta probabilità dalla traduzione letterale della rubrica del corrispondente art. 58 della direttiva 2014/24/UE che impiega l'espressione "*selection criteria*"».

[111] T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 21 febbraio 2018, n. 1147, in *www.giustizia-amministrativa.it.* In termini cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2020, n. 1916, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato,

nuovo art. 108 del d.lgs. n. 36/2023 non contempla più tale possibilità, ponendosi evidentemente in un'ottica di maggior *favor* nei confronti delle PMI, laddove si esclude in assoluto la possibilità di ricorrere ai requisiti soggettivi di un operatore economico per la valutazione delle offerte, quand'anche i suddetti requisiti fossero idonei ad influire sulla qualità dell'offerta medesima.

Ancora, è evidente come rientri tra le previsioni volte ad agevolare l'accesso alle gare per le PMI anche la possibilità di partecipare in RTI o consorzi da parte di più operatori economici e, conseguentemente, di consentire agli stessi di garantire la soddisfazione dei requisiti in maniera complessiva, ovvero da parte del gruppo e non dei singoli soggetti facenti parte dello stesso[112]. Tale previsione si pone in stretta correlazione con quell'orientamento ormai consolidato del giudice amministrativo in base al quale è considerata illegittima – perché in violazione del principio di massima partecipazione – l'esclusione dalla partecipazione alla gara di imprese di nuova costituzione che possano documentare il possesso del requisito richiesto dal bando di gara per un numero di anni inferiore a quello indicato nella *lex specialis*[113].

L'art. 83, co. 8 del d. lgs n. 50/2016 conteneva, poi, una previsione che aveva l'effetto di limitare notevolmente l'accesso alle imprese meno strutturate, nella misura in cui imponeva alla mandataria l'obbligo di possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. Tale diposizione, non a caso non recepita dal nuovo Codice, era stata di recente oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia UE, che ne aveva ravvisato la contrarietà alla normativa europea: infatti, mentre quest'ultima (art. 63 dir. 2014/24/UE) prevede che nei soli appalti di servizi la stazione appaltante "possa" richiedere – sulla base di una valutazione di opportunità da effettuare *case by case* – che taluni requisiti siano posseduti direttamente dall'offerente stesso, la diposizione nazionale imponeva in modo orizzontale che per tutti gli appalti pubblici la mandataria dovesse possedere maggiori requisiti e dovesse eseguire la maggior parte

sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635, in *Foro it.*, 9/2019, p. 434; Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970, in *Foro amm.*, 9/2016, p. 2103; Cons. Stato, sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6777, in *www.giustizia-amministrativa.it.* Critico nei confronti di tale disposizione D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, cit., il quale sottolineava come il sostanziale superamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi e criteri valutativi avesse l'ulteriore effetto negativo di minare il principio di scansione in fasi della procedura di gara "dovendo l'amministrazione necessariamente valutare i requisiti soggettivi nella fase di ammissione dei concorrenti e le offerte nella fase successiva e sulla base di criteri strettamente attinenti all'oggetto dell'appalto", p. 174.

[112] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2020, n. 4578, in *Foro amm.*, 5/2020, p. 1063; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6632, in *Foro amm.*, 11/2018, p. 1936; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364, in *Foro amm.*, 7-8/2017, p. 1533. A. NICODEMO, *Contratti pubblici, il principio del* favor partecipationis *e i consorzi. La regola dell'equilibrio tra diritto interno e comunitario*, in *Federalismi*, 24/2020, p. 216 ss.

[113] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 24 ottobre 2016, n. 4845, in *Foro amm.*, 10/2016, p. 2509.

delle prestazioni[114]. Con tale pronuncia, in altri termini, la Corte europea ha inteso garantire una più ampia ed effettiva applicazione del principio di massima partecipazione, incrementando notevolmente il novero delle procedure alle quali possono ambire le micro, piccole e medie imprese, in raggruppamento, benché individualmente prive dei requisiti speciali prescritti dal bando.

Uno dei profili che maggiormente rilevano nella recente apertura del mercato dei contratti pubblici alle PMI è, poi, senza dubbio rappresentato dal tema della suddivisione in lotti di una procedura di gara. Originariamente, la preferenza delle stazioni appaltanti per contratti unici di grandi dimensioni era giustificata mediante il richiamo al divieto, previsto nelle direttive di prima generazione, di parcellizzare un appalto in più lotti, divieto che tuttavia era espressamente finalizzato al solo evitare l'attuazione di operazioni elusive della disciplina relative alle soglie comunitarie. A fronte di ciò, già le direttive del 2004 e, poi, con ancora maggior forza, quelle del 2014, hanno introdotto la possibilità per le amministrazioni – in presenza dei necessari presupposti economici e tecnico-organizzativi – di procedere al frazionamento della gara in lotti funzionali (prestazionali o quantitativi) di valore adeguato, al precipuo fine di conseguire un maggior coinvolgimento delle micro, piccole e medie imprese[115]. In presenza di un appalto avente ad oggetto servizi del tutto eterogenei tra loro, ad esempio, l'eventuale scelta di procedere con l'affidamento in un unico lotto è oggi ritenuta illegittima, perché in violazione del principio della massima partecipazione, nella misura in cui si finisce per limitare in modo irragionevole la facoltà di presentare un'offerta da parte delle micro, piccole e medie imprese[116].

L'ostacolo rappresentato dal possibile utilizzo di tale facoltà per escludere illegittimamente l'applicazione della normativa europea, strumentalmente riducendo il valore delle singole procedure di gara, è stato agevolmente superato mediante la previsione in base alla quale quando un'opera o un acquisto di beni o servizi può dar luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti, con la conseguenza che allorquando il valore cumulato dei lotti risulti pari o superiore alla soglia comunitaria, le disposizioni del Codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto[117].

---

[114] Cfr. Corte Giust., 28 aprile 2022, C-642/2020.

[115] B. RAGANELLI, *PMI, procurement e* favor partecipationis, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 3-4/2017, p. 839 ss.

[116] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1087, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha annullato una gara con loto unico concernente l'affidamento dei servizi di trasporto scolastico, manutenzione e pulizia degli istituti scolastici, manutenzione del verde scolastico e delle piste ciclabili, sanificazione/disinfestazione dell'intero territorio comunale).

[117] Cfr. art. 9, co. 5 dir. n. 2014/24/UE; art. 35, co. 9 e 10 d.lgs. n. 50/2016. Vedi, oggi, l'art. 14 del d.lgs. n. 36/2023.

Già sotto la vigenza del precedente Codice, invero, la suddivisione in lotti funzionali era transitata da mera facoltà a regola generale, laddove l'art. 51, co. 1 del d.lgs. n. 50/2016 imponeva alle stazioni appaltanti un onere motivazionale specifico, in sede di bando di gara, nell'ipotesi in cui avessero deciso di non procedere al frazionamento dell'appalto in lotti funzionali[118]. Nonostante il medesimo comma contenesse un esplicito divieto di suddivisione dell'appalto in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del codice, il deciso *favor* per la suddivisione espresso dal legislatore rendeva tuttavia elevato il rischio di incorrere in parcellizzazioni artificiose. Al riguardo, pertanto, deve essere vista con favore la modifica apportata dal d.lgs. n. 36/2023, il cui art. 58 – nel confermare l'assetto precedente che vede il frazionamento quale regola – specifica però che le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare di volta in volta i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, chiedendo in tal modo all'amministrazione di giustificare adeguatamente l'esercizio del proprio potere discrezionale[119].

Strettamente connesso al profilo ora esaminato è, poi, il c.d. vincolo di aggiudicazione, strumento pro-concorrenziale che, nell'impedire ad uno stesso soggetto di essere aggiudicatario di una pluralità di lotti, aumenta le possibilità di successo delle piccole e medie imprese pur in presenza di aziende meglio posizionate sul mercato[120]. Esso trova la sua fonte nell'art. 46 della dir. 2014/24/UE, ove è riconosciuta alle stazioni appaltanti la facoltà di limitare il numero di lotti che possono

---

[118] S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, 4/2020, p. 933 ss. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 15 febbraio 2022, n. 1843, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 21 febbraio 2022, n. 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 febbraio 2022, n. 1255, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove la suddivisione in lotti è definita in termini di «principio generale adattabile alle peculiarità del caso». Tra le motivazioni rese a giustificazione della scelta del lotto unico, la giurisprudenza ha considerato legittima, ad esempio, l'aver ritenuto «preferibile avere come controparti grandi imprese o grandi raggruppamenti temporanei di imprese, allo scopo di favorire la produttività e l'efficienza, o per altre esigenze di interesse pubblico» (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 3 maggio 2019, n. 431, in *Foro amm.*, 5/2019, p. 857).

[119] Aderendo, in tal senso, a quella giurisprudenza che sottolineava come – essendo il precetto della ripartizione in lotti funzionale alla tutela della concorrenza – si incorresse in una violazione dello stesso «in caso di previsione di lotti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui» (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n. 973, in *Foro amm.*, 2/2020, p. 250).

[120] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022, n. 8990, in *Foro amm.*, 10/2022, p. 1258; Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402, in *Foro amm.*, 9/2021, p. 1283. In dottrina, sul tema. v. R. CAPONIGRO, *Riflessioni sulla tutela giurisdizionale nelle gare d'appalto con vincolo di aggiudicazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017.

essere aggiudicati a un medesimo offerente, ed era stato successivamente trasfuso nell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016[121].

Sul punto, il nuovo Codice, all'art. 58 co. 4, conferma sostanzialmente quanto già stabilito dalla precedente disciplina, introducendo, tuttavia, uno specifico onere motivazionale volto ad orientare la scelta discrezionale della p.a. In particolare, mentre il d.lgs. n. 50/2016 individuava quale unico presupposto per il legittimo ricorso al vincolo di aggiudicazione la circostanza che esso fosse espressamente indicato nel bando di gara o nell'invito, l'attuale disposizione chiarisce che la limitazione del numero dei lotti aggiudicabili ad un medesimo offerente deve trovare una adeguata giustificazione in ragioni connesse alle caratteristiche della gara, all'efficienza della prestazione, ovvero alle condizioni del mercato. Si ritiene, tuttavia, che tale precisazione – senza dubbio opportuna nella misura ini cui contribuisce a rendere maggiormente intellegibili (e, quindi, sindacabili) le scelte della stazione appaltante – non avrà l'effetto di limitare il ricorso al vincolo di aggiudicazione, strumento essenziale in chiave di estensione della partecipazione alle gare da parte delle PMI, in quanto la giurisprudenza aveva già avuto modo di sottolineare come gli effetti positivi in termini di estensione del numero degli aggiudicatari dovessero comunque essere sempre bilanciati con la verifica circa l'adeguatezza delle prestazioni offerte[122].

Il complessivo impianto di misure regolatorie e applicazioni giurisprudenziali volto ad agevolare il più ampio accesso possibile alle procedure ad evidenza pubblica da parte delle PMI trova, in ogni caso, precisi limiti in due elementi espressamente indicati nell'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023. Si tratta, in particolare, della compatibilità con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica. Tale secondo elemento si rivela una assoluta novità, introdotta – come è possibile desumere dalla lettura della Relazione del Consiglio di Stato al Codice – su suggerimento degli esperti economisti facenti parte

[121] «Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare». Sul carattere discrezionale della scelta v. Cons. Stato, sez. III, 14 aprile 2022, n. 2819, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[122] Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 6 aprile 2021, n.881, in *Foro amm.*, 4/2021, p. 623, ove, ad esempio, si chiarisce che «a fronte di separate e autonome procedure per ciascun lotto funzionale o prestazionale non potrà operare il vincolo di aggiudicazione proprio in considerazione dell'eterogeneità degli oggetti dei vari lotti». Sottolinea i molteplici benefici derivanti dal ricorso all'istituto del vincolo di aggiudicazione T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345, in *www.giustizia-amministrativa.it*, laddove afferma che «un ulteriore impulso all'apertura dei mercati attraverso la partecipazione alle gare e la possibile aggiudicazione delle stesse da parte del più alto numero di imprese possibile – le quali in tal modo, in un circolo "virtuoso", potrebbero acquisire le qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre maggiore di gare - è dato dal c.d. vincolo di aggiudicazione».

della Commissione che ha redatto il nuovo apparato normativo; tuttavia, esso trova un evidente riferimento nella generale tendenza all'aggregazione della domanda, finalizzata ad ottenere prezzi e costi delle transazioni maggiormente competitivi[123]. In ogni caso, per comprendere l'effettiva portata del parametro della realizzazione di economie di scala – attesa la vaghezza della formulazione adoperata dal legislatore – occorrerà attendere la prassi applicativa che si andrà a formare, ovvero il peso che le stazioni appaltanti intenderanno riconoscere a tale profilo e le modalità che saranno adoperate per la sua effettiva misurazione.

In merito al secondo elemento con il quale bilanciare il *favor* per le PMI, ovvero la compatibilità con le prestazioni da acquisire, esso deve oggi intendersi quale diretta espressione del principio di risultato di cui all'art. 1 del nuovo Codice. A fronte del rischio che un eccesso di apertura alla partecipazione anche a micro, piccole e medie imprese possa avere l'effetto di non garantire alla stazione appaltante il conseguimento della ottimale esecuzione della prestazione contrattuale, si impone in capo all'amministrazione l'obbligo di far recedere il principio di massima partecipazione, a favore della maggiore commisurazione possibile delle determinazioni dell'apparato amministrativo alle esigenze del caso di specie. Anche in questo caso, pertanto, emerge la «funzione poietica» esercitata dall'amministrazione ai fini della definizione *case by case* della «regola del caso» e, quindi, «la rilevanza primaria dell'esercizio della discrezionalità e della sussistenza, nel sistema, di condizioni che ne garantiscano il suo appropriato, responsabile e motivato esercizio»[124].

6. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni proposte, si può innanzitutto affermare che il principio di massima partecipazione rientra tra quei principi che potremmo definire "strumentali". Esso, infatti, non è volto *ex se* a far conseguire alla p.a. un interesse pubblico o a garantire all'operatore economico l'esercizio di un proprio diritto. Esso, piuttosto, si pone in termini di "mezzo" attraverso cui poter ottenere l'attuazione di altri due principi, questi sì aventi portata sostanziale: il principio della concorrenza, da un lato, e quello del buon andamento, dall'altro. L'accezione "strumentale" del principio non deve però sminuirne la rilevanza, che trova del resto piena conferma

[123] M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di centralizzazione della committenza negli appalti pubblici*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 1/2023, p. 127 ss.; A. ZITO, M. IMMORDINO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove Autonomie*, 2/2018, p. 223 ss.

[124] M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 68.

nella circostanza che esso – come si è illustrato *supra* – permea numerosi istituti centrali nella dinamica relazionale che si crea tra stazione appaltante e operatori economici.

Non può non osservarsi, tuttavia, come la indubbia rilevanza riconosciuta al principio di massima partecipazione contrasti in qualche misura con il previsto innalzamento della soglia degli appalti aggiudicabili con affidamento diretto o con procedura ristretta senza bando. A ben vedere, infatti, tale scelta presente nel Codice non appare tanto contraria al principio di concorrenza, in quanto ispirata al principio di proporzionalità, ovvero giustificata in base all'esigenza di parametrare la procedura all'effettività del mercato di riferimento[125]. Essa, piuttosto, si pone in contrasto proprio con il principio di massima partecipazione (letto nell'ottica del buon andamento inteso come selezione del miglior contraente possibile) che evidentemente assume un ruolo secondario rispetto alle primarie esigenze di effettiva realizzazione delle opere, nonché di celere esecuzione dei contratti pubblici e, in ultimo, rispetto al principio del risultato.

In definitiva, come del resto può dirsi in ordine anche agli altri principi positivizzati nella prima parte del nuovo Codice, il "successo" o meno dell'operazione di razionalizzazione e semplificazione regolatoria operata dal legislatore ruota intorno all'ampia discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nell'applicazione dei suddetti principi[126]. Per quanto concerne, nello specifico, il principio di massima partecipazione, si è visto come la sua portata applicativa richieda sempre l'esercizio di un potere discrezionale, se solo si pensa, ad esempio, a quanto osservato in merito alla selezione e valutazione dei requisiti speciali, al principio di rotazione e persino alla corretta gestione delle cause di esclusione.

Per quanto attiene specificatamente il profilo della tassatività delle cause di esclusione, a fronte dell'ingente contenzioso che nella precedente stagione aveva creato gravi sofferenze all'intero comparto degli appalti pubblici in termini di incertezza del diritto su cause di esclusione imprevedibili o addirittura indecifrabili, il legislatore ha deciso di positivizzare – sotto l'egida della richiesta *"razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione"*– gli approdi giurisprudenziali che lo hanno spinto a una ricerca, quasi ossessiva, del "tipo" o del "caso" da inserire nel dettato normativo: ne è derivato un sistema (a prima lettura non semplice) delle cause di

[125] Per una analisi del principio di proporzionalità quale canone ermeneutico generale nel settore dei contratti pubblici v. R. CIPPITANI, *Principio di proporzionalità e applicazione verticale della direttiva appalti: la rilevanza temporale dei motivi di esclusione*, in *Urb. e app.*, 2/2022, p. 217 ss.

[126] Sul punto M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, opportunamente osserva che l'obiettivo prioritario del nuovo Codice «è quello di incoraggiare e valorizzare – anche simbolicamente – le stazioni appaltanti a ricorrere alla discrezionalità e allo spazio valutativo di tipo tecnico abbandonando una mentalità obbediente alla sola legalità formale», p. 47.

esclusione attorno al quale poter immaginare operatori – più o meno consapevoli – che cominciano a orientarsi nella speranza di poter calcolare facilmente le possibili conseguenze delle loro iniziative.

In realtà, si è visto come il legislatore abbia tentato di specificare – nell'ottica della legalità-tassatività – cosa autorizzi la stazione appaltante ad esercitare il potere *espulsivo* (soprattutto quello non automatico riferito al grave illecito professionale)[127], e cosa invece giustifichi un potere *inclusivo* per il tramite del soccorso istruttorio, secondo un modello che ha rimesso il diritto dei contratti pubblici a un (nuovo) circuito di *giurisprudenzializzazione-sapienziale*; circuito la cui complessità – anche sotto il profilo degli spazi discrezionali lasciati alle amministrazioni – richiede(rà) un rodaggio ermenuetico-applicativo da tradurre sotto forma di rigorose motivazioni che, senza trascurare l'errore scusabile per incertezza (iniziale) del diritto, argomentino adeguatamente le relative statuizioni.

In conclusione, il nuovo quadro normativo "di principi" appare astrattamente adeguato a far fronte alle esigenze del settore. Il successo dell'operazione, tuttavia, dipenderà essenzialmente da due fattori: da un lato, dalla capacità che dimostreranno le stazioni appaltanti di guardare al principio di massima partecipazione come "faro" per orientare le proprie scelte discrezionali, e, dall'altro lato, dalla volontà (e il coraggio) che il giudice amministrativo mostrerà nel sindacare l'esercizio discrezionale del potere attraverso un parametro (apparentemente) così "impalpabile".

[127] La nuova disciplina dedicata alle cause di esclusione è molto più articolata e complessa rispetto al Dlgs 50/2016, come risulta evidente anche dal semplice raffronto del numero degli articoli che la contengono: al netto della normativa dedicata ai principi, precedentemente vi era solo l'articolo 80 nel vecchio regime, a fronte di ben cinque articoli - dal 94 al 98 – nel nuovo Codice.

LA NATURA SIMBOLICA DEL TITOLO IX *BIS* C.P. L'ANIMALE COME TERMINE DI RIFERIMENTO DI LEGITTIME OGGETTIVITÀ GIURIDICHE: PER UNA PIÙ EFFICACE TUTELA IMPRONTATA A SUSSIDIARIETÀ

Giuseppe Maria Palmieri*

ABSTRACT [ITA]: La l. n. 189/2004, da un lato, introduce fattispecie delittuose a tutela del sentimento per gli animali, dall'altro, prevede una clausola di inapplicabilità che ne svilisce la portata. Si profila, dunque, una natura meramente simbolica dell'attuale assetto normativo penale in materia di tutela degli animali. Il lavoro, nell'ambito di un'analisi critica della disciplina vigente, puntando alla ricerca di una legittima oggettività giuridica, approda a riflessioni critiche sulla configurabilità di un bene giuridico costituito dall'animale in sé, come pure dal sentimento di pietà. Probabilmente, soluzioni improntate a sussidiarietà possono risultare dotate di maggiore efficacia rispetto a quella penale.

ABSTRACT [EN]: *Law No. 189/2004 provides criminal cases to protect the feeling of pity for animals, but it introduces an inapplicability clause that nullifies their scope. As a result, the current criminal provisions for the protection of animals are merely symbolic. The article aims to analyze the current legal framework, showing that animals and the feeling of pity cannot be regarded as legitimate legal objectivities. Remedies shaped by subsidiarity could be more effective.*

SOMMARIO: - 1. La disciplina penale italiana in materia di animali: le tradizionali fattispecie codicistiche. **- 1.1.** La legge n. 189/2004 e i delitti di cui al Titolo IX *bis* c.p.: tutela del sentimento per gli animali? **- 1.2.** L'art. 19 *ter* disp. coord. c.p.: la natura amministrativa della "necessità" penalmente rilevante **- 1.2.1** …e la clausola di prevalenza della sanzione penale che esclude l'applicabilità dei delitti di cui al Titolo IX *bis* c.p. **- 2.** Luci ed ombre nella riforma dell'art. 9 Cost. **- 3.** La tutela penale del sentimento come rischio di un diritto penale della morale. L'animale come strumento di soddisfacimento di differenti, legittimi, beni giuridici **- 4.** Riflessioni per una efficace tutela degli animali improntata a sussidiarietà.

1. La disciplina penale italiana in materia di animali: le tradizionali fattispecie codicistiche.

La tradizionale norma codicistica in materia di tutela penale degli animali, ossia l'art. 727 c.p. – collocato nella Sezione relativa alla polizia dei costumi – rappresenta

l'evoluzione di altre che, già nel 1849 (regolamento toscano di polizia punitiva) e nel 1859 (codice penale sardo), contemplavano l'incriminazione dell'"incrudelimento, in luoghi pubblici, contro animali domestici"[1].

L'art. 491 del codice Zanardelli, con cui il maltrattamento di animali diviene penalmente rilevante anche se non realizzato in "luoghi pubblici" e su "animali domestici", mostra un mutamento di indirizzo verso una tutela più diretta ed ampia dell'animale. Tale norma rappresenta il precedente più prossimo rispetto alla versione originale della contravvenzione di cui all'art. 727 c.p., mediante la quale il legislatore del '30 incriminava "l'incrudelimento senza necessità", la "sottoposizione a eccessive fatiche o torture ai quali gli animali non fossero adatti per malattia o per età", la "sottoposizione, in luogo pubblico, di animali vivi, a esperimenti scientifici o didattici tali da destare ribrezzo", e con pena più severa "l'adozione di animali in giuochi o spettacoli pubblici, i quali importassero strazi o sevizie"[2].

La disposizione contenuta in tale articolo, dopo essere stata oggetto di un aumento sanzionatorio mediante la l. n. 281/1991, viene in parte ampliata dalla l. n. 473/1993, che introduce la rilevanza penale anche della "detenzione in condizioni incompatibili con la loro natura" e dell'"abbandono di animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività".

Con la legge del 1993, nell'art. 727 c.p. viene inserita anche la fattispecie di "organizzazione o partecipazione a spettacoli e manifestazioni che comportino strazio o sevizie per gli animali", nonché una ipotesi aggravante "qualora i fatti di cui ai commi precedenti siano commessi in relazione all'esercizio di scommesse clandestine".

All'esito della legge n. 189/2004[3], che introduce all'interno del codice penale il Titolo IX *bis* in tema di "delitti contro il sentimento per gli animali", il contenuto dell'art. 727 c.p. - che muta il titolo da «maltrattamenti di animali» a «abbandono di animali» -

---

[1] * Rtdb in Diritto penale Dipartimento di Giurisprudenza Università di Napoli Federico II - Docente di Diritto penale dell'ambiente.

A. COSSEDDU, *Maltrattamento di animali*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino 1993, p. 1 ss.; F. COPPI, *Maltrattamento o malgoverno di animali*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano 1975, p. 265 ss.

[2] Sul tema, F. COPPI, *Maltrattamento o malgoverno di animali*, cit., p. 265 ss., osserva, p. 265, come tale norma rappresenti un importante punto di riferimento per l'affermazione del principio secondo cui il rapporto uomo-animale debba svolgersi evitando «all'animale, anche quando questo debba essere sacrificato per un ragionevole motivo, inutili crudeltà ed irragionevoli sofferenze».

[3] Recante «Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate», Gazz. uff., n. 178 del 2004.

viene quasi integralmente trasposto nei delitti ivi previsti[4] (fatta salva la creazione *ex novo* della disposizione in materia di combattimenti, art. 544 *quinquies* c.p.), e nel vigente testo della contravvenzione *ex* art. 727 c.p. residuano soltanto le fattispecie di abbandono di «animali domestici, o che abbiano acquisito abitudini della cattività» e di detenzione di animali in «condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di gravi sofferenze».

La formulazione originaria della norma e le successive modificazioni permettono di intravedere i beni giuridici che nel corso del tempo sono stati posti a fondamento della tutela penale degli animali, dal sentimento di pietà dell'uomo[5] ad altre oggettività giuridiche connesse con altrettante esigenze umane[6].

D'altronde, «l'uomo si serve degli animali per ricavarne compagnia o diletto, servigi e nutrimento, li impiega in esperimenti, (…). L'esistenza e la salute dell'animale acquistano rilievo [penalistico] nella misura in cui si risolvono in un interesse per l'uomo»[7].

[4] A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., Torino 2005, p. 1 ss.; A. MADEO, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, in AA.VV., *Reati contro l'ambiente e il territorio*, a cura di M. Pelissero, Torino 2019, p. 431 ss.

[5] Per tutti, G. SABATINI, *Maltrattamento di animali*, in *Ns. Dig. it.*, X, Torino 1964, p. 81 ss., 81; G. PIOLETTI, *Uccisione o danneggiamento di animali altrui*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino 1999, pp. 2, 5; M. MAZZA, *Uccisione o danneggiamento di animali altrui*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano 1992, 475 ss.; A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., 2 ss.

[6] Sul tema, G. GATTA, *Art. 727 c.p.*, in *Codice penale commentato*, Tomo III, a cura di E. Dolcini-G. Gatta, Milano 2021, p. 397 ss.; S. BASINI, *Dei delitti contro il sentimento per gli animali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VI, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, A. Papa, Milano, 2009, pp. 170 ss., 178 ss.; per una efficace ricostruzione delle oggettività giuridiche proposte a fondamento di tali fattispecie, con riferimento alla disciplina tedesca, v., L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, in AA.VV., *Grundlagen des Straf – und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum .70 Geburtstag*, a cura di M. Bose-D. Sternberg-Lieben, Berlin 2009, p. 3 ss.

[7] F. COPPI, *Maltrattamento o malgoverno di animali*, cit., pp. 265-266. L'A. prosegue affermando che «l'animale, nella struttura del reato, rappresenta soltanto l'oggetto materiale, è la cosa su cui ricade la condotta del reo. Oggetto della tutela è invece il sentimento di pietà, di compassione, che l'uomo prova verso gli animali»; in senso conforme, A. COSSEDDU, *Maltrattamento di animali*, cit., p. 2, che evidenzia come «la rilevanza giuridica di tali comportamenti trova il suo termine di relazione nell'uomo», a tal riguardo, l'A, *ivi*, p. 5, osserva come «la fattispecie di cui all'art. 727 c.p. viene interpretata come norma volta alla tutela del sentimento di pietà che l'uomo prova verso gli animali».

Tra i delitti contro il patrimonio, all'art. 638 c.p., è collocata invece la incriminazione del "danneggiamento o uccisione di animali altrui"[8], destinata a "chi, senza necessità[9], uccide o rende inservibili o comunque deteriora animali che appartengono ad altri"; la fattispecie, che trova applicazione a meno che il fatto non costituisca più grave reato[10], è perseguibile a querela della persona offesa.

La norma prevede un'ipotesi aggravante, probabilmente almeno in parte oramai vetusta, perseguibile d'ufficio, nel caso in cui il fatto venga realizzato su «tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in mandria, ovvero su animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria»[11].

All'ultimo comma è prevista una ipotesi di non punibilità nei confronti di chi realizza il fatto «sopra volatili sorpresi nei fondi da lui posseduti e nel momento in cui gli recano danno». Tale previsione, oltre ad articolarsi in rapporti non del tutto comprensibili con la clausola "senza necessità" di cui al primo comma, perché ne rappresenta precisamente un'ipotesi, si riferisce soltanto ad una specie animale – i volatili – come se animali appartenenti ad altre specie non fossero in grado, anch'essi, di "recare danno al fondo altrui".

L'altruità dell'animale, come "oggetto materiale" del reato, e la titolarità del diritto di querela della persona offesa confermano che l'oggettività giuridica è costituita dal patrimonio[12].

---

[8] Per tutti, sia pur con riferimento alla versione del testo vigente al 1999, G. PIOLETTI, *Uccisione o danneggiamento di animali altrui*, cit., p. 1 ss. Tale norma trova i suoi precedenti negli artt. 429 del codice Zanardelli, e 675-677 del codice penale sardo.

[9] Sulla portata dell'espressione "senza necessità", v. *infra*, par. 1.2; con specifico riferimento alla norma in esame, v., G. PIOLETTI, *Uccisione o danneggiamento di animali altrui*, cit., p. 3; classifica la locuzione come elemento normativo del fatto, M. MAZZA, *Uccisione o danneggiamento di animali altrui*, cit., 475.

[10] La clausola di sussidiarietà è stata inserita dalla l. n.189/2004; dunque, dalla versione originale della norma in esame, emerge un interesse rivolto esclusivamente alla salvaguardia dell'integrità dell'animale in un'ottica di tutela del patrimonio, tant'è, che come osserva A. COSSEDDU, *Maltrattamento di animali*, cit., p. 1 ss., 5, l'uccisione o il danneggiamento dell'animale "proprio" non assumono rilevanza.

[11] G. PIOLETTI, *Uccisione o danneggiamento di animali altrui*, cit., p. 4, in relazione all'aggravante in esame, osserva che «il fatto assume particolare rilevanza perché indice di una delinquenza specifica di alcune località, e perché produce danni notevoli all'agricoltura e alla pastorizia, con turbamenti della vita campestre, ad opera di facinorosi che, con la minaccia, assicurano il loro potere, causa di illeciti guadagni, e compiono atti di vendetta mediante il cosiddetto "sgarrettamento"»; a tal riguardo l'A. cita la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, 459, e la *Relazione del Presidente della Commissione ministeriale per il progetto del codice penale*, 546.

[12] G. PIOLETTI, *Uccisione o danneggiamento di animali altrui*, cit., p. 2, individua quale bene giuridico, oltre al patrimonio, anche il sentimento di pietà dell'uomo verso gli animali.

Ulteriore fattispecie codicistica, collocata tra i delitti contro l'economia pubblica, ma indirettamente rivolta anche alla tutela della salute degli animali, è rappresentata dall'art. 500 c.p., che incrimina, con la reclusione da uno a cinque anni, «chiunque cagioni la diffusione di una malattia alle piante o agli animali, pericolosa all'economia rurale o forestale, ovvero al patrimonio zootecnico della nazione».

1.1. La legge n. 189/2004 e i delitti di cui al Titolo IX *bis* c.p.: tutela del sentimento per gli animali?

Come anticipato, l'assetto codicistico in materia è stato profondamente innovato dalla legge n. 189 del 2004, che, nell'ambito di una più ampia riforma, introduce, in una collocazione successiva al Titolo relativo a moralità pubblica e buon costume, il Titolo IX *bis*, avente ad oggetto la tutela del sentimento di pietà dell'uomo verso gli animali[13].

Per la prima volta nel nostro ordinamento, all'art. 544 *bis* c.p., viene prevista la rilevanza penale dell'uccisione dell'animale, fondata su un disvalore differente dall'aggressione al patrimonio[14].

Fino a questo momento, l'uccisione dell'animale proprio, o non appartenente a nessuno, non trovava sussunzione sotto alcuna autonoma fattispecie incriminatrice. Invece, condotte meno offensive, quali i maltrattamenti oggi incriminati dall'art. 544

[13] V., A. FERRATO, *I reati contro il sentimento per gli animali*, in AA.VV., *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone. Vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali*, a cura di G. Cocco-M. Ambrosetti, Padova 2014, pp. 717 ss.; a tal riguardo, P. ARDIA, *La nuova legge sul maltrattamento degli animali: sanzioni e ammende per i combattimenti clandestini e per chi abbandona*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1465 ss., 1467, osserva che una differente collocazione del neo introdotto Titolo in uno spazio successivo al Titolo XII, relativo ai delitti contro la persona, avrebbe rappresentato in maniera più adeguata le esigenze di tutela degli animali, funzionale ad esigenze umane, quali ambiente, patrimonio affettivo, salute; in senso critico sul dato secondo cui dal titolo IX *bis* c.p. emergerebbe la oggettività giuridica del sentimento di pietà dell'uomo, si veda C. RUGA RIVA, *Il sentimento per gli animali, critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile*, in *Legislaz. pen.*, 13.05.2021, 1 ss., secondo cui, piuttosto, il bene giuridico di riferimento sarebbe rappresentato, "dalla tutela diretta dell'animale, nei suoi vari interessi (vita, integrità fisica, salute, benessere)", *ivi*, 12; nonché, ID., *Killing me softly. Qual è il bene giuridico tutelato nella fattispecie di maltrattamento di animali?*, in *Lexambiente. RTDPA*, n.4/2020, 79 ss.; ID., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino 2021, 293 ss.

[14] Per un'ampia trattazione del Titolo IX *bis* c.p., nonché sullo specifico tema del bene giuridico delle relative fattispecie, v. G. GATTA, *Dei delitti contro il sentimento degli animali*, in *Codice penale commentato*, cit., p. 588 ss.

ter c.p., già trovavano la propria disciplina in molteplici normative, tra cui la versione originaria del su citato art. 727 c.p.[15].

Il reato di maltrattamenti di animali, descritto dal vigente art. 544 *ter* c.p., prevede la reclusione da tre a diciotto mesi o la multa da 5.000 a 30.000 euro, per chiunque "per crudeltà o senza necessità" cagioni una lesione ad un animale, o lo sottoponga a sevizie, comportamenti, fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche. La stessa pena è prevista, al secondo comma, per la ipotesi in cui all'animale venga somministrata una sostanza stupefacente o vietata, ovvero lo stesso venga sottoposto a trattamenti che gli procurino un danno alla salute.

All'ultimo comma dell'art. 544 *ter* c.p., viene prevista un'ipotesi aggravante a effetto speciale, «se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte dell'animale». Tale fattispecie risulta irragionevole nella parte in cui, per via di «una inopinata scelta legislativa frutto di un marchiano errore redazionale», si riferisce soltanto alle modalità di aggressione contemplate dal primo comma[16].

Sul piano della determinatezza, la norma non è priva di profili che richiederebbero chiarimenti, tra cui, ad esempio, i concetti di "sottoposizione a comportamenti insopportabili per le caratteristiche etologiche dell'animale (co.1)" o di "trattamenti che producano un danno alla salute degli stessi (co.2)"[17]. Tali fattispecie, infatti, pur potendo rappresentare, più di altre, quanto accade negli allevamenti intensivi per fini alimentari, rischiano di risultare lecite in vista di discipline speciali di settore, richiamate, come si vedrà, in maniera sovente del tutto indeterminata, dalla clausola di non punibilità *ex* art. 19 *ter* disp. coord. c.p.[18].

Con riguardo alle diverse oggettività giuridiche che possono emergere, una certa rilevanza sembra essere assunta dalla salute dell'uomo[19]; si consideri che già l'art. 1 della l. n. 611/1913, successivamente abrogato dalla l. n. 189/2004[20], prevedeva la incriminazione delle «inutili torture per lo sfruttamento industriale di ogni specie animale», ed è evidente come tali attività, quando realizzate su animali destinati

[15] A tal proposito si vedano già, l'art. 658 n. 7 del codice penale sardo del 1859, e l'art. 491 del codice Zanardelli.

[16] A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 8, continua parlando di «solita sciatteria legislativa»; inoltre, sui problemi derivanti dalla categoria dei reati aggravati dall'evento, per tutti, C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, p. 488 ss..

[17] Per alcune proposte interpretative, si veda A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 8.

[18] V., *infra*, par. 1.2.

[19] V., *infra*, par. 3.

[20] L. n. 611/1913 «*concernente provvedimenti per la protezione degli animali*», in *Gazz. uff*. n. 153/2013.

all'alimentazione umana, possano incidere sulla relativa salute. Anche l'art. 544 *quater* c.p., in materia di «spettacoli e manifestazioni vietati», che rende punibile la "organizzazione o promozione di spettacoli o manifestazioni che comportino sevizie o strazio per gli animali", non è disposizione nuova all'interno del nostro ordinamento[21], così come l'aggravante di cui al secondo comma, rivolta alle ipotesi in cui i fatti siano commessi "in relazione all'esercizio di scommesse clandestine"[22].

Da tale fattispecie emergono, al di là dei molteplici interessi potenzialmente connessi con la tutela degli animali[23], anche le indefinite, note, oggettività giuridiche connesse con le attività svolte dalla criminalità organizzata[24].

Al di là delle incertezze definitorie di alcuni termini presenti nella disposizione[25], e dei profili relativi alle autorizzazioni derivanti dalle discipline amministrative in tema di circhi, zoo e manifestazioni storiche e culturali, di cui all'art. 19 *ter* disp. att. c.p.[26], sul piano sanzionatorio, risulta problematica la maggiore gravità delle ipotesi di "organizzazione e promozione di spettacoli o manifestazioni" rispetto alla stessa uccisione dell'animale di cui all'art. 544 *bis* c.p..

Dall'assenza di giurisprudenza può ricavarsi la ineffettività di tale fattispecie[27]. Dalla relativa entrata in vigore, si rinviene un solo precedente giurisprudenziale,

---

[21] Si tratta, infatti, di una specifica ipotesi di "maltrattamento", precedentemente contenuta nel quarto comma dell'originaria versione dell'art. 727 c.p., che a sua volta trovava origine nell'abrogato art. 1 della l. n. 611 del 1913 che incriminava, tra le altre fattispecie, «i giuochi che importino strazio»

[22] Anche tale fattispecie era già prevista, in specie, dall'art. 727 c.p. in seguito alla riforma derivante dalla l. n. 473/1993, recante «*nuove norme contro il maltrattamento degli animali*», in *Gazz. uff.* n. 278/1993.

[23] V., *infra*, par. 3.

[24] A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 9, evidenzia «la volontà del legislatore di punire più severamente quei soggetti legati al mondo della criminalità organizzata»; G. GATTA, *Art. 544* quater, in *Codice penale commentato*, cit., pp. 622-623, fa espresso riferimento al bene giuridico dell'ordine pubblico, connesso con «le attività economiche illecite, che la realtà ha mostrato essere spesso gestite dalla criminalità organizzata»; in senso conforme, S. BASINI, *Dei delitti contro il sentimento per gli animali*, cit., p. 236; sulle criticità del bene giuridico dell'ordine pubblico, come oggetto di tutela nelle fattispecie di criminalità organizzata, v., tra i tanti, in particolare, S. MOCCIA, *Ordine pubblico, (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma 1990, p. 1 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, p. 43 ss.

[25] Per alcune proposte interpretative dei termini "sevizie" e "strazio", v., A. MADEO, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, cit., p. 437; S. BASINI, *Dei delitti contro il sentimento per gli animali*, cit., p. 238.

[26] V., *infra*, par. 1.2.

[27] Con riferimento all'intero provvedimento introduttivo del Titolo IX *bis* c.p., A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 2, parla di un iter parlamentare decisamente travagliato, in relazione al quale afferma che «le molte incongruenze redazionali e politico-criminali che ne sono derivate, ne sono la migliore riprova».

riferito alla "tradizionale corsa carrese di Ururi" del 2004[28], che peraltro continua a svolgersi annualmente, non senza problemi per la integrità fisica degli animali coinvolti[29].

All'art. 544 *quinquies* c.p., viene introdotta, per la prima volta nel nostro ordinamento, la fattispecie in tema di «divieto di combattimento tra animali».

Trattandosi di un fenomeno diffuso in particolar modo nell'ambito delle attività della criminalità organizzata, è stato osservato, anche in relazione ad essa, che uno dei beni giuridici di riferimento possa essere rappresentato dall'ordine pubblico[30]; tuttavia, la definizione della relativa offesa risulta in particolar modo problematica dal momento che, mediante una legislazione di tipo casistico e sanzionatorio[31], vengono incriminate condotte violatrici innanzitutto di una autorizzazione amministrativa, con un'estrema anticipazione della tutela, fino al pericolo del pericolo[32]. La norma, infatti, incrimina «chiunque promuove, organizza, o dirige combattimenti o competizioni non autorizzate tra animali, che possono metterne in pericolo l'integrità fisica».

Che l'oggetto della tutela nelle intenzioni del legislatore non fosse rappresentato dalla tutela dell'animale, ma neppure, in via principale, dal sentimento di pietà dell'uomo, è dimostrato dal dato secondo cui la fattispecie in esame, in conformità con la previsione di cui all'art. 544 *quater* c.p., prevede un regime sanzionatorio più severo

[28] Cass. pen. n. 37878 del 2004, in *Riv. pen.*, 2005, 156.

[29] Sul caso della Corsa Carrese di Ururi, in cui i buoi continuano a essere costretti a trainare carri, incitati con pungoli acuminati, fruste e bastonate, v., *Ilsole24ore*, del 27 aprile 2015 e del 27 aprile 2022.

[30] In tal senso, per tutti, F. MARENGHI, *Nuove disposizioni in tema di maltrattamento di animali (legge n. 189 del 2004)*, in *Legislaz. pen.*, 2005, 1, pp. 17 ss., 24.

[31] Sulle criticità derivanti da descrizioni del precetto in cui l'offesa al bene svanisce, per fare posto a incriminazione di mere trasgressioni di natura amministrativa, v., spec., S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss., 348, 353; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1990, *passim.*, p. 22 ss.; sulla concezione sanzionatoria del diritto penale, cfr., per tutti, K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, *Normen und Strafgesetze* (1872), IV ed., Leipzig, 1922, p. 324 ss.

[32] Riguardo allo specifico tema dell'offesa al bene, si rinviene un'unica decisione di legittimità, *Cass. pen.*, sez. III, n. 42434 del 7.5.2015, in *Ced. Cass. Pen.* 2016, in cui viene affermato che «in tema di competizioni non autorizzate tra animali, il pericolo per l'integrità fisica di questi ultimi, che rende tali competizioni penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 544 *quinquies*, c.p., va valutato in concreto sulla base di un criterio *ex ante*, in relazione sia alle peculiarità della gara, sia alle complessive condizioni in cui essa si svolge, con particolare riguardo, oltre che alle circostanze di tempo e di luogo, alle caratteristiche strutturali dell'impianto ed alla presenza di servizi atti a prevenire o comunque diminuire il rischio di pregiudizio per gli animali che vi prendono parte»; in Cass. pen., Sez. III, n. 44822 del 24.10.2007, in *Dir. giur. agr.*, 2008, 7-8, 497, anche in *ambientediritto.it/sentenze/2007*, si legge che «l'oggetto di tutela è il sentimento per gli animali».

sia in rapporto al delitto di "uccisione" sia a quello di "maltrattamenti". Inoltre, vengono escluse dall'applicabilità della norma le manifestazioni che, seppur in concreto molto pericolose per l'integrità fisica dell'animale (si pensi, ad esempio, al palio di Siena, alla corsa di Ururi o ad altre simili), per via della presenza di un'autorizzazione amministrativa non assumono rilevanza penale[33].

Al terzo comma dell'art. 544 *quinquies* c.p. è prevista un'autonoma ipotesi di delitto per coloro che, «fuori dai casi di concorso nel reato, allevando o addestrando animali, li destinano sotto qualsiasi forma, e anche per tramite di terzi, alla loro partecipazione ai combattimenti». In tali casi, sembra che l'obiettivo di tutelare l'animale, sia pur sotto la forma del sentimento di pietà, scompaia quasi del tutto, dal momento che le descritte condotte si pongono in uno stato in particolar modo prodromico rispetto alla relativa offesa[34]. Qualora la partecipazione al combattimento non si concretizzi, infatti, l'animale non avrebbe subito alcun pregiudizio; laddove, piuttosto, l'attività venisse svolta in maniera dannosa per l'animale, ben potranno trovare applicazione le fattispecie di cui agli artt. 544 *bis* e *ter* c.p., poste a più diretta tutela della vita, salute, incolumità dell'animale, e di conseguenza, più direttamente collegate con il sentimento di pietà dell'uomo.

Alla seconda parte del terzo comma dell'art. 544 *quinquies* c.p., è prevista una fattispecie propria, a carico dei proprietari o detentori di «animali impiegati nei combattimenti o competizioni di cui al primo comma, [qualora siano] consenzienti». Tale ipotesi, qualora applicata in osservanza dei principi sottesi al concorso di persone nel reato, nulla sembrerebbe aggiungere alla relativa disciplina; diversamente, potrebbe rappresentare l'incriminazione di un mero atteggiamento interiore, che dovrebbe risultare del tutto irrilevante in termini di offesa al bene[35].

All'ultimo comma dell'art. 544 *quinquies* c.p. è prevista la medesima pena stabilita per l'allevamento e addestramento di cui al comma precedente, per «chiunque, anche se non presente sul luogo del reato, fuori dei casi di concorso nel medesimo, organizza o effettua scommesse sui combattimenti o sulle competizioni di cui al primo comma», dunque non autorizzati.

[33] V., *infra*, par. 1.2, sulla portata depenalizzante dell'art. 19 *ter* disp. coord. c.p.

[34] V., A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 12.

[35] Si veda, per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 157 ss.

A tal riguardo, si registra una differenza di disciplina rispetto a quanto previsto dal combinato disposto delle contravvenzioni di cui agli artt. 718 e 720 c.p.[36], che, in materia di "gioco d'azzardo", prevedono pene differenziate per chi "organizza" e per chi "effettua" la scommessa.

Inoltre, sempre con riferimento all'ultimo comma dell'art. 544 *quinquies* c.p., in ordine alle competizioni, emerge l'opportunità di una comparazione con l'art. 4 l. n. 401/1989[37]. Quest'ultima norma, infatti, prevede un regime sanzionatorio ben più severo per «chi (…) organizza scommesse (…) su attività sportive gestite dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine», dunque scommesse clandestine su competizioni autorizzate. Da tale comparazione emerge un interesse quasi esclusivo dello Stato alla gestione dei circuiti delle scommesse legali, piuttosto che alla tutela degli animali, sia pur sotto la forma del sentimento di pietà dell'uomo.

Al di là delle disposizioni codicistiche, all'art. 2 della l. n. 189/2004, viene disposto il divieto, penalmente presidiato mediante la previsione di una sanzione contravvenzionale, di utilizzare cani e gatti per la «produzione o il confezionamento di pelli, pellicce, capi di abbigliamento e articoli di pelletteria ottenuti in tutto o in parte dalle pelli o dalle pellicce dei medesimi, nonché di commercializzare, esportare, introdurre le stesse nel territorio nazionale»[38].

Riguardo alla relativa oggettività giuridica, emerge il profilo del sentimento di pietà dell'uomo, delineato dal legislatore in maniera del tutto arbitraria[39]. Si assiste, infatti, ad una presunzione legislativa, assoluta e non necessariamente fondata, che afferma una ingiustificata prevalente tutela di cani e gatti, a sfavore di altri animali che, pur potendo instaurare con l'uomo il medesimo rapporto affettivo e di convivenza, tuttavia, subiscono un trattamento di sfavore[40].

---

[36] Rispettivamente riferite alle fattispecie di "Esercizio di giuochi d'azzardo", e "Partecipazione a giuochi d'azzardo".

[37] Legge n. 401/1989, recante «*Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive*», in *Gazz. uff.* n. 294 del 1989.

[38] Sul tema, per tutti, in questa sede, A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., 16 ss.

[39] V., C. RUGA RIVA, *Il sentimento per gli animali, critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile*, cit., 12-13.

[40] A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 16, evidenzia come «il dato critico di tale previsione, (…), non pare trovare alcuna plausibile ragione politico-criminale sottostante»; peraltro, tale disparità di trattamento si pone anche in conflitto con la proclamazione di uguaglianza di tutti gli animali di cui all'art. 1 della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale*, firmata presso la sede dell'Unesco a Parigi nel 1978, che, pur non avendo valore giuridico, bensì soltanto etico, prevede che «tutti gli animali nascono uguali davanti alla vita e hanno gli stessi diritti all'esistenza»; sulla arbitrarietà del concetto di

L'art. 19 *ter* disp. coord. c.p.: la natura amministrativa della "necessità" penalmente rilevante

Il tentativo di una esatta definizione del perimetro applicativo delle fattispecie delittuose su descritte, nonché del relativo bene giuridico, non può prescindere da alcune considerazioni in ordine alla previsione di cui all'art. 19 *ter* disp. coord. c.p., introdotto dall'art. 3 della l. n. 189/2004.

Tale articolo prevede che «le [su trattate] disposizioni del Titolo IX *bis* c.p. (…) non si applicano ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, pesca, allevamento, trasporto, macellazione degli animali, sperimentazione scientifica sugli stessi, attività circensi, giardini zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali. Le disposizioni del Titolo IX *bis* c.p. non si applicano altresì alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla Regione competente».

L'esclusione di applicabilità delle fattispecie penali incriminatrici, derivante da disposizioni di natura amministrativa, peraltro non necessariamente preesistenti e predeterminate, provoca un grave indebolimento della tutela del bene giuridico, nonché una amministrativizzazione del precetto penale[41]. Dalla disciplina descritta dall'art. 19 *ter* disp. coord. c.p. possono derivare trattamenti degradanti e offensivi per gli animali e/o del sentimento di pietà dell'uomo – si pensi, ad esempio, agli allevamenti in batteria o alle soppressioni di pulcini per eccessi di nascite e organizzazione della produttività[42] – che però, in quanto previsti da una normativa speciale o addirittura di fonte secondaria, come nel caso dell'autorizzazione regionale, sono da considerarsi leciti. La descritta clausola di "liceità amministrativa" va coordinata con il concetto di "assenza di necessità" che condiziona la rilevanza di alcune delle fattispecie di cui al Titolo IX *bis* c.p. L'uccisione dell'animale *ex* art. 544 *bis* c.p. rileva soltanto in quanto realizzata «per crudeltà o senza necessità». Si tratta di una clausola derivante dalla formula simile presente nella originaria stesura dell'art. 727 c.p., che faceva riferimento all'"incrudelimento non necessario". Nel testo vigente,

"sentimento di pietà per gli animali", foriero di disparità di trattamento tra gli stessi, v., G. GATTA, *Art. 544* bis, in *Codice penale commentato*, cit., pp. 590-591.

[41] Per tutti, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., 343 ss.

[42] Sul d. lgs. n. 131 del 2013, recante, «Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al Regolamento (CE) n. 1099/2009 relativo alle cautele da adottare durante la macellazione o l'abbattimento degli animali», in *Gazz. uff.*, n. 272 del 20.11.2013, v., *infra*, par. 1.2.1.

i due elementi, della crudeltà e dell'assenza di necessità, sono stati separati e resi autonomi ed alternativi[43]. Tuttavia, sembrerebbe che la "assenza di necessità" assorba quasi del tutto il concetto di crudeltà, laddove «difficilmente potrà configurarsi un comportamento crudele, tipica manifestazione della inutile violenza, che sia anche necessario»[44]. Si tratta di un elemento costitutivo del precetto[45] che contribuisce a renderne incerto il contenuto.

Se l'elemento della necessità dovesse intendersi quale riferimento all'art. 54 c.p. ne deriverebbe che l'uccisione dell'animale sarebbe da punire sempre, fatta salva l'ipotesi in cui la mancata uccisione esponga "sé o altri al pericolo attuale di un danno grave alla persona"[46]. Tuttavia, la portata della locuzione "senza necessità" è molto più ristretta[47]; ossia, il concetto di necessità, in questa sede, è ben più ampio di quello *ex* art. 54 c.p.[48].

Tale acquisizione deriva anche dal dato secondo cui, come anticipato, i confini di rilevanza della fattispecie di cui all'art. 544 *bis* c.p., così come per le altre fattispecie del medesimo Titolo, sono definiti dalle disposizioni amministrative richiamate dall'art. 19 *ter* disp. coord. c.p., che rendono uccisioni, maltrattamenti e spettacoli, penalmente irrilevanti, in presenza di situazioni ben meno significative di quelle descritte dalla scriminante sopra richiamata, da individuarsi, sovente, mediante un rinvio in bianco a fonti del tutto indeterminate. A tal riguardo, emerge il rinvio, rivolto dall'art. 19 *ter*

[43] V., A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 6; sulla irrilevanza di tale alternativa, dal momento che «ogni uccisione di animale per crudeltà è per definizione un'uccisione senza necessità», v., G. GATTA, *Art. 544* bis, in *Codice penale commentato*, cit., p. 596.

[44] V. A. FERRATO, *I reati contro il sentimento per gli animali*, cit., p. 720; riguardo al concetto di crudeltà, si vedano le riflessioni di G. SABATINI, *Maltrattamento di animali*, cit., p. 81, che evidenzia come «incrudelire significa infliggere all'animale sofferenze fisiche quasi per godere della contemplazione del male arrecato (…). Non vi è motivo o ragione che possa giustificare l'incrudelire (…), mentre possono esistere ragioni per sottoporre l'animale a fatiche che importino grandi sofferenze».

[45] V., C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 153.

[46] Per un richiamo al contenuto dell'art. 54 c.p., in sede interpretativa, v., Cass. pen., Sez. III, n. 44822 del 24.10.2007, in *Ced, Cass. pen*., 2008, e in *Dir giur agr. amb*., 2008, 479; in senso conforme, Cass. pen. Sez. III, 12.11.2002.

[47] V., A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 6; in senso conforme, in riferimento alla medesima locuzione utilizzata nell'art. 638 c.p., v., G. PIOLETTI, *Uccisione o danneggiamento di animali*, cit., p. 3; sul tema, con riferimento alla originaria formulazione dell'art. 727 c.p., v., F. COPPI, *Maltrattamento o malgoverno di animali*, cit., p. 269, secondo cui «siamo fuori dai presupposti dell'art. 54 c.p., e se così non fosse non ci sarebbe stato bisogno di un esplicito riferimento alla mancanza di necessità»; si veda anche, M. CASTELNUOVO-TEDESCO, *Il concetto di necessità nei reati di uccisione, danneggiamento, e maltrattamento di animali*, in *Riv. dir. agr*., 1951, 314 ss.

[48] V., G. GATTA, *Art. 544* bis, in *Codice penale commentato*, cit., p. 595.

disp. coord. c.p., a "tutte le altre leggi speciali in materia di animali", nonché alle "manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla Regione competente"[49]. Da tali richiami, *de lege lata*, deriva un perimetro del concetto di "necessità" – presente anche nel successivo articolo in tema di maltrattamento –, da definire in un ambito di tolleranza di attività e trattamenti funzionali al soddisfacimento di una molteplicità indefinita di esigenze umane.

Una "necessità relativa", da determinarsi sulla base di bisogni sociali, per il conseguimento dei quali certe attività sono ammesse o tollerate[50]. Tuttavia, se il fine è illecito o immorale non dovrebbe sussistere mai la necessità[51].

La necessità, infatti, non dovrebbe essere confusa con la mera utilità o, ancor più, con il mero egoismo dell'uomo[52]. L'interpretazione del concetto di "necessità", connesso con il disposto di cui all'art. 19 *ter* disp. coord. c.p., comporta l'insorgere di significative problematiche sui piani, in specie, della riserva di legge, della determinatezza, dell'offesa al bene giuridico[53], nonché più di una perplessità sulle effettive intenzioni del legislatore[54].

---

[49] A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 5, in chiave critica rispetto alla vigente formulazione dell'art. 544-*bis* c.p., afferma che «in altre parole, quello che rileva penalmente è solamente l'intrinseca superfluità o inutilità dell'uccisione cruenta dell'animale».

[50] A. COSSEDDU, *Maltrattamento di animali*, cit., 7; sul concetto di "necessità relativa, che giustifica il fatto", v., G. SABATINI, *Maltrattamento di animali*, cit., p. 81.

[51] G. SABATINI, *Maltrattamento di animali*, cit., p. 81.

[52] F. COPPI, *Maltrattamento o malgoverno di animali*, cit., p. 269; per A. COSSEDDU, *Maltrattamento di animali*, cit., 7, sia pur con riferimento alla originaria formulazione dell'art. 727 c.p., non possono considerarsi giustificati «comportamenti che, per le notevoli sofferenze fisiche, o i gravissimi patimenti inflitti agli animali, eccedano o siano contrari a quanto si consideri consentito».

[53] A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 2, con espresso riferimento all'art. 19 ter disp. coord. c.p., parla di una disciplina penale «ad intermittenza, operando il nuovo presidio punitivo solo negli angusti spazi lasciati liberi dalle specifiche materie di settore e dalle consuetudini storico-culturali»; in campo giurisprudenziale, si veda Cass. pen., sez. III, n.11606 del 06/03/2012, in *Dir. giur. agr.*, 2013, 10, 601, con nota di P. Mazza, secondo cui, «l'art. 19 *ter* disp. coord. c.p. esclude l'applicabilità del reato previsto dall'art. 544 *ter* c.p. e delle altre disposizioni del Titolo IX *bis*, libro secondo, c.p. all'attività circense ed alle ulteriori attività ivi menzionate, purché siano svolte nel rispetto della normativa di settore».

[54] A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 18, in relazione all'art. 19 *ter* disp. coord. c.p., osserva che «la clausola di non punibilità è allocata stranamente nell'ambito delle disposizioni di attuazione, (…), sembra quasi che il legislatore non gli abbia voluto dare la giusta visibilità che (…) avrebbe invece meritato entro un'allocazione più adeguata ed in linea con le normali regole redazionali: ossia subito dopo le disposizioni incriminatrici cui si riferisce. L'esibito relegamento topografico è sintomatico delle ragioni per le quali i compilatori non dovrebbero andare troppo orgogliosi di una simile disposizione, che sconfessa apertamente lo spirito riformatore, e le finalità stesse della nuova legge».

La clausola di cui all'art. 19 *ter* disp. coord. c.p. rende del tutto amministrativa la disciplina penale del Titolo IX *bis* c.p.[55]; in tal modo, le relative norme incriminatrici rischiano di svolgere una funzione unicamente di facciata[56].

Mediante i divieti di cui al Titolo IX *bis* c.p. non possono considerarsi "cancellate" tutte le attività di caccia, pesca, allevamenti artificiali, macellazione, attività circensi e zoologiche, che sovente, invece, rappresentano ipotesi "liceizzate" rientranti nelle previsioni codicistiche[57]. Dalla clausola relativa alla "assenza di necessità" non può derivare l'incriminazione di ogni uccisione dell'animale all'interno di un macello regolarmente gestito; tuttavia, da questa formula, in combinato disposto con le nuove formulazioni degli artt. 9 e 41 Cost., sarebbe auspicabile che derivasse un orientamento legislativo rivolto alla effettiva tutela degli animali e riferito alle molteplici attività che li coinvolgono[58]. Queste ultime, seppure formalmente consentite dalla vigente normativa di settore, talvolta difficilmente riescono a considerarsi "necessarie"[59].

Si pensi alla disciplina della caccia che, in presenza di determinate condizioni amministrativamente stabilite, consente di produrre il danno più grave nei confronti dell'animale, talvolta per soddisfare il mero svago dell'uomo, evidenziando la natura del tutto arbitraria della portata dei concetti sia di "necessità", sia di "pietà per gli animali". In taluni casi, l'autore della condotta rischia di andare incontro a sanzione penale per aver realizzato un maltrattamento sull'animale dopo averlo colpito[60], ma non piuttosto qualora ne determini il decesso. Come stabilire quale condotta risulti maggiormente offensiva del "sentimento di pietà"?

A conferma della discrezionalità in merito alla definizione del concetto di "necessità", si consideri la irrilevanza penale della condotta del cacciatore, che, qualora

---

[55] Per tutti, A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 18 ss.; A. MUSSO, *La speciale ipotesi di non punibilità dei reati contro il sentimento per gli animali: un presunto caso di strabismo legislativo*, in *Ind. pen*. 2012, 449 ss.

[56] In tal senso, sul tema specifico, A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 18 ss.

[57] V., A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 17 ss.

[58] V. *infra*, parr. 2, 4.

[59] Si veda, ad esempio, la procedura di "abbattimento senza stordimento" prevista dall'art. 3 co. 3 del d.lgs. n. 131/2013, su cui, *infra*, par. 1.2.1.

[60] V., Cass. pen., Sez. III, n. 29816 del 09/09/2020, in *Dir. Giust.*, 27 ottobre 2020, con nota di A. IEVOLELLA, secondo cui «sussiste il reato di maltrattamenti di animali allorché all'animale sia stata inflitta una non necessaria e inutile sofferenza conseguente alla mancata uccisione con un colpo di grazia che, se prontamente intervenuto, avrebbe impedito ulteriori sofferenze allo stesso (confermata la condanna per gli imputati che avevano rinchiuso un capriolo ferito, ma ancora vivo all'interno del cassone del veicolo che lo trasportava, sottoponendolo a sevizie insopportabili)».

autorizzato, potrà uccidere anche solo per mera soddisfazione personale, e la punibilità per "maltrattamenti" del soggetto che «costring[a] un cane a pratiche di zooerastia, al fine di realizzare un film pornografico»[61].

In relazione all'ultima parte dell'art. 19 *ter* disp. coord. c.p., merita di essere segnalata la non applicabilità dei delitti *ex* artt. 544 *bis* e ss., in presenza di atti regionali che autorizzino «manifestazioni storiche e culturali». In questi casi, i confini della rilevanza penale non sono segnati neppure da una norma di altro settore dell'ordinamento, quanto, piuttosto, dalla mera consuetudine, da cui emergerebbe la natura "storica o culturale" della manifestazione, che sarebbe in grado di rendere "inoffensiva" la fattispecie[62].

In tali casi, la rilevanza penale di un fatto dipende da un non meglio definito atto amministrativo, discrezionale, del Presidente della Giunta regionale.

1.2.1 (segue)… e la clausola di prevalenza della sanzione penale che esclude l'applicabilità dei delitti di cui al Titolo IX *bis* c.p.

Nell'attuale rapporto tra legislazione amministrativa speciale e legislazione penale del settore, sorgono anche altre perplessità.

Come anticipato, l'art. 19 *ter* disp. coord. c.p. esclude l'applicabilità delle norme incriminatrici *ex* artt. 544 *bis* e ss. c.p. ai casi previsti dalle leggi speciali; ma in molte di esse, in cui sono previste sanzioni amministrative, è presente una clausola di

[61] Cass. pen., sez. III, n. 5979 del 13.12.2012, in *Foro it*., 2013, 6, II, 335, e in *Dir. pen. cont*. 22.02.2013, con nota di T. Giacometti.

[62] Sul punto, v., P. ARDIA, *La nuova legge sul maltrattamento degli animali: sanzioni e ammende per i combattimenti clandestini e per chi abbandona*, cit., 1465 ss.; per A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 18, si tratta di «un'opzione del tutto inedita che costituisce un *quid novum* senza precedenti nel nostro ordinamento penale, si prevede una causa di non punibilità il cui ambito di operatività non è individuato dalla legge ma da un provvedimento amministrativo dell'autorità regionale che recepisce, a sua volta, una tradizione storico-culturale di rango consuetudinario. […] è inspiegabile come si possano ritenere meritevoli di pene, anche elevate, determinati fatti commessi ai danni degli animali, ed al tempo stesso mandare esente da ogni sanzione i responsabili di quegli stessi fatti ove agiscano nel contesto di una tradizione avente un asserito radicamento storico-culturale. […] Un rinvio, neppure supportato da criteri puntuali, ad un provvedimento regionale, renderà lecite manifestazioni che, pur rispondendo a tradizioni storico-culturali del passato, vedano gli animali sottoposti a gravi sofferenze e maltrattamenti. Ed il dubbio è che, ad ispirare una simile disposizione siano stati anche gli interessi di tipo economico spesso connessi alle manifestazioni in questione. […] Al riguardo, occorre porsi l'interrogativo se una simile previsione sia compatibile con i principi costituzionali in materia penale di legalità e riserva di legge»

prevalenza della sanzione penale "qualora il fatto costituisca reato"[63]. Si assiste, dunque, ad una disciplina "rinnegante", di esclusione reciproca.

Le leggi amministrative di settore, infatti, svolgono una funzione depenalizzante, nei casi in cui rendono lecite determinate attività corrispondenti a quelle descritte dalle norme incriminatrici in esame; ma, sovente, contemplano la prevalenza della norma penale, nei casi in cui il fatto costituisca anche illecito amministrativo[64]. Tuttavia, in presenza della clausola di esclusione di applicabilità delle fattispecie delittuose di cui al Titolo IX *bis* c.p. prevista dall'art. 19 *ter* disp. coord. c.p., nella ipotesi della violazione di una disposizione amministrativa relativa, ad esempio, ad un'attività di allevamento autorizzata, sembra che possa trovare applicazione esclusivamente la ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 727 co. 2 c.p.

Infatti, in presenza di leggi speciali che prevedano l'applicazione della sanzione amministrativa subordinata alla clausola di prevalenza della norma penale, i delitti previsti dal Titolo IX *bis* c.p. non possono inibire l'applicazione della sanzione amministrativa, «posto che il fatto, giusta l'esclusione dell'applicabilità dei tipi delittuosi previsti dal Titolo IX *bis* c.p., disposta dall'art. 19 *ter* disp. att. c.p., non costituisce, rispetto ad essi, reato»[65]. L'applicabilità delle fattispecie delittuose previste dagli artt. 544-*bis* e ss. c.p., pertanto, residuerebbe nei soli casi in cui le condotte ad esse corrispondenti non risultino in alcun modo contemplate dalle leggi secondarie, neppure sotto forma di violazione amministrativa.

Al di là della condivisibilità o meno dell'attuale assetto codicistico in materia, emerge la disorganicità dell'impianto normativo del settore.

Il d. lgs. n. 131/2013 in materia di «disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al Regolamento (CE) n. 1099/2009 relativo alle cautele da adottare durante la macellazione o l'abbattimento degli animali»[66], ad esempio, agli artt. da 3 a 11, prevede una serie di illeciti amministrativi, che trovano applicazione "salvo che il

[63] Sugli articolati rapporti tra norme penali di cui al Titolo IX *bis* c.p., art. 19 *ter* disp. coord. c.p. e normativa amministrativa di settore, v., A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 17 ss.
[64] V., artt. 3 ss., d. lgs. n. 131 del 2013, cit.
[65] G. GATTA, *Art. 544* bis, in *Codice penale commentato*, cit., pp. 599 ss., 600-601; per una interpretazione contraria, si veda Cass. pen. n. 11606/2012, in *Dir. pen. cont.*, del 20.07.2012, con nota di T. Giacometti, in cui i Giudici della Suprema Corte affermano che l'art. 19 *ter* disp. coord. c.p. escluderebbe l'applicabilità delle disposizioni del Titolo IX *bis* c.p. soltanto in relazione alle "attività svolte nel rispetto delle normative speciali"; nonché S. BASINI, *Dei delitti contro il sentimento per gli animali*, cit., pp. 254 ss., 256.
[66] D. lgs. n. 131/2013, cit.; Regolamento CE 1099/2009 del Consiglio, *relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento*, in *Gazz. uff. UE* del 18.11.2009.

fatto costituisca reato"; per la ricostruzione del precetto, affinché tali violazioni possano essere sussunte sotto una eventuale norma penale – più di altre viene in rilievo l'art. 727 co. 2 c.p. - si rendono necessarie disagevoli attività di recupero ed interpretazione di fonti del tutto indeterminate, richiamate dalle disposizioni contenute nel Regolamento CE 1099/2009 in materia di «protezione degli animali durante l'abbattimento»[67].

Tra i numerosi aspetti che emergono dalla richiamata, farraginosa disciplina, si osserva, ad esempio, che la macellazione realizzata per riti religiosi può avvenire senza previo stordimento[68], e tale attività, risultando lecita sul piano amministrativo, lo è anche su quello penalistico; laddove, invece, la immobilizzazione dell'animale mediante legatura degli arti o delle zampe comporta l'applicabilità di una norma penale[69].

Inoltre, ancora, ai fini della macellazione, tra i metodi di stordimento da osservare[70] viene prevista la tecnica della macerazione[71] che, più che consistere in una ipotesi di vero e proprio stordimento, rappresenta, piuttosto, un metodo di eliminazione istantanea di pulcini maschi che abbiano fino a 72 ore di vita, per motivi di ordine economico[72].

Pur essendo la macerazione catalogata tra i metodi di stordimento previsti dal regolamento CE, in tale procedura, lo stordimento non è neppure previsto. La macerazione, infatti, consiste nella morte istantanea degli animali. Il dispositivo che la determina deve essere munito di lame a rapida rotazione, cosicché la relativa velocità

[67]Per tutti, si segnala l'art. 3 co. 4, d.lgs. n. 131/2013, in cui viene affermato che, «salvo che il fatto costituisca reato, l'operatore che viola le disposizioni di cui all'art. 6 paragrafo 1 del Regolamento [va incontro a sanzione amministrativa]; all'art. 6 paragrafo 1 del Regolamento, è affermato che l'operatore effettua l'abbattimento e le operazioni correlate "in conformità delle procedure operative standard", e tra queste, del tutto indeterminate, all'art. 6 par. 2 lett. a), vi è il richiamo alle «raccomandazioni del fabbricante».

[68] Art. 3 co. 3 del d.lgs. n. 131/2013, cit.; si tratta della cosiddetta macellazione rituale, che consiste in una pratica per la quale, in osservanza dei precetti del culto ebraico e musulmano, per ottenere carni rispettivamente *kosher* e *halal*, gli animali vengono abbattuti senza procedere al previo stordimento, generalmente previsto al fine di garantire il minor grado di sofferenza possibile.

[69] Art. 9 del d.lgs. n. 131/2013, cit.

[70] Art. 4 del d.lgs. n. 131/2013, cit.

[71] Punto n. 4 della tabella I dell'allegato I del Regolamento CE 1099/2009, cit.

[72] Questi pulcini, infatti, non soltanto non depongono le uova, ma neppure risultano produttivi come polli da carne in quanto fuori dai parametri dei polli diffusi nell'industria alimentare, v., *www.animalequality.it*.

determini l'uccisione istantanea di tutti gli animali[73]. Mediamente in Italia, ogni anno vengono eliminati in questo modo tra i 25 e i 40 milioni di pulcini[74].

Appare evidente che tali attività si pongano su un piano ben più offensivo per l'animale rispetto alle sofferenze descritte dall'art. 727 c.p., eppure non assumeranno alcuna rilevanza penale in quanto, essendo previste dalla legge, risultano del tutto lecite[75].

2. Luci ed ombre nella riforma dell'art. 9 Cost.

All'esito della descritta evoluzione normativa, nonché di alcuni orientamenti interpretativi che hanno riconosciuto agli animali dignità di diretta oggettività giuridica[76], se non addirittura soggettività giuridica[77]; tenendo conto anche di una significativa sensibilizzazione dell'opinione pubblica, derivante anche dal susseguirsi di una molteplicità di indicazioni di natura sovranazionale[78], e di un esame comparatistico con altre Carte fondamentali, il legislatore ha proceduto con una modifica della Costituzione mediante cui, nell'ambito del riconoscimento di ambiente, ecosistemi e biodiversità tra i valori fondamentali, fa espressa menzione anche degli animali.

Una simile previsione era già presente, dal 2002, nella *Grundgesetz* dell'ordinamento tedesco, in cui, all'art. 20.a – «Protezione dei fondamenti naturali della vita e degli

[73] V., Punto n. 2, Capo 2, Allegato I, Regolamento CE n. 1099/2009, cit.

[74] *www.animalequality.it.*

[75] Si pensi che al di fuori di quanto previsto dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 131/2013, è stato affermato che «la detenzione di uccelli in gabbie talmente piccole da cagionare il danneggiamento (…) del piumaggio, ed il loro impiego nell'attività venatoria quali richiami vivi, fuori dai casi e dai modi consentiti dagli artt. 4 e 5 l. 11 febbraio 1992, n. 157, costituiscono sevizie insopportabili per le caratteristiche etologiche dell'avifauna, tali da integrare non già la contravvenzione di cui all'art. 727 c.p., ma il delitto di maltrattamento di animali di cui all'art. 544 *ter* c.p.», in tal senso, Cass. pen., n. 20221/2022, in *Ced. Cass. pen*. 2022.

[76] Per alcune decisioni giurisprudenziali in tal senso, v., F. FURIA, *L'animale come soggetto passivo? Tre recenti sentenze della III Sezione in materia di maltrattamenti*, in *Dir. pen. cont*., 15.07.2019, 1 ss.; significativa, per il tema, *Cass. pen*., sez. III, 14.03.1990, in *Riv. pen*. 1990, 545 ss., con nota di M. Santoloci.

[77] In tal senso, *Trib. Napoli nord*, Sez. I, n. 1410 del 26.07.2018; in accoglimento della soluzione proposta dalla decisione di merito, v., D. RUSSO-M. PRIMAVERA, *Maltrattamento di animali e responsabilità del medico veterinario*, in *Dir. giur. agr. alim. amb*., n. 6/2019, 1 ss., 3; nonché, più recente, D. RUSSO, *La tutela giuridica degli animali alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022: riflessioni a prima lettura*, in *Dir. giur. agr. alim. amb*., n. 1/2022, 1 ss.

[78] Si pensi alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'animale*, redatta dalla Lega internazionale dei diritti dell'animale, Bruxelles-Parigi 1978; alla *Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia*, Strasburgo 1987; all'art. 13, del *Trattato di Lisbona*.

animali» – viene affermato che «lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto»[79].

All'art. 80 della Costituzione federale della Confederazione svizzera, entrata in vigore nel 2000, intitolato «protezione degli animali», si legge che «la Confederazione emana prescrizioni sulla protezione degli animali. Disciplina in particolare: a. la detenzione e la cura di animali; b. gli esperimenti e gli interventi su animali vivi; c. l'utilizzazione di animali; d. l'importazione di animali e di prodotti animali; e. il commercio e il trasporto di animali; f. l'uccisione di animali. L'esecuzione delle prescrizioni compete ai Cantoni, per quanto la legge non la riservi alla Confederazione».

Al punto n. 8 dell'art. 11 della Costituzione austriaca viene affermata una riserva di legge federale in rapporto, tra le altre materie, alla «protezione degli animali».

In parziale conformità con i su esposti precedenti, la riforma italiana del 2022, all'art. 9 Cost., riconosce tutela espressa, da parte della Repubblica, ad ambiente, ecosistemi e biodiversità, e con riguardo agli animali viene affermata la necessità di una disciplina mediante riserva di legge statale[80]. Inoltre, con la stessa legge costituzionale del 2022, all'art. 41 Cost., tra i valori da salvaguardare nell'ambito dell'iniziativa economica privata, sono stati inseriti la salute e l'ambiente. All'ultimo comma dello stesso articolo, sono stati introdotti i "fini ambientali", accanto ai già previsti "fini sociali", verso cui "indirizzare" l'attività economica pubblica e privata. Sembra che tale riforma si caratterizzi più per una portata simbolica[81], o auspicabilmente programmatica[82], che per una significativa innovazione sul piano del riconoscimento dei valori

[79] L'articolo era stato inserito, con riferimento all'ambiente, nel 1994, poi modificato nel 2002 con l'introduzione della previsione relativa agli animali.

[80] V., F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econ.*, 1/22, 15 ss.; anche in *Ambientediritto.it*, 4/2022, 1 ss.

[81] V., C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in *Riv. giur. edil.*, 1/2022, 119 ss.; 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, 187 ss.

[82] M. CECCHETTI, *Art. 9*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto – M. Olivetti, Milano, 2022, 1 ss., 10; F. CORTESE, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in *Ambientediritto.it*, 4/2022, 1 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, cit., 26 ss.

fondamentali[83]. Risulta, infatti, tradizionalmente accolta la posizione secondo cui la tutela dell'ambiente era già riconosciuta mediante il combinato disposto degli artt. 2, 3, 32 co. 1, 117, e la precedente stesura dell'art. 9 co. 2 Cost.[84].

Riguardo al nuovo riferimento agli animali, si osserva che il legislatore adotta una formula mediante la quale sembra non voler garantire loro la medesima tutela che viene riconosciuta all'ambiente, agli ecosistemi, alla biodiversità, prevedendo soltanto una riserva di legge statale per disciplinare modi e forme della relativa tutela. Tuttavia, gli animali possono considerarsi elementi costitutivi dell'ambiente, sotto forma di biodiversità costituenti gli ecosistemi.

Il concetto di biodiversità rappresenta, infatti, la ricchezza di vita sulla terra, i milioni di piante, animali e microrganismi, i geni che essi contengono, i complessi ecosistemi che essi costituiscono nella biosfera[85].

Le biodiversità rappresentano la varietà e variabilità degli organismi che, nella loro vita ed evoluzione, compongono ciascun ecosistema. Ogni ecosistema rappresenta una comunità di organismi animali e vegetali, in cui essi vivono e interagiscono. Esempi di ecosistemi sono un lago, una foresta, una barriera corallina, una riserva naturale. In sintesi, la biodiversità è la varietà di organismi viventi in un determinato ambiente, la coesistenza in uno stesso ecosistema di diverse specie animali e vegetali che crea un equilibrio grazie alle loro reciproche relazioni[86]. Dal momento che per animale deve intendersi «ogni organismo vivente, senziente, dotato di movimento autonomo e privo

[83] Sul tema, si veda F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, cit., 26 ss.; sia pur in un tempo precedente alla riforma costituzionale del 2022, si veda G. FIANDACA, *Prospettive possibili di maggiore tutela penale degli animali*, in AA. VV., *Per un codice degli animali*, a cura di A. Mannucci-M. Tallacchini, Milano 2001, p. 87.

[84] Per tutti, E. CAPACCIOLI- F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell'). Parte generale e diritto amministrativo*, in *Nss. Dig. it.*, Appendice I, Torino 1980, p. 257 ss.; M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1973, 15 ss., 23 ss.; M. CICALA, *Ambiente (tutela dell'), Diritto penale e diritto processuale penale*, in *Nss. Dig.*, I, Torino 1980, p. 265 ss.; R. BAJNO, *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, p. 115 ss.; F. MERUSI, *Art. 9. Principi generali*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975-1996, p. 435 ss.; A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 503 ss., 507 ss.; Corte cost. n. 210/1987, in *Giur. cost.*, 1987, I, p. 1577 ss.; Corte cost. n. 379/1994, in *Giur. cost.*, 1994, III, p. 34 22 ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Scritti in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano 1984, p. 115 ss.; per i riflessi di tali acquisizioni sul tema del bene giuridico, sia consentito il rinvio a G.M. PALMIERI, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione speciale e riforma del codice*, Napoli, 2019, pp. 65 ss., 119 ss., 124 ss.

[85] *www.isprambiente.gov.it*.

[86] *www.isprambiente.gov.it*.

di ragione, escluso perciò l'uomo»[87], ne deriva che gli animali debbono considerarsi parte inscindibile dell'ambiente e degli ecosistemi, e la loro tutela fisiologicamente funzionale alla tutela di questi ultimi[88].

L'acquisizione secondo cui l'animale è principalmente elemento costitutivo dell'ambiente, come lo sono aria, acqua e suolo, può aprire le porte a riflessioni in ordine alla legittimità della tutela penale.

In effetti, c'è da osservare che, oltre che all'ambiente, la tutela dell'animale può risultare funzionale anche ad ulteriori, molteplici, oggettività giuridiche, rappresentative di altrettante, differenti, esigenze umane[89].

Si pensi all'animale da compagnia, funzionale alla sfera affettiva di chi lo tiene con sè, al prezioso cavallo da corsa, la cui offesa rappresenta un'aggressione, senz'altro, anche di natura patrimoniale, all'allevamento di animali destinati all'alimentazione umana, riguardo ai quali il bene giuridico che si intravede sullo sfondo è rappresentato dalla salute dell'uomo, all'animale di sostegno per un soggetto portatore di handicap, che da un'offesa al proprio "assistente" vede posta in pericolo la propria incolumità personale; si pensi, ancora, allo sterminio di una intera specie animale determinante per la sopravvivenza di uno specifico ecosistema[90], e si pensi, infine, all'animale "randagio", la cui singola offesa, pur essendo sicuramente ripugnante e offensiva del sentimento di pietà dell'uomo, difficilmente riesce a connettersi con legittime, concrete, oggettività giuridiche[91].

---

[87] A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., p. 4.

[88] A. ESER, *Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht*, in *Festschrift für J. M. Aussling zum 65. Geburtstag*, Otterbach, 1990, pp. 76 ss., 83, 95, nell'ambito del riconoscimento di una interconnessione tra la tutela degli animali, delle biodiversità, e della qualità della vita e della salute umana, afferma che «alle manifestazioni ecologiche dell'*habitat* naturale dell'uomo, quali acqua, aria, paesaggio, ed il mondo animale e vegetale, si deve riconoscere il carattere di legittimi beni giuridici degni di tutela penale. L'obiettivo è la tutela della salute degli esseri umani».

[89] A tal riguardo, al fine di escludere che il riferimento agli animali tra i principi fondamentali della Carta costituzionale determini necessariamente la previsione di una tutela penale diretta, si rinvia a D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 483 ss.; F. C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.

[90] Sul tema, L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit., pp. 3 ss.; W. WOHLERS, *Tierschutz durch Strafrecht? Zur Legitimation Tierschutzstrafrechtlicher Normen*, in RW, 3/2016, 416 ss.

[91] Per una impostazione secondo cui il reato di maltrattamento di animali (*ex* §17 *TierschutzGesetz*) rappresenterebbe una espansione del sistema penale verso le «infrazioni morali», v., T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia* 2014, 74 ss., 82; secondo W. WOHLERS, *Tierschutz durch Strafrecht? Zur Legitimation Tierschutzstrafrechtlicher Normen*, cit., 435, «il tentativo di concentrarsi sul fatto che l'umanità nel suo complesso dipende dalla conservazione della

C'è da chiedersi, dunque, se l'animale sia in grado di assurgere ad autonomo bene giuridico, se sia legittima una sua tutela indiretta mediante il sentimento di pietà, oppure se, piuttosto, possa considerarsi degno di tutela penale soltanto in un'ottica strumentale a differenti, legittime, oggettività giuridiche.

3. La tutela penale del sentimento come rischio di un diritto penale della morale. L'animale come strumento di soddisfacimento di differenti, legittimi, beni giuridici

La natura funzional-personalistica del bene giuridico, da selezionare mediante le caratteristiche, tra le altre, della concretezza ed afferrabilità, dovrebbe rappresentare il punto di partenza per una indagine rivolta alla relativa, legittima, definizione[92].

A tal riguardo, il fondamento dell'incriminazione delle "aggressioni agli animali", fa sorgere più di una perplessità[93].

Risulta diffusa la posizione, peraltro accolta anche dal legislatore del 2004, secondo cui il bene giuridico di riferimento sarebbe rappresentato dal "sentimento di pietà dell'uomo"[94].

---

flora e della fauna come prerequisito necessario per un ecosistema funzionante non porta da nessuna parte. Perché in questo modo si può giustificare che l'estinzione della specie deve essere impedita, tuttavia in tal modo non può giustificarsi l'intervento penale a fronte della uccisione di un singolo animale»; in tal senso, inquadrando la fattispecie nell'ambito del pericolo astratto, K.D. WIEGAND, *Die Tierqualerei. Ein Beitrag zur historischen, strafrechtlichen und kriminologischen Problematik der Verstöße gegen § 17 Tierschutzgesetz*, Frankfurt am Main, 1979, p. 127 ss.; sul tema, L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit., p. 8 ss.; J. CASPER, *Tierschutz im Recht der modernenIndustriegesellshaft*, Baden-Baden, 1999, p. 102 ss.; J. FEINBERG, *Die Rechte der Tiere und Zukünftiger Generationen*, in AA.VV., a cura di D. Birnbacher, *Ökologie und Ethik*, Stuttgart 1980, p. 158 ss.

[92] Per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato, in Nss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 7 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 161 ss.; W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in AA.VV., *Jenseits des Funtionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburstag*, a cura di L. Phillips-H. Scholler, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 130 ss.; ID., *Sistema penale e principi costituzionali, un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1720 ss., 1742; D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, 117 ss.; per una essenziale ricostruzione dei principali profili tematici in ordine al bene giuridico, v., G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, *passim*, p. 8 ss.

[93] Si veda, la sintetica quanto efficace rappresentazione di, L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit., p. 3 ss.

[94] V., *supra*, par. 1.1.

Non si intende in questa sede trattare la tematica in ordine alla funzione critica del bene giuridico, nonché alle relative, necessarie, caratteristiche[95]; tuttavia, non può non osservarsi come l'incriminazione di un'offesa ad un sentimento, sia pur il più nobile, rappresentando una tradizionale ipotesi di *moral offense*[96], rappresenti una violazione della natura laica che dovrebbe improntare il diritto penale[97]. L'incriminazione dell'offesa al mero sentimento di pietà – sia pur apprezzabile, il sentimento –, rappresenta una forma di tutela di uno stato interiore, emotivo, non rispondente ai necessari criteri di proporzione/uguaglianza, afferrabilità, dimostrabilità dell'offesa, che dovrebbero caratterizzare il bene giuridico[98].

---

[95] V., *supra*, nota n. 94.

[96] M. DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici. A margine della categoria dell'*offense *di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, 1546 ss., sul tema della problematica compatibilità della tutela penale dei sentimenti con i principi fondamentali vincolanti nel nostro ordinamento, afferma, *ivi*, 1576, che «il sentimento appare davvero inafferrabile», ed ancora, 1577-1578, «il diritto penale non tutela meri sentimenti (…), anche se talora lo stesso codice penale si esprime in questi termini. (…) [il sentimento non è oggetto giuridico] e non può esserlo per carenza di tassatività».

[97] G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA. VV., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010, pp. 207 ss., 232, nel "ripeterlo con Hart", ci ricorda che «qualunque argomento ci possa essere per l'imposizione della morale, nessuno deve ritenere che, anche quando la morale popolare sia sorretta da una schiacciante maggioranza, o caratterizzata da una diffusa intolleranza, indignazione e disgusto, la lealtà ai principi democratici gli chieda di ammettere che la sua imposizione su una minoranza sia giustificata»; per una posizione critica sulla specifica oggettività giuridica, riguardo alla materia che ci occupa, A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, cit., 2 ss., 3; in senso conforme, F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3/2010, 1165 ss., 1202, che osserva come «nessuna ragionevole aspettativa può fondarsi su una tutela di meri stati soggettivi».

[98] Per un sistema penale in cui il principio di laicità possa assumere il ruolo di *meta-Grundnorm*, si veda C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del secolo delle paure*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016, 1154 ss.; per D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino 2010, pp. 41 ss., 42, «il mero sentimento (di singoli o di collettività) non può essere punto di riferimento per l'imposizione di restrizioni di libertà»; sul tema, si vedano i fondamentali contributi di, M. DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1546 ss.; G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, cit., 207 ss.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Vol. I, *Studi di parte generale*, Milano 1991, pp. 165 ss.; S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, 863 ss.; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano 1983, *passim*; C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016, 938 ss.; ID., *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale,* in *Criminalia, disCrimen*, 17.07.2018, 1 ss.; con riferimento al tema del suicidio medicalmente assistito, L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, *passim*, p. 26 ss.

Tale impostazione, sul piano della problematica compatibilità con il sistema, presenta caratteristiche non differenti dalla attuale, diffusa, idea della incriminazione del pensiero discriminante delle differenti manifestazioni sessuali[99].

Per quanto in entrambe le ipotesi vengono in considerazione condotte fondate su atteggiamenti interiori biasimevoli e riprovevoli, le relative incriminazioni presentano una natura eticizzante, fondata sul pensiero o la morale di alcuni[100].

Non risulta accoglibile il fondamento moralista su cui fonda l'oggettività giuridica del sentimento di pietà, così come non risultano accoglibili neppure altre posizioni, tra cui quella fondata sulla pericolosità dell'autore, secondo la quale «chi tortura gli animali potrà torturare anche le persone»[101].

Riguardo alla tutela penale dell'animale, giustificata mediante la tutela dell'ambiente, inoltre, c'è da osservare che tale prospettiva potrebbe risultare falsificante, in quanto la tutela dell'ambiente, in un'ottica di tutela degli ecosistemi, potrebbe non risultare aggredita dal maltrattamento o dalla uccisione del singolo animale[102].

In giurisprudenza non è mancata neppure la soluzione secondo cui rientrerebbero nel concetto di maltrattamento «non soltanto quei comportamenti che offendono il comune sentimento di pietà e mitezza verso gli animali destando ripugnanza per la

[99] Sullo specifico tema, si veda, F. SCHIAFFO, *Omolesbobitransfobia e libertà di pensiero: una conversazione sul d.d.l. Zan*, in *Rivistacriticadeldiritto.it*, 6 luglio 2021, 1 ss.; ID., *La criminalizzazione della parola: considerazioni tra diritto e processo su un probabile ossimoro*, in *PenaleDP*, 10 febbraio 2020, 1 ss.; ID., *Alle origini dei reati di opinione: modelli di incriminazione e opzioni politico-criminali*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Melillo*, a cura di A. Palma, Napoli, 2009, p. 1157 ss.; ID., *Reati di opinione, offensività e problemi probatori*, in *Iura leg. syst.*, 41 ss.; più in generale, v. per tutti, C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, in *Pol. dir.*, 1970, 486 ss.; ID., *I reati di opinione*, Padova, 1972, *passim*.

[100] S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, cit. 863 ss.; al riguardo, G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., pp. 165 ss., 170, ci ricorda che «un comportamento riprovevole, perché contrastante con una norma religiosa o morale (…), non è incriminabile finché non risulti socialmente dannoso in quanto produttivo di danno ad altri».

[101] Sul tema, v., L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit, p. 7.

[102] L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit., pp. 8-9; in senso sostanzialmente conforme, W. WOHLERS, *Tierschutz durch Strafrecht? Zur Legitimation Tierschutzstrafrechtlicher Normen*, cit., 435; sulla necessaria tutela del singolo animale, in sé considerato, senza necessità di tenere in considerazione la relativa funzionalità in termini ambientali, o comunque umani, v., T. REGAN, *The case for animal rights*, Berkeley, (1983) 2004, p. 362 ss.

loro aperta crudeltà, ma anche quelle condotte che incidono sulla sensibilità dell'animale»[103].

Dal momento che ognuna di tali soluzioni presenta più di una difficoltà in termini di compatibilità con il sistema, è stato anche osservato che l'incriminazione del "maltrattamento animale" rappresenterebbe un'eccezione ai principi tradizionali, la dimostrazione della necessità di un ampliamento rispetto alla "miopia antropocentrica del diritto penale"[104]. Ed ancora, da un differente angolo visuale, un fondamento della incriminazione delle aggressioni agli animali è stato ricavato dalla preoccupazione che lo Stato si prenda cura della salvaguardia degli esseri viventi più deboli[105], dalla preoccupazione di limitare il potere e moderare il dominio di ogni parte della società[106]. La protezione degli animali è certamente compito dello Stato, in quanto essi hanno una limitata capacità di autodeterminazione e sono suscettibili di una totale eteronomia[107], tuttavia, dal punto di vista penalistico, la tutela degli animali rimane un compito da assolvere in osservanza del principio di sussidiarietà[108]. Non tutto quello che rappresenta un valore, sia pur costituzionalmente riconosciuto, deve essere necessariamente protetto dal diritto penale[109].

Di certo, l'animale è senziente, è capace di soffrire, di sentire dolore, talvolta di esprimersi, è portatore di valori di vita[110]; in vista di ciò, non manca chi ne propone la

[103] Cass. pen. sez. III, n.44287 del 07/11/2007, in *Cass. pen.* 2008, 9, 3316, e in *Dir. giur. agr.*, 2008, 10, 635 con nota di P. Mazza.

[104] In tal senso, G. STRATENWERTH, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basile, 1993, p. 18; in senso critico, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt 1973, p. 154 ss.; specificamente sul tema, C. ROXIN-L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, V Auflage, Munchen, 2020, p. 63, evidenziano come, in tali casi, si realizzi «una trasgressione (…) netta del concetto tradizionale di tutela dei beni giuridici».

[105] Sul tema, L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit., p. 13; al riguardo, A. COSSEDDU, *Maltrattamento di animali*, cit., 2, ricorda come l'art. 491 del codice Zanardelli, in tema di maltrattamento di animali, fosse inserito nel Titolo relativo alle contravvenzioni contro la pubblica moralità, volto ad evitare la realizzazione di fattispecie in grado di «rendere l'uomo insensibile alle altrui sofferenze»; G. ZANARDELLI, *Sul progetto per il codice penale per il regno d'Italia*, Roma, 1888, p. 715.

[106] J. LOCKE, *Two treatises of government*, Cambridge (1689) 1988, p. 412.

[107] Si veda, L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit., p. 15; nonché, C. ROXIN-L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 62-63.

[108] L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit. p. 16.

[109] L. GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, cit., p. 10; nonché D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., 483 ss.; F. C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione,* cit., 453 ss..

[110] Sul tema, per tutti, T. REGAN-P. SINGER, *Animal rights and human obligations: an anthology*, New Jersey, 1976, trad. it., *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987, p. 132 ss.; P. SINGER, *Animal liberation*, New

"dereificazione"[111], nonché chi ritiene che questi debba considerarsi titolare di diritti soggettivi[112]; pur, viene da osservare, non essendo in possesso delle facoltà per farli valere.

In contrapposizione ad una visione antropocentrica del diritto penale, non manca neanche chi ritiene che l'animale possa assumere il ruolo di legittimo, autonomo, bene giuridico, scollegato dal soddisfacimento di esigenze umane[113]. Tuttavia, non sembra

York, 1975, p. 27 ss.; T. REGAN, *I diritti animali*, Milano 1990, p. 360 ss.; J. BENTHAM, *An introduction of principles of morals and legislation*, (1789), Torino, 1998, p. 442 ss.; V. POCAR, *Una nuova sensibilità per la tutela degli animali*, in *Cass. pen.*, 5/2006, 1957 ss.

[111] D. RUSSO, *La tutela giuridica degli animali alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022: riflessioni a prima lettura*, cit., 1 ss., 2; sul tema, v., W. KUPER, *Die Sache mit den Tieren oder: Sind Tiere strafrechtlich noch Sachen?*, in *JZ*, 48, n. 9, 7 Mai 1993, p. 435 ss., 437, che, in relazione alla riforma dell'art. 90 *BGB*, in merito al quesito relativo a cosa siano gli animali per il sistema giuridico, se vi appaiono come esseri viventi e non più come cose, osserva, «la risposta è semplice, sono animali»; sulla alternativa tra "cose" e "titolari di uno specifico *status* giuridico", v., W. WOHLERS, *Tierschutz durch Strafrecht? Zur Legitimation Tierschutzstrafrechtlicher Normen*, cit., 416 ss., 418 ss.; per un recentissimo orientamento interpretativo secondo cui l'animale è implicitamente da considerarsi "res", v., Cass. pen., n. 9533 del 2022, in *Guida dir.*, 2022, 13, in cui è stato affermato che «la sostituzione illecita del microchip a un cane determina il reato di riciclaggio perché attraverso questa pratica si tende a far perdere la conoscenza nonché la provenienza dell'animale. Nel caso di specie, l'imputato, al fine di ostacolare l'individuazione della provenienza delittuosa del cane, aveva sostituito "il microchip" con altro corrispondente ad altro cane di altra razza».

[112] Trib. Napoli nord, Sez. I, n. 1410 del 26.07.2018, cit.; D. RUSSO-M. PRIMAVERA, *Maltrattamento di animali e responsabilità del medico veterinario*, cit., 3; D. RUSSO, *La tutela giuridica degli animali alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022: riflessioni a prima lettura*, cit., 1 ss.

[113] In tal senso, sulla cd. "questione animale", v., F. FASANI, *L'animale come bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 733 ss.; in senso conforme, N. ESPINA, *El bien juridico en el delito de maltrato animal: un analisis desde la legislacion argentina*, in *Rev Argomentum JoL*, 1/2021, 415 ss.; secondo un angolo di visuale parzialmente differente, secondo cui il bene giuridico sarebbe il "benessere animale", ma ad ogni modo selezionato mediante il sentimento di pietà da parte dell'uomo, si veda, A. MASSARO, *I reati "contro gli animali" tra aspirazioni zoocentriche e ineliminabili residui antropocentrici*, in *Cult. dir.*, 1-2, 2018, 79 ss., 86. Diversamente, C. MAZZUCATO, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in AA. VV., *La questione animale*, a cura di S. Castignone-L. Lombardi Vallauri, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, Milano 2012, p. 687 ss., che critica quali legittime oggettività giuridiche sia il sentimento umano, sia l'animale in sé considerato, ed individua, piuttosto, come legittimo oggetto di tutela penale, "il rapporto uomo-animale"; L. PISTORELLI, *Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta*, in *Guida dir.*, 28.08.2005, n. 33, 19 ss., 20, secondo cui «la legge 189/2004 (…) coltiva l'ambizioso progetto di garantire tutela giuridica diretta (…) agli animali in sé considerati. [Tuttavia, il legislatore] ha dovuto inevitabilmente fare i conti con la realtà di una società in cui gli uomini hanno costruito rapporti con gli altri esseri viventi strutturalmente ispirati all'antropocentrismo, (…) finendo per mantenere fermo l'asse della tutela sul baricentro del sentimento umano»; A. ESER, *Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht*, cit., pp. 76 ss.: "Il mondo animale può assumere il ruolo di legittimo bene giuridico, in quanto l'obiettivo è la tutela della salute degli esseri umani».

che la soluzione penalistica per una tutela diretta dell'animale possa considerarsi legittimamente perseguibile[114].

Evidenziata la inadeguatezza anche del "sentimento di pietà", sembra che l'animale possa trovare una tutela penale soltanto in quanto oggetto materiale di differenti, legittimi, beni giuridici, funzionali al soddisfacimento di altrettanti interessi umani[115].

4. Riflessioni per una efficace tutela degli animali improntata a sussidiarietà.

Da quanto sinora esposto, emerge un quadro normativo in cui la disciplina dei delitti previsti dal codice penale risulta in sostanza disapplicata in virtù della clausola *ex* art. 19 *ter* disp. coord. c.p.; la disciplina amministrativa prevede sovente la prevalenza della sanzione penale qualora la violazione costituisca anche reato, tuttavia, anche in presenza di condotte illecite particolarmente offensive nei confronti dell'animale, spesso l'unica sanzione penale applicabile sarà quella di natura contravvenzionale *ex* art. 727 co. 2 c.p.

In tale apparato normativo, la soluzione penalistica ricopre un ruolo tutt'altro che marginale, tuttavia, non sembra che l'arsenale penalistico, apparentemente,

---

V. pure, W. WOHLERS, *Tierschutz durch Strafrecht? Zur Legitimation Tierschutzstrafrechtlicher Normen*, cit., 417 ss., secondo cui, la tutela penale degli animali potrebbe trovare legittimazione in funzione sanzionatoria della violazione della legislazione primaria di settore: «se la legislazione primaria eleva la dignità degli animali a bene protetto, allora questo valore può essere protetto anche dal diritto penale» (*ivi*, 443).

[114] Sulla insuperabilità dei principi fondamentali, da cui deriva la nozione di bene giuridico, improntata alle caratteristiche, tra le altre, del personalismo e dell'afferrabilità, v., C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del secolo delle paure*, cit., 1184, in cui l'A. afferma che «nel diritto i principi (…) devono essere formalizzati (…) per potersi tradurre (…) in criteri politico-criminali atti a orientare (…) [il legislatore] nell'attività di criminalizzazione primaria. Bisogna arrendersi all'idea (…) [che il concetto di bene giuridico non sembra], allo stato sostituibile con qualcosa di meglio»; a tal riguardo, M. DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1549, evidenzia che «benché si parli da tempo di crisi del bene giuridico o della sua capacità selettiva e vincolante per una politica criminale razionale, non è stato ancora trovato un paradigma alternativo realmente capace di sostituirlo e di valorizzarne le molteplici, importanti, funzioni»; secondo un differente punto di visuale, con riferimento al tema specifico degli animali, G. FIANDACA, *Prospettive possibili di maggiore tutela penale degli animali*, cit., pp. 79 ss., 87, osserva che i due interessi fondamentali di cui sono portatori gli animali, ossia, l'interesse alla sopravvivenza, e l'interesse alla minore sofferenza possibile «hanno titolo sufficiente per legittimare anche forme di tutela penalistica», una tutela della vita dell'animale, continua l'Autore, pp. 88-89, sì, come bene in sé, ma non assolutizzata, da contemperarsi realisticamente «con il soddisfacimento di interessi umani considerabili (…) prevalenti».

[115] «Lo Stato non deve paternalisticamente assurgere a tutore della moralità dei cittadini, perché non è suo compito interferire nel modo di essere, nell'atteggiamento interiore, e nel modo di pensare delle persone», G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., p. 171.

predisposto "a tutela degli animali" possa considerarsi efficace. Al di là delle ipotesi in cui possa riconnettersi a legittime oggettività giuridiche diverse – salute, ambiente (ecosistemi e biodiversità), patrimonio, sfera affettiva[116] – l'incriminazione dell'offesa all'animale non riesce a trovare pacifico riconoscimento.

La tutela del sentimento di pietà, di ribrezzo, di ripugnanza dell'uomo, rappresenta una ipotesi di *moral offense*[117], e purtroppo «la amoralità del diritto penale sembra talora il prezzo da pagare perché sia preservata la sua laicità»[118].

La soluzione penalistica non è da privilegiare; la tutela degli animali va realizzata mediante la valorizzazione di altri settori dell'ordinamento. E' auspicabile che la recente riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost., insieme con una lettura integrata degli articoli 2, 3, 13, 21, 25 co.2, 27 co. 1 e 3, e 32 Cost., possa assumere valore propulsivo per una modifica della disciplina che, improntata ad un equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti, destini al diritto penale un ruolo residuale, e preveda un coordinamento tra le differenti normative di settore.

Tale prospettiva risulterà percorribile soltanto mediante un effettivo impegno, di natura sicuramente economica, ma anche culturale, finalizzato, innanzitutto, al miglioramento delle condizioni di vita e trattamento degli animali all'interno degli allevamenti.

Un esempio di modifica, in un'ottica di sussidiarietà, potrebbe essere relativo alla su descritta pratica della macerazione dei pulcini di 72 ore[119]. A tal riguardo, in conformità con quanto già avviene in altri Paesi, potrebbe proporsi l'adozione di nuove apparecchiature in grado di individuare il sesso dell'embrione dei pulcini prima ancora dell'apertura delle uova. Il sistema della spettrofotometria, infatti, permette di evitare la strage dei pulcini maschi economicamente improduttivi; le uova contenenti esemplari non idonei alla produzione vengono accantonate e distrutte prima ancora della relativa schiusa[120]. Potrebbe rendersi obbligatoria l'effettuazione di tale procedura e prevedere sanzioni amministrative a fronte delle relative violazioni.

---

[116] S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, pp. 74-75, 104 ss., 106, per la tutela degli "oggetti di valore affettivo", propone la elaborazione di «una fattispecie posta a tutela della riservatezza personale».

[117] Per tutti, v. M. DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1546 ss.; C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali*, cit., 938 ss.; ID., *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale,* cit., 1 ss.

[118] M. DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1562.

[119] V. *supra*, par. 1.2.

[120] *www.animalequality.it.*

Una simile soluzione richiederebbe un impegno economico da parte dello Stato[121], e non sembra questa l'attuale direzione politico-legislativa, dal momento che, sia all'art. 6 della l. n. 189/2004 (istitutiva del Titolo IX *bis* c.p.), sia all'art. 13 del d.lgs. n. 131/2013 (in materia di "cautele da adottare durante la macellazione o l'abbattimento degli animali), è affermata la nota clausola di invarianza finanziaria, secondo cui dall'attuazione delle disposizioni ivi contenute "non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

Con riguardo alla normativa penale, la vigente disciplina codicistica, caratterizzata dalle su descritte tecniche di redazione, dalla selezione di una oggettività giuridica in particolar modo sfuggente e, non ultimo, dalla clausola di non applicabilità per i casi disciplinati dalla legislazione speciale, rischia di rimanere destinata a rappresentare soltanto uno slogan, un'operazione meramente propagandistica[122].

In questa sede, le riflessioni hanno ad avuto ad oggetto, in via principale, le offese agli animali derivanti da quelle attività che risultano più incisive nella realizzazione del fenomeno, quali, ad esempio, gli allevamenti connessi con l'industria del mercato alimentare, le gare, o le competizioni tra animali.

Tuttavia, non possono trascurarsi le ipotesi di uccisioni o maltrattamenti di singoli animali, che siano catalogabili come "domestici" oppure no, che appartengano ad una persona oppure no.

In un sistema penale che voglia ambire alla realizzazione del binomio "osservanza delle garanzie/effettività della tutela"[123], anche in questi casi, sembra che la tutela dell'animale possa rilevare soltanto in un'ottica di tutela di altri, legittimi, beni giuridici[124].

Con riguardo all'animale domestico, può prospettarsi una soluzione secondo cui questo rientri tra le "cose di valore affettivo"[125]; pertanto, la relativa tutela può trovare

---

[121] La pratica della spettrofotometria è già in uso in Svizzera, in Austria, e in Germania, e a breve lo sarà anche in Francia, dove il costo che ha dovuto sostenere lo Stato per aiutare gli agricoltori nell'acquisto delle attrezzature necessarie è di circa 10 milioni di euro, v., A. CORONA, *Svolta animalista in Francia: vieterà la trituarazione dei pulcini maschi dal 2022*, in *www.ali.ong/rivista/diritto*, 30 agosto 2021, 1 ss.

[122] Sull'uso strumentale del diritto penale, per tutti, A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, p. 36 ss.; W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz*, in *NStZ*, 1989, 553 ss.

[123] S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* ed., Napoli, 1997, pp. 1 ss., 1.

[124] V., *supra*, par. 3.

[125] S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., 106.

soddisfacimento attraverso la elaborazione di una specifica fattispecie penale posta a tutela della persona, con riferimento alla sfera affettiva e di relazione[126].

Al di là delle prospettate residuali soluzioni penalistiche, e degli auspicati interventi di tipo culturale e sociale, sul piano sanzionatorio, probabilmente, risulteranno dotate di maggiore efficacia soluzioni, a seconda dei casi, di natura amministrativa, oppure civilistica[127].

[126] Sulla definizione penalistica della libertà morale, per tutti, G.M. FLICK, voce, *Libertà individuale (delitti contro)*, in *Enc. dir*., XXIV, Milano, 1974, pp. 535 ss., 545 ss., 546, evidenzia come «il riferimento alla capacità e possibilità di autodeterminazione del soggetto implica un riferimento immediato alla sua personalità *in toto*, e si sostanzia concretamente nella garanzia della libertà di determinazione, di coscienza, di pensiero, di vita affettiva»; sul tema, sia pur con specifico riferimento alla sfera sessuale, nell'ambito di un'indagine in materia di art. 612 *ter* c.p., v., B. ROMANO, *L'introduzione dell'art. 612 ter c.p. in materia di diffusione illecita di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito*, in AA.VV., *Codice rosso. Commento alla legge 19 luglio 2019, n. 69*, a cura di Romano-Marandola, Pisa, 2020, pp. 105 ss., 106.

[127] Per la proposta di inserire il risarcimento del danno nel sistema sanzionatorio penale, in un'ottica di sussidiarietà, si rimanda al noto, a dir poco lungimirante, contributo di C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1987, 3 ss.; a tal riguardo, va ricordato che C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di A. Burgio, Milano, 2003, p. 78, ci insegna che «uno dei più grandi freni ai delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse, (…). La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito con la speranza dell'impunità».

FOCUS

Focus

LA LEGGE COSTITUZIONALE N. 1 DEL 2022 NEI LAVORI PREPARATORI DELLA XVIII LEGISLATURA

Giovanni D'Alessandro[1]

1. La legge costituzionale n. 1 del 2022, che ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost. in materia di tutela dell'ambiente, rappresenta, sul piano procedurale, un ottimo esempio di manutenzione costituzionale realizzata con il fisiologico procedimento di revisione di cui all'art. 138. E, d'altra parte, dimostra che è possibile anche la modificazione dei princìpi fondamentali della Costituzione allorché se ne ampli l'estensione normativa, non sussistendo alcun limite (implicito) meramente topografico alla revisione.

La proposta di legge costituzionale è stata approvata in seconda deliberazione dalla Camera e dal Senato con la maggioranza dei due terzi dei loro componenti, rispettivamente l'8 febbraio 2022 (con 468 voti favorevoli, 1 contrario e 6 astenuti) e il 3 novembre 2021 (218 voti favorevoli, nessun contrario e 2 astenuti). Invero, quasi all'unanimità di coloro che hanno partecipato alla votazione della proposta, a testimoniare la condivisione delle forze politiche per una riforma ritenuta ormai indispensabile, nella comune consapevolezza che fosse necessario introdurre tra i princìpi costituzionali un riferimento espresso alla tutela dell'ambiente.

Ciò nonostante, le modifiche costituzionali adottate appaiono contenutisticamente "timide", al punto da destare il sospetto di essere frutto di una strategia di greenwashing sul piano deontico.

2. La legge costituzionale inserisce nella Costituzione italiana un espresso riferimento alla tutela dell'ambiente e degli animali, modificando agli artt. 9 e 41. In particolare, integrando l'art. 9, s'introduce tra i princìpi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future

[1] Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Niccolò Cusano" – Telematica Roma. Intervento al Convegno internazionale di studi sul tema "Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali" (Salerno-Cava de' Tirreni, 1-3 dicembre 2022).

generazioni, e si stabilisce, altresì, che la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali. Inoltre, integrando l'art. 41, si prevede che l'iniziativa economica non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente e che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini ambientali. Infine, la legge reca una clausola di salvaguardia delle competenze legislative riconosciute alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano dai rispettivi statuti.

Formulazioni che, sul modello di costituzioni straniere, rappresentano un unicum per il lessico costituzionale e che, non di meno, destano talune perplessità semantiche, anche in ragione del contesto del previgente tessuto normativo costituzionale in cui esse s'inseriscono.

È interessante, a tale riguardo, risalire alla genesi di queste formulazioni, durante la fase dell'approvazione, in prima deliberazione, del testo unificato al Senato, votato il 9 giugno 2021 e confermato alla Camera il 12 ottobre 2021, proprio per orientare il futuro lavoro d'interpretazione dei nuovi enunciati normativi[2].

Il disegno di legge costituzionale AS 83 ("Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di protezione della natura", d'iniziativa delle senatrici De Petris e Nugnes) è stato presentato al Senato il 23 marzo 2018 ed è stato assegnato alla I Commissione Affari costituzionali, in sede referente, il 26 giugno 2018.

L'esame in Commissione è iniziato l'8 ottobre 2019 e si è concluso il 19 maggio 2021. All'esame di tale disegno originario la Commissione ha poi congiunto gli ulteriori disegni di legge costituzionale AS 212 ("Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente", d'iniziativa delle senatrici De Petris, Cirinnà, Giammanco e Nugnes) e AS 1203 (Modifica dell'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, protezione della biodiversità e degli animali, promozione dello sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni, d'iniziativa del senatore Perilli), l'8 ottobre 2019; AS 1532 ("Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente", d'iniziativa della senatrice Gallone), il 23 ottobre; AS 1627 ("Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela ambientale e sostenibilità", d'iniziativa della senatrice L'Abbate), il 28 gennaio 2020; AS 1632 ("Modifiche agli articoli 2 e 9 della Costituzione in materia di equità generazionale, sviluppo sostenibile e tutela dell'ambiente", d'iniziativa della senatrice Bonino), l'11 febbraio; AS 938 (Modifiche agli articoli 2, 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela

[2] Per ricostruire i lavori preparatori della legge costituzionale n. 1 del 2022 è sufficiente esplorare i link agli atti parlamentari presenti nella pagina web a essa dedicata del sito del Ministero per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa (www.riformeistituzionali.gov.it/it/la-legge-costituzionale-in-materia-di-tutela-dell-ambiente/). Pagina web consultata il 7 maggio 2023.

dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile", d'iniziativa dei senatori Collina, Marcucci, Ferrari e Ferrazzi), il 2 marzo 2021; AS 2160 ("Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente", d'iniziativa dei senatori Calderoli, Augussori, Grassi, Pirovano e Riccardi), il 14 aprile 2021.

La Commissione, poi, al suo interno ha costituito il 4 novembre 2020 un Comitato ristretto che ha redatto un testo unificato adottato dalla medesima Commissione il 23 marzo 2021 come base per l'esame congiunto, al fine di creare le condizioni di consenso necessarie per l'approvazione delle modifiche costituzionali.

Rispetto al testo unificato, composto inizialmente di tre articoli poi ridotti a due, la Commissione ha inserito nel comma aggiuntivo dell'art. 9 Cost. un secondo periodo, che prevede la riserva di legge statale in materia di tutela degli animali. Conseguentemente è stata soppressa la disposizione, presente nel testo originario, che prevedeva di sostituire la lettera s) del secondo comma dell'art. 117 Cost., includendo la tutela degli animali tra le materie di competenza esclusiva statale, oltre a quella della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

L'Assemblea del Senato, infine, nel corso della discussione ha introdotto l'art. 3 della legge costituzionale, che prevede la clausola di salvaguardia per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome in materia di tutela degli animali.

3. Già dalla panoramica delle denominazioni degli otto disegni di legge presentati al Senato e abbinati nel corso dell'esame un dato emerge lampante: nella stesura finale adottata dalla Commissione non vi è traccia del sintagma "sviluppo sostenibile", ancorché vi sia il riferimento alle "generazioni future".

Quanto al contenuto del testo adottato, invece, è da notare come, benché tutti i disegni di legge esaminati congiuntamente dalla Commissione individuassero nell'art. 9 Cost., che già prevede la tutela del paesaggio, la sede naturale per introdurre un principio di tutela ambientale, dal punto di vista redazionale si è preferito non modificare il testo vigente, ma inserire un ulteriore comma specificamente dedicato ai profili ambientali, suddiviso in due periodi. Al primo periodo, accanto alla tutela dell'ambiente, si attribuisce alla Repubblica anche la tutela della biodiversità e degli ecosistemi, enfatizzando la necessità di adottare sempre, in campo ambientale, una visione d'insieme. Inoltre, viene introdotto un riferimento espresso all'interesse delle future generazioni, con una formula che, se da un lato vuole costituire un impegno a politiche ambientali di lungo periodo, dall'altro riprende il concetto di sviluppo sostenibile nella sostanza ma non nella sua denominazione propria. Al secondo periodo, invece, s'introduce una riserva di legge statale che disciplini forme e modi della tutela degli animali, tutela ritenuta giustamente non compresa nel riferimento all'ambiente, alla biodiversità e agli ecosistemi.

Due sono, poi, le modifiche apportate all'art. 41 Cost., in materia di esercizio dell'iniziativa economica. La prima modifica interviene sul secondo comma e stabilisce che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla salute e all'ambiente, aggiungendo questi due limiti a quelli già vigenti, ovvero la sicurezza, la libertà e la dignità umana. In questo modo si è inteso dare sostanza al nuovo dettato dell'art. 9, elevando al rango costituzionale princìpi già previsti dalle norme ordinarie e affiancando, altresì, la salute all'ambiente per la stretta correlazione tra i due aspetti. La seconda modifica riguarda, invece, il terzo comma dell'art. 41, riservando alla legge la possibilità d'indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, non solo a fini sociali ma anche ambientali.

4. Non mancano perplessità rispetto al testo adottato dall'Assemblea del Senato e poi divenuto l'articolato definitivo della legge costituzionale.

Anzitutto l'enunciazione della nozione di "ambiente", nella sua accezione più estesa e sistemica, quale ambiente, biodiversità ed ecosistemi (al plurale), rispetto a quella (diversa) già utilizzata nell'art. 117, secondo comma, lettera s) di ambiente ed ecosistema (al singolare), su cui si è sviluppata la giurisprudenza costituzionale con i suoi vari orientamenti in tema di competenze legislative statali e regionali. Cui si aggiunge il riferimento anche alle generazioni future, riecheggiando quello dell'art. 20A della Costituzione tedesca, senza un esplicito richiamo dello sviluppo sostenibile.

In tale prospettiva ampliata si pone, poi, la specifica previsione di una tutela degli animali, "dequotata" da principio costituzionale tout court a istituzione di una riserva di legge dello Stato, come punto di mediazione in Commissione tra la proposta d'inserimento di una tutela degli animali quali "esseri senzienti" (riprendendo una definizione presente nell'art. 13 del Trattato di Lisbona) e quella di non inserire alcuna previsione sulla tutela gli animali, ritenuta già inclusa nella nozione di ecosistemi e biodiversità quale scandita dalla novella. Con una formulazione che, a dispetto della pregressa giurisprudenza costituzionale in materia di caccia e pesca a seguito della revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione, pare rinsaldare la potestà esclusiva statale, riducendo corrispondentemente l'ambito di possibile residuo intervento legislativo regionale. Al netto delle disposizioni contenute negli statuti delle Regioni a ordinamento speciale, fatte esplicitamente salve dall'art. 3 della legge costituzionale n. 1 del 2022.

Certamente, con le modifiche introdotte anche la nostra Costituzione (dopo la Spagna, i Paesi Bassi, la Germania e la Francia) ha una specifica disposizione di principio riguardante la tutela dell'ambiente e degli animali, sia pure in termini che difficilmente lasciano intravedere la concreta valenza sul piano normativo. Il che, se lascia soddisfatti sul piano culturale, non può dirsi un sicuro passo avanti nel raggiungimento di un più compiuto equilibrio tra antropocentrismo ed ecocentrismo.

FOCUS

L'HARVARD NEGOTIATION PROJECT, IL MEDIATORE E GLI AVVOCATI

Giuseppina Martina Campolo

ABSTRACT [ITA]: Il presente contributo si intrattiene sulla dinamica della collaborazione partendo dall'assioma fondamentale, il quinto, e dalla sua analisi pratica. Si passa poi ad un breve cenno della dinamica collaborativa negli Stati Uniti ed infine alla descrizione del ruolo dell'avvocato in Italia dal 30 giugno 2023, sempre in relazione al ruolo cooperativo e a quello che possono fare i legali per abbreviare i tempi della procedura di mediazione.

***ABSTRACT [ITA]**: This paper discusses the dynamics of collaboration starting with the fundamental axiom, the fifth, and its practical analysis. It then moves on to a brief outline of the collaborative dynamic in the United States and finally to a description of the role of the lawyer in Italy as of 30 June 2023, again in relation to the cooperative role and what lawyers can do to shorten the mediation process.*

SOMMARIO: 1. Il quinto assioma della comunicazione; relazioni complementari e simmetriche **- 2.** Origini della negoziazione e della dinamica collaborativa negli Stati Uniti **- 3.** Il negoziato di princìpi in Italia dal 30 giugno 2023 ed il ruolo degli avvocati **- 4.** Conclusioni.

***SUMMARY**: **1**. The fifth axiom of communication; complementary and symmetrical relationships - **2**. Origins of negotiation and collaborative dynamics in the United States - **3**. Principles negotiation in Italy from 30 June 2023 and the role of lawyers - **4**. Conclusions.*

1. Il quinto assioma della comunicazione; relazioni complementari e simmetriche.

Uno dei volumi più importanti in tema di comunicazioneche sia mai stato scritto è certamente la "Pragmatica della comunicazione umana[1]" che ci indica alcuni princìpi universali popolarissimi che l'autore, Paul Watzlawich, chiama assiomi[2]. In questa sede ci interessa in particolare il quinto assioma: "Tutti gli scambi di comunicazione sono simmetrici o complementari, a seconda che siano basati sulla uguaglianza o sulla differenza." L'autore aggiunge che per una interazione equilibrata tra gli esseri umani occorrono sia gli scambi complementari, sia quelli simmetrici.

La comunicazione simmetrica si verifica, in sintesi, quando gli interlocutori hanno una comunicazione alla pari, mentre la comunicazione complementare si presenta quando uno dei due si sente superiore all'altro. In quest'ultimo caso la persona che si sente superiore (*one-up*), cercherà di fare sentire l'altro in una posizione subordinata (*one-down*). Il tipico caso di relazione complementare è costituito dal processo: abbiamo un giudice che è superiore (*one-up*) e due avvocati che sono inferiori (*one-down*) e sono fatti sentire tali per le caratteristiche del processo.

Nel processo si valorizzano poi le differenze di posizione giuridica: in base ad esse si vince e si perde. La decisione non è concertata con gli avvocati, ma è presa dal giudice in autonomia. La decisione, ovvero la sentenza, segue la regola dell'efficienza, cioè la capacità costante di rendimento e di rispondenza alle proprie funzioni del giudice.

Anche nel nuovo articolo 5-*quater* 2° e 3° comma del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 (in vigore dal 30 giugno 2023) si trova una conferma del fatto che la base di tutto sia l'efficienza:" 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. 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." Pure il luogo del processo (specie quello del processo penale) indica marcatamente una relazione complementare: gli scranni[3] dei

[1] Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi, delle patologie e dei paradossi Copertina flessibile – 1° novembre1978 di Paul Watzlawick (Autore), J. H. Beavin (Autore), D. D. Jackson (Autore), M. Ferretti (Traduttore)

[2] 1) Non si può non comunicare.
2) Ogni comunicazione ha un aspetto di contenuto e di relazione di modo che il secondo classifica il primo ed è quindi metacomunicazione.
3) La natura della relazione dipende dalla punteggiatura delle sequenze di comunicazione tra i comunicanti.
4) Gli esseri umani comunicano sia col modulo numerico che con quello analogico.
5) Tutti gli scambi di comunicazione sono simmetrici o complementari, a seconda che siano basati sulla simmetria o sulla differenza.

[3] Il termine di origine longobarda stava proprio ad indicare la sedia del giudice, di legno, con braccioli e con spalliera molto alta.

giudici stanno di regola più in alto delle postazioni dei legali. La relazione complementare è rilevante e ineliminabile: pensiamo ad esempio a quella tra insegnante e allievo o tra medico e paziente. Ma per una comunicazione di qualità tra le persone sono necessari anche gli scambi simmetrici. Per parlarne più diffusamente però vorrei partire da una particolare relazione complementare, quella tra psichiatra e paziente.

Negli anni 1960-1970 gli operatori psicologici pensavano che:

ci fossero persone normali e anormali che solo gli psichiatri potessero distinguere;

la malattia mentale dipendesse da qualcosa di interno alla persona;

ci fossero malattie curabili ed incurabili (alcolismo, schizofrenia e psicosi maniaco-depressiva) con cui si poteva solo convivere;

i malati di mente non avessero cognizione della loro malattia e nessun controllo su di essa, come se si trattasse di malattia organica, e che non ci fossero spiegazioni intellegibili per loro.

Questa era una dinamica fortemente complementare perché c'era uno psichiatra che presumeva di sapere tutto (one-up)e un paziente che subiva un determinato trattamento (one-down) senza nemmeno poter chiedere in che cosa consistesse e senza avere il diritto a sapere di che malattia soffrisse, perché si partiva dal presupposto che non avrebbe capitoalcunché (anche il giudice, delresto, si rivolge all'avvocato e non al suo cliente che rimane sempre sullo sfondo). Per certe malattie poi si riteneva che non ci fosse cura e quindi non era nemmeno il caso di perderci tempo (lo stesso Freud lo pensava della schizofrenia e curava solo le nevrosi). Contrari a questa impostazione medica erano gli psicologi della scuola umanistica: Maslow, Rogers e Berne.

Essi ritenevano che:

1) ogni persona avesse la capacità di pensare e di autodeterminarsi.

2) Ogni persona potesse crescere ed imparare (ovvero essere una risorsa).

3) Non esistessero individui maturi ed immaturi, ma soltanto comportamenti maturi ed immaturi.

4) Le decisioni prese potessero essere modificate se necessario.

Questa impostazione influì non solo sulla dinamica psichiatra-paziente, ma addirittura sul modo di comporre i conflitti negli Stati Uniti ed oggi nel Mondo. Rogers in particolare partì come Newton da un fenomeno banale: osservò per un certo tempo le patate che teneva in cantina e vide che i germogli bianchi si erano indirizzati verso gli spiragli di luce che filtravano dalle travi. Da questa osservazione nacque col tempo l'assoluta convinzione che tutti gli esseri viventi avessero una propensione naturale verso il miglioramento. Ogni persona ha dunque la capacità di pensare e di autodeterminarsi, di crescere ed imparare, non ci sono persone normali e anormali, solo comportamenti maturi e immaturi, tutto può essere curato nel modo appropriato, e infine qualunque decisione che la nostra psiche possa aver preso può essere

suscettibile di modifica se mina il nostro benessere o non ci fa evolvere. Questi erano i punti di partenza di un nuovo modo di concepire i rapporti umani: nuovo per il '900 ovviamente perché in realtà già presente nel XV secolo e migliaia di anni prima della nascita di Cristo quando sulla terra vigeva il Matriarcato. Da questa impostazione nasce quasi per logica la vitale necessità degli scambi simmetrici: se tutte le persone hanno determinate capacità sono uguali e sono in grado di confrontarsi e prendere decisioni in modo autonomo per il loro benessere. Per la verità gli stati sin dall'antichità hanno cercato di contrastare questa impostazione che ledeva il loro bisogno di controllo ed ancora oggi la visione non è cambiata poi di molto.

La relazione simmetrica comporta però che le persone siano dotate di autonomia (siamo capaci di intendere e volere) e lavorino bene in gruppo, ossia siano cooperative. La decisione viene concertata, per questo si chiama intesa, accordo; non segue la logica dell'efficienza, bensì quella dell'efficacia, cioè la capacità di produrre l'effetto e i risultati voluti o sperati. Non essendoci un *one-up* o un *one-down* è più facile che il contrasto[4] diventi conflitto[5], cioè coinvolga nel profondo la relazione tra gli esseri umani[6].

In termini economici poi il processo è sicuramente più dispendioso della giustizia complementare; ma in termini di fatica per il cliente lo scambio complementare tra giudice-avvocato è la via meno impegnativa: non deve manifestare disponibilità a trattare (se non sollecitato dal suo legale), né sprecare energia per competere. Di solito non c'è, infatti, bisogno di impegnarsi per trovare un accordo, né di cercare la collaborazione dell'altro (di cui si pensa peraltro di non avere mai bisogno); se si litiga con la controparte lo si fa per interposta persona e dunque lo stress dello scontro diretto è risparmiato: la lite sembra pesare interamente sulle spalle dell'avvocato.

2. Origini della negoziazione e della dinamica collaborativa negli Stati Uniti.

Premesso ciò negli anni '70 il processo negli stati Uniti entra in crisi proprio perché la delega cliente-avvocato, seppur per certi versi comoda e deresponsabilizzante, comportava dei costi[7] che il cittadino non si poteva più permettere (ancora oggi il processo è carissimo e non solo negli Stati Unitidove le controversie si chiudono bonariamente prima di affrontarlo). Così nel 1983 i giudici statunitensi mettono le mani sulla preistruttoria per renderla più veloce e meno dispendiosa (con la modifica

[4]Sussiste un contrasto quando c'è: a) differenza di vedute od opinioni; b) rispetto dell'altro e dei suoi bisogni; c) mancanza di disagio emotivo; d) uno scopo comune.

[5] Sussiste un conflitto quando c'è: a) differenza di vedute ed opinioni; b) un attacco dell'altro, dei suoi bisogni e valori;

c) rabbia ed ostilità; d) sospetto di inautenticità sugli obiettivi dichiarati.

[6] Ma può anche avvenire il contrario: che dal contrasto si passi al conflitto.

[7] Inerenti alla discovery.

della cosiddetta rule 16[8]) e si pensa a metodi alternativi di risoluzione delle controversie (oggi detti "più adeguati" in America, "complementari" in Italia), da mettersi a disposizione del cittadino nell'ambito degli stessi tribunali[9].

Le imprese statunitensi avevano poi in quel periodo la necessità di ridefinire la figura del manager[10] e di gestire al meglio le relazioni aziendali e così nasce la ricerca di una negoziazione che porti ad un accordo ragionevole, eseguibile, che migliori o almeno non danneggi i rapporti tra le parti. Per accordo ragionevole, secondo la logica di Harvard, si intendeva e si intende ancora oggi anche per noi, un accordo possibile (in relazione alla legge) e che soddisfa al massimo grado gli interessi legittimi di ciascuna parte, risolve equamente il conflitto tra le parti, è duraturo e tiene conto dell'interesse collettivo.

Nel 1979 Fisher, Ury e Patton crearono al riguardo un progetto (detto Harvard negotiation project) presso la Harvard University che si occupava appunto della nuova negoziazione e della risoluzione dei conflitti.

Nel 1981 Fisher e Ury pubblicarono *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (Arrivare al SÌ: negoziazione dell'accordo senza cedere) tradotto in italiano con l'Arte del negoziato[11].

Nel 1983 alcuni poli universitari si misero insieme (Harvard University, Massachusetts Institute of Technology e Tufts University) per fornire un programma di formazione multidisciplinare detto Program on Negotiation (PON).

In sostanza vi è ancora oggi un centro di ricerca interdisciplinare dedicato allo sviluppo della teoria e della pratica della negoziazione e della risoluzione delle controversie in una serie di contesti pubblici e privati.Attualmente il programma è diretto da un economista, James Sebenius. Faccio notare che il programma è interdisciplinare – Ury è un antropologo e non un giurista - perché il nostro legislatore mi sembra un po' distratto/attratto verso le competenze giuridiche.

La figura del nuovo manager americano venne plasmata prendendo spunto dai princìpi della scuola umanistica sopra vista, dalle opere omeriche, dall'Eneide, dalla Bingfa (l'Arte della Guerra di Sun Tzu) e infine dal Trattato di Manu.

Il modello di amministratore delegato che emerse da tanto studio fu il seguente «Colui che trova il modo di far parlare tutte le parti interessate, che sa capire le loro differenti prospettive, e riesce infine a trovare un ideale comune che tutti siano disposti a sottoscrivere. Costui fa affiorare il conflitto, riconosce i sentimenti e i punti di vista di tutti e poi reindirizza l'energia verso un ideale comune» (Daniel Goleman, da Essere Leader). Questa non è altro che la definizione dettagliata del nostro mediatore, nata

[8] Nata nel 1938 viene modificata nel 1983.
[9] Così per l'ADRA nel 1998.
[10] Per farsi obbedire dai vari reparti dell'azienda.
[11] Dal 1991 si aggiunge al libro Bruce Patton come coautore

quindi in realtà per soddisfare esigenze aziendali. Ma come negoziare efficacemente in azienda o tra un'azienda e l'altra? La scelta poteva andare su una negoziazione dura[12] (che è quella purtroppo a cui assistiamo ogni giorno noi mediatori) oppure morbida[13]: entrambe avevano secondo Ury, Fisher e Pattongrandi pecche e così si disegnarono nuove regole, si scelse il negoziato di princìpi ossia l'*Harvard Negotiation Project*.

Si contendevano poi la scena una negoziazione competitiva dove uno vince ed uno perde come nel processo ed una negoziazione cooperativa.

Venne preferita quest'ultima e quindi un sistema di scambi con relazione simmetrica. Senza farla troppo lunga (perché non abbiamo molto tempo a disposizione) il negoziato di princìpi si basa su alcuni presupposti che noi mediatori chiamiamo dinamica collaborativa (sostenuta anche dalla riforma Cartabia che richiede agli avvocati di cooperare); per la negoziazione e dunque anche per la negoziazione assistita i punti importanti da sviluppare sono: 1) scindere le persone dal problema, 2) concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni, 3) generare una gamma di possibilità prima di decidere che cosa fare, 4) Individuare quelle possibilità che si basano su criteri oggettivi. Calati in mediazione che qui interessa i presupposti della cooperazione sono i seguenti: 1) separare il problema dalle persone, 2) identificare gli interessi sottesi alle posizioni, 3) esplorare la migliore alternativa di ogni parte all'accordo negoziato, 4) riformulare le questioni sulla base degli interessi, 5) generare alternative, 6) utilizzare criteri obiettivi.

3. Il negoziato di princìpi in Italia dal 30 giugno 2023 ed il ruolo degli avvocati.

Per mettere efficacemente in atto queste regole (che si distribuiscono da modello in quattro fasi distinte[14]) in mediazione necessita tempo: secondo, ad esempio, l'*EUROPEAN INSTITUTE FOR CONFLICT RESOLUTION* che è l'ente di formazione più importante dei mediatori civili e commerciali in Grecia (di matrice IMI) per

[12] Le parti sono avversari; lo scopo è vincere; si chiedono concessioni per proseguire il rapporto («se non sei d'accordo su questo me ne vado…»); si è duri col problema e con le persone; si diffida degli altri; ci si trincera nella propria posizione; si fanno minacce («Il tribunale mi darà ragione… ti rovino»); si nasconde sin dove si può scendere; si pretendono guadagni unilaterali come prezzo per un accordo; si cerca una sola risposta: la propria che è l'unica accettabile; si insiste sulla propria posizione; si cerca di vincere la prova di forza («ti conviene accettare le mie condizioni se no...»; si fa pressione sull'avversario; si arriva ad un buon accordo? solo per noi e non si mantiene il rapporto

[13] Le parti sono amici; lo scopo è accordarsi, si fanno concessioni per coltivare il rapporto, si è morbidi con le persone e con il problema, ci si fida degli altri, si cambia posizione facilmente, si fanno offerte, si svela sin dove si può arrivare. Si accettano perdite pur di accordarsi, si cerca solo la soluzione che spinge gli altri ad accettare, si cerca di evitare la prova di forza, si cede alla pressione. Come ci si ritrova? In mutande.

[14] Congiunta iniziale, prima separata, seconda separata e congiunta finale.

svolgere una mediazione civile e commerciale ci vogliono ordinariamente otto ore. Per loro è normale utilizzare al meglio questo tempo perché ogni ora alle parti costa 100 euro e dunque otto ore non comportano un esborso irragionevole. Per noi otto ore di mediazione potrebbero essere un problema,soprattutto in relazione alla somma che inizialmente i mediandi dovranno corrispondere (dal 30 giugno 2023) agli organismi per i primi incontri: mi pare evidente che se la somma sarà alta i mediandi vorranno chiudere in poche sessioni (possibilmente in una soltanto), mentre se la somma sarà bassa sia per la parte di pertinenza dello Stato (primo incontro) sia per le somme connotanti gli altri incontri e l'accordo (che devono, secondo la legge, essere determinati dagli organismi[15]), sarà forse possibile sviluppare il modello di Harvard (sempre e ovviamente che gli avvocati non facciano deciso ostruzionismo e trasformino semplicemente l'attuale risposta "non c'è la possibilità di iniziare la mediazione" in "il mio cliente non vuole conciliare") .

Ammesso e concesso che si scelga la dinamica collaborativa (le parti possono scegliere altri modelli volendo – in ciò sta il concetto di facilitazione in realtà- ed anche chiedere al mediatore di fare una proposta, proposta che addirittura può essere fatta *sua sponte*) il mediatore può non avere sufficiente tempo ed allora sono gli avvocati che devono ricordarsi che dal 2014 sono mediatori di diritto.

Ciò significa secondo me che la consulenza ed il suo esito dovrebbero assumere particolari caratteristiche. Se ogni persona ha la capacità di pensare e di autodeterminarsi, bisogna che l'avvocato lo induca appunto a pensare alla questione e prendere delle decisioni; la maggior parte delle persone non sanno pensare: mischiano pensieri ad emozioni e percezioni in un cocktail chimico che rende il pensiero spesso incoerente e immotivato; insegnare a pensare al proprio cliente significa fargli toccare con mano che la sua questione, prima ancora che giuridicamente, può essere affrontata da sei punti di vista diversi.

Autodeterminazione poi, ci dice, la Treccani significa "l'atto con cui l'uomo si determina secondo la propria legge, indipendentemente da cause che non sono in suo potere." E dunque il cliente va abituato a decidere da sé la sua questione senza tener conto di ciò che non è in suo potere (non è in suo potere quanto desidera la controparte, ma nemmeno la sentenza del giudice lo è, ritenere il contrario, come sanno tutti i legali, sarebbe un grave errore). E una volta stabilito quale è il vero interesse in gioco la

[15] Art. 17 terzo e quarto comma decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28: "3. Ciascuna parte, al momento della presentazione della domanda di mediazione o al momento dell'adesione, corrisponde all'organismo, oltre alle spese documentate, un importo a titolo di indennità comprendente le spese di avvio e le spese di mediazione per lo svolgimento del primo incontro. Quando la mediazione si conclude senza l'accordo al primo incontro, le parti non sono tenute a corrispondere importi ulteriori. 4. Il regolamento dell'organismo di mediazione indica le ulteriori spese di mediazione dovute dalle parti per la conclusione dell'accordo di conciliazione e per gli incontri successivi al primo.

capacità di pensare e di autodeterminarsi può tradursi in alternative per soddisfare tale interesse: a patto ovviamente che gli avvocati conoscano od imparino le tecniche per aiutare il cliente a soddisfarsi.

Tutta questa attività serve molto al mediatore: se la domanda di mediazione e l'adesione conterranno una descrizione della vicenda secondo più punti di vista ed esprimeranno ciò che ognuno è disposto a fare a prescindere dal volere dell'altro, ciò di sicuro accorcerà i tempi. Per fare un piccolo esempio: se il segretario dell'assemblea nella delibera di nomina dell'amministratore[16] e dell'avvocato scrive in modo illuminato già quella che secondo il volere assembleare sarebbe la soluzione per venire incontro ai desiderata del condomino, la procedura entra direttamente nella fase di negoziazione quando non addirittura in quella finale della costruzione dei dettagli dell'intesa.

Se ogni persona può crescere ed imparare (ovvero essere una risorsa), il cliente non può considerarsi un imbuto con un buco finale quasi inesistente da cui percepisce solo il 20% della consulenza (nel migliore dei casi); se lo si considera un imbuto alla fine da imbuto si comporterà e da quel buchino faranno fatica ad uscire gli onorari.

Il cliente può crescere nel senso che può comprendere quanto sia più utile ascoltare la controparte piuttosto che denigrarla; il cliente può capire, in altre parole, che l'ascolto è la migliore strategia negoziale se si vuole ottenere soddisfacimento in una trattativa.

In secondo luogo, il cliente può crescere quando impara, se l'avvocato gli insegna, ad esporre chiaramente i fatti depurandoli dalle emozioni negative: la qualcosa rende chiaro il suo pensiero a tutti coloro che stanno intorno al tavolo ed evita che ci siano prese di posizione spiacevoli da parte dei legali e della controparte; i partecipanti potranno così invece precisare finalmente ed in modo costruttivo quanto è essenziale a una più profonda comprensione della questione.

Se il cliente non parla e dunque senza la sua collaborazione in mediazione, penseranno solo tre teste su cinque, con evidente riduzione delle possibilità di comporre il conflitto che peraltro non riguarda chi parla, ma chi sta zitto. Se il cliente parla ed espone chiaramente i fatti, i tempi della sessione congiunta si riducono ed il mediatore può invitare più velocemente i mediandi a partecipare alle sessioni riservate.

Se il legale per primo ritiene che non esistano individui maturi ed immaturi, ma soltanto comportamenti maturi ed immaturi, può essere facilitato a farlo comprendere al suo cliente.

Il suo cliente vive da quando era piccolo in una condizione che lo porta naturalmente alla contrapposizione: e ciò in virtù delle così dette ferite narcisistiche. Il

[16] Che dal luglio prossimo non ci vorrà più, ma secondo me solo sulla carta.

bambino a tre, quattro anni si scontra consapevolmente con una realtà che non gli piace e allora elabora una strategia inconscia per superare l'ostacolo (cioè per poter ottenere l'amore e l'approvazione dei genitori); questa strategia esistenziale spesso lo porta a considerare l'altro secondo la relazione complementare "Io valgo e tu non vali. Quel che io penso è valido, mentre non lo è quello che pensi tu". E dunque il problema si sposta frequentemente sulla persona dell'altro: al tavolo della mediazione l'altro rappresenta il papà che tanti anni prima lo rimproverava per una mancanza (questo si chiama tecnicamente effetto elastico) e dunque abbondano le emozioni negative.

Se l'avvocato riesce dunque a lavorare su questo punto e a far comprendere che è meglio abbandonare la vecchia e radicata strategia del torto/della ragione, dell'io sono ok/del tu non sei ok, e che qui c'è solo una questione da risolvere e che la risoluzione dipende dalla volontà di tutti, il mediatore dovrà lavorare di meno nella prima sessione riservata allo spegnimento del conflitto e potrà concentrarsi sugli interessi.

Interessi che possono peraltro scaturire naturalmente dalla consulenza se si pensa che "Le decisioni prese potessero essere modificate se necessario"; la categoria dei diritti esiste nel momento in cui, in un certo senso, si cerca per l'individuo una protezione minima, ma non sono le Tavole della Legge che Mosè ricevette sul Monte Tabor.

Il cliente può staccarsene senza particolari problemi se l'avvocato riesce a scavare a fondo e a capire ciò che il suo assistito vuole realmente: l'ascolto attivo è determinante in questo senso. Parlare reca piacere al cliente: è un fatto che le persone amano maggiormente parlare piuttosto che ascoltare. Il cervello quando uno parla emette delle sostanze che recano piacere (si chiama sistema della ricompensa); ascoltare dunque fa sentire bene gli altri che parlano. Ma c'è modo e modo di ascoltare: si distingue tra ascolto passivo o distratto e ascolto attivo. Il legale ascolta per lavoro, ma non è per niente detto che lo faccia attivamente. Lo stesso evidentemente vale per il mediatore, lo psicologo, il commercialista, l'assistente sociale ecc…

Ascoltare attivamente l'altro significa, almeno per il sottoscritto:

- saper stringere la mano del cliente con una stretta piena;
- guardare come cammina il cliente e dove si indirizzano i piedi quando si siede in studio;
- fare attenzione a quello che il cliente dice e non dice (osservare il non verbale e percepire le variazioni del paraverbale);
- verificare la congruenza, ossia la corrispondenza, tra verbale e non verbale;
- comprendere il contenuto che il cliente dice, senza pensare di avere ascoltato quella storia mille volte;
- far sentire al cliente di essere compreso e accettato;
- domandare quando è il caso di domandare;
- fare silenzio quando è il caso di fare silenzio;

- rispecchiare il cliente quando è il caso di rispecchiarlo, ovvero quando il suo corpo si chiude alla cooperazione;
- ricalcare e guidare il cliente quando è il caso di entrare maggiormente in empatia;
- sorridere e guardare (quando è appropriato e possibile) il cliente negli occhi senza metterlo a disagio;
- intuire l'angoscia che impedisce di trattare con l'altro, di trovare un accordo e saper rimandare l'incontro a tempi più propizi quando non ci siano diritti che vengano messi a repentaglio.

Se il legale riesce a fare tutto questo già in consulenza anche il lavoro del mediatore sarà profondamente agevolato. Stessa considerazione si può fare per la cosiddetta domanda della M.A.A.N. (Che cosa farete se non chiudete la controversia con un accordo oggi?): l'avvocato che già in consulenza faccia una ricerca accurata per dare una risposta a questa domanda aiuterà il mediatore e potrà presentarsi eventualmente con una P.A.A.N., che consente di continuare la procedura.

Le domande da rivolgere al cliente sono semplici e ci arrivano dalla giustizia partecipativa canadese, leader attuale nel campo della giustizia complementare: basterebbe compilare un questionario[17]che il legale potrebbe sottoporre al suo cliente; ciò consentirebbe di evitare successive imbarazzanti domande del mediatore e perdite di tempo.

[17] 1. Ha mai avuto un'esperienza in tribunale prima? Sì No
2. Su una scala di 10, qual è il suo livello di fiducia nei tribunali (0 = nessuna fiducia, 10 = piena fiducia) _ / 10
3. Qual è la posta in gioco nel vostro caso? Finanziaria (€ ____) relazionale
Altro:
4. Quanto pensa che andare in giudizio possa costare (incluse i compensi per gli esperti)? €
5. Quanto pensa che andare in mediazione possa costare (incluse i compensi per gli esperti)? €
6. Ha i mezzi per pagare questi importi per il giudizio? Sì No Non so
7. Ha i mezzi per pagare questi importi per la mediazione? Sì No Non so
8. Quanto tempo ha a disposizione per ottenere un risultato?
9. Valuti lo stress causato da questo problema. Estrema alta bassa normale
10. Come valuta la sua conoscenza di quanto segue:
■ I passi e le procedure di un processo? Buono Sufficiente Scarso Vuole informazioni?
■ I ritardi associati a un processo? Buono Sufficiente Scarso Vuole informazioni?
■ I termini di esecuzione di una sentenza? Buono Sufficiente Scarso Vuole informazioni?
11. Al di là della risoluzione del problema, idealmente, che cosa vorrebbe ottenere?
12. Ha capito le informazioni fornite?
■ Impatto finanziario Si No
■ Tipo di soluzioni che vengono offerte Si No
■ Tempo Si No
■ Passi successivi Si No
13. Vuole saperne di più? Sì No,

4. Conclusioni.

In definitiva dal 30 giugno 2023 le cose funzioneranno se ci sarà una sinergia tra la consulenza dell'avvocato, il mediatore e la mediazione.

Non sarebbe la prima volta nella storia: tra il 1875 ed il 1950 e dunque in 71 anni[18], il Tribunale, la Corte d'Appello e le Cassazioni fecero mettendoli tutti insieme 143.499 procedimenti all'anno (oggi solo quelli di tribunale di primo grado sono oltre 7 milioni e dunque c'è la necessità impellente di cambiare strategia).Il contenzioso passava allora dal Conciliatore (75.764.214 di procedimenti) e dalla Pretura (19.613.773) e veniva perlopiù transatto (33.283.766 cause) e conciliato (14.341.398 su consiglio dei legali): la giustizia era decisa dagli avvocati e non c'era bisogno di una condizione di procedibilità.

[18] Non sono noti i dati degli anni della Seconda guerra mondiale.

FOCUS

LA MEDIAZIONE IN DANIMARCA

Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri

ABSTRACT [ITA]: Lo stato di diritto vede la Danimarca come primo paese al mondo e la sua mediazione non è da meno (è terza). La mediazione giudiziaria viene amministrata dai tribunali di merito a talune condizioni, ed i mediatori sono giudici e avvocati e funzionari del tribunale con una idonea formazione di base e continua. La mediazione extragiudiziaria non è disciplinata dalla legge, ma è presente. Unico caso di mediazione obbligatoria riguarda la legge matrimoniale. Il codice etico regola il ruolo del mediatore giudiziario: la mediazione ha carattere facilitativo e solo eccezionalmente il mediatore può fare proposte.

***ABSTRACT [ITA]**: The rule of law sees Denmark as the first country in the world and its mediation is no less (it is third). Judicial mediation is administered by the courts of merit under certain conditions, and mediators are judges and lawyers and court officials with appropriate basic and continuous training. Extra-judicial mediation is not regulated by law, but it is present. The only case of mandatory mediation concerns matrimonial law. The code of ethics regulates the role of the judicial mediator: mediation has a facilitative character and only exceptionally can the mediator make proposals.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione sul sistema giustizia **- 2.** La mediazione in Danimarca **- 3.** I mediatori danesi **- 4.** Codice etico dei mediatori danesi.

***SUMMARY: 1**. Introduction on the justice system - **2**. Mediation in Denmark - **3**. Danish mediators - **4.** Danish mediators' code of ethics.*

1. Introduzione sul sistema giustizia.

La Danimarca è nel 2022 la prima al mondo (su 140 paesi) per stato di diritto[1] con un coefficiente di 0,90. La sua situazione non è cambiata negli ultimi quattro anni. È

[1] World Justice Project 2022: Denmark

prima al mondo per la giustizia civile con un coefficiente di 0,87. È terza al mondo per la giustizia penale con un coefficiente di 0,83. In termini di tempo per una lite civile e commerciale ci vogliono 190 giorni per un primo grado, 180 per l'appello, 257 per il terzo grado[2].

Secondo il Cepej il paese possiede 701 giudici e nel 2021 sono rimasti sul ruolo civile e commerciale solo 23.646 casi.

È terza al mondo per imparzialità, accessibilità e effettività della sua mediazione.

È uno dei paesi che ha incorporato la *Model law on international commercial arbitration*[3].

2. La mediazione in Danimarca.

La Danimarca non ha recepito nel suo paese la Direttiva 52/08 in virtù di una prerogativa prevista da un protocollo allegato ai trattati[4], ma la sua prima legge sulla mediazione risale al 1° gennaio 2010.

In Danimarca la mediazione è detta "*Retsmægling*/Mediation" e il mediatore "mediator". Il paese attua comunque la mediazione nei quattro settori chiave per la Commissione europea: civile e commerciale, lavoro, amministrativo e consumo. Ma possiede anche la mediazione penale[5] e quella familiare[6].

Nel 2020 possedeva 26 organismi di ADR del consumo con 826 reclami trattati (diciannovesimo posto in EU).

In Danimarca sono praticati diversi tipi di mediazione ma la più rilevante è quella giudiziaria. In Danimarca è possibile ricorrere privatamente ai servizi di un mediatore prima del processo, ma la mediazione extragiudiziale civile e commerciale non è disciplinata dalla legge.

La disciplina legislativa interviene solo per la mediazione penale[7] e per la mediazione processuale[8].

L'unico caso di mediazione obbligatoria è contenuto nella legge sul matrimonio[9], nella sezione 41 si stabilisce che il tribunale della famiglia può offrire mediazione in caso di disaccordo sulle condizioni di separazione e divorzio. Per la sezione 42a i coniugi che chiedono il divorzio e che hanno figli comuni che non hanno ancora 18

[2] Scoreboard 2022.
[3] Regler for behandling af voldgiftssager
[4] V. Considerando 30 della Direttiva. La Danimarca peraltro non ha aderito nemmeno all'area dell'euro.
[5] Lov om konfliktråd i anledning af en strafbar handling
[6] § 40-41 Ægteskabsloven
[7] Lov om konfliktråd i anledning af en strafbar handling
[8] Retsplejeloven Lov om rettens pleje
[9] Ægteskabsloven

anni, possono ottenere il divorzio solo dopo un periodo di riflessione di 3 mesi dal ricevimento della richiesta da parte del tribunale della famiglia.

In questo periodo (sezione 22) i coniugi devono seguire un corso digitale tenuto da un consulente o da un mediatore che è tenuto alla riservatezza.

In Danimarca la legge prevede il ricorso alla mediazione nelle cause civili dinanzi a uno dei tribunali distrettuali[10]o regionali[11] o al tribunale marittimo e del commercio[12]. Se il giudice civile o commerciale ritiene che la mediazione sia adatta al caso sottoposto e se vi è richiesta delle parti in tal senso, può nominare un mediatore giudiziario e quindi porre le basi per una mediazione della causa civile (*Retsmægling*). A fungere da mediatore, che deve essere imparziale e neutrale, può essere un giudice o un funzionario del tribunale competente, o un avvocato che sia stato approvato dal *Domstolstyrelsen* (amministrazione degli organi giudiziari danesi) per agire in qualità di mediatore nel distretto di un tribunale regionale di competenza[13]. Coloro che intendono mediare possono ottenere l'aiuto di un mediatore giudiziario professionista del panel del tribunale di riferimento.

L'assistenza del mediatore è gratuita.

Il mediatore è nominato dal tribunale e ha il compito di aiutare le parti a trovare autonomamente una soluzione. Ciò significa che il mediatore non prende posizione per nessuna delle parti, né prende una decisione sul conflitto.

Il mediatore aiuta a portare alla luce le vere cause del conflitto e a creare una migliore comprensione dei diversi punti di vista del conflitto.

Praticamente tutti i casi possono essere idonei per la mediazione giudiziaria, entro la competenza del tribunale adito. Tuttavia, ci sono alcune condizioni che devono essere soddisfatte:la causa deve essere portata, come già detto, dinanzi al tribunale distrettuale, al tribunale regionale o al tribunale marittimo e commerciale, le parti in conflitto devono accettare di tentare la mediazione, il tribunale deve valutare che il caso è idoneo alla mediazione, e le parti in conflitto devono poter stipulare liberamente un accordo sulla questione oggetto del conflitto.

La mediazione giudiziaria non è offerta presso la Corte Suprema.

Il tribunale propone la mediazione.

La mediazione può essere avviata in qualsiasi momento durante il processo. In genere, il tribunale solleva la questione della mediazione alle parti in causa durante la riunione preparatoria. Se il tribunale riceve una risposta scritta prima della scadenza dei 14 giorni (riservati alla risposta del convenuto), convoca le parti per una riunione

[10]Byretterne.

[11] L'Østre Landsret (tribunale regionale della Danimarca orientale) o il Vestre Landsret (tribunale regionale della Danimarca occidentale).

[12] Sø- og Handelsretten. Svolge la sua funzione dal 1862.

[13] Cap. 27 § 271-279 Retsplejeloven Lov om rettens pleje

preparatoria, a meno che il tribunale non lo ritenga necessario o debba attendere una data successiva.

L'avviso di convocazione indica quali argomenti devono essere discussi in udienza. Molto spesso, la riunione si terrà in videoconferenza. Nelle cause civili ordinarie, l'incontro sarà spesso tra gli avvocati che rappresentano rispettivamente le parti, e il giudice. Il tribunale può convocare le parti in diverse riunioni preparatorie. Il tribunale può decidere che le parti devono presentare diverse osservazioni scritte (memorie) oltre alla citazione e alla comparsa di risposta.

Il tribunale può anche decidere che le parti presentino un cosiddetto documento di reclamo, che deve contenere una descrizione del risultato che ciascuna delle parti vuole ottenere. Se pende già la causa si può prendere in considerazione la mediazione e contattare tramite motore di ricerca il tribunale che si occupa della controversia.

I giudici danesi sostengono che la mediazione è spesso un modo più economico, più semplice e più veloce per porre fine a un conflitto piuttosto che il processo. Quando si arriva al nocciolo della controversia, non è sempre un vantaggio dover affrontare un processo in cui si presentano le prove l'uno contro l'altro e si riceve la sentenza del tribunale.

Una mediazione giudiziaria parte dal conflitto tra le parti e si concentra sul motivo per cui le parti non si accordano e su come le parti possono proseguire al meglio il loro rapporto.

Nella mediazione, le parti hanno un'influenza sia sul processo che sull'esito. La mediazione legale facilita alle parti la prosecuzione di qualsiasi collaborazione e spesso fornisce una soluzione più duratura. È il mediatore a stabilire la procedura in consultazione con le parti. La mediazione si svolge con una serie di conversazioni tra il mediatore e le parti. Si tengono uno o più incontri di mediazione a seconda delle necessità. Se le parti sono d'accordo, il mediatore può tenere incontri con le parti anche separatamente.

Il più delle volte i colloqui si svolgeranno in uno dei locali del tribunale. Se il mediatore è un avvocato, gli incontri possono svolgersi anche presso lo studio dell'avvocato (a differenza dell'Italia). La mediazione giudiziaria è riservata a meno che le parti non concordino diversamente. Il mediatore e le parti possono concordare quali informazioni il mediatore può trasmettere all'altra parte e in che misura gli avvocati delle parti devono partecipare alla mediazione (non c'è dunque come da noi l'assistenza obbligatoria dell'avvocato).

La mediazione termina se le parti raggiungono una soluzione del conflitto, o quando lo decide il mediatore, o quando una delle parti lo desidera.

Se le parti concordano su una soluzione al conflitto, stipulano un accordo.

Le parti possono scegliere di discutere la soluzione proposta con i propri avvocati o altri consulenti prima di decidere se stipulare un accordo.

Se la mediazione non si conclude con un accordo, la causa prosegue in giudizio come processo ordinario. Mentre l'assistenza del mediatore giudiziario è gratuita, se le parti scelgono di portare con sé i propri avvocati, le parti devono, di norma, pagare anche i loro onorari.

La mediazione giudiziaria, tuttavia, è spesso meno dispendiosa in termini di tempo e quindi anche più economica di una normale causa giudiziaria.

3. I mediatori danesi.

I mediatori avvocati nel 2020 erano 53, i mediatori giudici dislocati presso i 24 tribunali ed il tribunale marittimo erano 90: quindi in Danimarca ci sono 143 mediatori giudiziari (oltre ai funzionari dei tribunali autorizzati).

Si può sporgere denuncia nei confronti di un mediatore se si ritiene che lo stesso abbia agito in violazione delle linee guida etiche per i mediatori o abbia comunque trascurato il suo dovere di mediatore.

Il reclamo va proposto al Tribunale entro quattro settimane dal fatto ovvero, nel caso di avvocato mediatore, anche al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati (qui il termine è di un anno). In Danimarca il Codice di procedura civile prevede che i mediatori siano appunto giudici e avvocati e funzionari del tribunale e le linee guida richiedono al candidato mediatore di partecipare ad un corso pertinente quale quelli del consiglio giudiziario oppure alla formazione di mediazione degli avvocati danesi.

Il corso è in tre moduli e di sette giornate. Ma partecipare al corso non basta: il mediatore deve superare anche la valutazione della Corte di riferimento. L'avvocato dovrebbe anche dotarsi di polizza assicurativa.

La mediazione extragiudiziale è invece libera per qualsiasi professione e non richiede una particolare formazione.

4. Codice etico dei mediatori danesi.

Vediamo ora le Linee guida etiche per i mediatori danesi (aggiornate al 7 aprile 2022). Queste linee guida sono indicative e si applicano alle persone nominate come mediatori in conformità con la Sezione 273 della legge sull'amministrazione della giustizia[14], e ciò perché le linee guida si applicano al lavoro di queste persone come

[14] Sezione 273 della legge sull'amministrazione della giustizia - § 273 Come mediatore può essere nominato
1) un giudice o un cancelliere dell'ufficio in questione, che è stato nominato dal presidente del tribunale competente per fungere da mediatore, o
2) un avvocato che è stato accettato dall'Agenzia dei tribunali danesi come mediatore presso il tribunale distrettuale in questione.

mediatori in conformità con il capitolo 27 della legge sull'amministrazione della giustizia[15].

PZ. 2.Giudici o procuratori incaricati di fungere da mediatori, cfr. 1, n.1, possono, di comune accordo tra i presidenti dei tribunali, svolgere l'attività di mediatore in uffici diversi dal proprio.
PZ. 3.L'Agenzia giudiziaria danese stabilisce norme dettagliate sull'assunzione di avvocati come mediatori.

[15] Capitolo 27 della legge sull'amministrazione della giustizia
Mediazione legale
Sezione 271. Le disposizioni del presente capo si applicano alle cause pendenti dinanzi al tribunale distrettuale, al tribunale distrettuale o al tribunale marittimo e commerciale.
Sezione 272. Su richiesta delle parti, il giudice può nominare un mediatore che assista le parti stesse nel pervenire ad una soluzione concordata di una controversia di cui le parti dispongono (mediazione).
Sezione 274. Le sezioni 60 e 61 (riguardano le incompatibilità e l'imparzialità dei giudici) si applicano corrispondentemente ai mediatori.
Sezione 275. Il mediatore determina il corso della mediazione in consultazione con le parti. Con il consenso delle parti, il mediatore può tenere riunioni separate con le parti.
Sezione 276. La mediazione giudiziale si estingue se
1) le parti raggiungono una soluzione concordata della controversia,
2) il mediatore lo stabilisce o
3) una delle parti ne faccia richiesta.
PZ. 2. Il mediatore conclude una mediazione se è necessario impedire alle parti di concludere un accordo durante la mediazione che comporti conseguenze penali o comunque contravvenga a norme imperative.
Sezione 277. Le informazioni che emergono durante una mediazione legale sono riservate, a meno che le parti non concordino diversamente o le informazioni siano altrimenti disponibili al pubblico.
PZ. 2. Indipendentemente dalla sottosezione 1, una parte può trasmettere informazioni da una mediazione giudiziaria se
1) le informazioni provengono dall'interessato stesso o
2) da disposizioni di legge o regolamenti stabiliti ai sensi di legge risulta che l'informazione deve essere trasmessa.
PZ. 3. Paragrafo 2 si applica corrispondentemente ai partecipanti alla mediazione diversi dalle parti e dal mediatore.
PZ. 4. Se la causa continua in tribunale dopo la conclusione della mediazione, una parte può, indipendentemente dal comma 1 se necessario, utilizzare le informazioni ricevute durante la mediazione per giustificare una richiesta al tribunale di ordinare alla controparte o ad altri di consegnare documenti, cfr. capitolo 28.
Sezione 278. Ciascuna parte sostiene le proprie spese in relazione a una mediazione giudiziaria, a meno che le parti non concordino diversamente.
Sezione 279. Dopo la conclusione di una mediazione, il mediatore non può agire come giudice o avvocato durante il proseguimento del trattamento del caso.
PZ. 2. Indipendentemente dalla sottosezione 1, il giudice che ha agito in qualità di mediatore può, su richiesta, iscrivere in cancelleria una soluzione concordata in via transattiva e disporre l'archiviazione della causa.

Definizione di mediazione: la mediazione è un metodo di risoluzione volontaria dei conflitti, in cui uno o più mediatori neutrali, attraverso un processo strutturato, aiutano le parti a trovare al conflitto una soluzione che ritengono soddisfacente.

Il corso della mediazione è organizzato in collaborazione con le parti. Il mediatore non fornisce consulenza legale e non prende decisioni in relazione alla mediazione e ciò che avviene durante la mediazione è riservato.

È caratteristico della mediazione giudiziale che le parti abbiano autodeterminazione in relazione all'intera mediazione giudiziale, vale a dire sia in relazione al processo, al contenuto e al risultato. Le parti non sono quindi limitate dalle domande nella causa (a differenza di quel che avviene in Italia).

Il quadro per la mediazione giudiziaria figura nel capitolo 27 della legge sull'Amministrazione della giustizia[16]. Inoltre, si applicano le seguenti linee guida:

Mediatore giudiziario: un mediatore giudiziario è un mediatore imparziale e neutrale che, durante gli incontri con le parti, le aiuta a trovare una soluzione che ritengano soddisfacente al loro conflitto.

Il ruolo del mediatore è quello di condurre la mediazione nel rispetto dell'autodeterminazione delle parti e senza prendere posizione sul conflitto. Il mediatore deve supportare le parti nell'indagare sul conflitto e nel chiarire gli interessi e i bisogni sottostanti delle parti. I mediatori legali supportano anche le parti nella ricerca, nello sviluppo e nell'esame delle soluzioni proposte dalle parti.

Il mediatore è tenuto a contribuire affinché la mediazione sia promossa in tempi ragionevoli e gestita in modo responsabile.

Come chiaro punto di partenza, il mediatore dovrebbe essere riluttante a proporre soluzioni o a sottolineare i punti di forza e di debolezza nelle argomentazioni delle parti. Il mediatore può farlo solo eccezionalmente se le parti lo richiedono e se il mediatore lo ritiene opportuno e giustificato.

Anche se il mediatore è un giudice o un avvocato, agisce unicamente come mediatore nella mediazione.

Se il mediatore è un avvocato, il mediatore non può pubblicizzare il proprio studio legale in relazione a una mediazione. Ciò non preclude l'uso del nome della società in relazione alla corrispondenza o l'uso delle strutture della società in relazione alla mediazione legale.

Un mediatore deve aver completato un corso di formazione pertinente come mediatore, ad es. La formazione per mediatori dell'Agenzia dei tribunali danesi o la formazione per mediatori dell'Ordine degli avvocati danesi.

[16] Retsplejelovens kapitel 27: Retsmægling

I mediatori giudiziari devono mantenere continuamente le proprie competenze e partecipare a corsi di formazione e formazione continua pertinenti per sostenere e sviluppare competenze nella mediazione legale.

Neutralità e imparzialità. Il mediatore deve agire in modo imparziale nei confronti delle parti e trattare in modo neutrale il conflitto. Il mediatore deve informare le parti delle condizioni che possono influenzare la neutralità e l'imparzialità, anche se il mediatore non ritiene che la neutralità e l'imparzialità siano interessate. Se durante il processo il mediatore non può più essere neutrale e agire in modo imparziale, il mediatore deve ritirarsi dalla mediazione. Lo stesso vale se una delle parti ritiene che il mediatore non sia neutrale o imparziale. Il mediatore può aiutare le parti a far nominare un altro mediatore, se lo desiderano.

Volontarietà. La partecipazione alla mediazione è volontaria. Ciascuna delle parti può interrompere la mediazione in qualsiasi momento. Il mediatore deve informare le parti sulla mediazione, inclusa la volontarietà e l'autodeterminazione.

Riservatezza. Il mediatore ha l'obbligo di riservatezza in relazione a tutte le informazioni che emergono durante la mediazione, cfr. § 277 della legge giudiziaria[17]. Di norma, il mediatore non è obbligato a fornire testimonianze durante eventuali procedimenti giudiziari successivi, cfr. articolo 170 della legge sull'amministrazione della giustizia[18]. Se il mediatore tiene gli incontri separati con le parti, il mediatore deve

[17] Sezione 277. Le informazioni che emergono durante una mediazione legale sono riservate, a meno che le parti non concordino diversamente o le informazioni siano altrimenti disponibili al pubblico.
PZ. 2. Indipendentemente dalla sottosezione 1, una parte può trasmettere informazioni da una mediazione giudiziaria se
1) le informazioni provengono dall'interessato stesso o
2) da disposizioni di legge o regolamenti stabiliti ai sensi di legge risulta che l'informazione deve essere trasmessa.
PZ. 3. Paragrafo 2 si applica corrispondentemente ai partecipanti alla mediazione diversi dalle parti e dal mediatore.
PZ. 4. Se la causa continua in tribunale dopo la conclusione della mediazione, una parte può, indipendentemente dal comma 1 se necessario, utilizzare le informazioni ricevute durante la mediazione per giustificare una richiesta al tribunale di ordinare alla controparte o ad altri di consegnare documenti, cfr. capitolo 28.

[18] Sezione 170 della legge sull'amministrazione della giustizia
§ 170 Contro la loro volontà, che hanno diritto alla riservatezza, non possono essere richieste deposizioni a sacerdoti della chiesa nazionale o di altre comunità religiose, medici, difensori, mediatori, consulenti in brevetti, i quali sono compresi nell'elenco di cui all'articolo 134, comma 1, della Convenzione sul Brevetto Europeo, e agli avvocati su quanto di loro venuto a conoscenza nell'esercizio della loro attività.
PZ. 2.Il tribunale può ordinare a medici, mediatori, consulenti in brevetti di cui al comma 1 1 e agli avvocati, ad eccezione dei difensori nelle cause penali, di testimoniare quando la testimonianza è considerata di importanza decisiva per l'esito della causa, e la natura della causa e la sua importanza per la parte o la società di riferimento che devono motivare la richiesta di una testimonianza. Nelle cause civili, un tale ordine non può essere esteso a ciò che un avvocato ha vissuto in un caso giudiziario che

concordare con le parti se quanto è stato passato negli incontri separati è riservato nei confronti dell'altra parte. Inoltre, alle parti e alle altre persone che partecipano alla mediazione si applicano le norme della sezione 277 della legge sull'amministrazione della giustizia in materia di riservatezza e confidenzialità.

Partecipanti al processo. Le parti in causa partecipano personalmente al processo di mediazione e sono i principali attori del processo di mediazione. Ciò vale anche quando alla mediazione partecipano avvocati, altri consulenti o terzi. Se le parti non sono identiche a quelle in conflitto, le parti possono coinvolgere nella mediazione la persona o le persone che hanno conoscenza diretta del conflitto.

Cessazione della mediazione. Il mediatore può - in qualsiasi momento - previa consultazione delle parti, porre fine alla mediazione e deve porre fine alla mediazione se:

a) una delle parti lo desideri, cfr. punto 4;

b) il mediatore ritiene che una delle parti non sia in grado di partecipare in modo significativo o non sia in grado di curare i propri interessi;

c) esiste uno squilibrio di potere tra le parti che incide negativamente sulla mediazione e al quale non si può rimediare;

d) il mediatore venga a conoscenza di informazioni che renderebbero non etico il proseguimento della mediazione;

e) le parti stipulino un accordo che comporti un reato penale o contravvenga comunque a norme imperative;

f) risulta che il conflitto non è mediabile;

g) si stima che la mediazione giudiziale non sia più opportuna;

h) il mediatore ritiene che per altri gravi motivi non sia opportuno proseguire la mediazione.

Un mediatore può aiutare a scrivere la possibile soluzione del conflitto che le parti potrebbero aver concordato.

5. La legislazione della Danimarca.

La legislazione pertinente la mediazione in Danimarca è al seguente:

1) Kapitel 26-27 er § 478 Retsplejeloven Lov om rettens pleje[19].

gli è stato affidato per l'esecuzione, o in cui è stato chiesto il suo parere. Lo stesso vale per ciò che un consulente in brevetti come menzionato nella sottosezione 1 ha sperimentato in un caso giudiziario in cui è stata chiesta la sua consulenza.

PZ. 3.Il tribunale può decidere che non debba essere resa una dichiarazione su questioni rispetto alle quali il testimone ha un obbligo di riservatezza ai sensi della legislazione e la cui segretezza è di notevole importanza.

PZ. 4.Le regole della sottosezione 1-3 si applicano anche agli ausiliari delle persone in questione.

[19] Cap. 26-27 e § 478 del Codice di procedura civile

2) Lov om konfliktråd i anledning af en strafbar handling.

3) Lov om alternativ tvistløsning i forbindelse med forbrugerklager (forbrugerklageloven)[20].

4) Lov om Familieretshuset[21].

[20] Legge alternativa sulla risoluzione delle controversie relativa ai reclami dei consumatori (legge sui reclami dei consumatori: versione al 23/09/19) (mediazione del consumo). Modificata nel 2015 e 2017

[21] Legge sul matrimonio

FOCUS

LA MEDIAZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN LITUANIA

Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri

ABSTRACT [ITA]: In Lituania le controversie amministrative sono esaminate dal Tribunale amministrativo ma da apposite Commissioni che promuovono il componimento bonario a certe condizioni ma assumono anche decisioni. Si può raggiungere un accordo tra le parti davanti alle Commissioni, oppure chiedere ai giudici amministrativi di conciliare. Ma anche il giudice del procedimento può mediare e approva l'accordo con proprio ordine. Se il tribunale non approva è previsto il ricorso in appello. È possibile anche la mediazione nelle more del termine d'appello. Ma un invito conciliare o a mediare può aversi anche in fase istruttoria.I servizi di mediazione giudiziaria sono forniti gratuitamente alle parti della controversia. I mediatori sono giudici iscritti nell'elenco dei mediatori della Repubblica di Lituania.Perché medi il giudice ci vuole però il consenso scritto di entrambi le parti. Su richiesta o con il consenso delle parti della controversia possono essere nominati più mediatori.Il mediatore è nominato per svolgere la mediazione giudiziaria secondo la procedura stabilita dal Regolamento di mediazione giudiziaria approvato dal Consiglio dei giudici.I tribunali devono fornire strutture per la mediazione giudiziaria.

***ABSTRACT [ENG]**: In Lithuania, administrative disputes are heard by the Administrative Court but by special Commissions that promote amicable settlement under certain conditions but also take decisions. An agreement can be reached between the parties before the Commissions, or the administrative courts can be asked to conciliate. But the judge in the proceedings may also mediate and approve the agreement by his own order. If the court does not approve, an appeal is possible. Mediation during the appeal period is also possible. But an invitation to conciliate or mediate may also occur during the pre-trial phase. Judicial mediation services are provided free of charge to the parties to the dispute. Mediators are judges registered in the List of Mediators of the Republic of Lithuania. For a judge to mediate, however, the written consent of both parties is required. Several mediators may be appointed at the request or with the consent of the parties to the dispute. The mediator is appointed to conduct judicial mediation according to the procedure established by the Rules of Judicial Mediation approved by the Council of Judges. Courts must provide facilities for judicial mediation.*

SOMMARIO: 1. Introduzione sulla legge lituana sul processo amministrativo **- 2.** La normativa in dettaglio della legge lituana **- 3.** Termini e svolgimento della mediazione.

SUMMARY: 1*. Introduction on the Lithuanian Administrative Process Law - **2****. The detailed rules of Lithuanian law - **3****. Terms and conduct of mediation.*

1. Introduzione sulla legge lituana sul processo amministrativo.

La disciplina della mediazione nel processo amministrativo che ha colpito maggiormente lo scrivente negli ultimi anni riguarda la Lituania che nel 2021 ha, peraltro, ottenuto dall'Europa un ottimo indice di promozione degli ADR (è prima con 57 punti su 68). Il tutto è dovuto anche ed appunto ad un'ottima legge appunto per i casi amministrativi.

Dal 2018 in Lituania la mediazione è approdata nel processo amministrativo con gli art. 2, 27, 28, 51, 67, 79[1] e dunque l'emenda della Legge sui casi amministrativi della Repubblica di Lituania del 14 gennaio 1999 No. VIII-1029 (2, 27,51, 67, 791 straipsnis LIETUVOS RESPUBLIKOS ADMINISTRACINIŲ BYLŲ TEISENOS ĮSTATYMAS 1999 m. sausio 14 d. Nr. VIII-1029).

2. La normativa in dettaglio della legge lituana.

L'art. 2 c. 4 della legge suddetta stabilisce che "La mediazione giudiziaria è una procedura di risoluzione delle controversie amministrative in cui uno o più mediatori aiutano le parti di una controversia a risolvere la controversia in modo amichevole in un caso giudiziario[1]."

E dunque siamo nell'ambito della facilitazione e della dinamica collaborativa.

Ai sensi dell'art. 27 c. 1 salvo diversa disposizione di legge, le controversie amministrative sono esaminate "in via extragiudiziale dalla Commissione lituana per le controversie amministrative e dalle sue suddivisioni territoriali,[2]"o per alcune questioni amministrative possono essere formate altre commissioni (art. 27 c. 4)[3]. E dunque non si va direttamente davanti al giudice. Ma la decisione di tali commissioni può essere impugnata entro 30 giorni al Tribunale amministrativo (art. 28)[4].

Ai sensi dell'art. 51 poi "In qualsiasi fase del procedimento, le parti della controversia possono risolvere il caso mediante composizione amichevole se la natura della controversia lo consente. L'accordo di pace non deve contraddire le disposizioni

[1] Teisminė mediacija – administracinio ginčo sprendimo procedūra, kurios metu vienas ar keli mediatoriai padeda ginčo šalims taikiai spręsti šį ginčą teisme nagrinėjamoje byloje.

[2] 1. Jeigu įstatymai nenustato kitaip, administracinius ginčus ne teismo tvarka nagrinėja Lietuvos administracinių ginčų komisija ir jos teritoriniai padaliniai.

[3] 4. Atskiroms administracinių ginčų kategorijoms įstatymai gali nustatyti ir kitas išankstinio ginčų nagrinėjimo ne teismo tvarka institucijas.

[4] 1. Administracinių ginčų komisijos ar kitos išankstinio ginčų nagrinėjimo ne teismo tvarka institucijos sprendimą, priimtą ne teismo tvarka išnagrinėjus administracinį ginčą, galima skųsti administraciniam teismui per vieną mėnesį nuo sprendimo priėmimo dienos, jeigu įstatymai nenustato kitaip.

imperative di leggi e altri atti giuridici, l'interesse pubblico o violare i diritti o gli interessi legittimi dei terzi interessati.

Un accordo di pace non può essere concluso nei casi riguardanti la legalità di atti amministrativi normativi, nei casi riguardanti denunce riguardanti violazioni delle leggi elettorali e della legge sul referendum, nei casi riguardanti le richieste del consiglio comunale di decidere se il sindaco ha o meno esercitato i propri poteri statutari. L'oggetto dell'accordo transattivo deve essere della stessa natura delle richieste specificate nel ricorso. L'accordo transattivo può risolvere in tutto o in parte la controversia (reclami individuali). Il tribunale adotta le misure per conciliare la controversia solo con il consenso delle parti ad avviare trattative per la conclusione di un accordo transattivo."[5] Quindi si può raggiungere un accordo tra le parti oppure chiedere ai giudici amministrativi di conciliare; in entrambi i casi l'accordo è approvato dal Tribunale amministrativo (art. 51 c. 2)[6].

Ma si è detto che sussiste anche la mediazione giudiziaria: l'accordo della mediazione viene approvato dal Tribunale amministrativo, ma quando la mediazione giudiziaria è svolta dallo stesso giudice del procedimento amministrativo, egli stesso ha la facoltà di approvarlo con un proprio ordine (art. 51 c. 3)[7].

Ovviamente il tribunale non approva un accordo transattivo contrario ai casi sopra visti (legge elettorale, referendum ecc.). Se il tribunale rifiuta di approvare l'accordo transattivo, emette un ordine motivato. Un ordine del tribunale che rifiuta di

[5]51 straipsnis. Teisė sudaryti taikos sutartį

1. Bet kurioje proceso stadijoje ginčo šalys gali baigti bylą taikos sutartimi, jeigu ją sudaryti galima atsižvelgiant į ginčo pobūdį. Taikos sutartis turi neprieštarauti imperatyvioms įstatymų ir kitų teisės aktų nuostatoms, viešajam interesui, nepažeisti trečiųjų suinteresuotų asmenų teisių ar teisėtų interesų. Taikos sutartis negali būti sudaroma bylose dėl norminių administracinių aktų teisėtumo, bylose pagal skundus dėl rinkimų įstatymų ir Referendumo įstatymo pažeidimų, bylose dėl savivaldybės tarybos prašymų pateikti išvadą, ar savivaldybės tarybos narys, savivaldybės tarybos narys – meras, kuriems pradėta įgaliojimų netekimo procedūra, sulaužė priesaiką ir (ar) nevykdė įstatymuose nustatytų įgaliojimų. Taikos sutarties dalykas turi būti to paties pobūdžio, kaip ir skunde (prašyme) nurodyti reikalavimai. Taikos sutartimi gali būti išspręstas visas ginčas ar jo dalis (atskiri reikalavimai). Teismas imasi priemonių ginčo šalims sutaikyti tik tuo atveju, kai yra ginčo šalių sutikimas pradėti derybas dėl taikos sutarties sudarymo.

[6]2. Taikos sutartis pridedama prie bylos. Teismas, prieš tvirtindamas taikos sutartį, išaiškina ginčo šalims šių procesinių veiksmų pasekmes. Nutartimi dėl taikos sutarties patvirtinimo teismas patvirtina taikos sutartį ir nutraukia bylą. Šioje nutartyje turi būti nurodytos tvirtinamos taikos sutarties sąlygos.

[7]3. Teisminės mediacijos metu ginčo šalims pasiekus taikų susitarimą ir sudarius taikos sutartį, šią sutartį šio straipsnio 2 dalyje nustatyta tvarka tvirtina administracinę bylą nagrinėjantis teismas. Kai teisminę mediaciją vykdo pats administracinę bylą nagrinėjantis teisėjas, jis turi teisę šio straipsnio 2 dalyje nustatyta tvarka patvirtinti ginčo šalių sudarytą taikos sutartį.

approvare un accordo transattivo può essere però impugnato in un appello separato (art. 51 c. 4)[8].

Un accordo può essere presentato al Tribunale amministrativo anche dopo la sentenza, ma prima che scada il termine per l'appello; in questo caso il termine per appellare viene sospeso in attesa dell'approvazione o meno dell'accordo (art. 51 c. 5)[9].

Nella fase di preparazione del caso si verifica un fenomeno molto rilevante: il Presidente del Tribunale amministrativo ove stabilisca che un accordo transattivo può essere concluso nel caso, invita le parti della controversia a considerarne la conclusione e indica che se le parti della controversia accettano di stipulare un accordo transattivo, i termini essenziali dell'accordo devono essere concordati prima dell'udienza; oppure è sempre stabilito che sussista la possibilità di risolvere la controversia nel caso mediante mediazione giudiziaria, il Presidente può offrire alle parti della controversia di utilizzare tale opportunità (art. 67 n. 6 e 7)[10]. Ai sensi dell'art. 79[1] in ultimo[11] su

[8]4. Teismas netvirtina taikos sutarties, kuri prieštarauja šio straipsnio 1 dalyje nurodytoms sąlygoms. Jeigu teismas atsisako tvirtinti taikos sutartį, dėl to jis priima motyvuotą nutartį. Teismo nutartis dėl atsisakymo tvirtinti taikos sutartį gali būti skundžiama atskiruoju skundu.

[9]5. Jeigu ginčo šalys taikos sutartį sudaro ir pateikia ją teismui tvirtinti po sprendimo, priimto išnagrinėjus administracinę bylą apygardos administraciniame teisme, priėmimo, bet nepasibaigus jo apskundimo apeliacine tvarka terminui, apygardos administracinis teismas, nutartimi patvirtinęs taikos sutartį, panaikina priimtą sprendimą ir bylą nutraukia. Kol sprendžiamas taikos sutarties tvirtinimo klausimas, apeliacinio skundo padavimo termino eiga sustabdoma. Šioje dalyje nurodytu atveju taikos sutarties tvirtinimo ar atsisakymo ją tvirtinti klausimas gali būti sprendžiamas rašytinio proceso tvarka.

[10](omissis)

6) nustatęs, kad byloje galima sudaryti taikos sutartį, pasiūlo ginčo šalims apsvarstyti taikos sutarties sudarymo galimybę ir nurodo, kad, ginčo šalims sutikus sudaryti taikos sutartį, dėl esminių sutarties sąlygų turi būti susitarta iki teismo posėdžio dienos;

7) nustatęs, kad byloje yra galimybė ginčą spręsti teisminės mediacijos būdu, pasiūlo ginčo šalims šia galimybe pasinaudoti;

(omissis)

[11]791 straipsnis. Ginčo perdavimas spręsti teisminės mediacijos būdu

1. Ginčo šalių prašymu arba sutikimu, laikantis šio įstatymo ir Teisėjų tarybos nustatytos tvarkos, gali būti vykdoma teisminė mediacija. Teisminė mediacija gali būti vykdoma tik dėl tokio administracinio ginčo, dėl kurio pagal įstatymus leidžiama ginčo šalims sudaryti taikos sutartį.

2. Ginčo šalims teisminės mediacijos paslaugos teikiamos nemokamai.

3. Ginčo perdavimą spręsti teisminės mediacijos būdu gali inicijuoti administracinę bylą nagrinėjantis teismas arba bet kuri ginčo šalis. Ginčas perduodamas spręsti teisminės mediacijos būdu administracinę bylą nagrinėjančio teismo nutartimi, kai teismas išaiškina šalims teisminės mediacijos esmę, yra gautas ginčo šalių sutikimas arba prašymas perduoti ginčą spręsti teisminės mediacijos būdu.

4. Teisminę mediaciją gali vykdyti mediatoriai, kurie yra teisėjai, įrašyti į Lietuvos Respublikos mediatorių sąrašą. Teisėjas, nagrinėdamas administracinę bylą, šalių sutikimu gali nuspręsti pats vykdyti mediaciją, o kai bylą nagrinėja teisėjų kolegija, teisėjų kolegija gali paskirti vieną iš kolegijos narių vykdyti mediaciją, jei jis yra mediatorius, arba parinkti ir skirti kitą mediatorių, kuris yra teisėjas,

richiesta o con il consenso delle parti della controversia, può essere condotta la mediazione giudiziaria secondo la procedura stabilita dalla legge in discorso e dal Consiglio dei giudici[12]. La mediazione giudiziaria può aver luogo solo in una controversia amministrativa che consente alle parti di concludere una composizione amichevole ai sensi di legge.

I servizi di mediazione giudiziaria sono forniti gratuitamente alle parti della controversia. Il rinvio di una controversia alla mediazione giudiziaria può essere avviato dal tribunale adito della controversia amministrativa o da qualsiasi parte della controversia. Una controversia viene deferita a un mediatore con ordinanza di un tribunale amministrativo, quando il tribunale chiarisce l'essenza della mediazione giudiziaria alle parti, è stato ottenuto il consenso delle parti in causa o è stata presentata una richiesta di trasferire la controversia alla mediazione giudiziaria.

La mediazione giudiziaria può essere condotta da mediatori che sono giudici iscritti nell'elenco dei mediatori della Repubblica di Lituania. Un giudice che ascolta un caso

---

pagal galimybes atsižvelgęs (atsižvelgusi) į abiejų šalių suderintą nuomonę dėl mediatoriaus, kuris yra teisėjas, kandidatūros. Mediatorius skiriamas tik gavus jo rašytinį sutikimą. Ginčo šalių prašymu ar sutikimu gali būti skiriami keli mediatoriai.

5. Šio straipsnio 3 dalyje nurodyta nutartimi bylos nagrinėjimas atidedamas ir nustatomas tikslus kito teismo posėdžio laikas. Iki jo teisminė mediacija turi būti baigta vykdyti. Mediatoriaus teikimu terminas, kuriam buvo atidėtas bylos nagrinėjimas, gali būti pratęstas administracinę bylą nagrinėjančio teisėjo (teisėjų kolegijos) nutartimi. Šiuo atveju nustatomas naujas tikslus kito teismo posėdžio laikas.

6. Mediatorius, paskirtas vykdyti teisminę mediaciją, per penkias darbo dienas nuo paskyrimo privalo susikurti mediatoriaus paskyrą Lietuvos teismų informacinės sistemos Viešųjų elektroninių paslaugų posistemėje.

7. Mediatorius skiriamas vykdyti teisminę mediaciją Teisminės mediacijos taisyklių, patvirtintų Teisėjų tarybos, nustatyta tvarka. Jeigu teisminę mediaciją vykdys administracinę bylą nagrinėjantis teisėjas (teisėjų kolegijos narys), jo sutikimas vykdyti teisminę mediaciją įforminamas nutartimi. Prieš duodamas sutikimą vykdyti teisminę mediaciją, mediatorius turi teisę gauti informaciją apie ginčo esmę, bylos šalis, bylos kategoriją.

8. Mediatorius turi nusišalinti nuo ginčo sprendimo teisminės mediacijos būdu, jeigu egzistuoja šio įstatymo 44 straipsnio 2 dalies 1–4 punktuose nurodyti pagrindai.

9. Paskirtam mediatoriui teisminės mediacijos laikotarpiu sudaromos sąlygos susipažinti su administracine byla arba mediatoriaus prašymu administracinė byla jam perduodama pasirašytinai. Mediatorius iki teismo nutartyje nustatyto administracinės bylos posėdžio laiko privalo grąžinti administracinę bylą teisėjui (teisėjų kolegijai).

10. Teisminės mediacijos metu gali dalyvauti tik ginčo šalys, jų atstovai ir mediatorius. Ginčo šalių prašymu arba sutikimu teisminės mediacijos metu gali dalyvauti ir kiti asmenys.

11. Teismai turi skirti patalpas teisminei mediacijai vykdyti. Ginčo šalių ir mediatoriaus susitarimu teisminė mediacija gali būti vykdoma ir kitose patalpose. Teisminės mediacijos metu gali būti naudojamos informacinės ir elektroninių ryšių technologijos.

12. Bet kuri ginčo šalis gali pasitraukti iš teisminės mediacijos, nenurodydama pasitraukimo priežasčių. Tai neužkerta kelio ginčo šalims pakartotinai prašyti perduoti ginčą spręsti teisminės mediacijos būdu.

[12] Ci si allinea dunque alla prassi statunitense.

amministrativo può, con il consenso delle parti, decidere di condurre egli stesso la mediazione e, quando il caso è ascoltato da una giuria, la giuria può nominare uno dei suoi membri per mediare se è un mediatore o selezionare e nominare un altro mediatore.

Perché medi il giudice ci vuole il consenso scritto di entrambi le parti. Su richiesta o con il consenso delle parti della controversia possono essere nominati più mediatori.

3. Termini e svolgimento della mediazione.

L'ordinanza di deferimento aggiorna il procedimento e fissa l'ora esatta della successiva udienza. Prima di ciò, deve essere completata la mediazione giudiziaria. Su presentazione del mediatore, il termine per il quale è stata rinviata l'udienza della causa può essere prorogato con decisione del giudice (o del collegio) incaricato della causa amministrativa. In questo caso, viene fissata una nuova ora esatta per l'udienza successiva.

Un mediatore nominato per condurre la mediazione giudiziaria deve creare un account da mediatore nel sottosistema di servizi elettronici pubblici del sistema di informazione giudiziario lituano entro cinque giorni lavorativi dalla nomina.

Il mediatore è nominato per svolgere la mediazione giudiziaria secondo la procedura stabilita dal Regolamento di mediazione giudiziaria approvato dal Consiglio dei giudici.

Se la mediazione giudiziaria è svolta da un giudice che ascolta un caso amministrativo (membro del collegio dei giudici), l'accettazione per svolgere la mediazione giudiziaria è formalizzata da una ordinanza.

Prima di fornire il consenso alla mediazione giudiziaria, il mediatore ha diritto di ricevere informazioni sul merito della controversia, le parti in causa, la natura del caso.

Il mediatore deve ritirarsi dalla risoluzione della controversia mediante mediazione giudiziaria, se sussistono i motivi di cui ai punti 1–4 del paragrafo 2 dell'articolo 44 della legge in commento: un giudice non può prendere parte al procedimento:

1) se ha precedentemente partecipato all'udienza di quella causa in qualità di testimone, specialista, perito, traduttore, rappresentante, pubblico ministero, segretario delle udienze;

2) se è parente delle parti del procedimento, di altri partecipanti al procedimento o dei giudici del collegio;

3) se lui o i suoi parenti hanno un interesse diretto o indiretto all'esito del caso o se ci sono altre circostanze che mettono in dubbio la sua imparzialità;

4) se ha già condotto una mediazione giudiziaria in questo caso e le parti della controversia non hanno concluso un accordo transattivo durante la procedura[13].

Durante il periodo di mediazione giudiziaria, il mediatore designato avrà accesso al fascicolo amministrativo o, su richiesta del mediatore, il fascicolo amministrativo gli sarà consegnato per la firma.

Il mediatore deve rinviare il caso amministrativo al giudice (collegio di giudici) prima dell'udienza del caso specificata nella ordinanza del tribunale. Solo le parti in causa, i loro rappresentanti e il mediatore possono partecipare alla mediazione giudiziaria. Su richiesta o con il consenso delle parti della controversia, altre persone possono partecipare alla mediazione giudiziaria.

I tribunali devono fornire strutture per la mediazione giudiziaria. Previo accordo tra le parti in causa e il mediatore, la mediazione giudiziaria può essere svolta in altre sedi. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione elettronica possono essere utilizzate durante la mediazione giudiziaria. Ogni parte della controversia può ritirarsi dalla mediazione giudiziaria senza indicare i motivi del recesso. Ciò non impedisce alle parti della controversia di richiedere ripetutamente che la controversia sia deferita al tribunale attraverso la mediazione.Siamo dunque in presenza di una mediazione volontaria e gratuita.

[13] 1) jeigu jis anksčiau nagrinėjant tą bylą dalyvavo kaip liudytojas, specialistas, ekspertas, vertėjas, atstovas, prokuroras, teismo posėdžių sekretorius;
2) jeigu jis yra proceso šalių, kitų proceso dalyvių ar kolegijos teisėjų giminaitis;
3) jeigu jis pats arba jo giminaičiai yra tiesiogiai ar netiesiogiai suinteresuoti bylos baigtimi arba jeigu yra kitokių aplinkybių, kurios kelia abejonių jo nešališkumu;
4) jeigu jis šioje byloje vykdė teisminę mediaciją ir ginčo šalims teisminės mediacijos metu nepavyko sudaryti taikos sutarties.

FOCUS

LA NOVELLA DELLA LEGGE BULGARA IN TEMA DI MEDIAZIONE

Carlo Alberto Calcagno - Demetrio Calveri

ABSTRACT [ITA]: La Bulgaria dal 1° luglio 2024 cambierà pagina con riferimento alla mediazione. Si passa da una mediazione solamente volontaria ad una mediazione su invio del giudice obbligatoria in certi casi e a discrezione del giudicante in altri (anche in fase d'Appello ove, peraltro, al corte può indicare altri mezzi di composizione della lite). Ci saranno nuovi requisiti formativi per i mediatori di Corte che opereranno nei centri di Giustizia presso i tribunali. La legge vara degli interessanti incentivi e prevede una mediazione gratuita da una a quattro ore se gli inviati partecipano. Viene richiesto agli inviati il requisito della buona fede come in Italia.

ABSTRACT [ENG]: *Bulgaria as of 1 July 2024 will change the page with regard to mediation. There will be a change from a purely voluntary mediation to a mediation on the court's dispatch which is compulsory in certain cases and at the discretion of the judge in others (including at the appeal stage where, however, the court may indicate other means of dispute settlement). There will be new training requirements for court mediators who will work in justice centres in the courts. The law provides for attractive incentives and free mediation for one to four hours if envoys participate. Envoys are required to be of good faith as in Italy.*

SOMMARIO: 1. Introduzione **- 2.** Modifiche della legge sulla mediazione in vigore **- 3.** Le modifiche del Codice di procedura civile.

SUMMARY: 1*. Introduction - **2**. Amendments to the Mediation Act in force - **3**. Amendments to the Civil Procedure Code.*

1. Introduzione.

Il 26 ottobre del 2022 il governo bulgaro ha approvato un nuovo progetto di legge sulla mediazione su impulso del Consiglio Superiore della magistratura. Il CSM stimava di abbattere con esso 50.000 procedimenti. Le modifiche sono state proposte alla legge sulla mediazione, al Codice di procedura civile e alla legge sul condominio. La più eclatante riguarda il tentativo obbligatorio di mediazione (primo incontro)

estesissimo per materia, su invio del giudice in un paese ove la mediazione è sempre stata volontaria.

Diciamo subito che le modifiche hanno suscitato il malcontento dei mediatori bulgari perché la mediazione andrà ad appannaggio dei soli mediatori dei centri giudiziari presso i tribunali.

La scelta è dunque simile a quella francese o polacca ove si sono creati dei panel presso i tribunali.

La Bulgaria ha, bisogna sottolinearlo, una tradizione almeno secolare di componimenti bonari.

A Plovdiv[1], la seconda città della Bulgaria dopo Sofia, tra il 1880 e il 1930 i più nobili, autorevoli e rispettati cittadini mediavano le dispute tra concittadini. Erano chiamati "intercessori" e praticavano la mediazione negli uffici che si trovano sulla strada principale della città.

Nella Bulgaria attuale i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (*алтернативни способи за разрешаване на спорове*) che vengono maggiormente utilizzati sono sostanzialmente due: la mediazione (*медиацията*) e l'arbitrato commerciale (*търговски арбитраж*) ed internazionale (*международен арбитраж*).

La mediazione è una procedura extragiudiziale volontaria e confidenziale di risoluzione delle controversie in base alla quale un mediatore terzo assiste le parti della controversia nel raggiungere un accordo.

Materia di mediazione può essere costituita dalle controversie civili, commerciali, di lavoro, familiari e amministrative, quelle relative ai diritti dei consumatori e altre controversie tra persone fisiche e/o persone giuridiche, anche se transfrontaliere.

La mediazione deve essere condotta anche nei casi previsti dal Codice di procedura penale. La mediazione non deve essere condotta se una legge o un altro atto normativo prevede un'altra metodologia per la conclusione di un accordo.

Le parti hanno pari opportunità di partecipare alla procedura di mediazione. Al momento partecipano alla procedura di loro spontanea volontà e possono ritirarsi in qualsiasi momento[2].La mediazione è dunque, ancora per poco più di un anno, interamente volontaria.

In Bulgaria già dal 2017 hanno cominciato poi a pensare allo "Sviluppo e implementazione di un portale centralizzato di mediazione elettronica".

In sostanza si trattava di una piattaforma che consentisse ai giudici di contattare i mediatori e alle persone che vogliano mediare non solo di contattare i mediatori ma pure di mediare direttamente con loro.

[1] Detta la Firenze bulgara.

[2] Art. 2,3 e 5 ЗАКОНЗАМЕДИАЦИЯТА

In pandemia questa è già la soluzione adottata da Hong Kong. Anche da noi sarebbe bello avere un registro interattivo degli organismi e dei mediatori dove il cittadino può contattare indifferentemente l'uno e l'altro se vuole mediare telematicamente, senza che per questo venga meno la mediazione amministrata.

Sarebbe un progetto bellissimo e forse l'idea vincente.

Il progetto nuovo di legge bulgara, ad ogni modo,è stato sottoposto all'Assemblea Nazionale. In data 25 gennaio 2023 è stata approntata la novella[3] che entrerà in vigore appunto il 1° luglio 2024[4].

La Bulgaria, insieme all'Italia e all'Ungheria sono i paesi che hanno bisogno di maggiori interventi in materia; quelli bulgari ci sembrano sicuramente più coraggiosi di quelli italiani, specie dal punto di vista degli incentivi.

È anche vero però che in Bulgaria non è ancora prevista, come in Italia, una mediazione preventiva come condizione di procedibilità.

2. Modifiche della legge sulla mediazione in vigore.

L'art. 11 c. 4 novellato dell'attuale legge prevederà che "Nei casi previsti dalla legge, il tribunale obbliga le parti a partecipare a un primo incontro in una procedura di mediazione."

All'art. 18 c. 2 si prevederà che "Quando la controversia è oggetto di un procedimento giudiziario pendente, la transazione è soggetta all'approvazione del tribunale adito, anche quando le parti hanno concordato su questioni al di fuori dell'oggetto del caso."

L'art. 19.c. 1 conferma che "Nei casi e alle condizioni previsti dalla legge, il tribunale obbliga le parti di una causa pendente a partecipare a un primo incontro in una procedura di mediazione, che si svolge in un centro di mediazione giudiziaria del tribunale competente."

È possibile attivare anche la mediazione volontaria (art. 19 c. 2) "A parte i casi di cui al par. 1 il procedimento di mediazione in un centro di mediazione giudiziaria può svolgersi anche su iniziativa delle parti in una causa pendente." Sono poi dettate disposizioni sul mediatore presso il Centro Giudiziario per la Mediazione.

---

[3] Della legge ЗАКОНЗАМЕДИАЦИЯТА
Обн. ДВ. бр.110 от 17 Декември 2004г., изм. ДВ. бр.86 от 24 Октомври 2006г., изм. ДВ. бр.9 от 28 Януари 2011г., изм. ДВ. бр.27 от 1 Април 2011г., изм. идоп. ДВ. бр.77 от 18 Септември 2018г., изм. ДВ. бр.17 от 26 Февруари 2019г., изм. идоп. ДВ. бр.11 от 2 Февруари 2023г.

[4] ЗАКОН
заизменениеидопълнениенаЗаконазамедиацията
(обн., ДВ, бр. 110 от 2004 г.; изм., бр. 86 от 2006 г., бр. 9 и 27 от 2011 г., бр. 77 от 2018 г. ибр. 17 от 2019 г.)

L'art. 20. Stabilisce al primo comma che "Un mediatore presso un centro di mediazione giudiziaria può essere una persona con una formazione legale che soddisfa i requisiti di cui all'art. 8, par. 1 ed è stato sottoposto ad ulteriore selezione e formazione specialistica secondo la procedura indicata nel regolamento di cui all'art. 25."

L'art. 8 c. 1 della legge prevede che "Un mediatore può essere solo una persona legalmente competente che soddisfi i seguenti requisiti:

1. non ha riportato condanne per reati di carattere generale;
2. ha completato con successo un corso di formazione per mediatore;
3. non è privato del diritto di esercitare una professione o un'attività;
4. ha un permesso di soggiorno di lunga durata o permanente nella Repubblica di Bulgaria, se la persona è un cittadino straniero;
5. è iscritto all'Albo Unico dei Mediatori presso il Ministro della Giustizia."

La formazione dei mediatori in Bulgaria al momento viene attuata attraverso un monte di 60 ore ed è pratica e teorica nelle stesse proporzioni[5]. Il corso si conclude con un esame che viene condotto da una commissione: comprende un test ed una simulazione di mediazione[6]. Si è aggiunto da ultimo che il mediatore deve svolgere un aggiornamento periodico di 30 ore a cui segue lo stesso esame precedentemente descritto ed il rilascio di apposito certificato di specializzazione[7].

Quello che segue è il programma minimo della formazione continua; bisogna acquisire specifiche capacità teoriche e pratiche per condurre la procedura di mediazione in uno dei seguenti tipi di controversie:

- controversie civili, comprese le controversie relative ai diritti dei consumatori;
- controversie amministrative;
- controversie di lavoro;
- controversie familiari;
- controversie commerciali;
- mediazione nei procedimenti penali;
- controversie transnazionali;
- altri tipi di controversie.

I. Parte teorica:

1.Capacità di applicare la procedura di mediazione.

2.Quadro legislativo e attuazione pratica della mediazione.

3.Particolarità della procedura di mediazione nelle controversie specializzate e sviluppo di competenze specifiche nel mediatore per lo svolgimento della procedura.

4.Effetto dell'accordo raggiunto nella mediazione specializzata.

II. Parte pratica:

[5] Articolo 8 Regolamento del 25 marzo 2007 n. 2.

[6] Articolo 10 Ordinanza del 25 marzo 2007 n. 2.

[7] Articolo 11 bis Ordinanza del 25 marzo 2007 n. 2.

Le abilità pratiche sono acquisite in un ambiente reale e/o di simulazione e devono includere lezioni individuali e seminari in un gruppo, per padroneggiare specifiche tecniche di mediazione attraverso giochi, partecipazione ad almeno tre simulazioni e analisi[8].

Ai sensi dell'art. 25 della legge novellata si prevede che "La selezione dei mediatori presso i centri giudiziari per la mediazione, la procedura per la loro iscrizione e cancellazione dagli elenchi dei tribunali distrettuali, la loro formazione, mandato e il controllo sulle loro attività, così come le attività dei coordinatori dei centri, sono regolate da un'ordinanza adottata dal Consiglio supremo della magistratura. L'ordinanza disciplina l'importo degli onorari dovuti dalle parti al centro giudiziario e le spese nel procedimento di mediazione per le cause pendenti."[9]

Presso i tribunali distrettuali, gli elenchi dei mediatori sono tenuti dai centri giudiziari per la mediazione. Non viene addebitato alcun costo per far parte dell'elenco dei mediatori (art. 20 c. 2).

Vediamo ora come avverrà la designazione di mediatore.

Se ne occupa l'art. 21: "Il procedimento di mediazione in una causa pendente è svolto da uno o più mediatori iscritti nell'elenco dei mediatori di un centro giudiziario per la mediazione, che sono designati dal centro giudiziario, a meno che non siano indicati di comune accordo tra le parti.

Ed ora lo svolgimento della procedura di mediazione.

L'art. 22 c. 1 precisa che nei casi di cui all'art. 19, par. 1 (ovvero nei casi di mediazione demandata obbligatoria "le parti sono obbligate a partecipare in buona fede a un primo

[8] Allegato n. 2a all'art. 11a, par. 1 НАРЕДБА № 2 ОТ 15 МАРТ 2007 Г. ЗА УСЛОВИЯТА И РЕДА ЗА ОДОБРЯВАНЕ НА ОРГАНИЗАЦИИТЕ, КОИТО ОБУЧАВАТ МЕДИАТОРИ; ЗА ИЗИСКВАНИЯТА ЗА ОБУЧЕНИЕ НА МЕДИАТОРИ; ЗА РЕДА ЗА ВПИСВАНЕ, ОТПИСВАНЕ И ЗАЛИЧАВАНЕ НА МЕДИАТОРИ ОТ ЕДИННИЯ РЕГИСТЪР НА МЕДИАТОРИТЕ И ЗА ПРОЦЕДУРНИТЕ И ЕТИЧНИ ПРАВИЛА ЗА ПОВЕДЕНИЕ НА МЕДИАТОРА

[9] Nuova – SG. 11 del 2023, in vigore dal 01.07.2024

§ 10. Il Consiglio supremo della magistratura adotta i regolamenti di cui all'art. 25 della legge sulla mediazione e dall'art. 84a, par. 4 della legge sull'ordinamento giudiziario entro tre mesi dalla promulgazione della legge nella " Gazzetta dello Stato "

Arte. 84a. (1) "Presso ogni tribunale distrettuale è istituito un centro di mediazione giudiziaria con divisioni territoriali presso i tribunali regionali, che organizza lo svolgimento delle procedure di mediazione nei casi giudiziari pendenti ai sensi del capitolo sei della legge sulla mediazione.

(2) Con decisione del collegio giudiziario del Consiglio giudiziario supremo, possono essere istituiti centri di mediazione giudiziaria indipendenti presso singoli tribunali regionali alle condizioni previste dal regolamento di cui al par. 4.

(3) Lo svolgimento delle procedure di mediazione nel centro giudiziario è organizzato da uno o più coordinatori.

(4) La struttura e l'organizzazione dell'attività dei centri di mediazione giudiziaria, nonché i compiti del coordinatore, sono disciplinati da un'ordinanza adottata dal Consiglio supremo della magistratura".

incontro in un procedimento di mediazione della durata complessiva da una a tre ore. Il mediatore può anche programmare incontri separati con ciascuna delle parti, nel rispetto dei loro pari diritti di partecipazione alla procedura.

È interessante notare che l'art. 5 del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 italiano (nella nuova formulazione dal 1° luglio 2023) stabilisce all'art. 8 c. 6 una formulazione analoga "Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse."

In Bulgaria il giorno e l'ora del primo incontro con un mediatore, per il quale le parti sono informate dal coordinatore del centro giudiziario, è considerato l'inizio della procedura di mediazione. L'incontro è rinviato in presenza di particolari imprevisti, di cui la parte ne dà comunicazione al coordinatore.Una parte può chiedere il rinvio della riunione una sola volta (art. 22 comma 2).

La procedura di mediazione può continuare con l'accordo delle parti e dopo il completamento degli incontri di cui al par. 1. Su proposta del mediatore e con l'accordo delle parti, il procedimento può proseguire al di fuori del centro di mediazione giudiziale alle condizioni e secondo la procedura definita nel regolamento di cui all'art. 25 (comma 3).

Viene disciplinata anche la chiusura della procedura (art. 22 c. 4). La procedura di mediazione in un caso giudiziario pendente deve essere chiusa:

1. nei casi di cui all'art. 15, par. 1, articoli 1–5[10];

2. dopo la scadenza di due mesi dall'inizio della procedura, salvo che di comune accordo tra le parti prosegua oltre tale termine, ma non oltre la scadenza di 6 mesi dall'inizio della procedura;[11]

3. quando le parti non raggiungono un accordo;

4. quando le parti non raggiungono un accordo sulla sua continuazione.

Il comma quinto stabilisce che "In caso di decesso di una parte in causa o cessazione di una persona giuridica - parte in causa, avvenuta prima delle riunioni nella procedura di cui al par. 1 (ossia prima del primo incontro obbligatorio), il procedimento di mediazione giudiziale si celebra dall'inizio con la partecipazione del successore legale della parte in causa. Vengono poi fornite indicazioni sulle informazioni che vengono fornite al giudice.

L'art. 23 specifica che "Il mediatore fornisce al giudice informazioni sull'esito del procedimento di mediazione e sulla partecipazione delle parti ad esso, nel rispetto del

[10] 1. al raggiungimento di un accordo; 2. di comune accordo tra le parti; 3. su rifiuto di una delle parti; 4. per decesso di una delle parti in lite; 5. alla cessazione della persona giuridica - parte della controversia;

[11] Anche da noi si potrà dal 1° luglio 2023 chiedere una proroga di tre mesi e quindi la mediazione potrà durare 6 mesi.

principio di riservatezza e alle condizioni e secondo la procedura previste dal regolamento di cui all'art. 25."

La transazione nei procedimenti di mediazione per le cause pendenti viene disciplinata dall'articolo 24 c. 1"L'accordo raggiunto in una procedura ai sensi del presente capitolo deve essere concluso per iscritto.

Quando le parti desiderano che l'accordo venga approvato come transazione giudiziaria ai sensi dell'art. 234 cpc[12], è omologato dal giudice adito, sul quale è stato avviato il procedimento di mediazione (comma secondo).

Quando le parti hanno raggiunto un accordo in relazione all'oggetto di più cause pendenti, deve essere approvato dal tribunale che esamina la prima causa avviata. Le parti sottopongono l'accordo approvato agli altri tribunali, i quali chiudono in tutto o in parte i procedimenti pendenti a seconda del contenuto dell'accordo (comma terzo)".

3. Le modifiche del Codice di procedura civile.

Anche il Codice di procedura civile è stato modificato sempre con la stessa decorrenza (1° luglio 2024).

L'art. 34 c. 3 specificherà che "La procura espressa è necessaria… per partecipare a una procedura di mediazione nei casi di cui agli articoli 140a e 140b…".

Nell'art. 78 c. 4 si legge che "Il convenuto ha diritto alla ripetizione delle spese anche nel caso in cui la causa venga interrotta, tranne nel caso in cui l'interruzione sia dovuta a un accordo tra le parti, nel qual caso si applica il paragrafo 9." E il paragrafo 9 precisa che "Se la causa viene risolta con una transazione, la metà della tassa statale versata viene restituita all'attore, mentre se la transazione è il risultato di un accordo concluso nell'ambito di una procedura di mediazione ai sensi degli articoli 140-bis e 140-ter o se il procedimento della causa si conclude a causa del ritiro o dell'abbandono della domanda a seguito di tale accordo, il 75% della tassa statale versata viene restituito all'attore. Le spese del procedimento e della transazione restano a carico delle parti, se non diversamente concordato."

[12] L'art. 234.
(1) Per ogni accordo che non contraddica la legge e il buon costume, viene redatto un protocollo, approvato dal tribunale e firmato da esso e dalle parti.
(2) Quando il pubblico ministero partecipa come parte al caso, il tribunale approva la transazione dopo aver espresso la sua opinione.
(3) La transazione giudiziaria ha il significato di una decisione effettiva e non è soggetta a ricorso dinanzi a un tribunale superiore.
(4) Quando la transazione si riferisce solo a una parte della controversia, il tribunale continua l'esame del caso per la parte non risolta.

Annoto che da noi perla mediazione pendente si prevede in caso di estinzione solo un credito di imposta commisurato al contributo unificato sino a 518 €[13] (il nostro valore per la causa indeterminabile). Ben più efficace è quindi la previsione bulgara: c'è però anche da sottolineare che il paese ha soltanto 6.687.716 abitanti, ossia un decimo del nostro.

L 'art. 78 bis. c. 1 del Codice di rito bulgaro stabilisce che le spese di una procedura di mediazione nei casi di cui all'art. 140 bis e 140 ter (casi di demandata obbligatoria), tenuto entro la durata generale di cui all'art. 22, par. 1 della legge sulla mediazione (da una a tre ore), sono a carico del bilancio del tribunale. Nei casi di cui all'art. 140 bis, par. 1 o 2[14], il giudice ha obbligato le parti a partecipare ad un primo incontro in un procedimento di mediazione, la parte che si è rifiutata di partecipare all'adunanza in proprio o per delega è tenuta al pagamento degli onorari e delle spese della causa nel relativo grado, nonché le spese di cui al par. 1[15], se la parte è soccombente. Nei casi in cui il primo incontro di un procedimento di mediazione non si è tenuto per rifiuto di entrambe le parti, restano a loro carico gli onorari e le spese, in quanto sostenute, e le spese di cui al co. 1 sono pagati da loro ugualmente.(comma 2)"[16].

E dunque la procedura è a carico del Tribunale solo se le parti decidono di partecipare: norma assai opportuna.

Citiamo ora l'art. 140-bis del C.p.c. con cui viene introdotta la mediazione obbligatoria anche in sede codicistica (da noi invece è rimasta all'interno del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 salvo qualche richiamo degli articoli del Codice di rito dal punto di vista sanzionatorio se non si partecipa senza un giustificato motivo).

Ci sono casi in cui la mediazione demandata è obbligatoria ed altri in cui è il giudice a valutare l'invio (comma 2).

(1) Il tribunale obbliga le parti a partecipare a un primo incontro in una procedura di mediazione quando viene presentata una richiesta o viene presentata una domanda per:

1. l'assegnazione dell'uso dei beni in comproprietà ex art. 32, par. 2 della Legge sulla Proprietà;

---

[13] Art. 20 c. 3 decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28:"E' 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 euro cinquecentodiciotto."

[14] 1. assegnazione dell'uso dei beni in comproprietà ex art. 32, par. 2 della Legge sulla Proprietà; 2. crediti pecuniari derivanti dalla comproprietà ex art. 30, par. 3 e dell'art. 31, par. 2 della Legge sulla Proprietà;

[15] Ossia quelle del primo incontro.

[16] Le parti sono tenute a pagare le spese in base al valore delle loro quote, comprese quelle di cui all'art. 78bis, par. 1, del Codice di procedura civile. 1. In caso di domande congiunte nel procedimento di divisione, le spese sono determinate ai sensi degli articoli 78 e 78 bis. Nell'applicazione dell'articolo 78 bis, paragrafo 2, non si tiene conto delle spese prelevate sul valore delle quote. (art. 355 C.p.c.)

2. crediti pecuniari derivanti dalla comproprietà ex art. 30, par. 3 e dell'art. 31, par. 2 della Legge sulla Proprietà;

3. divisione ex art. 34 Legge sui beni - nel procedimento per l'effettuazione della divisione;

4. adempimento degli obblighi dei proprietari, utilizzatori o residenti di vani autonomi in un edificio in regime di condominio ex art. 6 della Legge sull'Amministrazione Condominiale, per il rimborso delle spese sostenute dal singolo proprietario per il ripristino delle parti comuni dell'immobile ex art. 48, par. 7 della legge sull'amministrazione condominiale, nonché per l'annullamento di una decisione illecita dell'assemblea generale o un atto illegittimo del consiglio di amministrazione (amministratore) del condominio ai sensi dell'art. 40, par. 1 e dell'art. 43, par. 1 della legge sull'amministrazione condominiale;

5. pagamento del valore di una quota sociale in caso di cessazione della partecipazione in una società a responsabilità limitata ex art. 125, par. 3 del Diritto Commerciale;

6. responsabilità dell'amministratore o del revisore di una società a responsabilità limitata per i danni cagionati alla società ai sensi dell'art. 142, par. 3 e dell'art. 145 del Codice Commerciale.

(2) Il tribunale può obbligare le parti a partecipare a una procedura di mediazione quando viene presentata una domanda o viene presentata una richiesta al tribunale per:

1. il divorzio ex art. 49 del codice della famiglia;

2. la risoluzione delle controversie relative all'esercizio della potestà genitoriale, al luogo di residenza del figlio, ai rapporti personali con il figlio e al suo mantenimento ai sensi dell'art. 127, par. 2 del codice della famiglia;

3. la modifica delle misure relative all'esercizio della potestà genitoriale, al luogo di residenza del figlio, ai rapporti personali con il figlio e al suo mantenimento ex art. 51, par. 4 e dell'art. 59, par. 9 del codice della famiglia;

4. la risoluzione delle controversie relative all'esercizio dei diritti e degli obblighi genitoriali di cui all'art. 123, par. 2 del codice della famiglia;

5. la determinazione delle misure per i rapporti personali con i nonni ex art. 128 del codice della famiglia;

6. la manutenzione;

7. la pretesa pecuniaria o non pecuniaria derivante da contratto, transazione unilaterale, illecito, arricchimento senza causa o svolgimento di affari altrui senza procura con un costo della richiesta fino a BGN 25.000 (12805,20 €);

8. l'esistenza, la risoluzione, la rescissione o l'annullamento di un contratto o di una transazione unilaterale o per la conclusione di un contratto definitivo con un prezzo di richiesta fino a 25 000 BGN (12805,20 €);

9. la proprietà e altri diritti reali su immobili o per spossessamento;

10. i compensi o benefici derivanti da rapporti di lavoro, nonché per il riconoscimento dell'illegittimità del licenziamento e la sua revoca e per il ripristino del precedente impiego;

11. la tutela dei diritti di associazione in una società commerciale ai sensi dell'art. 71 del diritto commerciale o per annullare una decisione dell'assemblea generale della società ai sensi dell'art. 74 del Codice Commerciale, nonché le pretese ex art. 58, par. 1 della Legge sulle cooperative e dall'art. 25, par. 4 della Legge sulle persone giuridiche senza scopo di lucro;

12. la protezione dei diritti di proprietà intellettuale ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi, della legge sulla registrazione dei brevetti e dei modelli di utilità, della legge sui marchi e sulle indicazioni geografiche, della legge sul design industriale, della legge sulla topologia dei circuiti integrati e sulla protezione di nuove varietà di piante e razze degli animali.

(3) Il tribunale valuta se la controversia ai sensi del par. 2 è appropriata per il rinvio alla mediazione, tenendo conto di tutte le circostanze che la riguardano, in specie quando:

1. esistono relazioni permanenti tra le parti;

2. tra le parti sono o sono stati svolti diversi procedimenti connessi;

3. nella causa sono state presentate più domande o domande riconvenzionali;

4. le spese processuali possono superare notevolmente l'interesse materiale della causa;

5. la rapida risoluzione volontaria della controversia è nell'interesse delle parti o del minore;

6. le circostanze principali dalle quali derivano i diritti e le eccezioni rivendicate sono incontestabili;

7. vi sono altre circostanze che indicano che la controversia è idonea alla mediazione.

(4) Nei casi di cui al par. 1 e 2, il giudice non obbliga le parti a partecipare a un procedimento di mediazione quando:

1. la procedura di mediazione è esclusa per legge per la tipologia di controversia rilevante;

2. la prima comunicazione processuale non è stata recapitata all'imputato personalmente o per interposta persona nei casi previsti dalla legge, salvo che ne sia scoperto il recapito successivamente nel corso del procedimento;

3. il convenuto fa acquiescenza alla domanda;

4. la parte in causa è lo Stato o un ente statale;

5. la parte in causa è un consumatore, ad eccezione delle pretese per crediti derivanti da un contratto di credito bancario o da rapporti giuridici connessi, nonché da un contratto di assicurazione della proprietà;

6. nel caso, sono state presentate prove convincenti della violenza commessa contro una parte nella causa dalla controparte, dell'esistenza di un rischio per la vita o la salute del minore o per il suo interesse superiore.

L'art. 140 ter C.p.c. si occupa di nuove regole sulla valutazione del giudice per l'invio in mediazione e dello svolgimento del procedimento.

In ogni caso, dopo la scadenza del termine per il deposito della comparsa risposta alla domanda giudiziale e fino alla conclusione del procedimento giudiziario nei casi di cui all'art. 140 bis par. 1 nei casi di cui all'art. 140 bis par. 2, il tribunale obbliga le parti a partecipare ad una procedura di mediazione, salvo che nei i casi descritti dai commi 3 e 4 per i quali il tribunale opera una valutazione discrezionale. In tal caso, il procedimento non viene sospeso e il procedimento giudiziario prosegue.

Le parti sono obbligate a partecipare a una procedura di mediazione solo una volta nel corso del procedimento. La procedura di mediazione si svolge entro il termine stabilito dal tribunale, che non deve essere superiore a due mesi dalla notifica alle parti dell'ordinanza di invio. Di comune accordo tra le parti, il procedimento può essere proseguito oltre tale termine in concomitanza con il processo della causa o il procedimento può essere sospeso ai sensi dell'articolo 229, comma 1. 1, T. 1.

Se nel corso della procedura di mediazione è stato raggiunto un accordo, a seconda del suo contenuto, la causa viene archiviata o il tribunale approva l'accordo ai sensi dell'articolo 234 entro 7 giorni dalla richiesta al tribunale.

Se non viene raggiunto un accordo o se l'accordo approvato si riferisce solo a una parte della controversia, il tribunale prosegue il procedimento per la parte restante.

Viene prevista anche la mediazione in appello.

All'art. 267 C.p.c. sono inseriti i par. 3 e 4:

"(3) Quando una riunione in una procedura di mediazione non si è tenuta nel procedimento di primo grado perché il tribunale non ha specificato l'obbligo delle parti di parteciparvi, o una o tutte le parti non vi hanno preso parte nel procedimento, nei casi di cui all'art. 140 bis, par. 1, la corte d'appello obbliga le parti a partecipare a tale procedimento, e nei casi di cui all'art. 140 bis, par. 2 può obbligarli a partecipare ai sensi dell'art. 140 bis, par. 3 – 5. Il tribunale può pronunciarsi su questo punto nella prima sessione della causa.

(4) Quando una procedura di mediazione è stata condotta nel procedimento di primo grado, il tribunale d'appello può nuovamente indirizzare le parti alla mediazione o ad un altro metodo di risoluzione volontaria della controversia."

È originale, dunque, che la Corte d'Appello possa indirizzare le parti anche verso un altro metodo di risoluzione volontaria della controversia; ci avviciniamo

all'elasticità statunitense. Vi è anche un invio in mediazione facoltativo per il giudice di appello: "Nel corso dell'udienza pubblica, l'autorità giudiziaria può invitare le parti alla mediazione o ad altri mezzi di composizione volontaria. Se le parti accettano di partecipare a tale procedura, la causa viene rinviata o il procedimento viene sospeso ai sensi dell'art. 229, comma 1, T. 1.

L'art. 312 c. 1 ci dice che la mediazione avrà spazio anche quando il Tribunale si riunisce a porte chiuse: il giorno del ricevimento della comparsa di risposta del convenuto o della scadenza del termine per farlo, il tribunale, a porte chiuse,

1. fissa la causa per una data non successiva a 6 settimane;
2. preparare una relazione scritta sul caso;
3. invitare le parti a una composizione amichevole e spiegare loro i vantaggi dei vari metodi di composizione volontaria (omissis).

Ai sensi dell'art. 321 c. 1 Gli articoli 140 bis e 140 ter si applicano all'udienza nell'azione di divorzio. Per l'art. 341 bis"Nei procedimenti per divisione giudiziale, l'art. 140 bis e 140 ter, e il giudice obbliga le parti a partecipare a un procedimento di mediazione nel processo per la sua esecuzione."

Secondo l'art. 374 bis "Nei procedimenti per le controversie commerciali si applicano rispettivamente gli articoli 140 bis e 140 ter".

Infine, nella legge sull'amministrazione condominiale si assume una regola analoga alla nostra (dal 1° luglio 2023): all'art. 23 c. 5si specifica che "Nei casi e alle condizioni del par. 4 il presidente del consiglio di amministrazione (l'amministratore) rappresenta i proprietari anche in un procedimento di mediazione."

FOCUS

LE NUOVE FORME DELLO "*IUS VARIANDI*" NELLA PIANIFICAZIONE URBANISTICA E TERRITORIALE

Giacomo Ariete

Avvocato, Dirigente coordinatore area tutela del territorio e dell'ambiente della Città Metropolitana di Napoli

A più di 20 anni dalla riforma costituzionale del Titolo V il tema del governo del territorio si profila all'orizzonte del diritto e della politica in una prospettiva decisamente nuova, tale da richiedere un approccio conoscitivo di tipo "comprendente" aperto alle intersezioni ed interazioni comunicative e performative con gli ambiti ed i tematismi storico-culturali, ambientali e paesaggistici propri delle politiche pubbliche ecologicamente orientate.

La centralità dell'ambiente, nel tempo storico della transizione ecologica, dà nuova linfa a questo diverso approccio assiologico ed euristico.

La legge costituzionale n.1/2022 ha sussunto l'ambiente nell'olimpo dei principi fondamentali, che le generazioni presenti e future sono tenute a rispettare.

Il nuovo articolo 9 della Costituzione ora prevede il rispetto della biodiversità e la tutela degli ecosistemi nell'interesse delle generazioni future.

La svolta costituzionale riflette il mutamento di paradigma e di prospettiva conseguente alla crisi del modello di sviluppo, fondato sull'uso progressivo ed intensivo delle risorse naturali ed ambientali e sul rendimento crescente dei processi di urbanizzazione del territorio su scala planetaria.

L'indice più significativo della interversione delle dinamiche di sviluppo del territorio è dato dall'emergere del consumo di suolo come fattore critico della riproduzione sociale, assunto anche dalla nostra Consulta nella sentenza 16 luglio 2019, n. 179, secondo cui l'urbanistica "*da un lato, traguarda le più recenti concezioni di territorio, considerato non più solo come uno spazio topografico suscettibile di occupazione edificatoria ma rivalutato come una risorsa complessa che incarna molteplici vocazioni (ambientali, culturali, produttive, storiche) e, dall'altro, è avvertita sul fatto che il consumo di*

suolo rappresenta una delle variabili più gravi del problema della pressione antropica sulle risorse naturali"[1].

Certo, anche l'urbanistica, intesa come disciplina di uso e trasformazione del territorio, incrociava tangenzialmente il tema della tutela del territorio, ma era sempre prevalente il momento della modificazione progressiva, della non-identità, della variazione incrementale, dell'addizione qualitativa e quantitativa, per quanto protesa ad un assetto di conformazione sintetica, tendenzialmente ed asintoticamente armonica del territorio.

La dimensione conservativa dell'identità, del mantenimento dei valori storico-culturali del territorio era affidata essenzialmente a discipline ed enti di settore diversi dall'urbanistica e talvolta con essa confliggenti.[2]

Anche nell'approccio ermeneutico di tipo *panurbanistico* invalso negli anni 80 del secolo trascorso, non era difficile scorgere questa latente tensione e dilacerazione tra i due momenti della differenziazione e trasformazione del territorio e dell'integrazione e tutela dello stesso.

Di qui anche la persistente separazione e contrapposizione tra gli enti di governo della pianificazione urbanistico-territoriali, *in primis* i Comuni, le Province, le Regioni e gli Enti preposti alla tutela degli interessi differenziati di settore, come le Sovraintendenze ai beni culturali e paesaggistici, le Autorità di Bacino, le Autorità di Parco ecc.

Già la definizione e profilazione di questi valori come differenziati, specifici e di settore, presieduti da Enti esponenziali rappresentativi di interessi particolari diversi dagli enti ed organi preposti alla pianificazione urbanistica del territorio, conteneva in sé il germe, la genesi e la fonte di una contrapposizione irriducibile ed irresolubile[3].

La pianificazione generale del territorio era ontologicamente ed intrinsecamente scissa dalle pianificazioni particolari di settore e, pertanto, era rabbassata pur essa a pianificazione di settore e non più generale: la sintesi tra i due momenti era di tipo estrinseca, affidata a procedure amministrative di tipo meramente consultivo e compositivo.

Eppure la rappresentanza generale degli interessi della comunità del territorio avanzava, attraverso la pianificazione urbanistica e territoriale, una pretesa di

[1] S. Ciresi 2017 Pianificazione urbanistica e riduzione del consumo del suolo, lexitalia.it; G. Pagliari, 2020, Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica, in Rivista Giuridica dell'edilizia n.5, 2020, pag. 333

[2] P. Urbani, 2007, Territorio e Poteri Emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato, ed. Giappichelli, pp. 10 e ss.

[3] P. Urbani, 2017, La riforma regionale del P.r.g.: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del Piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà, in "Rivista giuridica urbanistica"

generalità del governo del territorio, che non si lasciava certo comprimere dagli interessi particolari e specifici intestati, per di più, in capo a Soggetti istituzionali privi di rappresentatività democratica, espressione di poteri neutri di tipo tecnico, depositari di sapere specialistico non trascendibile e non disponibile alla contrattazione democratica.

Per dirla con Adorno[4] la dialettica negativa tra Urbanistica ed Ambiente, che ha caratterizzato il ventennio 80-90 del secolo scorso, non poteva certo essere risolta con una *riductio ad unum* dei due termini del confronto, come pure si è tentato di fare: occorreva una sintesi nuova, in un quadro cognitivo di tipo comprendente che includesse ciascun termine nell'altro e superasse la dicotomica rigidità di entrambi. Emblematica in tal senso è la vicissitudine dell'art. 57 "*pianificazione territoriale di coordinamento e pianificazione di settore*" del d.lgs. n.l12/98, il quale prevedeva che la legge regionale disciplinasse l'osmosi concordata delle previsioni dei diversi piani di settore nel livello di pianificazione provinciale, al fine di favorire l'integrazione delle discipline differenziate nella pianificazione di media area vasta. Disposizione recepita nella maggior parte delle leggi regionali in materia di governo del territorio, ma rimasta in massima parte inattuata. In nessuno dei Piani Territoriali di Coordinamento Provinciali di nuova generazione è stata mai realizzata un'Intesa con gli Enti di Settore per fare assurgere al Piano di Coordinamento la valenza di Piano Integrato di settore, come pure prevedeva il suddetto art.57 del d.lgs. n. 112/98, effetto conseguente al potere di veto delle diverse giurisdizioni amministrative, facenti capo ai distinti ed autonomi Enti di Settore della pianificazione multilivello. Vedremo che una *proxy* di tale modello unificato di decisione sarà offerto dai procedimenti unici e dai moduli conferenziali che cercheranno, non senza forzature e sbrechi istituzionali e costituzionali, di ridurre ad unità la "*coincidentia oppositorum*" dei diversi interessi implicati dalle scelte di programmazione e di pianificazione del territorio.

Restava, però, al tutto impregiudicata e resa ancor più cogente la categoria normativa del Governo del Territorio introdotta dal legislatore costituzionale nell'art.117 secondo co. della Costituzione, in sostituzione dell'Urbanistica, la quale non indicava soltanto una materia più vasta, comprensiva dell'edilizia, dell'urbanistica, degli espropri e della localizzazione delle opere ed infrastrutture pubbliche, ma anche e soprattutto un "campo semantico", in cui la gestione del territorio tiene conto ed include in sé il regime dell'edificazione dei suoli in correlazione dialettica con lo sviluppo economico locale e con le esigenze di preservazione e tutela del territorio e dell'ambiente.

Sia la Corte Costituzionale con le storiche sentenze n.303/02 e n.6/2004 e le sentenze successive che analiticamente considereremo nello sviluppo del nostro lavoro, sia il

[4] T. W. Adorno, 1975, *Dialettica Negativa*, ed. Einaudi, pag. 32.

Consiglio di Stato con la altrettanto storica sentenza n.2710/12 della IV Sezione hanno statuito che l'urbanistica ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione "*non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, ma devono essere intesi come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico dello stesso; uno sviluppo che tenga conto sia delle esigenze e fabbisogni abitativi, sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti*" ovvero dell'ambiente inteso assiologicamente come meta-valore.

La tutela dell'ambiente (della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni), preordinata alla salvaguardia dell'habitat nel quale l'uomo vive, è imposta da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.) e assurge a valore primario ed assoluto quale espressione della personalità individuale e sociale. L'ambiente rileva non solo come paesaggio, ma anche come assetto del territorio, comprensivo di ogni suo profilo, e finanche degli aspetti scientifico-naturalistici[5].

Ancor prima la Convenzione europea sul paesaggio, sottoscritta dagli Stati membri del Consiglio d'Europa il 20 ottobre del 2000 aveva sancito che il paesaggio coopera all'elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del patrimonio naturale e culturale dell'Europa.

Il paesaggio viene qualificato come una forma del territorio, come percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali ed antropici, la salvaguardia del paesaggio è affidata ad azioni di conservazione degli aspetti specifici significativi del territorio, giustificate dal suo valore di patrimonio derivante dalla sua configurazione storico-naturale.

In questa temperie soccorre anche l'art. 145 del d.lgs. n. 42/04 relativo al coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione, secondo cui "*le previsioni dei piani paesaggistici non sono derogabili da parte di piani e programmi tesi allo sviluppo economico, sono cogenti per gli strumenti urbanistici e sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici*".

In questo nuovo quadro concettuale il governo del territorio è traguardato a costituire un modello di pianificazione che tenga conto non solo dello sviluppo che si intende imprimere al territorio di riferimento, ma anche della sua storia, tradizione ed ubicazione e sia quindi un momento di riflessione sul futuro della comunità, svolto per autorappresentazione ed autodeterminazione dei cittadini, con le decisioni dei propri organi elettivi e con la partecipazione pubblica procedimentalizzata.

Ecco quindi che si delinea e si intravede al nostro orizzonte conoscitivo un concetto sintetico nuovo di urbanistica di tipo "comprendente" declinato come governo del

[5] *ex multis* Corte Cost. sent. n.182/2006, 367/2007.

territorio inteso in senso globale ed onnilaterale, rivolto non già all'uso e consumo massivo e dissipativo del suolo, ma alla massimizzazione vincolata delle trasformazioni del territorio, in funzione della preservazione del valore d'uso del bene-ambiente in uno scenario di bilanciamento intergenerazionale orientato allo sviluppo della vita.

Di qui, anche la grande rilevanza nei processi formativi dei piani e programmi protesi all'uso e governo del territorio dei metodi e strumenti di valutazione dell'incidenza sulle matrici ambientali (aria, suolo, acqua) dei suddetti piani, come disciplinati dalla parte prima del d.lgs. n. 152/06.

Correlativamente emerge sul piano diacronico un nuovo modello di pianificazione urbanistica e territoriale che incorpora in sé i valori ed i metodi propri della pianificazione differenziata di settore, rivolta alla tutela specifica di beni infungibili, scarsi e rari e tali da costituirli come sfondo invariante della pianificazione del territorio[6].

Come il tempo costituisce la misura delle modificazioni delle nostre percezioni, così lo spazio permanente ed invariante diventa la misura misurante delle variazioni parziali e locali del territorio. Questo sfondo invariante della pianificazione, della gestione e governo del territorio, come vedremo, costituisce la dimensione strategico-strutturale nuova e diversa dei differenti modelli di programmazione urbanistica di nuova generazione, cui fa da pendant la parte operativa e trasformativa del territorio connessa alle politiche di sviluppo locale.

Calando tali coordinate ermeneutiche nell'ambito della presente ricerca e del nostro lavoro, incentrato sulla tematizzazione dello *ius variandi* nel contesto della pianificazione urbanistica e territoriale, cercheremo di analizzare *in primis* lo statuto attuale del Piano urbanistico e del complementare Piano di Coordinamento territoriale per coglierne il campo semantico di riempimento dei suoi significati.

Procederemo poi ad una disamina sintetica della crisi del modello storico fondamentale di pianificazione urbanistica e territoriale, tipizzato dalla legge fondamentale n.1150/42, ancora vigente, soffermandoci, in modo particolare, sulle esperienze di programmazione negoziata e di urbanistica contrattata avviate e sperimentate nel corso degli anni 90 e a cavallo della prima decade del nuovo secolo.

L'ipotesi da cui muove il presente lavoro è che l'urbanistica contrattata costituisca non solo una risposta alla crisi del modello rigido, gerarchico ed anelastico della Pianificazione di tipo dirigista cristallizzata nel Piano Regolatore Generale, come pure nei Piani di Coordinamento, ma anche una forma fenomenica diffusa di variante urbanistica e paesistica traguardata alla implementazione di politiche di sviluppo

[6] F. D. Moccia, G. Parisi F. Laudaddio, 2006, *Campania, Norme sul governo del territorio*, pag. 31 e ss., ed. Ilsole24ore.

strategico e di localizzazione di programmi di tipo economico-sociale ed occupazionale.

Scrutineremo le diverse "*species*" dell'ampio *genus* delle varianti urbanistiche e del loro procedimento di formazione per capire se ancora oggi residua uno spazio di agibilità e di esigibilità o anche di necessità per la loro produzione e veicolazione, anche alla luce dei nuovi modelli non più rigidamente predittivi, ma puramente euristico-conoscitivi dei Piani di nuova generazione.

Il disegno del presente lavoro si articola, pertanto, nel seguente quadro espositivo:

il Piano urbanistico comunale storicamente determinato e la sua parabola evolutiva;

la Crisi del Piano Direttore, l'emergenza della programmazione negoziata e dell'urbanistica contrattata;

lo *ius variandi*, ossia varianti urbanistiche generali, varianti specifiche e parziali, varianti normative, varianti automatiche di legge;

procedimento di formazione ed approvazione delle varianti, ossia il problema della motivazione e della sua modulazione in rapporto alle diverse tipologie di varianti urbanistiche;

l' ampliamento del campo di definizione del concetto di urbanistica ed i nuovi modelli di pianificazione multilivello.

Occorre comprendere, in questa prospettiva, come si atteggia lo *ius variandi* nel nuovo modello duale di pianificazione urbanistica comunale disciplinato dalla legislazione regionale (con particolare riferimento alla legislazione in materia di governo del territorio della Regione Campania).

A quest'altezza, sorge una domanda: la nuova modalizzazione del Piano urbanistico comunale rende recessivo lo *ius variandi*?

L'articolazione del piano in duplice modellizzazione e partizione, Piano Strutturale di durata indeterminata, ma riferito alle sole invarianti fisico-morfologico-strategico-ambientali e Piano Operativo, osmoticamente connesso al programma di mandato delle rappresentanze elettive, riesce a catturare e racchiudere in sé l'ambito, costituzionalmente protetto, dei meta-valori propri dell'ambiente e del paesaggio rivolti, *aere paerennis* alle generazioni future, con le esigenze contingenti di sviluppo e di crescita delle comunità locali?

Appare , in ogni caso, evidente che il nuovo modello di pianificazione delineato per le aree di trasformazione riduce di molto il ricorso alle cosiddette "varianti di piano" poiché le previsioni urbanistiche degli ambiti di trasformazione offrono una "*mixitè*" di soluzioni nel rispetto, comunque, dei livelli essenziali delle prestazioni (gli standard urbanistici) e della sostenibilità ambientale, i cui effetti conformativi si

manifestano solo in sede di piani attuativi oggetto del piano operativo. Pertanto, da questo lato diminuisce la pressione verso varianti sistematiche e seriali[7].

La ricerca parte dal presupposto che lo *ius variandi* non per questo scompare, ma anzi persiste e si presenta sotto nuove forme. Esso nasce storicamente come forma fenomenica coessenziale e consustanziale al modello dirigistico di pianificazione urbanistica storicamente determinato e tipizzato dalla legge fondamentale n. 1150/42 e dalle successive leggi regionali di attuazione.

La coesistenza della durata a tempo indeterminato delle prescrizioni conformative del territorio e della durata a tempo delimitato delle scelte di programmazione degli interventi di tipo puntuale rendeva il Piano internamente contraddittorio ed esposto a continue crisi, in relazione alle sopravvenienze di tipo economico-sociale ed infrastrutturali connesse allo sviluppo del territorio.

La Programmazione negoziata inaugurata a cavallo dell'ultimo decennio del XX Secolo risponde all'esigenza di adattare la struttura rigida del Piano con le esigenze necessariamente variabili, mutevoli e contingenti dello sviluppo e della trasformazione del territorio.

La contrattazione negoziata di tipo necessariamente particolare fa emergere la contraddizione interna al modello di pianificazione generale, ponendo in evidenza i limiti di tipo sia conoscitivo sia soprattutto di governance delle dinamiche di crescita e sviluppo del territorio proprie del Piano Regolatore Generale.

Di qui l'emergere pressante e massivo dello *ius variandi* in rapporto al modello proprio del P.r.g., fino a giungere nella fase finale di crisi al linguaggio della "disgregatezza" per cui, per una vera e propria interversione culturale e politica, i Piani si approvano per prevedere le varianti. Il rischio conseguente è la perdita di sistematicità delle scelte urbanistiche e la loro sostituzione con "spezzoni" di disciplina del territorio, frammentati ed atomizzati[8].

La ricerca tematizza non solo l'emergere diacronico dello *ius variandi* in rapporto a questa crisi del modello di Piano, ma le diverse tipologie di varianti, il procedimento della loro formazione, glia aspetti peculiari di ciascuna tipologia di variante urbanistica, il rapporto con gli interessi pubblici e privati esponenziali del territorio, la legalità formale e sostanziale di tali procedure di varianti.

Sullo sfondo, ma con progressivo spostamento in primo piano, ci si confronta con i nuovi modelli di pianificazione urbanistica comunale fondati sulla *summa divisio* Piano strutturale- Piano operativo, invariante strutturale e variabile programmatico-operativa, per cercare di capire se questo nuovo formante costituisca effettivamente

[7] P. Urbani, 2021, Il contenuto minimo del diritto di proprietà in "Le nuove frontiere del diritto urbanistico", ed. Giappichelli, pag. 140.

[8] F. Gualanti, 2016 *L'interesse pubblico in materia urbanistica,* www.lexitalia.it.

un *aufheben* reale della crisi del vecchio modello di Piano, da cui originava il fabbisogno "politico" dello *ius variandi*.

La ricerca non esclude affatto che anche in presenza di un nuovo paradigma, più flessibile ed elastico, di pianificazione del territorio vi sia pur sempre uno spazio incomprimibile per lo *ius variandi*, testimoniata, peraltro, dalla legislazione di emergenza connessa alla pandemia ed alla crisi energetica conseguente alla guerra russo-ucraina. Lo *ius variandi* è resiliente anche alle nuove forme e modelli di pianificazione: diminuisce certamente la pressione per le varianti di mero adeguamento dei nuovi modelli di Piano urbanistico, ma si accresce fortemente la domanda di varianti automatiche ex lege connesse soprattutto alla localizzazione di opere pubbliche, considerate strategiche dal legislatore statale.

Basti pensare, in questa prospettiva, all'art. 31*bis* del D.L. n. 77/21 convertito in legge n. 108/21 che, accentuando i profili di semplificazione procedimentale propri dell'art. 12 del D.lgs. 387/03, introduce un procedimento di autorizzazione unica con effetti di variante per opere pubbliche e di pubblico interesse, o all'art.48 co. 5 del suddetto decreto riferito alle varianti mediante conferenze di servizi per infrastrutture lineari energetiche o ancora alla legislazione di velocizzazione procedimentale delle varianti connesse alla implementazione del PNRR.

Con la normazione del PNRR l'ordinamento raggiunge un traguardo inseguito a lungo: l'unicità del procedimento, al cui interno si forma la decisione finale rilevante per il governo del territorio, soprattutto con riguardo a interventi infrastrutturali (puntuali o a rete che siano). Meta non priva però di conseguenze critiche: comprimere nel tempo e nello "spazio" giuridico l'acquisizione degli interessi (anche) pubblici comporta la riduzione, se non l'eliminazione, delle manifestazioni dissensuali[9]. Gli interessi "differenziati" vengono, così, internalizzati nell'ambito di procedure di co-pianificazione pluristrutturata che riducono la valenza esoprocedimentale dei soggetti esponenziali rappresentativi di interessi specifici, a tutto vantaggio dell'Amministrazione procedente, a cui è rimessa, comunque, la decisione finale di sintesi e di conclusione dell'intero procedimento.

In questo senso il d.l. n.77/2021 (c.d. *Semplificazioni-bis*) all'art. 44, statuisce che:

"*La stazione appaltante convoca la conferenza di servizi per l'approvazione del progetto ai sensi dell'articolo 27, co. 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. La conferenza di servizi è svolta in forma semplificata ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e nel corso di essa, ferme restando le prerogative dell'autorità competente in materia di VIA, sono acquisite e valutate le eventuali prescrizioni e direttive adottate dal Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi del secondo periodo del co. 1, nonché gli esiti del dibattito pubblico e le*

[9] P. Portaluri, 2023, Note sulla localizzazione e approvazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti pubblici, in www.giustiziamministrativa.it.

osservazioni raccolte secondo le modalità di cui all'articolo 46 del presente decreto, della verifica preventiva dell'interesse archeologico e della valutazione di impatto ambientale. La determinazione conclusiva della conferenza approva il progetto e tiene luogo dei pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative. La determinazione conclusiva della conferenza perfeziona, ad ogni fine urbanistico e edilizio, l'intesa tra Stato e regione o provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti e comprende il provvedimento di VIA e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto, recandone l'indicazione esplicita".

E' stato già efficacemente osservato[10] che in tema di localizzazione urbanistica delle opere pubbliche, di pubblica utilità e di pubblico interesse la normazione "speciale" del PNRR segna un passaggio significativo, ma non certo uno strappo e men che meno una cesura, lungo una linea di continuità in direzione e nella prospettiva di una progressiva centralizzazione ed accentramento verticale della decisione rilevante e dirimente in ordine alle scelte di pianificazione ed organizzazione del territorio. L'art. 14 del D.L. n.13/2023, convertito in L. n. 41/23, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR, interviene e modifica l'assetto già sbilanciato del D.L. n.77/21, convertito con modificazioni dalla L.n.108/21, introducendo in incipit una fattispecie eccezionale di semplificazione in materia di VIA che si traduce in una iniziativa di avvio della procedura di esenzione ed esclusione a priori dalla procedura prevista dall'articolo 6, comma 11, del DL.gs n152/06 da parte del Ministro competente per la realizzazione di un intervento strategico rivolta al Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza energetica. E' vero che la VIA, per giurisprudenza costante sia della Corte di giustizia, sia della giurisprudenza interna, presenta profili di discrezionalità politico-amministrativi molto accentuati e tali da *obscurare* e rendere subvalenti quelli più propriamente tecnici. Ciononostante la pretermissione totale della competenza tecnica in ordine alla scelta di esclusione preliminare dalla assoggettabilità alla VIA di progetti, nei casi eccezionali in cui è necessario procedere con urgenza alla realizzazione di interventi di competenza statale previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza e dal Piano nazionale per gli investimenti complementari, rappresenta un caso tipico di decisione insindacabile nel merito e "superiorem non reconoscens"propria degli atti degli organi politici.

Sempre nell'ambito della "mobilitazione totale" e della riconduzione della programmazione delle opere e degli interventi alla pianificazione coordinata di tipo strategico e politico soccorre il nuovo comma 5 dell'art. 14 del D.L. n.13/2023,

[10] P. Portaluri, 2023, Note sulla localizzazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti pubblici, in www.giustiziamministrativa.it.

convertito in L. n. 41/23, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR secondo cui : "Per le finalità di cui al comma 1, in deroga a quanto previsto dall'articolo 59, commi 1, 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, è ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'articolo 23, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, a condizione che detto progetto sia redatto secondo le modalità e le indicazioni di cui al comma 7, quarto periodo. In tali casi, la conferenza di servizi di cui all'articolo 27, comma 3, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 è svolta dalla stazione appaltante in forma semplificata ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e la determinazione conclusiva della stessa approva il progetto, determina la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera ai sensi dell'articolo 12 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 e tiene luogo di tutti i pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari anche ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative".

Il comma 5 bis statuisce che : "Ai fini di cui al comma 5, il progetto di fattibilità tecnica ed economica è trasmesso a cura della stazione appaltante all'autorità competente ai fini dell'espressione della valutazione di impatto ambientale di cui alla parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, unitamente alla documentazione di cui all'articolo 22, comma 1, del medesimo decreto legislativo n. 152 del 2006, contestualmente alla richiesta di convocazione della conferenza di servizi. Il comma 5 ter aggiunge che : "Le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico di cui all'articolo 25, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016, qualora non emerga la sussistenza di un interesse archeologico, sono corredate dalle eventuali prescrizioni relative alle attività di assistenza archeologica in corso d'opera da svolgere ai sensi del medesimo articolo 25, sono acquisite nel corso della conferenza dei servizi di cui al comma 5. Nei casi in cui dalla valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico di cui all'articolo 25, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016 emerga l'esistenza di un interesse archeologico, il soprintendente fissa il termine di cui al comma 9 del medesimo articolo 25 tenuto conto del cronoprogramma dell'intervento e, comunque, non oltre la data prevista per l'avvio dei lavori. Le modalità di svolgimento del procedimento di cui all'articolo 25, commi 8, 9, 10, 11, 12 e 14, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 sono disciplinate con apposito decreto del Presidente del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, fermo restando il procedimento disciplinato con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato ai sensi del citato articolo 25, comma 13". Infine il comma 5 quater prescrive che : "Gli esiti della valutazione di impatto ambientale sono trasmessi e comunicati dall'autorità competente alle altre amministrazioni che partecipano alla conferenza di servizi di cui

al comma 5 e la determinazione conclusiva della conferenza comprende il provvedimento di valutazione di impatto ambientale. Tenuto conto delle preminenti esigenze di appaltabilità dell'opera e della sua realizzazione entro i termini previsti dal PNRR ovvero, in relazione agli interventi finanziati con le risorse del PNC, dal decreto di cui al comma 7 dell'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101, resta ferma l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 14-quinquies della legge n. 241 del 1990. Le determinazioni di dissenso, ivi incluse quelle espresse dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, o alla tutela della salute dei cittadini, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere, ma devono, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendono compatibile l'opera, quantificandone altresì i relativi costi. Tali prescrizioni sono determinate conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto presentato. La determinazione conclusiva della conferenza perfeziona, altresì, ad ogni fine urbanistico ed edilizio, l'intesa tra Stato e regione o provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti e comprende i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto, recandone l'indicazione esplicita. La variante urbanistica, conseguente alla determinazione conclusiva della conferenza, comporta l'assoggettamento dell'area a vincolo preordinato all'esproprio ai sensi dell'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001, e le comunicazioni agli interessati di cui all'articolo 14, comma 5, della legge n. 241 del 1990 tengono luogo della fase partecipativa di cui all'articolo 11 del predetto decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001. Gli enti locali provvedono alle necessarie misure di salvaguardia delle aree interessate e delle relative fasce di rispetto e non possono autorizzare interventi edilizi incompatibili con la localizzazione dell'opera. Le disposizioni del presente comma si applicano anche ai procedimenti di localizzazione delle opere in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore della presente disposizione, non sia stata ancora indetta la conferenza di servizi di cui all'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 383 del 1994".

Queste disposizioni normative hanno, infine, dismesso il loro carattere eccezionale ed emergenziale e sono state positivizzate ed ipostatizzate nel nuovo codice degli appalti, di cui al DL.gs. n.36/23, entrato in vigore il 01/04/2023 e la cui efficacia è stata postergata al 01/07/2023. Ci riferiamo, in particolar modo, al capitolo relativo alla localizzazione delle opere pubbliche, di cui agli artt.38,39, e 40 del Codice che hanno procedimentalizzato e traslitterato in chiave normativa il corpus dei metodi e procedure di variante urbanistica semplificata di implementazione delle opere

pubbliche, di pubblico interesse e di pubblica utilità riveniente dalla legislazione di emergenza.

In queste disposizioni si realizza certamente un passaggio dall'unità intesa come sintesi progressiva, ineguale degli interessi differenziati nell'ambito di un procedimento dialettico, all'unità intesa come unicità dell'identico Soggetto procedente e neutralizzazione delle diversità di posizioni dei soggetti pubblici e privati coinvolti nel procedimento. Questa tensione, derivante dalla "condizionalità aggravata" che permea tutta la legislazione del PNRR non è affatto, quindi, un elemento contingente e reversibile ma è, invece, un dato immanente , seppure latente, che contrassegna la stessa logica dialettica dell'Urbanistica storicamente determinata e successivamente dell'Urbanistica contrattata come suo telos e destino.

Certo la relazionalità orizzontale propria delle farraginose ed estenuanti mediazioni complesse tipiche dell'Urbanistica negoziata viene sostituita dalla relazionalità verticale e dalla torsione decisionistica, motivata e giustificata dal principio di risultato, assurto a principio fondamentale e generale della programmazione e progettazione delle opere pubbliche, di cui all'art.1 del DL.gs. n.36/23.

Ma non per questo scompare il "molteplice coacervato degli interessi contrapposti" e la dialettica dei soggetti e degli enti esponenziali degli interessi differenziati tipica delle democrazie costituzionali : solo viene riconosciuto un "ens superiorem" oggettivato e plasticamente rappresentato dal risultato finale, che giustifica la riconduzione ad unum della dialettica originariamente negativa. E con ciò, come dice Hegel nel libro primo della Scienza della Logica, " il divenire è la sfrenata inquietudine che sfocia in un calmo risultato" ovvero l'Essere.

Se come dice E. Junger nel suo bel libro intitolato "La forbice" il cammino è più importante della meta, non per questo occorre obliterare che questa offre l'orizzonte al percorso e con ciò lo rende illuminato, visibile e soprattutto comprensibile.

In tale quadro ordinamentale la variante urbanistica, il procedimento unico e la determinazione finale di conclusione della Conferenza di servizi convergono nella direzione della neutralizzazione e spoliticizzazione di ogni opposizione e conflitto, pur di realizzare gli obiettivi strategici traguardati dal legislatore statuale.

Trattasi in tutte le fattispecie esaminate di varianti cosiddette automatiche *ex lege*, le quali implicano la deroga e pretermissione delle competenze proprie non solo degli organi elettivi locali, ma anche degli interessi differenziati degli Enti preposti alla tutela di valori costituzionalmente protetti, come le Sovraintendenze ai beni culturali e paesaggistici, le Autorità di Bacino, le Autorità di Parco, ASL, Genio civile ecc. per esigenze di sussidiarietà verso l'alto, come ampiamente riconosciute dalla giurisprudenza costituzionale.

Questa a partire dalla sentenza "madre" n. 303/03 ha riconosciuto che: "*le istanze unitarie giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione delle*

competenze anche in assetti costituzionali pervasi da pluralismo istituzionale"; poi, ancora, con sentenza recentissima n.6/2023 ha statuito che "*affinché l'intervento normativo statale in attrazione sia costituzionalmente legittimo è necessario che la disciplina dettata sia logicamente pertinente, risulti limitata a quanto strettamente indispensabile e preveda adeguati meccanismi di cooperazione con i livelli di governo coinvolti per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali*"[11].

Occorre capire, però, se trattasi di misure eccezionali e straordinarie e come tali transeunti o se esse segnino un passaggio e salto di qualità dal principio di sussidiarietà verticale alla centralizzazione decisionistica, ciò che implicherebbe conseguenze rilevanti anche sul piano costituzionale. In questa seconda ipotesi il "*trade-off*" ovvero lo scambio fra la democrazia vocata all'escalation decisionista e la democrazia deliberativa nei processi di governo del territorio apporta davvero un progresso della deliberazione pubblica o costituisce un danno in termini di proporzionalità, efficacia e sostenibilità delle politiche pubbliche e, soprattutto, è coerente sotto il profilo della legittimità costituzionale? L'immediatezza decisionale, senza la necessaria mediazione e sintesi pluralistica degli interessi, può produrre nuove discriminazioni, a danno dei soggetti ed interessi pubblici e privati pretermessi ed esclusi dai processi decisionali, *in primis* il Comune, il quale in molti casi viene "espropriato" del proprio potere di pianificazione urbanistica.

Occorre considerare che una democrazia costituzionale è per definizione avversa ad ogni logica di tirannia dei valori, dispotismo assiologico ed egemonismo dispotico della maggioranza[12]. In questa prospettiva la Corte costituzionale nella sent. n. 85/2013 afferma che: "*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproco e non è possibile individuare uno fra essi che abbia una prevalenza assoluta fra gli altri. [...] La tutela deve essere sempre sistematica e non frazionata, in una serie di norme in conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe "tiranno" nei confronti degli altri*"[13].

Ma lo Stato costituzionale di diritto è anche ontologicamente avverso a soluzioni di tipo totalizzanti[14], per cui la differenza, la dissonanza, la variazione è sempre predicabile e sostenibile ed è anzi auspicabile come motore permanente della vita: "*fare del divenire l'essere, come recitava il programma di un pensatore inattuale, ma sempre vivo*"[15] . La maggiore forza della democrazia sta nel gioco degli interessi contrapposti[16]

[11] *ex plurimis*, sentenze n. 123 e n. 40/2022, n. 246/2019, n. 142 e n. 7 del 2016.
[12] H. Kelsen 1995, *La democrazia,* ed .il Mulino pag. 145 e ss.
[13] C. Schmitt, 2008, *La tirannia dei valori*, pag. 13, ed. Adelphi, 2008.
[14] A. Taurelli, 2022 Il fenomeno populista analizzato alla luce delle categorie del costituzionalismo moderno, Quaderni costituzionali, n.4; L. Ferrajoli, 2021, La costruzione della democrazia, ed. Laterza.
[15] F. Nietzsche, 2016, *Volontà di potenza*, ed. Bompiani; M. Heidegger, 2018, *Nietzsche*, ed. Adelphi.
[16] S. Cassese 2023, *Le ricadute della crisi dei partiti,* in Corriere della sera, 6 febbraio 2023.

Il passaggio al "limite" dallo *zoning* urbanistico al monismo decisionista delle politiche pubbliche di governo e gestione del territorio non è affatto detto che segni un passo innanzi, un progresso reale ed un guadagno in termini di ordinato ed equilibrato sviluppo dei sistemi territoriali. Ciò che rischia di smarrirsi è proprio la prospettiva dell'urbanistica "comprendente", pluralistica e policentrica, con una ricaduta verso nuove forme, non meno unilaterali, di governo verticalizzato ed "accentrato" del territorio.

Posto che la legislazione di emergenza ha prodotto indubbiamente risultati positivi in termini non solo di velocizzazione dei procedimenti di pianificazione e governo del territorio, ma anche e soprattutto di *policy* della gestione e localizzazione delle opere pubbliche strategiche, non si capisce perché essa non possa essere implementata in un quadro legislativo di principi, organico e coerente, di indirizzo e di orientamento della legislazione regionale attuativa. Piuttosto che affidarsi ad interventi rapsodici, *borderline* o addirittura "*extraordinem*" sarebbe molto più utile attendere alla enucleazione legislativa di principi normativi generali di semplificazione e sussunzione dei processi decisionali di organizzazione del territorio, come in parte è avvenuto con il Regolamento-tipo in materia edilizia e, come per altra parte, sta avvenendo in materia di appalti pubblici con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al DL.gs n.36/23, di ricezione e ricognizione della normativa alluvionale di emergenza recante continue modifiche parziali al d.lgs. n. 50/16. Ciò nella prospettiva per cui l'emergenza non prelude alla rottura della legalità costituzionale ma al suo rafforzamento: l'emergenza, a differenza dello stato di eccezione, è il punto di consolidamento della legalità costituzionale.[17]

[17] M. Luciani, 2022 *Il diritto e l'eccezione*, www.giustiziamministrativa.it.

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 sottosettori spesso scarsamente comunicanti e, nel più vasto riferimento sociale, una cultura sempre più frammentata in tanti interessi particolari e quasi mai tesa alla ricerca con prospettive globali.*

La cultura fortemente frammentata e accelerata *è sfociata sul piano intellettuale e su quello sociale nel senso dell'effimero, è diventata cultura dell'effimero e ha aumentato l'incapacità di creare sintesi come risposte ai problemi giuridici, sociali e del diritto. Occorre articolare collegamenti e interdipendenze capaci di mettere in relazione e valorizzare a pieno tutta la ricchezza, la fecondità e la capacità autoprogettuale di ogni singola disciplina e sottodisciplina. Occorre una ricerca interdisciplinare che sia ricerca di globalità come ricerca di relazione fra diversi frammenti e quindi come ricerca di orizzonti di significati.*

Una comunicazione "certificata del diritto" *è il tentativo complesso di localizzare nella storia l'istante dell'originalità primitiva, di indicare lo stadio larvale di ciò che verrà. Le nostre difficoltà, ovviamente, non alla sola effimera modernità sono imputabili: arduo è imparare a farsi esperti, a vivere.*

AMBIENTEDIRITTO.it - EDITORE ©®

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.