

ISSN 1974-9562

ANNO - XXIII



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

*All'interno i contributi dei seguenti Autori:*

**EDITORIALE: Paolo Maddalena - SAGGI: Monica Maria Barone - Gianni Capobianco - Paolo Piluso - Lucia Ruggeri - Francesco Giulio Cuttaia - Federico Francesco Guzzi - Adriano Buzzanca - Matteo Milanese - Paolo Musacchio - Mario Caterini - Remo Morzenti Pellegrini - Filippo Vari - Giuseppe La Rosa - Tiziana Salvino - Giulia Rizzo Minelli - Fabio Cusano - Francesco Anastasi - Alessandro Suppa - Barbara Accettura - Marco Brocca - Francesco Fabrizio Tuccari - Gaetano Bonifacio - Luana Leo - Antonio Preteroti - Javier Thibault Aranda - FOCUS: Paola Bologna - Gian Paolo Dolso - Paolo Maddalena.**

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE®

Anno **2023** - Fasc. **n. 3**

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





## ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA

### DIRETTORE RESPONSABILE:

**Fulvio Conti Guglia**

*Iscritto 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* – **Stefano Bellomo** *Professore Ordinario di Diritto del Lavoro (IUS/07) Università La Sapienza di Roma* – **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) Unioversità degli Studi di Catania* – **Maria Cristina Cataudella** *Professoressa Ordinaria di Diritto del Lavoro (IUS/07) Università degli Studi di Roma Tor Vergata* – **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) Unioversità degli studi del Salento* – **Emanuele Di Salvo** *Presidente della quarta sezione penale della Corte di cassazione* – **Marina D’Orsogna** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo* – **Vera Fanti** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia* – **Renato Federici** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10)*

Università degli Studi di Roma La Sapienza – **Leonardo Ferrara** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze – **Giancarlo Antonio Ferro** Professore associato di Diritto costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania – **Fabrizio Fracchia** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano “Luigi Bocconi” – **Diana Urania Galetta** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano – **Giuseppe Garzia** Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna – **Paolo Giangaspero** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste – **Loredana Giani** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma – **Walter Giulietti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell’Aquila – **Matteo Gnes** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Urbino Carlo Bo – **Andrea Gratteri** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia – **Antonio Guidara** Professore associato di Diritto Tributario (IUS/12) Università degli Studi di Catania – **Nicola Gullo** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS 10) Università degli Studi di Palermo – **Maria Assunta Icolari** Professore associato (IUS/12) Università degli Studi G. Marconi di Roma – **Lorenzo Ieva** Magistrato T.A.R. Puglia – Bari – Dottore di ricerca in diritto pubblico dell’economia – **Antonio Las Casas** Professore associato di Diritto Privato Comparato (IUS/02) Università degli Studi di Catania – **Dimitris Liakopoulos** Full Professor of European Union Law in Fletcher School of Law and Diplomacy – Tufts University – **Sebastiano Licciardello** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Catania – **Vincenzo Lippolis** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi Internazionali di Roma – **Fabrizio Lorenzotti** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino – **Francesco Longobucco** Professore Associato di Diritto Privato (IUS/01) Università Roma Tre – **Giuseppe Losappio** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” – **Paolo Maddalena** Vice Presidente Emerito della Corte Costituzionale – **Francesco Manganaro** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Mediterranea di Reggio Calabria, Presidente dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) – **Antonella Massaro** Professore Associato Diritto penale (IUS/17) Università degli Studi Roma Tre – **Ugo Mattei** Professore Ordinario di Diritto privato (IUS/01) Università degli Studi di Torino – **Ludovico Mazzaroli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Udine – **Agostino Meale** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari – **Marisa Meli** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania – **Roberto Miccù** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi La Sapienza – Roma – **Cesare Mirabelli** 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 Universidad de Castilla-la Mancha – **Stefano Nespore** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano – **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba – **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia – **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia – **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa – **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 – **Antonio Preteroti** Professore Ordinario di Diritto del Lavoro (IUS/07) Università degli Studi di Perugia – **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:

**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) – **Dario Sammarro** (Dottorando di ricerca in diritto amministrativo (IUS/10) Università degli Studi della Basilicata) – **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 Martínez** (Universidad Externado de Colombia) – **Gianni Cortigiani** (Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze) – **Manlio D’Agostino Panebianco** (CeSIIntES 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) – **Angelo Delogu** (Università degli Studi di Urbino Carlo Bo) – **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 Giroto** (Università degli Studi di Udine) – **David Grifoni** Avvocato del Foro di Firenze – **Emanuele Guarna Assanti** (Università degli Studi Guglielmo Marconi) – **Francesca Guerriero** (Avv. penalista del Foro di Roma) – **Antonio Guidara** (Università degli Studi di Catania) – **Anna Rita Iacopino** (Università degli Studi dell’Aquila) – **Paolo Iafrate** (Università degli studi di Roma “Tor Vergata”) – **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) – **Mezzacapo Domenico** (Università La Sapienza di Roma) – **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) – **Susana Moreno Caliz** (Universitat de Barcelona) – **Asensio Navarro Ortega** (Universidad de Granada) – **Alberto Oddenino** (Università degli Studi di Torino) – **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (Centro Universitario Estácio da Amazônia) – **Vittorio Pampanin** (Università degli Studi di Pavia) – **Vera Parisio** (Università degli Studi di Brescia – Esperta in materia ambientale) – **Maria Antonella Pasculli** (Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”) **Paolo Patrino** (Università degli

*Studi di Torino*) – **Mauro Pennasilico** (*Università degli Studi di Bari Aldo Moro*) – **Vincenzo Pepe** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*) – **Francesco Perchinunno** (*Università degli Studi di Bari*) – **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*) – **Flavio Ponte** (*Università degli studi della Calabria*) – **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** (*Università di' Cassino e del Lazio Meridionale*) – **Donato Vese** (*Università degli Studi di Torino*).

## Sezione specializzata – DIRITTO DEL LAVORO

**ALI (Ambiente, Lavoro, Impresa)**

### ORGANIGRAMMA

#### DIREZIONE SCIENTIFICA

**Bellomo Stefano**, *Ordinario di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma* – **Cataudella Maria Cristina**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Roma Tor Vergata* – **Preteroti Antonio**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Perugia*.

#### COMITATO SCIENTIFICO

**Balletti Emilio**, *Ordinario di Diritto del lavoro Università della Campania L. Vanvitelli* – **Bellavista Alessandro**, *Ordinario di Diritto del lavoro Università degli Studi di Palermo* – **Campanella Piera**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Urbino Carlo Bo* – **D’Alessandro Giovanni**, *Ordinario di istituzioni di diritto pubblico Università Niccolò Cusano* – **Ferluga Loredana**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Messina* – **Lambertucci Pietro**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi dell’Aquila* – **Maio Valerio**, *Ordinario di diritto del lavoro UnitelmaSapienza* – **Pascucci Paolo**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Urbino Carlo Bo* – **Passalacqua Pasquale**, *Ordinario di Diritto del lavoro Università degli Studi di Roma Tor Vergata Direttore Ufficio del lavoro della Sede Apostolica* – **Pellacani Giuseppe**, *Ordinario di Diritto del lavoro Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia* – **Pérez de los Cobos Orihuel Francisco**, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid Presidente Emérito del Tribunal Constitucional* – **Sánchez Trigueros Carmen**, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Murcia* – **Sánchez-Urán Azaña Yolanda**, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid* – **Sempere Navarro Antonio Vicente**, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Presidente del Tribunal Supremo* – **Valente Lucia**, *Ordinario di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma*

– **Venditti Lucia**, *Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Napoli Federico II* – **Zilio Grandi Gaetano**, *Ordinario di diritto del lavoro Prorettore Università Ca' Foscari*.

## REDAZIONE

Coordinatori: **Cairolì Stefano**, *Associato di diritto del lavoro Università degli Studi di Perugia* – **Luigi Carbone**, *Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico – Università degli Studi di Trieste* – **Ferraro Fabrizio**, *Ricercatore di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma*  
– Componenti: **Calderara Dario**, *Ricercatore di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma*  
– **Rocchi Luisa**, *Assegnista di diritto del lavoro Sapienza Università di Roma* – **Giampà Gianluca**, *Dottorando di ricerca in diritto del lavoro Sapienza Università di Roma* – **De Giuli Flaminia**, *Dottoranda di ricerca in diritto del lavoro Sapienza Università di Roma*.

*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*

<b>RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA inserita nell'Area 12 - Classe A - ANVUR</b>	1
.....	
<b>ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA</b>	3
<b>EDITORIALE</b>	15
COSTITUZIONE ECONOMICA: PRIVATIZZAZIONI E PROPRIETÀ PUBBLICA DEMANIALE	16
<b>Paolo Maddalena</b>	16
<b>SAGGI</b>	42
(DIS)INFORMAZIONE VERDE E TUTELA CONSUMERISTICA NEL PANORAMA NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE EUROPEO	43
<b>Maria Monica Barone – Gianni Capobianco**</b>	43
ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE INTORNO ALLA GENEALOGIA TEORICA DELLA “NUOVA” COSTITUZIONE ECONOMICA	70
<b>Paolo Piluso*</b>	70
AMBIENTE E TECNOLOGIE: NUOVE SFIDE PER LA TUTELA DELLA PERSONA	95
<b>Lucia Ruggeri</b>	95
AUTONOMIA DIFFERENZIATA E TUTELA AMBIENTALE	112
<b>Francesco Giulio Cuttaia*</b>	112
I POTERI AMMINISTRATIVI IMPLICITI: UN TEMA ALLA RICERCA DI SOLUZIONI ...	132
<b>Federico Francesco Guzzi*</b>	132
IL DIRITTO ALL’OBLIO TRA DIRITTO DI CRONACA, RIEVOCAZIONE STORICA E VINCOLO DI TUTELA DI UN BENE CULTURALE	154
<b>Adriano Buzzanca</b>	154
IL RITORNO DELLO STATO PROGRAMMATTORE: TRANSIZIONE ECOLOGICA, RIFORMA DELL’ART. 41 COST. E NUOVI MODELLI D’INTERVENTO PUBBLICO <i>Con una nota sul ruolo di banca d’Italia</i>	166
<b>Matteo Milanese</b>	166

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI ACCESSO NEL NOSTRO ORDINAMENTO (IN MEMORIA DI MARIO NIGRO).....	181
<b>Paolo Musacchio</b> .....	181
L'INTERPRETAZIONE FAVOREVOLE ALL'ACCUSATO NEL DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE: UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E USA .....	218
<b>Mario Caterini</b> .....	218
LA FORMAZIONE NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI: LA STRATEGIA PROFESSIONALIZZANTE E IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.....	232
<b>Remo Morzenti Pellegrini</b> .....	232
LA NOVELLA DEGLI ARTT. 9 E 41 COST.: SPUNTI SISTEMATICI TRA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE E LIMITI ALLA REVISIONE COSTITUZIONALE* .....	246
<b>Filippo Vari**</b> .....	246
LA PROCEDURA ABILITATIVA SEMPLIFICATA PER IMPIANTI FER: DALLE ESIGENZE DI SEMPLIFICAZIONE AI DUBBI APPLICATIVI .....	257
<b>Giuseppe La Rosa*</b> .....	257
LA SCISSIONE TRA AMANTEA E CAMPORA SAN GIOVANNI: IL CONSIGLIO DI STATO ED IL TAR CATANZARO DICONO CHE "IL RITORNO ALLE ORIGINI DI TEMESA" PUÒ ATTENDERE. NOTE ALLA SENTENZA DEL TAR DI CATANZARO SEZ. I, 13/07/2023, N. 1035 .....	285
<b>Tiziana Salvino*</b> .....	285
LA TUTELA PENALE DELL'AMBIENTE MARINO NEL QUADRO INTERNAZIONALE ED EUROPEO.....	299
<b>Giulia Rizzo Minelli</b> .....	299
LUCI E OMBRE DEL PRINCIPIO DEL RISULTATO .....	336
<b>Fabio Cusano</b> .....	336
THE HUMAN RIGHT TO WATER IN INTERNATIONAL TREATIES: EXISTENCE, PREVENTION AND MANAGEMENT.....	345
<b>Francesco Anastasi - Alessandro Suppa</b> .....	345
TURISMO SOSTENIBILE E POLITICHE TERRITORIALI. PROFILI GIURIDICI .....	366
<b>Barbara Accettura, Marco Brocca, Francesco Fabrizio Tuccari</b> .....	366
TUTELA DEL PATRIMONIO CULTURALE E CONFISCA DEI BENI .....	381
<b>Gaetano Bonifacio</b> .....	381
VERSO LA SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA MORALE E GIURIDICA DEI CONIUGI .....	400

<b>Luana Leo*</b> .....	400
VERSO UN APPROCCIO “COMPETENCE-BASED” PER LA RIFORMA E LO SVILUPPO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ITALIANA.....	415
<b>Remo Morzenti Pellegrini</b> .....	415
<b>SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO</b> .....	431
<b>ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA)</b> .....	431
AMBIENTE DIGITALE E BENESSERE: LA DISCONNESSIONE COME DIRITTO DELLA PERSONALITÀ E STRUMENTO DI TUTELA DELLA DIGNITÀ UMANA .....	432
<b>Antonio Preteroti</b> .....	432
1. L’ambiente di lavoro digitale e il primo riconoscimento legislativo espresso del diritto alla disconnessione. ....	433
LA ÚLTIMA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: UNA VUELTA AL PASADO.....	462
<b>Javier Thibault Aranda</b> .....	462
<b>FOCUS</b> .....	486
ECONOMIA CIRCOLARE E SVILUPPO SOSTENIBILE. ....	487
I SOTTOPRODOTTI DI ORIGINE INDUSTRIALE.....	487
<b>Paola Bologna</b> .....	487
RIFORMA COSTITUZIONALE: ISTRUZIONI PER L’USO.....	496
<b>Gian Paolo Dolso</b> .....	496
AMBIENTE E BIOSFERA: LA ROVINA DEL PIANETA E QUELLA DEL TERRITORIO ....	504
<b>Paolo Maddalena</b> .....	504
<b>Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT</b> .....	514

# EDITORIALE



EDITORIALE

## COSTITUZIONE ECONOMICA: PRIVATIZZAZIONI E PROPRIETÀ PUBBLICA DEMANIALE

**Paolo Maddalena**

*Vice Presidente Emerito della Corte costituzionale*

**SOMMARIO:** 1. La nostra Costituzione “riconosce e garantisce” principi etici, creando “L’Etica repubblicana”. - 2. Il concetto di “comunità”. Sua origine storica. Lo Stato comunità. - 3. Vita e progresso dello Stato comunità. Rapporto tra mondo delle persone (il Popolo) e mondo delle cose (territorio). Necessaria divisione tra beni fuori commercio e beni in commercio. Art. 42 Cost. Il “demanio costituzionale”. - 4. I “beni comuni” nel tessuto del demanio costituzionale. - 5. Il “sistema economico” recepito in Costituzione. - 6. Il primo colpo sferrato contro il funzionamento del delineato quadro costituzionale. L’affermazione delle idee neoliberiste. - 7. Realizzazione del sistema economico predatorio neoliberista. Il mercato generale e il mercato unico europeo. Alcuni eventi più significativi di questa costruzione. - 8. Il duro colpo che la modifica del Titolo V della Parte seconda della Costituzione ha inferto contro l’Unità d’Italia e l’esistenza stessa dello Stato comunità. - 9. Come ricostituire il “sistema economico produttivo” di stampo Keynesiano e come riportare la Costituzione ai suoi antichi splendori.

### **1. La nostra Costituzione “riconosce e garantisce” principi etici, creando “L’Etica repubblicana”.**

Non sono pochi coloro che definiscono la nostra Costituzione la più bella del mondo, ma, purtroppo, serpeggiano sempre più numerosi i tentativi di modificarla in



senso negativo e antidemocratico, come peraltro è già avvenuto con la modifica del Titolo V, della Parte seconda. Ora le proposte sono quelle del Presidente del Consiglio dei Ministri Giorgia Meloni sul semipresidenzialismo alla francese e quella del Ministro leghista Calderoli, sull'attuazione delle "autonomie differenziate".

Due proposte che travolgono e distruggono l'essenza stessa della nostra Costituzione. E tutto questo mentre si sta procedendo velocemente a distruggere completamente il produttivo sistema economico Keynesiano, che ci portò al "miracolo economico" degli anni sessanta, per sostituirlo con l'errato e malefico sistema economico predatorio neoliberista, frutto di un "pensiero unico" che non ammette contraddizioni.

Si rende perciò necessario porre in evidenza, da un lato i grandiosi pregi della nostra Costituzione, e dall'altro i gravissimi danni economici che, oltre alle modifiche costituzionali, effettuate o minacciate, provengono dall'attuazione, mediante leggi incostituzionali, del citato "pensiero unico" dominante del neoliberismo economico. Quanto alla grandiosità della nostra Costituzione, a parte la complessità, i collegamenti e la chiarezza che ne caratterizzano la scrittura, va posto in primo piano il fatto che essa poggia la sua essenza, non su una astratta norma fondamentale liberamente posta in essere dal legislatore di turno, e cioè una *grundnorm* di stampo Kelseniano, ma sul "valore" della "persona umana", al quale si è aggiunto, con una molto pertinente modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione, il valore indiscutibile dell' "ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e della cura degli animali". In tal modo all'originario carattere "antropocentrico", si è aggiunto un carattere "biocentrico", che contiene e valorizza il primo, dando vita a un insieme di "valori", che costituiscono nel loro insieme quella che viene chiamata "l'etica repubblicana", nella quale sono ravvisabili i fini cui tende la nostra Carta costituzionale.

Ne sono espressione: l'art. 2 Cost., secondo il quale "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"; l'art. 3, comma 2, Cost., secondo il quale "la Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", nonché l'art. 4, comma 2, Cost., secondo il quale "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”.

Riecheggiano, nei citati articoli 2 e 3, comma 2, i principi della rivoluzione francese (“libertà” e “eguaglianza”, nell’art. 3, comma 2, e “solidarietà”, nell’art. 2), ma ben diversa ne è la portata, poiché questi principi, non riguardano soltanto l’“individuo” (la classe borghese), bensì anche le “formazioni sociali” nel loro complesso, come presto si vedrà.

D’altro canto, tra questi “principi fondamentali un ruolo di primaria importanza è svolto dal “lavoro” (art. 4, commi 1 e 2), una ricchezza che tutti posseggono (tranne gli “inabili”, i quali hanno diritto all’assistenza sociale, come prevede l’art. 38 Cost.), e che deve essere equamente retribuito in modo da assicurare al lavoratore e alla famiglia “un’esistenza libera e dignitosa” (art. 36, comma 1, Cost.), realizzando così un substrato minimo di “eguaglianza sociale”. Né sfugga che un ruolo altrettanto fondamentale è svolto dal principio della “partecipazione” (art. 3, comma 2), in base al quale è esplicitamente sancito che la Repubblica non si regge soltanto sull’opera delle Istituzioni, ma anche sull’attività di tutti i cittadini.

Quanto detto marca in modo chiaro la enorme differenza esistente tra il precedente “Statuto albertino”, che privilegiava la ricchezza materiale, e la nostra “Costituzione”, che è informata al citato e inviolabile principio della “eguaglianza economica e sociale”. Come si nota non siamo più davanti a dei “principi” imposti dall’Autorità di turno (come è per la Costituzione francese del 1958, voluta da Charles de Gaulle), ma di fronte a dei “valori universali”, che sono, come si è detto, “riconosciuti e garantiti” dalla Costituzione, entrando così nel mondo giuridico e definendo quella che giustamente è stata denominata “l’Etica repubblicana”.

## **2. Il concetto di “comunità”. Sua origine storica. Lo Stato comunità.**

Se poi si passa dal piano dei valori a quello della descrizione della “struttura” della Repubblica (la Parte seconda della Costituzione si intitola per l’appunto “Ordinamento della Repubblica”) il primo concetto che balza agli occhi, in immediata evidenza, è il concetto di “comunità”.

Infatti, una volta posto come primario il valore della “persona”, appare evidente che diventa necessario stabilire in quale ambito relazionale la singola persona può svolgere e migliorare la propria personalità.



Molto chiarificatore al riguardo è il citato art. 2 Cost., il quale, come si è appena visto, offre una nozione di “comunità”, che è adattabile dalla comunità più piccola alla più grande, poiché i suoi elementi costitutivi vengono individuati in un “aggregato umano”, nel quale ai “diritti” di ciascuno corrispondono, come si è accennato, “inderogabili doveri di solidarietà politica economica e sociale”.

Si tratta di una definizione ampia e generale che va dalla famiglia, al luogo di lavoro, al sindacato, al quartiere o al Comune dove si vive e, sia ben chiaro, non soltanto alle cosiddette “comunità intermedie”, sulle quali si è fermata la dottrina, ma anche alle più grandi comunità come quelle costituite dallo Stato, dalla Unione Europea e dall’umanità intera.

Ed a questo proposito è appena il caso di precisare che la “comunità”, se riferita alla “comunità nazionale”, può ben identificarsi con il concetto di “Patria”, del quale parla l’art. 52 Cost., intendendo per Patria non una comunità definita in termini biologici o razziali, ma una comunità nella quale ogni individuo, da chiunque e in qualunque luogo sia stato generato, si sente, culturalmente e relazionalmente, in grado di vivere, agire e partecipare attivamente alla vita comune.

Peraltro, nell’ambito del nostro discorso, il tipo di “comunità” che maggiormente ci interessa, è quello denominato “Stato comunità”, considerato che è a questo tipo di comunità cui sono prevalentemente dedicate le norme della nostra Costituzione.

In questa ottica, appare chiaro che il concetto di “comunità”, sul quale deve accentrarsi la nostra attenzione è un concetto eminentemente storico, la cui “struttura” si comprende agevolmente se si tiene presente la formazione delle prime Città Stato.

Infatti, se si prende a esempio la fondazione di Roma, ci si accorge che la creazione della *Civitas* dipese dalla decisione di tre Tribù (quella dei *Ramnes*, dei *Tities* e dei *Luceres*), che vagavano sui sette colli, di riunirsi in un solo “aggregato umano”, il “*Populus Romanus Quirites*”; di stanziarsi su dei terreni, delimitati da quelli circostanti con precisi confini, denominato “*territorium*” (da *terrae torus*, misura di terra); e infine di sottoporsi all’osservanza di regole di comportamento, costituite dalle costumanze già esistenti nei rapporti tra i singoli soggetti (i “*mores maiorum*”). Sicché la struttura della Città Stato si compendì in tre elementi: il popolo, il territorio e l’ordinamento giuridico.



### 3. Vita e progresso dello Stato comunità. Rapporto tra mondo delle persone (il Popolo) e mondo delle cose (territorio). Necessaria divisione tra beni fuori commercio e beni in commercio. Art. 42 Cost. Il “demanio costituzionale”.

E, a ben vedere, è a questa struttura che bisogna guardare, se si vuol capire in qual modo una comunità statale, una volta creata, riesce a mantenersi in vita e a progredire. Si vuol dire che il primo dato da prendere in esame è il rapporto tra il Popolo e il territorio, cioè tra il mondo delle persone e il mondo delle cose.

Un rapporto che riflette la sua essenza nei concetti di “proprietà pubblica”, (l'appartenenza del territorio e di quanto sul territorio esiste al “Popolo”) e la “proprietà privata”, (cioè l'appartenenza dei beni a singoli cittadini). Ed è subito da notare che, come ha dimostrato il Niebuhr<sup>1</sup>, sin dal 1811, fu la “proprietà pubblica”, la proprietà del “*Populus*”, la prima forma di appartenenza a essere conosciuta, e non la “proprietà privata” (i cui primi connotati apparvero peraltro, ad opera dei giureconsulti romani, solo agli albori del primo secolo a. C.), come ancor oggi si ostina a ritenere la dominante dottrina.

Comunque, ciò che maggiormente colpisce è che, nel corso della storia, c'è stato un continuo tentativo del “privato” di prevalere abusivamente sul pubblico, un abuso contro il quale si sono schierati politici delle varie epoche (tranne l'attuale) e giuristi di vaglia, a cominciare dal giurista Gaio, del secondo secolo dopo Cristo, il quale operò una netta distinzione, una “*divisio*”, tra “*res publicae*” e “*res privatae*”.

Si legge in (Gai Inst., 2.11): “*Quae publicae sunt nullius videntur in bonis esse: ipsius enim 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) che i beni, le *res*, “*vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur*”.

Si tratta, peraltro di una “*divisio*” che appare molto opportunamente trascritta nell'articolo 42, primo comma, primo alinea, della nostra Costituzione, nel quale si legge: “La proprietà è pubblica o privata”. Anche per la nostra Costituzione, dunque, questa divisione è assolutamente necessaria e, tra l'altro, è posta bene in evidenza da quell' “o” disgiuntivo, che non consente equivoci.

---

1 G. B. NIEBUHR, *Romische Geschichte*, Berlin, 1811, 1, p. 245 ss.



Ed è inoltre da precisare che, in Costituzione, mentre la “proprietà pubblica” non ha limiti, ed è storicamente “originaria”, 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<sup>2</sup>. D’altro canto, è stato giustamente notato che l’appartenenza del territorio al popolo sovrano è “condizione di pensabilità di ogni ordinamento giuridico”<sup>3</sup> e inoltre, come precisa Salvatore Settis<sup>4</sup>, “si sostanzia nel primato della proprietà pubblica del popolo nel suo insieme, sul territorio nella sua interezza”.

D’altro canto, non deve dimenticarsi che questa “divisione” tra beni pubblici e privati 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”.

È molto opportuno, a mio sommo avviso, porre in evidenza, a questo punto, che la nostra Costituzione non si limita a distinguere il pubblico dal privato (art. 42, comma 1, Cost.) e a far in modo che l’attività economica pubblica e privata siano indirizzati a fini sociali (art. 41, comma 3, Cost.), ma assicura altresì che la “proprietà pubblica” abbia il carattere della “demanialità”, sia in altri termini, inalienabile, inusucapibile e inespugnabile. Se ne rese conto immediatamente Massimo Severo Giannini<sup>5</sup>, il quale interpretò la dizione “proprietà pubblica”, come “proprietà collettiva demaniale”, derivando tale significato, molto probabilmente, anche dal fatto che dopo le parole “la proprietà è pubblica o privata”, questo articolo della Costituzione, prosegue parlando dei “beni economici”, cioè dei “beni commerciabili”, lasciando intendere che i beni pubblici, appena prima citati, sono da ritenere “non commerciabili”.

Viene così in evidenza il concetto di “demanio”, un concetto dal quale non è possibile prescindere nell’ambito del nostro discorso. Il “demanio” fu inventato dall’imperatore Federico II, il quale, essendosi reso conto che nel corso del medio evo singoli soggetti si erano impadroniti di numerosissimi beni di eminente carattere

---

2 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Ed., Adelphi, 2011, p. 24.

3 M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, Giappichelli, Torino, 2008.

4 S. SETTIS, *Azione popolare*, Ed. Einaudi, Torino, 2012, p. 136.

5 M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Ed. Bulzoni, Roma, 1971, rist. 1981, p. 47.



pubblico, come le strade (il cui transito era diventato a pagamento), i fiumi, i porti, le spiagge, i grandi Palazzi pubblici, ecc., vantando su di essi un loro “*dominium utile*”, emanò a Melfi, nel 1231, il *Liber Constitutionum*, con il quale riportava sotto il proprio “*dominium eminens*” i citati beni di preminente interesse pubblico, restituendoli in tal modo all’uso comune di tutti. Si trattò di una idea geniale, la quale è rimasta presente anche nelle codificazioni moderne e, come vedremo, richiede ora un aggiornamento alla luce dei “principi e dei diritti” costituzionali.

A proposito della creazione del “demanio” da parte degli Stati moderni che provvidero alle codificazioni, c’è un dato importante da non sottovalutare. È il fatto che, concependo come originaria la “proprietà privata”, la “demanializzazione” di certi beni di particolare interesse generale, il fatto cioè di togliere dal commercio i beni in questione, trasferendoli nell’ambito della “utilizzazione pubblica”, fu ritenuto un atto “sovrano”, che indusse i giuristi a ripensare la stessa “natura giuridica” dello Stato persona. E, in proposito, non si può tacere il pensiero di quegli Autori, come il Meucci<sup>6</sup>, i quali furono concordi nell’affermare che il “titolare del diritto demaniale va individuato nello Stato, concepito, non come persona giuridica, ma come popolo governato e rappresentato”<sup>7</sup>.

E si ricordi che il Regolamento per l’amministrazione e la contabilità dello Stato, approvato in epoca non sospetta, e cioè con R.D. 4 maggio 1885, n. 3074, aveva già sancito che “*i beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali. Costituiscono il demanio pubblico i beni che sono in potere dello Stato a titolo di sovranità, e formano il patrimonio quelli che allo Stato appartengono a titolo di privata proprietà*”. Si direbbe una acutissima anticipazione di quanto ha poi sancito la nostra Costituzione, che ha parlato di proprietà pubblica demaniale del Popolo sovrano.

Si è trattato, però, di spunti di carattere eccezionale, poiché la stragrande maggioranza dei giuristi ha ritenuto, e continua a ritenere, che lo Stato si concretizza in una forma di organizzazione politica caratterizzata da un “Ente sovrano”, dotato di personalità giuridica, che esercita su un dato territorio un potere eminente (sovrano), disponendo, in casi estremi, dell’uso legittimo della forza. Un convincimento che, purtroppo, impedisce agli addetti ai lavori di avere una comprensione compiuta dello Stato comunità e di rendersi conseguentemente conto che l’attuale Stato persona, o apparato, che dir si voglia, è soltanto un “Organo” di cui si serve lo Stato comunità,

6 L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Ed. Fratelli Bocca, Torino, 1905, p. 315 ss.

7 D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, p.193; D. PASINI, *Stato-governo e Stato-società*, Milano, 1969.



titolare della sovranità, per il perseguimento degli interessi generali, come può agevolmente dedursi da alcune considerazioni del Sandulli<sup>8</sup>.

Il dato più grave è comunque consistito nel fatto che, pur restando nell'ambito di una concezione dello Stato come "Entità puramente giuridica", la maggioranza dei giuristi non ha voluto tener presente che, transitandosi dallo "Stato persona" sancito dallo Statuto albertino, allo "Stato comunità" introdotto dalla nostra Costituzione, si è passati da uno Stato "soggetto singolo" (la persona giuridica) a uno Stato "soggetto plurimo" (il Popolo), per cui è cambiata anche la "natura" del concetto di "appartenenza" dei beni allo Stato, che, per lo "Stato persona singola" rientra nel (magari *latu sensu*) nel concetto di "proprietà privata" (con tutte le contraddizioni alle quali abbiamo fatto cenno a proposito del demanio civilistico); mentre per lo "Stato comunità", "soggetto plurimo", il concetto di appartenenza assume necessariamente la natura della "proprietà pubblica", cioè, come già accennato, di una proprietà collettiva demaniale di tutti i cittadini, la quale, proprio perché appartenente a tutti non può essere trasferita a singoli, mediante la "sdemanzializzazione", né può essere "svuotata" del suo contenuto e "compressa" nella sua estensione (l'art. 42, comma 2, Cost. parla chiaramente di una proprietà "piena") mediante la "concessione" a singoli privati, istituto, come si vedrà, del quale si fa ancora largo uso in pieno contrasto con i principi fondanti della nostra Costituzione.

Emerge chiaramente, a questo punto, il nuovo concetto del "demanio costituzionale". Esso, diversamente dal demanio civilistico, non ha la sua "fonte" in un atto di "sovranità" dello Stato, ma nasce con la stessa costituzione dello Stato, e da questo (cioè dallo Stato comunità) è "riconosciuto e garantito". Ed è da sottolineare che la sua essenza non ha nulla a che vedere con la proprietà privata, ma, come si è ripetuto, si identifica perfettamente con quel tipo di rapporto tra soggetto e oggetto, definito "proprietà pubblica" del popolo, o, meglio, "proprietà collettiva demaniale". Si deve dire, anzi, che l'espressione "demanio costituzionale" è sinonimo dell'espressione "proprietà pubblica".

A questo punto non resta che stabilire il contenuto del "demanio costituzionale", non resta, in altri termini, che individuare i beni che, in base al vigente ordinamento costituzionale, devono definirsi "beni demaniali".

In proposito è da notare innanzitutto che, oramai da tempo, il difetto maggiore che la dottrina, la giurisprudenza e, sia pure in modo approssimativo, l'immaginario

---

8 A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Jovene, Napoli, 1969, p. 5.



collettivo, hanno riscontrato nel tradizionale “demanio civilistico”, ha riguardato la “tassatività” dell’elencazione dei beni che ne fanno parte. Un carattere tassativo che mal si concilia con l’evoluzione economica e sociale del Paese e con l’insorgente necessità di aggiungere altri beni, specie di carattere culturale e economico, nell’ambito del demanio.

Ne consegue che, ai fini della pratica identificazione di questi beni è assolutamente impossibile una “elencazione tassativa”, come fa il nostro codice civile, ma è necessaria una “interpretazione” che tenga conto dei principi fondamentali e dei diritti fondamentali sanciti in Costituzione e che faccia discendere la “demanialità” di un bene proprio dal suo inquadramento nell’ambito di detti principi e diritti<sup>9</sup>. E non sfugge, in proposito, che il primo principio fondamentale cui far riferimento ai nostri fini è quello che attiene all’esistenza stessa della Repubblica, come delineata nell’art. 1 Cost.

Balza cioè in primo piano l’elemento essenziale per la “costituzione, identificazione e mantenimento” della Repubblica e cioè, come si è visto, il “territorio”. Il territorio, infatti, ha la funzione di porre a sostegno della vita della Comunità gli strumenti e i mezzi indispensabili per la vita di ogni giorno, in una visione che non si fermi al momento istantaneo, ma che si proietti anche per il futuro.

Ed è per questo che i primi beni del “demanio costituzionale” non possono che riguardare alcune parti del territorio, indispensabili a detti fini. Si tratta dei beni già elencati dall’art. 822 del codice civile, secondo il quale “fanno parte del demanio pubblico, il lido del mare, la spiaggia, i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia”. Tale elencazione peraltro, ha origini antiche e sono in gran parte rinvenibili in un frammento del giureconsulto Marciano, nel terzo secolo dopo Cristo, secondo il quale sono “*iure naturali*” di appartenenza comune a tutti: “*aer, aqua profluens, mare et propter id litora maris*”.

Sempre seguendo il criterio di riferirsi ai beni “costitutivi, identificativi e manutentivi” dello Stato comunità, ritengo 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 “preariato”), il quale, come è noto, è “fondamento” della Repubblica” (art. 1 Cost.) e “diritto fondamentale di tutti i cittadini” (art. 4, primo comma, Cost.).

---

<sup>9</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Ed. Giuffré, Milano 1971, p. 324.



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".

E si deve ricordare in proposito che la nostra Costituzione individua i beni essenziali alla vita della Comunità secondo una visione dinamica e onnicomprensiva, che vuole la utilizzazione di tutte le energie disponibili: quelle "naturali" e quelle, soprattutto, "lavorative", per conseguire il progresso materiale e spirituale dell'intera Comunità (art. 4 Cost.) cui abbiamo appena fatto cenno.

E si tenga presente, al riguardo, che non tutti hanno da porre in campo un rilevante patrimonio o somme cospicue di danaro, ma tutti sono obbligati (hanno il "dovere") di porre in azione le proprie energie lavorative, per cui soltanto "gli inabili al lavoro" sono esentati da questo dovere e hanno diritto all'assistenza sociale (art. 38 Cost.).

Ed è da sottolineare ancora che, al fine di assicurare a tutti il "diritto al lavoro", l'art. 4, comma 1, della Costituzione sancisce che la "Repubblica", non solo "riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro", ma "promuove altresì le condizioni che rendano effettivo questo diritto". Altri "principi fondamentali" che ci portano a "individuare beni del demanio costituzionale" sono poi quelli di cui all'art. 9 della Costituzione, il quale, dopo la riforma costituzionale, approvata dal Parlamento l'8 febbraio 2022, "aggiunge" alla già prevista tutela del "paesaggio" e del "patrimonio artistico e storico della Nazione", 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".

Ulteriore e importante "criterio di individuazione" deve poi trarsi dall'art. 43 Cost., la cui attenta lettura disvela che devono essere in mano pubblica, e cioè devono essere considerati beni del "demanio costituzionale", "i servizi pubblici essenziali, le fonti di energia e le situazioni di monopolio, che abbiano carattere di preminente interesse generale".

Si tratta, come è evidente, di una precisazione fortemente innovativa rispetto al "demanio civilistico", e di enorme importanza pratica, poiché porta a ritenere "demaniali" e, quindi inalienabili e incomprimibili, "i servizi pubblici essenziali" e le "attività" inerenti alla derivazione, acquisto, stoccaggio e distribuzione delle fonti di



energia (acqua, luce, gas, ecc.), le quali condizionano la nascita e lo sviluppo dell'economia nazionale (art. 43 Cost.). Qui più che altrove viene in evidenza che le "concessioni a privati" dei "servizi pubblici essenziali (che sono fonti sovente inesauribili di ricchezza: si pensi al "servizio radiotelevisivo"), nonché di "attività" che ineriscono all'estrazione, acquisto, trasporto, stoccaggio e distribuzione di fonti di energia, le quali condizionano peraltro l'intera attività economica produttiva della Nazione, sono da ritenere assolutamente "vietate", poiché si tratta di servizi e attività che, ai sensi del citato art. 43 Cost., devono essere "in mano pubblica o di comunità di lavoratori o di utenti".

#### **4. I "beni comuni" nel tessuto del demanio costituzionale.**

Tra i beni del demanio costituzionale sono da inserire, a mio avviso, i "beni comuni", la cui definizione, è rimasta oscura e ambigua, non ostante la chiara e precisa sia stata l'origine dell'espressione. Al riguardo giova 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<sup>10</sup>, mentre in Italia questa espressione compare per la prima volta, come atto ufficiale, nel disegno di legge elaborato dalla Commissione Rodotà, scritto nel 2007, 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 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 usate dalla Ostrom sono "comunità", "beni comuni o collettivi", "gestione da parte della comunità", "partecipazione di

---

10 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.



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 e universale.

L’esatto contrario del concetto di “comunità” lo si riscontra invece, sia nella Relazione, sia nel testo del disegno di legge delega<sup>11</sup>, elaborati dalla Commissione Rodotà<sup>12</sup>. La relazione definisce “i beni comuni” come “quelli idonei a esprimere utilità funzionali all’esercizio di diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona umana, essendo peraltro informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità”. Lo schema del disegno di legge, invece, in contraddizione al principio del mantenimento intergenerazionale delle utilità, “abolisce” il “demanio” ed è attentissimo a evitare che vi possa essere una sia pur minima contaminazione tra il concetto di “proprietà pubblica” (di cui al citato art. 42 Cost.) e i beni comuni. In sostanza esso evita anche di nominare la “proprietà pubblica”, e considera esistente nell’ordinamento soltanto la “proprietà privata”. Si tratta peraltro di un atteggiamento pienamente voluto.

Infatti, 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

---

11 In Atti del Ministero della Giustizia del 15 febbraio 2008.

12 Sembra doveroso ricordare che Stefano Rodotà non condivise le conclusioni della Commissione da lui diretta. Infatti, nel suo libro *“Il terribile diritto”* (Ed. Il Mulino, 2013, p. 464 ss.), egli avverte che “l’attenzione rivolta ai beni comuni non si risolve tutta nella costruzione di una nuova categoria di beni”.

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 posizione nettamente contraria alla considerazione dei "beni comuni" nel quadro della "proprietà pubblica" è quella assunta da Ugo Mattei, nel suo "Manifesto"<sup>13</sup>. In questo si legge che i beni comuni sono "una tipologia di diritti fondamentali di ultima generazione", "scollegati dal paradigma dominicale (individualistico) e autoritario (Stato assistenziale)". Insomma, per Mattei "la sovranità statale e la proprietà privata hanno struttura identica, quella dell'esclusione e dell'arbitrio sovrano".

È necessario, quindi, "respingere l'equazione tra Stato e diritto", e "non si deve trasferire la gestione dei beni comuni a strutture dello Stato o di enti locali". Ciò perché "i beni comuni non riconoscono altro sovrano rispetto a chi vi accede". Questa tesi, pur lodevole in talune sue impostazioni concettuali, rischia tuttavia, come afferma Salvatore Settis<sup>14</sup>, "di giocare il nuovo ruolo dei beni comuni sul tavolo di un programmato indebolirsi, non solo dello Stato persona, ma anche dello Stato comunità".

Si tratta insomma di una impostazione, continua il Settis, che "finirebbe per allearsi con chi da anni lavora alacremente per smontare lo Stato, la sua sovranità e i suoi valori collettivi". Non solo. È da aggiungere anche che, in questa costruzione, è completamente assente la Costituzione, con i suoi valori e i suoi principi fondamentali, mentre, conseguentemente, sconvolto ne rimane il complesso armonico dei "diritti fondamentali" in essa sanciti.

Tuttavia, se torniamo alla sopra descritta impostazione, questo divagare in direzioni contrapposte, senza arrivare a nessuna valida soluzione, a mio sommo avviso, si dissolve e tutto si ricompone nel considerare i "beni comuni" come beni in "proprietà pubblica demaniale", e, in ultima analisi, come beni "fuori commercio", perché essenziali alla costituzione, individuazione e mantenimento dello Stato comunità. Del

---

13 U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Ed. Laterza Roma-Bari, 2011, p. 10.

14 S. SETTIS, *Azione popolare*, cit., p. 108 ss.



resto, l'aggettivo "comune" fa pensare al pubblico e non certo al privato, e, di conseguenza è di forte ostacolo a che si possa pensare a un bene comune in "proprietà privata", come si legge nello schema di legge della Commissione Rodotà.

In conclusione, al termine di questo discorso sulla "struttura" dello Stato comunità, sembra che si possa tranquillamente affermare che, grazie alla vigente Costituzione repubblicana, l'area del "demanio costituzionale" si è notevolmente ampliata rispetto a quella del demanio civilistico, assumendo i caratteri di un demanio pienamente aggiornato con i tempi, in quanto contiene come proprio oggetto, anche beni, materiali e immateriali, che ineriscono allo sviluppo industriale e tecnologico del nostro Paese.

In una sola parola, si deve affermare che: beni fuori commercio, proprietà pubblica, demanio costituzionale e beni comuni sono aspetti diversi di una unica realtà: una realtà economica che necessita di una "*divisio*" tra beni fuori commercio a sostegno dell'intera comunità e beni in commercio a disposizione dei singoli, come si deduce dal citato art. 42, Cost., secondo il quale, come si è ripetuto, "la proprietà è pubblica e privata" ed anche dall'art. 2 Cost., secondo il quale "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

## 5. Il "sistema economico" recepito in Costituzione.

Resta, a questo punto da precisare, quale sia il "sistema economico" che la Costituzione accoglie per il funzionamento della vita democratica. E a tal riguardo non può apparire dubbio che la "struttura" dello Stato comunità, informata, come si è visto, ai "principi fondamentali" della Costituzione, recepisce in piene il "sistema economico produttivo" di stampo Keynesiano.

Basti pensare che la nostra Costituzione considera il "lavoro" fondamento e motore dell'economia nazionale, per concordare con Keynes sulla necessità di distribuire la ricchezza alla base della piramide sociale, in modo che i lavoratori si rechino ai negozi, questi alle imprese e queste ultime assumano lavoratori e producano merci. E non si può tacere che c'è un altro importante punto di contatto tra l'impianto costituzionale e la tesi keynesiana: quello dell'intervento dello Stato nell'economia.

Un intervento che è indispensabile, dal punto di vista puramente socio economico, sotto due profili: da un lato per assicurare una retribuzione equa del lavoro, tale da consentire al lavoratore e alla famiglia una "vita libera e dignitosa" (art. 36 Cost.), considerato che le Aziende pubbliche hanno l'obbligo di coprire i costi, più che



umentare i profitti; e dall'altro lato per consentire al Parlamento e al governo di svolgere una effettiva politica economica, attraverso l'utilizzazione diretta di proprie Aziende (che peraltro sono sottratte al fallimento dalla vigente legge fallimentare), piuttosto che dover convincere, faticosamente e con scarsi risultati, le imprese private, le quali, notoriamente perseguono propri interessi individuali restando sordi agli inviti di agire per fini sociali (non ostante il limite loro costituzionalmente imposto di "assicurare la funzione sociale").

In sostanza, è tutto in questa precisazione e, a mio sommesso avviso, non c'è altro da aggiungere per affermare che la nostra Costituzione, con i suoi valori e la sua struttura, non permette che possa avere, per così dire, diritto di cittadinanza costituzionale, l'opposto "sistema economico predatorio" di stampo neoliberista, sul quale presto mi soffermerò.

## **6. Il primo colpo sferrato contro il funzionamento del delineato quadro costituzionale. L'affermazione delle idee neoliberiste.**

Il delineato assetto costituzionale riguardante i "principi e i diritti fondamentali", nonché la "struttura" della Repubblica aveva dato ottimi risultati, al punto che l'Italia: nel 1987, superando il Pil britannico, era divenuta la sesta potenza economica del mondo (dopo Stati Uniti, Unione sovietica, Giappone, Germania Ovest e Francia), nel 1990 si era poi classificata come la quarta potenza economica del mondo dopo Stati Uniti, Giappone e Germania, superando Gran Bretagna e Francia. Il PIL, (cioè la somma dei beni e servizi finali prodotti sul territorio), infatti, era arrivato a 1.268 miliardi di dollari, contro i 1.209 della Francia e i 1.087 della Gran Bretagna. La stima venne poi corretta al ribasso per via del forte disavanzo dei conti pubblici italiani, e il PIL italiano subì un contro-sorpasso da parte sia della Francia e sia del Regno Unito, sicché nel 1992 occupò il quinto posto nella classifica delle potenze economiche, ed oggi è considerata l'ultima (piccola) potenza economica mondiale.

Il forte indebitamento fu, dunque, l'inizio dell'indebolimento della nostra economia. Ma il vero nemico, che ci ha portato allo stato attuale (con 2.755 miliardi di debito in euro e circa sei milioni di poveri assoluti), è stato il diffondersi della nuova idea del neoliberismo economico, divenuto presto "pensiero unico dominante", realizzatasi poi nel nuovo "sistema economico neoliberista"<sup>15</sup>.

---

15 M. MAZZUCCATO, M. JACOBS, *"Ripensare il capitalismo"*, Ed. Laterza, Bari-Roma, 2021.



Questa idea è condensata in un libro di Milton Friedman e Anna Schwartz, dal titolo "Il dollaro. Storia monetaria degli USA (1867 – 1960)", che ebbe ampia diffusione negli anni sessanta e conquistò dapprima Pinochet, il quale distrusse l'economia del Cile con l'applicazione delle teorie in quel libro descritte, poi Reagan e Clinton, che molti danni apportarono all'economia statunitense, e infine la Thatcher, che altrettanto fece per l'Inghilterra. Paesi che poi, tranne il Cile e purtroppo la nostra Italia, fecero marcia indietro ristabilendo e consolidando in buona parte i loro "demani pubblici".

In tale libro si afferma che "l'essenza dell'ordine del mercato non sta nello scambio, ma nella concorrenza"; il suo obiettivo non è "distribuire" la ricchezza in base all'intensità dei bisogni e ai beni disponibili, ma "concentrare" la ricchezza nelle mani pochi", porre questi pochi in "concorrenza" tra loro e vietare l'"intervento dello Stato" nell'economia. Un vero disastro, che consiste nel "distruggere" lo Stato, "separare" la "comunità" dei ricchi da quella dei poveri, eliminare la possibilità della cosiddetta "mobilità sociale", porre come regola la "diseguaglianza economico sociale", distruggere il Popolo come soggetto giuridico e rimettere le sorti di tutti nelle mani dei più potenti dal punto di vista economico.

Se si pensa che il miliardario americano Elon Musk ha acquistato Twitter per 44 miliardi di dollari e ha, o sta, per spedire, nello spazio 130.000 satelliti (fatto che potrebbe impedirci, in prospettiva, anche di vedere "il cielo stellato sopra di noi"), assumendosi dei poteri che incidono sull'intera umanità e che, quanto meno, dovrebbero essere esercitati dalla maggioranza degli Stati, si capisce bene in quale direzione stia marciando il mondo.

Intanto, sul piano economico, è da porre nel dovuto risalto che, per raggiungere questi fini, Milton Friedman ha dato la sua "ricetta", che è la seguente: a) deregulation; b) privatizzazione; c) riduzione delle spese sociali. Come agevolmente si può capire, una rovina per l'intera umanità. Tale ricetta, peraltro, è proditoria e menzognera, poiché impoverisce e, come si diceva, distrugge i Popoli senza che questi se ne avvedono, e, anzi, arrivano persino a santificare gli esponenti della loro rovina.

Si tratta di un disegno di lunga portata, studiato a tavolino, e portato avanti soprattutto da una martellante propaganda mediatica, che ha tolto qualsiasi spazio alle idee contrarie, ed è stata gestita sempre tempisticamente, sfruttando ogni occasione per far penetrare nella mente delle persone meno accorte il pensiero unico neoliberista, sempre sostenuto da nascoste massonerie, come quella di Lucio Gelli.



Nell'ambito del nostro discorso, tuttavia, quello che maggiormente interessa è il fatto che queste idee mirano soprattutto alla distruzione di un elemento essenziale della "comunità": il "territorio", e, in pratica, la "proprietà pubblica demaniale" delle "fonti di produzione della ricchezza nazionale", la quale viene sottratta al Popolo e concessa alle multinazionali e alla finanza, con la iniqua conseguenza che queste ultime sono legittimate a incassare i "profitti", mentre al Popolo vengono lasciati lavori precari e sotto pagati.

Per avere le idee chiare in proposito, è opportuno "ripercorrere" i dati della ricetta di Milton Friedman. Si pensi innanzitutto alla "deregulation", ovvero alla "liberalizzazione" che sottrae alla "proprietà pubblica" del Popolo, dei beni, come (solo per fare qualche esempio) le frequenze radiotelevisive o le rotte aeree, che finiscono per essere considerati come spazi inesauribili e senza limiti di tempo. Cosicché essi sono rimessi alla libera e indefinita utilizzazione di chiunque, per primo, ottenga le relative autorizzazioni.

Un modo di agire "politicamente confusionario", che mina alle radici le "funzioni" dello Stato, e fa retrocedere la nostra civiltà di milioni di anni, fino ad arrivare all'uomo branco, il quale si impossessava di ciò che voleva anche uccidendo i suoi simili.

Né è da meno la "privatizzazione" (anch'essa un atto confusionario e politicamente scorretto), la quale consiste nel cambiare la natura giuridica dell'ente proprietario, che, da Ente pubblico fuori commercio, diventa una SPA privata, soggetta all'ordinamento civilistico, ottenendosi in tal modo il "trasferimento occulto" del patrimonio dell'Ente pubblico o Azienda pubblica dalla "proprietà pubblica demaniale" del Popolo alla "proprietà privata" dei soci della SPA, in modo che questa ricchezza non è più impiegata, come ho già notato, per fini di interesse pubblico, ma per fini patrimoniali individualistici. E si badi bene che passano così ai privati beni pubblici del demanio costituzionale di enorme valore economico, come i "servizi pubblici essenziali, le fonti di energia e le attività svolte in situazione di monopolio", i quali, ai sensi del ripetuto art. 43 Cost., devono essere in "proprietà pubblica demaniale" o di "comunità di lavoratori o di utenti".

Ma c'è ancora di più. Infatti è da tener presente che, una volta trasferita la "ricchezza pubblica" nelle mani dei privati, diventa difficilissimo perseguire una "politica economica" da parte del governo, il quale non dispone più di Enti economici propri, e si trova nella difficilissima situazione di far perseguire fini sociali a chi persegue fini esclusivamente privati (e non potrebbe fare altrimenti, pena il fallimento della SPA),



avendo dalla propria parte l'art. 832 del il vigente codice civile, che non è stato affatto aggiornato secondo il principio della "funzione sociale", sancito dall'art. 42 Cost., né, purtroppo, è stato mai oggetto di una "interpretazione costituzionalmente orientata" da parte dei giudici.

Quanto alla diminuzione dei servizi sociale, la "scorrettezza dell'atto politico" è ancora più evidente: si pensi a chi, ammalato, non ha i soldi per curarsi o allo studente che non ha la possibilità di iscriversi a una scuola privata. Il guaio maggiore è poi che, nell'attuale società della menzogna, come accennato, la gente molto difficilmente si accorge di essere stata defraudata. In tal modo, come ognuno vede, è la "civiltà" che scompare e, al suo posto, si instaura una forma di convivenza incivile, nella quale il "diritto" si disperde e trionfa l'ingiustizia imposta da chi è più forte, o finanziariamente, o solo dal punto di vista della propaganda dei media. E non sfugga che l'attuazione delle autonomie differenziate voluto dalla Lega e il semipresidenzialismo vagheggiato dalla Meloni, viaggiano entrambi verso la descritta, tragica situazione.

A questo punto è da ricordare che un fine seguace delle micidiali teorie appena descritte è stato Mario Draghi, il quale, dopo che già nel 1990 erano state privatizzate tutte le nostre banche pubbliche, il 2 giugno 1992, sul panfilo Britannia, che aveva a bordo cento delegati della City londinese, chiese un forte aiuto politico per privatizzare l'intero complesso industriale e commerciale italiano, dichiarando<sup>16</sup> che "un'ampia privatizzazione è una grande – direi – straordinaria decisione politica che scuote le fondamenta dell'ordine socioeconomico" e che "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". Si tratta di parole, come presto si vedrà, pienamente smentite dai fatti, ma i suoi sostenitori continuano imperterriti nella loro azione distruttiva.

## **7. Realizzazione del sistema economico predatorio neoliberista. Il mercato generale e il mercato unico europeo. Alcuni eventi più significativi di questa costruzione.**

---

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



Sulla base di dette idee una serie infinita di leggi palesemente incostituzionali è riuscita a sostituire il nostro valido “sistema economico produttivo” di stampo Keynesiano, con il “sistema economico predatorio neoliberista”, che ha trovato terreno fertile nella proclamata “globalizzazione” del mercato generale (sulla quale tuttavia, dopo l’inizio della guerra in Ucraina, è lecito dubitare) e, per quanto ci riguarda, nella istituzione del “mercato unico europeo”. Si tratta di un sistema interamente finalizzato alla “concorrenza”, che, a parte rari casi in cui sprona alla “ricerca”, normalmente non si preoccupa più della “produzione”, ma dell’“accaparramento” della ricchezza esistente da parte dei contendenti. E costoro, si badi bene, si lottano tra loro, non migliorando i prodotti e abbassando i loro prezzi, ma, riducendo i costi, specie quelli del lavoro, divenuto “precario” o “sottopagato”, oppure, e questo l’aspetto più grave, investendo, non più in programmi produttivi di ricchezza, ma in “prodotti finanziari”, come i “derivati” e le “cartolarizzazioni”, i quali consistono in “titoli di credito” senza sottostante reale che si sostanziano in “pure scommesse”<sup>17</sup>, ad esempio, sull’andamento dei prezzi di una merce (i “derivati”), oppure sulla riuscita della vendita di immobili (“cartolarizzazioni”), ecc. Si tratta, senza alcun dubbio, di “titoli tossici”, il cui costo resta a carico della collettività.

Tuttavia, ciò che maggiormente impensierisce è il fatto che oggi è saltato l’equilibrio tra beni fuori commercio e beni in commercio e tutto è diventato commerciabile<sup>18</sup>. Siamo arrivati a chiederci quanto vale la cima di una montagna messa in vendita, qual è il prezzo di un lago o di un’isola, quanto costa una straordinaria opera d’arte, e così via dicendo. Insomma i valori umani, come l’arte, il paesaggio, la bellezza, ecc. divengono irrilevanti e ridotti tutti all’aspetto economico. Ed è da sottolineare con forza che, essendo stato ridotto tutto a merce, il mercato ha assunto un potere immenso, capace di determinare la vita degli individui e spingere tutti alla ricerca solo del danaro. E in questa corsa all’arricchimento materiale, nessuno si accorge che prevale il più forte, come del resto richiede il descritto sistema economico predatorio neoliberista.

In questo quadro, risulta economicamente dannoso per l’Italia anche il “mercato unico europeo”, nel quale, non ostante le affermazioni di principio sulla “coesione

---

17 L. GALLINO, *Con i soldi degli altri. Il capitalismo per procura contro l’economia*, Einaudi, 2009; S. LATOUCHE, *L’economia è una menzogna. Come mi sono accorto che il mondo si stava scavando la fossa*, Ed. Bollati Berlingeri, Torino, 2014, p. 134.

18 M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, p. 67 ss.



economica e sociale”, di cui parlano i Trattati, in realtà domina la più sfrenata “concorrenza”, nella quale soccombe il più debole, e, molto agevolmente chi è economicamente più forte diventa il dominatore del mercato.

A ciò è da aggiungere che è l’essenza del sistema economico del mercato unico europeo che finisce per danneggiarci. Basti pensare che dopo l’ingresso nella zona euro la nostra moneta non è più “a credito”, come era la lira emessa dalla Banca d’Italia, ma è “a debito”, poiché l’euro è emesso dalla BCE, e a questa va restituito. Una vera iattura che ostacola lo sviluppo economico e ci sospinge verso un continuo indebitamento. Né si può dimenticare l’effetto, dannoso per il nostro sviluppo economico del Patto di stabilità, ora sospeso, ma che presto tornerà in vigore, oppure la dannosissima “austerity” che ci è stata imposta con il governo Monti, oppure la illogica direttiva Bolkestein, o il tentativo di imporci il MES e così via dicendo. Inoltre è da ricordare che anche la “manovra monetaria” ci è sfuggita di mano, poiché, questa è eseguita dalla BCE, senza tener conto delle diverse situazioni economiche dei vari Paesi membri. Ed è quello che sta avvenendo negli ultimi tempi. Infatti, per combattere l’inflazione, la BCE sta innalzando a più riprese i tassi di interesse del mercato principale, senza valutare, per ciascun Paese, se l’inflazione dipende da un “aumento” della domanda, oppure da una “diminuzione” dell’offerta causata dalla recessione. A prescindere poi dalla considerazione che, qualora si trattasse di una “recessione” generalizzata nell’intera Europa, il rimedio adottato da Cristine Lagarde sarebbe completamente sbagliato, poiché, in questo caso, l’aumento del costo del danaro non frenerebbe l’inflazione, ma lo sviluppo e espanderebbe la recessione.

Appare chiaro, alla luce dei fatti, che l’ingresso nell’euro (dal quale nella situazione attuale è impossibile uscire) è stato un gravissimo errore di tutti i politici che si sono succeduti dall’assassinio di Aldo Moro in poi. Cominciò il Ministro del tesoro Andreatta, il quale, con lettera del 12 febbraio 1981, sollevò la Banca d’Italia dall’onere di acquistare (ovviamente stampando nuova moneta) i buoni del tesoro rimasti invenduti, costringendo così il Tesoro a chiedere prestiti sul mercato generale, con conseguente insopportabile rialzo dei tassi di interesse. Gli fece seguito il Ministro della economia Giuliano Amato, il quale, nell’intento di adeguarsi ai voleri dell’Europa (così si è sempre detto), avviò la “privatizzazione” di tutte le nostre banche pubbliche con la legge n. 218 del 1990, detta “Legge Amato – Carli”, cui seguirono il decreto legislativo n. 356 del 1990, e la legge delega 31 dicembre 1998, n. 461, la cosiddetta “Legge Ciampi”.



Inoltre, soltanto un mese e nove giorni dopo il discorso di Draghi sul panfilo Britannia, il governo presieduto da Giuliano Amato, con decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359, sancì la trasformazione immediata degli Enti di gestione IRI, ENI, ENEL, INA in SPA, facendo in modo che il capitale di detti Enti, trasformati in azioni, e le immense ricchezze di questi Enti medesimi potessero essere acquistate da chiunque sul mercato generale.

A tal proposito, e a puro titolo di esempio, ricordo che, nel dare esecuzione alle privatizzazioni disposte nel 1992 dal governo Amato, nel 1997, il governo di Romano Prodi svendette, per l'equivalente di soli 13 milioni di euro, la Telecom<sup>19</sup>, che era in forte attivo, con un fatturato che era la metà del capitale investito, e che passò di mano in mano, dalla Fiat a Colaninno da questi a Tronchetti Provera, per finire, carica di debiti, alla spagnola Telecom, la cui maggioranza è ora nelle mani della francese Vivendi.

E tutto questo senza tener in alcun conto il dato fondamentale che le telecomunicazioni non dovrebbero mai passare in mano straniera, trattandosi, in ultima analisi, di una questione di sicurezza nazionale. E si deve ancora ricordare che sovente fonti di ricchezza nazionale sono state cedute direttamente a SPA straniere, come è avvenuto per la scandalosa svendita degli immobili dell'ENI<sup>20</sup> alla Goldman Sachs per soli 2,215 miliardi di lire, mentre il valore stimato era di circa 3.000 miliardi<sup>13</sup>. In quel caso fu proprio la Borsa a bollare sonoramente l'operazione, facendo scendere il titolo ENI del 2,74 per cento, mentre le operazioni di quotazione del titolo della "Immobiliare Metanopoli", controllata dall'ENI, venivano sospese per eccesso di ribasso, poiché dalla valutazione di 2.300 miliardi si era passati a 1.208 miliardi di lire. Un vero tonfo, accolto impassibilmente dal Ministero del Tesoro, presso il quale era Direttore Generale Mario Draghi. Né si può dimenticare la svendita di ITA-ALITALIA, il cui contratto di cessione parziale (in attesa della svendita totale) alla Lufthansa è stata di recente firmato dal Ministero dell'economia e della finanza. L'elenco potrebbe continuare all'infinito, essendo stata venduta, si può dire, quasi tutta la potenza economica e commerciale italiana, compreso fari marittimi (dieci fari sono stati acquistati dalla Germania), isole, come l'Isola di Budelli dell'Arcipelago della

---

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

20 Vedi: La Repubblica del 2 dicembre 2000.



Maddalena, montagne, come il Monte Cristallo e il Monte delle Tofane, presso Cortina d'Ampezzo, pozzi petroliferi, e chi più ce ne ha più ce ne metta.

Eppure, di fronte a questo immane disastro, Mario Draghi, restando impassibile di fronte a tante perdite, ha proposto, nel 2021, un disegno di legge delega sulla concorrenza, il cui art. 6, concernente la "privatizzazione" dei "servizi pubblici locali" è stato tradotto nell'art. 8, lett. g), della legge annuale per il mercato e la concorrenza, approvata il 5 agosto 2022, n. 118, nel quale si legge che: " per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici, e di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è necessaria una motivazione qualificata, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di un'efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione". Insomma, la concessione a terzi è la regola, e per la gestione del servizio pubblico in proprio da parte dell'Ente, occorre una giustificazione. Come si nota, secondo l'imperante sistema economico neoliberista, lo svolgimento di una attività economica da parte degli Enti pubblici è severamente vietato (ovviamente dimenticando ciò che è affermato dalla Costituzione), e se un Comune volesse svolgere in proprio un "servizio pubblico locale" (cosa che la Costituzione gli impone), dovrebbe giustificarsi con il governo, il quale, sulla base di tali argomentazioni, concederebbe di lasciarlo fare, a titolo di "eccezione".

Gli effetti<sup>21</sup> di questo sistema economico sono pur troppo evidenti. "Oggi, oltre trenta anni dopo registriamo il record di debito pubblico: 2755 miliardi. Intanto l'Ocse certifica che l'Italia ha dal 2001 la più bassa produttività assoluta tra i paesi industrializzati (secondo Eurostat in 20 anni di euro la produttività italiana è calata del 5%, con i salari più bassi d'Europa, e con i redditi reali diminuiti del 3,8%, a fronte di un aumento del 50% della Germania). Infine, secondo *Bloomberg*, tra il 1985 e il 2001 (cioè quando era vigente il "sistema economico produttivo Keynesiano"), il Pil italiano è cresciuto del 44%, pari a 482 miliardi di euro. Nei successivi venti anni (entrato in vigore il sistema economico predatorio neoliberista), la crescita è stata del 2%, per 31

21 P. FERRERO, "La truffa del debito", Ed. Derivaprodi, 2014.



miliardi". Ed è utile ricordare che questo trend negativo era già stato individuato, nel 2004, da Joseph Stiglitz, con le seguenti parole: "Partecipo al vertice annuale di Davos (dove si accede solo su invito e dove è possibile tastare il polso dei leader economici mondiali) da molti anni e avevo sempre sentito parlare della globalizzazione in termini entusiastici. La cosa sorprendente dell'incontro del 2004 è stata la velocità con cui le opinioni sono cambiate. Un numero sempre maggiore di partecipanti si domandava se la globalizzazione stesse realmente producendo i benefici sperati, specie nei Paesi poveri. Negli anni novanta a Davos si analizzavano i vantaggi dell'apertura dei mercati internazionali. Con l'inizio del nuovo millennio, si è cominciato invece a parlare della necessità di ridurre la povertà (tragicamente in aumento), di aumentare la tutela dei diritti umani (sempre più calpestati) e dell'esigenza di porre in essere trattati commerciali più equi"<sup>22</sup>. In sostanza, si è verificato quanto profeticamente aveva previsto Roosevelt in un discorso che tenne al Congresso degli Stati Uniti nel 1938, nel quale sottolineò che: "La libertà di una democrazia non è salda, se il popolo tollera la crescita di un potere privato al punto che esso diventa più forte dello stesso Stato democratico".

## **8. Il duro colpo che la modifica del Titolo V della Parte seconda della Costituzione ha inferto contro l'Unità d'Italia e l'esistenza stessa dello Stato comunità.**

Un altro duro colpo contro il nostro Stato comunità è stato apportato dalla modifica del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, avvenuta, ad opera di ferventi intellettuali regionalisti, con la approvazione della legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha superato anche l'ostacolo del referendum costituzionale, a seguito di una propaganda terribilmente dannosa per l'"Unità" e la "saldezza" del nostro Stato democratico.

Tale riforma ha, infatti, eliminato il fondamentale principio, sancito nella formulazione originaria del primo comma dell'art. 117 Cost., secondo il quale le Regioni, nell'emanare le loro leggi, non potevano contrastare "l'interesse nazionale" e quello di "altre Regioni", lasciando a queste ultime piena libertà di azione indipendentemente dai danni che potessero arrecare allo Stato o a altre Regioni. Inoltre, mentre da un lato si è previsto che nelle materie di competenza concorrente, elencate dal comma 3, del novellato art. 117 Cost., le Regioni, nell'esercizio della loro

---

22 J. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Ed. Einaudi, Torino, 2006, p. 5.



potestà legislativa, dovessero lasciare allo Stato “la determinazione dei principi fondamentali”, d’altro canto si è assurdamente sancito che “spetta alle regioni la potestà legislativa (esclusiva) in riferimento ad ogni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”.

In altri termini, si è stabilito che spetti alle Regioni una potestà legislativa di pari livello di quella dello Stato, sicché, se è vero, come è vero, che la “legislazione” è espressione della “sovranità” popolare, se ne dovrebbe dedurre che la “sovranità”, che l’art. 1 conferisce al “Popolo” italiano nella sua unità, per la buona parte delle materie (cioè per le materie non elencate), viene, per così dire, “spezzettata” tra le varie Regioni, finendo per incidere negativamente sul principio fondamentale, sancito dall’art. 1 Cost., secondo il quale, come è noto, “la sovranità appartiene al Popolo” nella sua interezza. Ma c’è di più. Nell’art. 116, comma 3, del Titolo V novellato, si aggiunge che “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell’art. 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo, alle lettere l), limitatamente all’organizzazione della “giustizia di pace”, n), “norme generali sull’istruzione” e s), “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”, possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto di cui all’art. 119”. Il che significa che le Regioni che lo desiderano possono ottenere una potestà legislativa esclusiva (cioè del tutto indipendente dai “principi fondamentali” stabiliti dallo Stato), su importantissime materie, come, per fare un solo esempio, “le grandi reti di trasporto e di navigazione”, per le quali, tra l’altro diverrebbe assolutamente impossibile mettere d’accordo le decisioni delle singole Regioni interessate dalle reti.

Ed alla fine, come fiore all’occhiello, si inserisce tra le competenze esclusive statali anche la “tutela della concorrenza”, in modo che il principio di “solidarietà” sia quasi del tutto bandito e, come sopra detto, l’economia possa tranquillamente passare dalla forma solidale della “economia dello scambio” a quella predatoria della “economia della concorrenza”, secondo i voleri di Milton Friedman, Mario Draghi e altri illustri economisti e giuristi.

## **9. Come ricostituire il “sistema economico produttivo” di stampo Keynesiano e come riportare la Costituzione ai suoi antichi splendori.**

Da quanto ho sinora tentato di rendere palese, discendono in modo evidente le eccezionali difficoltà che si dovrebbero affrontare per riportare la nostra economia nel



quadro di un sistema produttivo di stampo Keynesiano e per depurare la nostra Costituzione dagli enormi guasti che la politica degli ultimi trenta anni le ha apportato.

Certamente tutto potrebbe risolversi sul piano legislativo, con l’emanazione di una legge che renda conforme a Costituzione le norme del Codice civile sulla “proprietà privata” e sui “beni pubblici” demaniali. E non si può fare a meno di segnalare al riguardo il completissimo, validissimo e unico disegno di legge n. 2610, presentato al Senato il 12 maggio 2022, dai Senatori Nugnes, Corrado e Lannutti, con il titolo “Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e diritto di proprietà”. Né si può dimenticare che molto potrebbero fare governo e Parlamento utilizzando l’istituto della “nazionalizzazione” (come hanno fatto molti Paesi europei) per restituire alla “proprietà pubblica demaniale” del Popolo i beni che, come illustrato, sono stati sottratti.

Tuttavia, checché ne pensano i nostri governanti, è sempre possibile per i cittadini, “singoli o associati”, ricorrere al cosiddetto “diritto di resistenza”, che Dossetti voleva fosse esplicitamente sancito in Costituzione, ma che trovò una notevole resistenza in sede di Assemblea costituente, per motivi essenzialmente formalistici.

Tale diritto è infatti rinvenibile, nella Carta costituzionale, oltre che nel “diritto di sciopero” (art. 40 Cost.), nel “diritto di partecipazione”, riconosciuto a tutti i cittadini dal comma 2, dell’art. 3 Cost., là dove si parla di “partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Una partecipazione da esplicare, come sancisce l’art. 2 Cost., considerando i cittadini come “parte” della comunità. In sostanza, si tratta di adire il giudice per ottenere il ripristino dei danni subiti dalla comunità a causa delle liberalizzazioni, privatizzazioni, delocalizzazioni e così via dicendo, chiedendo, innanzitutto, di rimettere gli atti alla Corte costituzionale per l’annullamento delle leggi costituzionalmente illegittime che hanno reso possibile il verificarsi di detti danni. In proposito diventa decisivo interpretare l’art. 24 Cost. in modo diverso dalla lettura che sovente gli è stata data, secondo la quale, dandosi prevalenza a quanto dispone il codice di procedura civile, anziché al complesso dei principi e delle norme costituzionali, il diritto di agire in giudizio riguarderebbe soltanto i “diritti soggettivi e gli interessi legittimi”.

Si tratta di una lettura assolutamente non condivisibile, sia perché infrange il “diritto fondamentale di partecipazione” (art. 3, comma 2, Cost.), sia perché non considera che rientra nei diritti inviolabili dell’uomo (come si rileva dal citato art. 2, Cost.) anche quello di agire in giudizio come “parte” della Comunità, e quindi anche



nell'interesse di quest'ultima. Del resto una ulteriore conferma costituzionale di questa interpretazione viene dall'art. 118, comma 4, Cost., secondo il quale "i cittadini singoli o associati" possono svolgere "attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Si tratta, a mio avviso, del riconoscimento della "legittimazione" ad agire in giudizio con una azione che già esisteva in diritto romano: l'"*actio populalaris*", una azione che il singolo faceva valere, nello stesso tempo, nell'interesse proprio e nell'interesse del *Populus*. E si ricordi che la Repubblica italiana ricalca per molti versi la *Respublica* romana.

Insomma è arrivato il momento di agire, uniti e compatti, per tutelare la "proprietà pubblica demaniale", reinterprestando le norme del codice civile riguardanti la proprietà, in modo da staccarle dai principi individualistici della cultura borghese, e ora neoliberista, e rendendole conformi, come ha da tempo affermato il Perlingieri<sup>23</sup>, ai principi e ai diritti fondamentali sanciti in Costituzione. Ne va della stessa sopravvivenza del nostro Stato comunità.

---

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



# SAGGI



# (DIS)INFORMAZIONE VERDE E TUTELA CONSUMERISTICA NEL PANORAMA NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE EUROPEO

**Maria Monica Barone – Gianni Capobianco\*\***

**Abstract [Ita]:** La crescente sensibilità dei consumatori nei confronti delle tematiche ambientali richiama il regolatore, europeo e nazionale, all'adattamento dei rimedi giuridici per far fronte alle scorrettezze poste in essere dai professionisti attraverso la diffusione di messaggi ecologici ingannevoli. In tale contesto, tanto la recente proposta di modifica della normativa europea quanto soluzioni giuridiche recentemente sperimentate in altri ordinamenti sembrano orientati ad una massimizzazione qualitativa del corredo informativo verde dovuto dal professionista al consumatore unito ad un necessario, consequenziale, ripensamento della normativa sulla concorrenza sleale. All'interno del filone giurisprudenziale sul contrasto ai messaggi ambientali fuorvianti si inserisce l'ultima stagione della vicenda Dieselgate per mezzo di tre recenti pronunce della Corte di Giustizia. Quest'ultima, in Grande Sezione, blinda la tutela consumeristica mediante il ricorso alla risoluzione del contratto occasionata da un difetto di conformità, la cui «non minore» gravità è giustificata dalla eco-incompatibilità del bene di consumo.

**Parole chiave:** Consumatore - Ambiente - Concorrenza - Pratiche commerciali scorrette - Pubblicità ingannevole - responsabilità - difetti di conformità

**Abstract [Eng]:** Consumers' growing awareness of environmental issues is calling on European and national regulators to adapt legal remedies to deal with unfairness by professionals through the dissemination of misleading ecological messages. In this context, both the recent proposal to amend the European legislation and legal solutions recently experimented in other jurisdictions seem to be oriented towards a qualitative maximisation of the green information package owed by the professional to the consumer combined with a necessary, consequential rethinking of the legislation on unfair competition. Within the jurisprudential strand on the fight against misleading environmental messages is the latest season of the Dieselgate affair through three recent rulings of the Court of Justice. The latter, in Grand Chamber, armours consumer protection through recourse to contract termination occasioned by a conformity defect, whose 'no lesser' seriousness is justified by the eco-compatibility of the consumer good.

**Key words:** Consumer - Environment - Competition - Unfair commercial practices - Misleading advertising - Liability - Conformity defects

**SOMMARIO:** 1. Claims ambientali, tra concorrenza e tutela dei consumatori in Europa. - 2. La nuova strategia della Commissione europea sulla responsabilizzazione del consumatore nel processo di transizione verde. - 3. La proposta di modifica europea della disciplina sulle



pratiche commerciali sleali, in raffronto con il *Green Claims Code* inglese e la *Loi Climat et Résilience* francese. - 4. L'antefatto alla base del rinvio pregiudiziale intorno al fenomeno *Dieselgate*. - 5. L'eco-incompatibilità come difetto di conformità «non minore» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. - 6. I rimedi privatistici alternativi, tra risarcimento del danno e annullamento del contratto.

### 1. Claims ambientali, tra concorrenza e tutela dei consumatori in Europa.

Secondo i dati forniti nello speciale Eurobarometro dell'Unione Europea "*Attitudes of Europeans towards the Environment*" più di nove europei sui dieci hanno dichiarato che la protezione dell'ambiente è per loro importante e, per oltre la metà, lo è molto<sup>1</sup>.

A ciò si aggiungano i recenti risultati pubblicati dall'IBM *Institute for Business Value* (IBV) nella *Research brief "Balancing sustainability and profitability. How businesses can protect people, planet, and the bottom line"* dove si legge chiaramente come, in seguito all'emergenza sanitaria da Covid-19, per oltre il 93% dei consumatori sia divenuto ancora più importante l'acquisto beni e servizi maggiormente rispettosi dell'ambiente e di essere, quindi, disposti a pagare maggiormente per l'acquisto di prodotti etichettati come sostenibili o, comunque, socialmente responsabili<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>\* Il presente contributo è destinato altresì, con alcune variazioni, agli *Scritti in onore di Mauro Mancini Proietti*, in corso di realizzazione.

<sup>\*\*</sup> Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune. A Gianni Capobianco, Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche (Università di Siena), possono attribuirsi i par. 1, 2 e 3, a Maria Monica Barone, Dottoressa di Ricerca in Scienze Giuridiche (Università di Siena), i par. 4, 5 e 6.

Commissione europea, *Directorate General for Communication, Special Eurobarometer 468: Attitudes of European citizens towards the environment*, 2017, [https://data.europa.eu/data/datasets/s2156\\_88\\_1\\_468\\_eng?locale=en](https://data.europa.eu/data/datasets/s2156_88_1_468_eng?locale=en). A ciò si aggiungano poi i dati contenuti in una recente indagine di monitoraggio dei dati di consumo, cfr. Commissione europea, *Market Monitoring Survey. Overview Report 2019/2020*, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/mms-overview-report-19-20\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/mms-overview-report-19-20_en.pdf), dove si legge come, per oltre il 78% dei consumatori, il probabile impatto ambientale degli elettrodomestici che acquista è molto importante o abbastanza importante.

<sup>2</sup> *Institute for Business Value, Research Brief "Balancing sustainability and profitability. How businesses can protect people, planet, and the bottom line"*, 2022, <https://www.ibm.com/thought-leadership/institute-business-value/report/2022-sustainability-consumer-research>, dove si legge ulteriormente come, proprio nel 2022, «(...) purpose-driven consumers, who choose products and brands based on how well they align to their values, became the largest segment (44%) of consumers across all product categories. And their impact appears to be growing». Sul punto, si veda K. HALLER, M. WALLACE, J. CHEUNG, and S. GUPTA, *Consumers want it all: Hybrid shopping, sustainability, and purpose-driven brands*, IBM Institute for Business Value, 2022, <https://ibm.co/2022-consumer-study>. Sulla maggiore propensione dei consumatori all'acquisto di beni meno dannosi per l'ambiente si veda anche Commissione europea, *Behavioural Study on Consumers' Engagement in the Circular Economy, Final Report, October 2018*, at [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/sustainable-consumption\\_en#behaviouralstudyonconsumersengagementinthecirculareconomy](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/sustainable-consumption_en#behaviouralstudyonconsumersengagementinthecirculareconomy).



La maggiore, riconosciuta, sensibilità dei consumatori verso l'acquisto di beni e servizi maggiormente rispettosi dell'ecosistema richiama il regolatore europeo e nazionale alla produzione (e/o all'adattamento) di regole giuridiche (meglio) capaci di contrastare l'utilizzo, da parte dei professionisti, di messaggi ecologici idonei ad incidere negativamente sulla libera scelta commerciale dei consumatori, a danno delle regole concorrenziali che contraddistinguono il mercato europeo e, in definitiva, del benessere degli stessi consumatori<sup>3</sup>.

E tuttavia, tanto a livello europeo quanto nazionale, la protezione dei consumatori contro il fenomeno del *greenwashing* continua ad essere "riflessa" poiché affidata principalmente alla normativa dettata in materia di pratiche commerciali sleali di cui alla direttiva europea 2005/29/CE e, in relazione all'Italia, al Codice del Consumo che l'ha recepita;<sup>4</sup> nonché in ulteriori normative di dettaglio, come quelle che fissano parametri antinquinanti per la costruzione di taluni specifici beni (v. *infra* in materia di costruzione di veicoli con riferimento al caso *dieselgate*); a livello di *soft law*, va poi certamente considerata anche la recente (ri)edizione del Codice di autodisciplina della Comunicazione Commerciale nonché di Codici etici aziendali<sup>5</sup>. A ciò si aggiunga, oltretutto, come il diritto vivente registrato nella più recente giurisprudenza delle Corti europee sembri decisamente orientato a percorrere (talvolta a preferire) anche un ulteriore e diverso strumento di tutela dei consumatori attraverso il ricorso alla normativa in materia di difetti di conformità dei beni (di cui v. *infra*).

---

3 Va sul punto ricordato come il combinato disposto che si ricava dagli artt.114, 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) con l'art.38 della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE) imponga un livello di tutela elevato dei consumatori nell'Unione europea, contribuendo così al corretto funzionamento del mercato unico.

4 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'). In Italia, la direttiva è stata recepita con il D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.

5 Si tratta del Codice dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria con la finalità di assicurare che i messaggi pubblicitari in campo commerciale siano realizzati come servizio per il pubblico anche in ragione della loro influenza sulle scelte dei consumatori. In particolare, altro da assumere natura normativa, si tratta di un codice vincolante solo «(...) per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità e di marketing, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la conclusione di un contratto di cui al punto d), finalizzato all'effettuazione di una comunicazione commerciale» (lett. b), [https://www.iap.it/wp-content/uploads/2020/03/Codice-67a-edizione-10-marzo\\_2020.pdf](https://www.iap.it/wp-content/uploads/2020/03/Codice-67a-edizione-10-marzo_2020.pdf). È da rilevare come l'art.12 del Codice, rubricato "Tutela dell'ambiente", nella 67.a Edizione in vigore dal 10 marzo 2020, prevede che «la comunicazione commerciale che dichiari o evochi benefici di carattere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili. Tale comunicazione deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono».



Infine, è significativo osservare come, proprio recentemente, altri ordinamenti come quello inglese e francese siano efficacemente intervenuti sul tema. Più in particolare, il Regno Unito ha da poco visto l'introduzione del *Green Claims Code* ad opera della *Competition and Market Authority* (CMA) con l'obiettivo primario di aiutare le imprese inglesi nel rispetto degli obblighi di legge in materia di tutela dei consumatori nel momento in cui queste emettono nel mercato dichiarazioni sul proprio impegno ambientale evitando così di incorrere nella insidiosa normativa interna in tema di pratiche commerciali sleali<sup>6</sup>. Anche la Francia, con la recente approvazione della *Loi n.2021-1104 "Portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets"*, dal contenuto certamente inedito nel panorama mondiale sotto molteplici profili, modificando la normativa interna, ha introdotto tra le pratiche commerciali ingannevoli anche i messaggi pubblicitari contenenti dichiarazioni ambientali; rispetto ai quali, peraltro, il legislatore d'Oltralpe è intervenuto con un significativo inasprimento sanzionatorio<sup>7</sup>.

## **2. La nuova strategia della Commissione europea sulla responsabilizzazione del consumatore nel processo di transizione verde.**

L'interesse dell'Unione europea circa la fondatezza e veridicità dei *green claims* diffusi nel mercato si è gradualmente intensificato e rafforzato proprio negli ultimi anni. Già con il *Green Deal* europeo del 2019, invero, la Commissione europea aveva avuto occasione di evidenziare l'importanza che i consumatori europei disponessero di informazioni affidabili, comparabili e verificabili al fine di assumere, conseguentemente, decisioni di consumo maggiormente informate alla sostenibilità, evidenziando, a tal fine, come «(...) le imprese che vantano le caratteristiche ecologiche dei loro prodotti dovrebbero essere in grado di dimostrarle sulla base di una metodologia standard che ne valuti l'impatto sull'ambiente»<sup>8</sup>. Con il successivo

---

6 *Competition and Market Authority, CMA guidance on environmental claims on goods and services. Helping businesses comply with their consumer protection law obligations*, 20 September 2021, CMA146, <https://www.gov.uk/government/publications/green-claims-code-making-environmental-claims>.

7 *Loi no. 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, *Journal Officiel de la République Française* 24 août 2021.

8 Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, dicembre 2019, che preannunciava anche un maggiore sforzo della stessa Commissione, regolamentare e non, per contrastare le false dichiarazioni di ecocompatibilità. Con la successiva Raccomandazione (UE) 2021/2279 della stessa Commissione europea del 15 dicembre 2021, sull'uso dei metodi dell'impronta ambientale per misurare e comunicare le prestazioni ambientali del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni, dopo aver condotto un preliminare studio sulla sperimentazione da parte dei consumatori di alternative per comunicare il profilo di impronta ambientale dei prodotti, la Commissione si è concentrata poi sulle modalità più desiderabili per comunicare il profilo di impronta ambientale (avente ad oggetto cioè il potenziale impatto che un prodotto ha sull'ambiente durante il suo ciclo di vita) delle imprese ai consumatori che siano in grado di trasmettere informazioni che siano,



*Piano d'azione per l'economia circolare e per un'Europa più pulita e competitiva* (2020) la Commissione europea si impegnava poi a «rafforzare ulteriormente la protezione dei consumatori contro l'ecologismo di facciata e l'obsolescenza prematura, stabilire requisiti minimi per i marchi/loghi di sostenibilità e per gli strumenti di informazione»<sup>9</sup>.

Sempre nel 2020, inoltre, con la *“Nuova agenda dei consumatori, rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile”*, preso atto che i consumatori «(...) mostrano un crescente interesse a contribuire personalmente al conseguimento della neutralità climatica, alla preservazione delle risorse naturali e della biodiversità e alla riduzione dell'inquinamento idrico, atmosferico e del suolo» la Commissione annunciava, quindi, la sua nuova strategia d'azione proponendo, con approccio olistico, nuove misure per promuovere un mercato più verde, digitale ed equo consentendo agli stessi consumatori di assumere, per tal via, un ruolo più attivo e protagonista nel relativo processo di transizione<sup>10</sup>.

E tuttavia, in seguito ad uno *screening* condotto dalla Commissione e dalle Autorità nazionali di tutela dei consumatori sui siti *web* con specifico riguardo alle dichiarazioni ambientali utilizzate nei vari settori economici è emerso chiaramente come, in relazione al mercato europeo *online*, oltre il 42% delle affermazioni ecologiche fossero esagerate, false od ingannevoli e, quindi, potenzialmente in grado di integrare delle pratiche commerciali sleali secondo la normativa di cui si dirà a breve (v. *infra*)<sup>11</sup>.

---

al contempo, verificabili, attendibili e che incoraggino lo stesso consumatore a prendere in considerazione tali informazioni nelle proprie scelte commerciali.

9 Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare Per un'Europa più pulita e più competitiva*, marzo 2020. In particolare, la Commissione si impegnava a promuovere una modifica della legislazione europea sulla protezione dei consumatori per garantire che essi ricevano informazioni attendibili e pertinenti rispetto ai prodotti acquistati chiedendo alle imprese di dimostrare le loro affermazioni ambientali attraverso l'utilizzo di “metodi di impronta ambientale di prodotto e organizzazione”.

10 Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Nuova agenda dei consumatori, Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*, novembre 2020.

11 Commissione europea, *“Greenwashing”*: lo *screening* dei siti *web* rivela che la metà delle affermazioni ecologiche è priva di fondamento, comunicato stampa del 28 gennaio 2021. Dallo *screening*, peraltro, è emerso come su oltre trecento dichiarazioni “dubbe” verificate, in oltre la metà dei casi, il professionista non aveva fornito ai consumatori le informazioni necessarie per verificare la veridicità delle sue affermazioni ecologiche; nel 37% dei casi, invece, le affermazioni utilizzate contenevano formulazioni vaghe o generiche, come “rispettoso dell'ambiente” o “sostenibile” o ancora “eco”, “verde”, “ecologico”, “amico dell'ambiente” o “neutrale dal punto di vista climatico”, “biodegradabile” in grado di suscitare nei consumatori l'impressione, non fondata, di acquistare prodotti privi di impatto sull'ambiente; infine, nel 59% delle affermazioni ambientali il professionista non aveva fornito al consumatore elementi facilmente accessibili per sostenere le sue dichiarazioni. Si veda anche Commissione europea, *Environmental claims in the EU - inventory and reliability assessment*, 2020, dove la



### 3. La proposta di modifica europea della disciplina sulle pratiche commerciali sleali, in raffronto con il *Green claims Code* inglese e la *Loi Climat et Résilience* francese.

Tra le principali azioni recentemente intraprese dall'Unione Europea nel contrasto ai *green claims* non veritieri, in attuazione della descritta nuova agenda dei consumatori, una posizione di indiscusso rilievo è certamente occupata dalla proposta di modifica della direttiva in materia di pratiche commerciali sleali nell'ottica di una maggiore responsabilizzazione dei consumatori nella transizione verde, anche mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione ricevuta dal professionista<sup>12</sup>.

Si tratta, più in particolare, di una proposta di modifica di ben due precedenti direttive europee: quella del 2005 sulle pratiche commerciali sleali<sup>13</sup> nonché della successiva direttiva del 2011 sui diritti dei consumatori, specie con riguardo agli obblighi di informazione in fase precontrattuale dovuti dal professionista<sup>14</sup> con l'obiettivo di contribuire a plasmare un'economia europea più circolare, pulita e verde al cui interno i consumatori possano cioè liberamente assumere scelte di acquisto consapevoli, contribuendo altresì alla sostenibilità dei consumi anche attraverso un maggiore contrasto alle pratiche commerciali sleali lesive degli

---

Commissione ha analizzato circa centocinquanta dichiarazioni ambientali a livello UE rilevando come il 53% di esse fossero vaghe, fuorvianti o infondate nella descrizione delle caratteristiche ambientali dei prodotti e nella loro pubblicità. Si veda poi l'analisi globale coordinata da the *Competition and Markets Authority* (CMA) nel 2021 che ha rilevato come oltre il 40% delle dichiarazioni ambientali *online* potrebbero ingannare i consumatori, <https://www.gov.uk/government/news/global-sweep-finds-40-of-firms-green-claims-could-be-misleading>.

12 Commissione europea, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione, marzo 2022.

13 Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 149 dell'11.6.2005, pag. 22).

14 Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 304 del 22.11.2011, pag. 64). Tale direttiva sarà modificata principalmente includendo nuovi obblighi di informativa precontrattuale a carico del professionista nonché sulla durabilità e sulla riparabilità dei prodotti prima della conclusione del contratto.



interessi economici dei consumatori stessi che rappresentano, ad oggi, il principale ostacolo al raggiungimento di tale obiettivo<sup>15</sup>.

Ed infatti, allo stato attuale, la direttiva del 2005 non contiene alcuna disposizione, quantomeno esplicita, per contrastare il fenomeno del *greenwashing*; che però, nel mercato europeo, si dimostra essere pericolosamente capace di incidere negativamente sulle scelte dei consumatori, oltre che sugli stessi equilibri concorrenziali<sup>16</sup>. Ciononostante, sul punto, è da rilevare come la Commissione europea sia intervenuta con i suoi *orientamenti* nel 2016 evidenziando come la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, pur non prescrivendo nulla in merito alle dichiarazioni ambientali non veritiere, contenga al suo interno già una base giuridica<sup>17</sup> per assicurare che i professionisti non utilizzino asserzioni ambientali in modo sleale o ingannevole per i consumatori<sup>18</sup>.

---

15 La proposta di modifica delle due direttive è stata preceduta da una consultazione dei portatori di interessi, in particolare da un'indagine *online* che ha coinvolto circa dodicimila consumatori di tutti gli Stati membri, oltre che colloqui telefonici con circa cento imprese. Da tale consultazione è emerso chiaramente come il principale ostacolo al pieno coinvolgimento del consumatore alla transizione verde dell'Unione sia rappresentato dalla non attendibilità delle affermazioni ambientali utilizzate dai professionisti.

16 Si prevede, infatti, che l'attuazione delle descritte modifiche alle due direttive comporterà benefici economici ai consumatori di circa un miliardo di euro ogni anno, oltre che all'ambiente stesso, con una riduzione della CO<sub>2</sub> equivalente stimata pari a 5-7 MtCO<sub>2e</sub>, in un periodo di quindici anni. Sul punto, cfr. Commissione europea, Proposta di Direttiva, *cit.*, nota 12, 13.

17 In particolare, va osservato come la tutela dei consumatori rientri nella competenza concorrente dell'Unione europea con gli Stati membri. Più in dettaglio, a norma dell'art.169 TFUE, "Protezione dei consumatori", «(...) al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi». Per raggiungere tale obiettivo, quindi, l'art.114 TFUE rappresenta la base giuridica per l'adozione delle misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

18 Commissione europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa*, maggio 2016. È significativo evidenziare, inoltre, la definizione di *greenwashing* che la Commissione stessa elabora in tale documento che «(...) può riguardare tutte le forme di pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori concernenti gli attributi ambientali dei prodotti o servizi. A seconda delle circostanze, tale pratica può comprendere tutti i tipi di affermazioni, informazioni, simboli, loghi, elementi grafici e marchi, nonché la loro interazione con i colori, impiegati sull'imballaggio, sull'etichetta, nella pubblicità, su tutti i media (compresi i siti Internet), da qualsiasi organizzazione che si qualifichi come "professionista" e ponga in essere pratiche commerciali nei confronti dei consumatori», 110.



Entrando più nel dettaglio della proposta di modifica della direttiva del 2005 va subito rilevato come la Commissione intenda raggiungere tale obiettivo somministrando agli stessi consumatori *migliori informazioni*, sia sulla durabilità che sulla riparabilità dei prodotti, prima della conclusione del contratto ponendoli in tal modo al riparo dalle dichiarazioni ambientali ingannevoli utilizzate dai professionisti, da pratiche di obsolescenza precoce, ovvero guasti prematuri dei beni acquistati, nonché nell'uso di marchi di sostenibilità e strumenti di informazione inattendibili e non trasparenti<sup>19</sup>. Per raggiungere detto risultato, quindi, il professionista è tenuto a non ingannare il consumatore sull'impatto ambientale e sociale, sulla riparabilità e durabilità dei prodotti venduti e potrà presentare dichiarazioni ambientali asserendo prestazioni ambientali future unicamente qualora ciò comporti l'assunzione di impegni chiari e, nel caso di rapporto con i prodotti di altri professionisti sulla sostenibilità, solo se sarà in grado di fornire al consumatore le informazioni necessarie sul metodo di comparazione utilizzato<sup>20</sup>.

A tal fine, l'art.1 della proposta di modifica della direttiva 2005/29/CE aggiorna l'elenco delle caratteristiche del prodotto rispetto alle quali il professionista può incorrere in una pratica commerciale ingannevole. In particolare, nel nuovo testo dell'art.6, par.1 della direttiva - che individua i casi in cui la pratica commerciale è considerata ingannevole - tra gli elementi sui quali può incidere la dichiarazione viene inserito anche "*l'impatto ambientale o sociale del prodotto*" coltre che la "*durabilità*" e la "*riparabilità dello stesso*"<sup>21</sup>. Inoltre, al paragrafo 2 dell'art.6 della direttiva, saranno introdotte due nuove pratiche commerciali considerate ingannevoli,

---

19 Cfr. Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione*, cit. nota 12, 1.

20 In particolare, il nuovo paragrafo 7 dell'art.7 della direttiva 2005/29/CE vede aggiunto nell'elenco delle informazioni da considerare rilevanti nel caso di pratiche commerciali specifiche, che, se omesse, possono condurre a ritenere ingannevole la stessa pratica commerciale, il servizio di raffronto fra prodotti offerto dal professionista, anche attraverso informazioni sulla sostenibilità degli stessi quando non sono riportate le informazioni sul metodo della comparazione, sui prodotti raffrontati e sui fornitori degli stessi e sulle misure utilizzate per l'aggiornamento delle informazioni.

21 Il nuovo testo dell'art.6 della direttiva sarà quindi il seguente: «è considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: (...) b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, l'impatto ambientale o sociale, gli accessori, la durabilità, la riparabilità, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto».



se inducono o possono indurre il consumatore medio<sup>22</sup> a prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: la prima consiste nella formulazione di una dichiarazione ambientale relativa alle prestazioni ambientali future senza l'inclusione di impegni ed obiettivi chiari, oggettivi e verificabili e prescindendo da un sistema di monitoraggio indipendente (lett. d)<sup>23</sup>. La seconda consiste nel pubblicizzare, come vantaggio per il consumatore, caratteristiche considerate pratica comune nel mercato rilevante (lett. e)<sup>24</sup>.

Da tale angolo visuale, si presentano di elevato interesse i "Principi" contenuti nel *Green Claims Code* inglese del 2021<sup>25</sup>. Si tratta, più in particolare, di sei fondamentali principi generali dettati per raggiungere l'obiettivo di aiutare le imprese inglesi a non incorrere nella normativa sulle pratiche commerciali sleali attraverso i loro (*green claims*). In primo luogo, infatti, le dichiarazioni sull'impegno utilizzate dal professionista devono essere *veritiere* ed *accurate* (principio 3, lett. a) ed essere, quindi, in grado di informare il consumatore senza dargli, al contempo, l'impressione che un prodotto, servizio, processo, marchio o attività sia sostenibile

---

22 Per una critica alla categoria del consumatore medio, anche alla luce della nuova prospettiva tracciata dal Trattato di Lisbona, si veda S. CARMIGNANI, *Sulla persistente validità del consumatore medio*, in *Dir. agroalim.*, 5, 2020, 693 ss. che opportunamente rileva come «la generalizzazione non dà conto della complessità dell'esistenza e della diversificazione degli atteggiamenti di consumo, talora rientranti nella astrattezza della medietà, talora influenzati da irrazionalità e componenti emotive, talora, e sempre più di frequente, consapevoli, scaltri, esigenti, informati».

23 Sul punto, il considerando n.4 della proposta di modifica della direttiva richiama le dichiarazioni ambientali relative al clima che fanno cioè riferimento a future prestazioni ai fini della transizione verso la neutralità carbonica o climatica entro una data prestabilita. In tal modo, infatti, «(...) i professionisti danno l'impressione che acquistando i loro prodotti i consumatori contribuiscano a un'economia a basse emissioni di carbonio». Ed infatti, le dichiarazioni ambientali che non risultano corroborate da impegni ed obiettivi chiari, oggettivi e verificabili fissati dallo stesso professionista saranno vietate dal novellato art. 6, par.2, della DIR 2005/29/CE.

24 Il considerando n.5 della proposta, in via esemplificativa, rileva che l'assenza di una sostanza chimica in un prodotto che già costituisce pratica comune nel mercato non potrà essere oggetto di promozione in quanto tratto distintivo dello stesso, pena l'integrazione di una pratica commerciale sleale. A ciò si aggiungono, inoltre, undici nuove definizioni contenute nell'art.2 della direttiva 2005/29/CE, tra le quali assumono interesse quella contenuta nella lett. o) "dichiarazione ambientale" intesa come «una comunicazione commerciale, messaggio o dichiarazione avente carattere non obbligatorio a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale, compresi testi e rappresentazioni figurative, grafiche o simboliche, in qualsiasi forma, tra cui marchi, nomi di marche, nomi di società o nomi di prodotti, che asserisce o implica che un dato prodotto o professionista ha un impatto positivo o nullo sull'ambiente oppure è meno dannoso per l'ambiente rispetto ad altri prodotti o professionisti oppure ha migliorato il proprio impatto nel corso del tempo».

25 *Competition and Market Authority, CMA guidance on environmental claims on goods and services. Helping businesses comply with their consumer protection law obligations*, cit. nota n.6. Secondo quando si legge nei principi, infatti: «The principles work together. In some places they overlap. More than one, perhaps all of them, may apply to a particular claim. Businesses should take all of the principles into account. Environmental claims are less likely to mislead consumers where businesses follow all the principles that apply».



quando ciò non corrisponda al vero<sup>26</sup>. Come nella proposta della Commissione di modifica della direttiva del 2005, inoltre, tra i principi inglesi si rinviene quello secondo il quale il professionista non deve suggerire che i propri prodotti, servizi, processi, marchi o attività offrano delle peculiarità che già sono, in realtà, caratteristiche *standard* degli stessi<sup>27</sup>. Del pari, se la caratteristica ambientale non si riferisce all'intero prodotto ma a specifici aspetti di esso, l'onere informativo del professionista si amplia notevolmente dal momento che è tenuto a spiegare chiaramente, o rendere comunque evidente, al consumatore tale specifica circostanza<sup>28</sup>. Tuttavia, una significativa differenza è da rilevare rispetto al contenuto della proposta europea poiché, secondo i principi inglesi, sebbene la dichiarazione ambientale ben possa riguardare anche solo uno specifico aspetto del prodotto, anche se veritiera, tuttavia, il consumatore potrebbe comunque essere tratto in inganno in considerazione dei restanti impatti negativi significativi del prodotto ovvero se quel beneficio (pur selettivo) comporta ulteriori costi ambientali significativi<sup>29</sup>.

Come nella proposta di modifica della direttiva, inoltre, anche per i principi inglesi le dichiarazioni ambientali devono essere formulate in modo chiaro e non ambiguo (principio 3, lett. b). Sotto tale profilo, infatti, si ritiene che le *dichiarazioni generiche e/o vaghe* abbiano una maggiore probabilità di essere considerate fuorvianti per i consumatori confondendoli cioè in modo da impedirgli l'assunzione di scelte commerciali pienamente informate<sup>30</sup>. A ciò si aggiunga poi come, secondo i richiamati principi inglesi, se la dichiarazione ambientale riguarda benefici solo *futuri*, l'impresa dovrebbe essere in grado di dimostrare di avere altresì intrapreso una strategia chiara e verificabile per realizzarli<sup>31</sup>. Come nella proposta di direttiva

---

26 A tal fine, nei principi, si veda il punto 3.9. secondo il quale: «*Terms like 'green', 'sustainable' or 'eco-friendly,' especially if used without explanation, are likely to be seen as suggesting that a product, service, process, brand or business as a whole has a positive environmental impact, or at least no adverse impact. Unless a business can prove that, it risks falling short of its legal obligations*». Inoltre, secondo quanto si legge nel successivo principio n.3.24 le imprese dovrebbero disporre di prove evidenti che i loro prodotti, servizi, marchi, processi e attività non hanno un impatto negativo o hanno un impatto positivo sull'ambiente. La mancanza di dette prove, infatti, rende molto probabile il successivo impiego di *claims* ambientali ingannevoli a danno dei consumatori.

27 Sul punto, si veda il paragrafo 3.12 del *Green Claims Code*, cit. nota n.6.

28 In argomento paragrafo n.3.16 del *Green Claims Code*, cit. nota n.6.

29 Sul punto, paragrafo n.3.17 che fa l'esempio di un indumento venduto come biologico ma che, per la sua produzione, presenta un fortissimo impatto sull'ambiente dal momento che necessita di rilevante quantità di risorse idriche.

30 Si veda il paragrafo 3.49 *Green Claims Code*, cit. nota n.6. Ed infatti, secondo il successivo principio 3.52. «*(...) Scientific or technical language should be avoided unless it is easily understood by the average consumer*». Ed ancora: «*Key words should be defined, unless their meaning is clear and widely understood by consumers. Terms with multiple meanings should also be explained to ensure they are not misinterpreted*», così il paragrafo 3.52. del *Green Claims Code*.

31 Auspicando una divisione tra obiettivi ambientali dell'impresa e obiettivi specifici dei suoi prodotti.



europea, infatti, espressioni altamente generiche come “eco”, “rispettoso dell’ambiente”, “sostenibile”, “ecologico”, “biodegradabile” o “riciclabile” corrono il rischio di creare l’impressione che, tutto considerato, il prodotto venduto abbia un impatto minimo o inesistente sull’ambiente<sup>32</sup>.

Ancora, la dichiarazione ambientale non deve *omettere* o *nascondere* informazioni importanti (principio 3, lett. c). Il professionista, infatti, è tenuto a fornire al consumatore [tutte] le informazioni necessarie per compiere scelte di consumo consapevoli<sup>33</sup>. Problema che si presenta soprattutto con riguardo alle dichiarazioni aventi ad oggetto gli obiettivi in materia di neutralità carbonica delle imprese, come l’azzeramento delle (sue) emissioni ad effetto serra in atmosfera<sup>34</sup>. Anche il *Green claims code* contiene poi specifiche prescrizioni sulle dichiarazioni ambientali comparative (v. lett.e)<sup>35</sup>. Secondo l’Autorità garante della concorrenza e mercato inglese, si tratta di *claims* che devono essere comprovati (lett. f), nel senso che le imprese devono disporre di prove - ad esempio, scientifiche - a sostegno delle dichiarazioni ambientali di tal fatta<sup>36</sup>. A margine della proposta di modifica della normativa europea e dell’esperienza inglese, significativo interesse è poi da attribuire alla recente approvazione della *Loi Climat et Résilience* francese nell’ambito dell’articolata ed ambiziosa agenda politica nazionale in materia climatica<sup>37</sup>. Più nel dettaglio, aggiungendo una nuova sottosezione nel Libro V del *Code de*

---

32 Ad esempio, secondo quanto si legge nei principi: «(...) *it must also be clear whether claims about product recyclability relate to the whole product, including its packaging, or part of it. Instructions on how to recycle the product should be provided*».

33 A norma del paragrafo 3.67. dei principi, infatti, «(...) *For many products, services, brands and businesses, the impact on the environment will be affected by things like: the provenance and sourcing of materials; the production processes and practices employed; and the packaging, transportation, use and disposal of products*».

34 In tale contesto, le imprese dovrebbero fornire indicazioni chiare sul modo in cui stanno attivamente contribuendo alla riduzione delle emissioni generate o alla loro compensazione, fornendo altresì «(...) *information about any scheme they are using (which should be based on recognised standards and measurements, capable of objective verification*», cfr. paragrafo 3.73.

35 Si vedano, al riguardo, i paragrafi da 3.97 a 3.107.

36 Sul punto, si veda in particolare il paragrafo 3.125 per il quale «*Businesses should therefore be able to back up their claims. They should hold robust, credible, relevant and up to date evidence that supports them. Where they compare their products or activities to one or more competitor’s, that evidence should cover all of them*».

37 *Cit.* nota n.7. Sebbene le resistenze incontrate da parte di talune associazioni ambientaliste francesi, si tratta indubbiamente di una legge dal contenuto davvero inedito ed originale nel panorama mondiale; come del resto lo stesso *iter* legislativo seguito, che trova origine in una delle numerose proposte formulate dagli stessi cittadini francesi coinvolti nella *Convention citoyenne pour le climat*, attraverso una alquanto originale forma di democrazia partecipativa e diretta dei cittadini francesi nell’ambito del processo di transizione climatica e della sostenibilità ambientale. Per un approfondimento, sul punto, si veda L. COLELLA, *La “transizione ecologica” nella Loi climat et Résilience in Francia. Brevi note introduttive*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 27.09.2021. In materia di politiche di transizione e cambiamento climatico nell’ordinamento francese si veda anche L.M. PEPE, *La tutela della*



*l'environnement*, si prevede oggi l'obbligo<sup>38</sup> della c.d. "*étiquette environnementale*", ovvero il diritto dei consumatori di ricevere informazioni sull'impatto ambientale dei beni e servizi, mediante marcatura od etichettatura del prodotto. Si tratta, più nel dettaglio, di informazioni che, "(...) *de façon fiable et facilement compréhensible pour le consommateur*" (i.e. in modo affidabile e facilmente comprensibile al consumatore) siano in grado di mostrare al consumatore stesso l'impatto ambientale dei prodotti e servizi nel loro intero ciclo di vita, tenendo conto, in particolare, delle emissioni ad effetto serra, dei danni alla biodiversità o del consumo di acqua e di altre risorse naturali e di ogni esternalità negativa ambientale del processo produttivo, in modo scientifico<sup>39</sup>.

Significativa è poi la modifica del Libro II del Codice in materia di pubblicità dove è oggi inserita una nuova Sezione IX "*Allégations environnementales*" nell'ambito del Capitolo IX. Si prevede, infatti, nell'ambito di un annuncio pubblicitario, il divieto di dichiarare che il prodotto o servizio sia neutrale da un punto di vista delle emissioni di anidride carbonica in atmosfera nonché l'impiego di ogni altra dicitura dal contenuto simile, a meno che l'impresa non sia altrimenti in grado di comprovare prontamente al pubblico tali dichiarazioni<sup>40</sup>.

Infine, la *Loi Climat et Résilience* ha modificato altresì l'art. L121-2 del Codice di consumo francese in materia di pratiche commerciali ingannevoli qualificando, come tale, anche la pratica commerciale basata su un'affermazione, indicazione o presentazione falsa o fuorviante relativa (tra gli altri elementi) alle proprietà e all'uso atteso di un bene, in particolare, del suo *impatto ambientale*. Introducendo, al contempo, un significativo inasprimento sanzionatorio pari all'80% delle spese sostenute per la realizzazione della pubblicità o della pratica che costituisce l'illecito proprio nel caso in cui la pratica ingannevole si basi su una dichiarazione ambientale non veritiera.<sup>41</sup>

---

*biodiversità in Francia tra cambiamento climatico e politiche di transizione*, in *Rivista Giuridica Ambiente Diritto*, 1, 2022.

38 Secondo le modalità indicate in un decreto a norma dell'art. L. 541-9-12 anche tenendo conto della natura dei beni e servizi nonché delle dimensioni delle imprese e dei volumi d'affari che la interessano.

39 Il riferimento è all'art.L.541-9-11 rubricato "*Affichage de l'impact environnemental des biens et services*".

40 In particolare, a norma dell'art.L. 229-68. - I, l'impresa è tenuta a rendere disponibile: «(...) 1o *Un bilan d'émissions de gaz à effet de serre intégrant les émissions directes et indirectes du produit ou du service*; «2o *La démarche grâce à laquelle les émissions de gaz à effet de serre du produit ou du service sont prioritairement évitées, puis réduites et enfin compensées. La trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre est décrite à l'aide d'objectifs de progrès annuels quantifiés*; «3o *Les modalités de compensation des émissions de gaz à effet de serre résiduelles respectant des standards minimaux définis par décret*».

41 A norma del nuovo articolo L. 132-2 del Codice del consumo francese, infatti, le pratiche commerciali ingannevoli sono punite con due anni di reclusione e con una multa di trecento mila euro. Tale importo, tuttavia, può essere aumentato, proprio in ragione dei benefici che l'impresa riceve dall'illecito, entro una soglia del 10% del fatturato medio annuo, calcolato sulla base degli ultimi tre fatturati annui noti alla data dell'illecito, o al 50% delle spese sostenute per la realizzazione della pubblicità o della pratica che costituisce l'illecito.



#### 4. L'antefatto alla base del rinvio pregiudiziale intorno al fenomeno Dieselgate.

La Corte di Giustizia, in Grande Sezione, con tre pronunce del 14 luglio 2022 inaugura l'ultima *stagione* della vicenda *Dieselgate*<sup>42</sup>, il cui antefatto - sinteticamente consistente nella manipolazione di motori diesel finalizzata ad occultare inefficienze nella riduzione delle emissioni di agenti inquinanti - fornisce un emblematico esempio di pratica commerciale riconducibile al multiforme fenomeno del *greenwashing*<sup>43</sup>. Le tre sentenze, rese per le cause C-134/2020, C-145/20 e C-128/20, muovono dal medesimo caso ed approdano a conclusioni identiche<sup>44</sup>, con la conseguenza che, per semplicità, appare opportuno procedere con una trattazione unitaria del tema, prendendo come modello la causa C-145/20, rispetto alla quale si registra uno sviluppo ulteriore in punto di *private enforcement*.

Il rinvio pregiudiziale in commento è occasionato dalla richiesta - avanzata al *Landesgericht Linz* da un consumatore austriaco contro il gruppo Volkswagen - di risolvere il contratto di compravendita, e, in subordine, di ridurre del prezzo del veicolo e, in ulteriore subordine, di

---

42 La dottrina, in materia di *Dieselgate*, è vasta: G.F. SIMONINI, *Verso una concezione oggettiva (e tecnica) del difetto di conformità dei beni di consumo*, in *Danno e resp.*, 2022, I, 64: l'Autore approfondisce, appunto, la vicenda che ha occasionato le pronunce della Grande Sezione. N. BRUTTI, *Le regole dell'informazione ambientale, tra pubblico e privato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, III, 617 ss.; F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. impr.*, 2021, I, 289 ss.; ID. *Dealing with the dieselgate scandal in the us and eu*. *Italian Law Journal*, 2021, VII, 619 ss.; I. GARACI, *Il Dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, 61 ss.; M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *The Dieselgate: A Legal Perspective*, Springer, 2017; J. M. Carvalho e K. NEMETH, "Dieselgate" and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union, in *Journal of European Consumer and Market*, 2017, Vol. VI, fasc. 1, 35 ss.; diversi numeri della rivista *Journal of European Consumer and Market* sono dedicati al tema al fine di evidenziare le ripercussioni del *Dieselgate* nei vari Stati membri; con particolare riferimento all'ordinamento italiano, si veda P. FABBIO, *Dieselgate and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen Scandal in Italy*. *J. Eur. Consumer & Mkt. L.*, 2017, VI, 94 ss.; E. CAMILLERI, *Qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. Spunti per il caso Dieselgate?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, V, 707 ss.

43 Per un tentativo di definizione dei confini dell'ampio concetto di *greenwashing*, si veda A. PISTILLI, *Il green-washing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?*, in *Dir. industriale*, 2022, IV, 381 ss.; A. QUARANTA, *La retorica green e le comunicazioni ingannevoli: il greenwashing per la prima volta al vaglio del giudice di merito*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2022, VI, 403 ss., in particolare, a pag. 404, l'Autore fornisce una definizione del fenomeno riconducendolo alla «*forma di pubblicità ingannevole che le aziende utilizzano con il solo scopo di trarre un beneficio economico, senza però fare realmente nulla di concreto nei confronti della tutela ambientale. Si tratta di un fenomeno che affligge diversi settori produttivi (energia, edilizia, tessile solo per citare esempi eclatanti), che hanno in comune l'esistenza, nelle proprie platee di consumatori, di una concreta e reale propensione all'acquisto specificamente rivolta a prodotti e servizi a marchio green, e che certamente per gli operatori economici rappresenta una profittevole opportunità di business*».

44 Gli evidenti nessi tra le tre fattispecie hanno spinto l'Avvocato Generale a presentare conclusioni comuni.



dichiarare la responsabilità della Volkswagen per i danni derivanti dalla presenza di un impianto di manipolazione (c.d. *defeat device*) illecito nell'accezione dell'articolo 5, paragrafo 2, del Reg. (UE) n. 715/2007. Il giudice di primo e di secondo grado, tuttavia, respingevano la pretesa attorea, ritenendo sufficiente a riparare il difetto l'aggiornamento del software governante il funzionamento di detto dispositivo (v. *infra*). Di qui il ricorso, da parte del consumatore, dinnanzi alla Corte Suprema Austriaca, la quale, nella veste di giudice del rinvio, decide di investire della questione la Corte di Giustizia. Segnatamente la Corte Suprema Austriaca ritiene che, anche dopo il suddetto aggiornamento, il veicolo in questione sia affetto da un difetto di conformità ai sensi della direttiva 1999/44/CE, dal momento che il sistema di commutazione costituisce un *defeat device* vietato dall'art. 5, paragrafo 2, del Reg. (UE) n. 175/2017. La Corte di Giustizia, in virtù delle competenze ad essa conferite dall'art. 267 TFUE, è chiamata, allora, a fornire l'interpretazione, principalmente, di due norme euro-unitarie: il Reg. (UE) n. 715/2007 relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni e la Direttiva 1999/44/CE<sup>45</sup> in materia di difetti di conformità dei beni di consumo compravenduti. In particolare, l'azione consumeristica muove dalla discrasia tra la politica *environmental-oriented* pubblicizzata ed il reale impatto ambientale di un motore che, sebbene rientrante nella Classe Euro 5, è, in verità, irrispettoso degli standard anti-inquinamento fissati a livello europeo. Siffatta alterazione delle concrete emissioni nocive del veicolo è affidata alla predisposizione di un software in grado di ridurre il ricircolo dei gas inquinanti (e proporzionalmente anche l'efficienza in termini di sostenibilità ambientale del veicolo), in funzione della temperatura e dell'altitudine rilevate.

Preliminare all'approfondimento della fattispecie concreta è l'analisi della cornice normativa di riferimento, al fine di cogliere *ictu oculi* il disallineamento tra la condotta della casa automobilistica e gli obblighi di legge.

La crescente sensibilità in ordine alle tematiche ambientali<sup>46</sup>, testimoniata anche dalla torsione della scelta consumeristica verso prodotti e servizi eco-compatibili, ha spinto il legislatore europeo ad accelerare la transizione sostenibile, vincolando i costruttori di veicoli al rispetto di rigidi parametri antinquinanti. In questo quadro di implementazione di pratiche virtuose nasce il Reg. (UE) n. 715/2007 che, allo scopo di garantire elevati livelli di tutela dell'ambiente migliorando la qualità dell'aria per mezzo della diminuzione dei valori di inquinamento, si prefigge di ridurre notevolmente le emissioni di ossido di azoto provocate dai veicoli con motore diesel. A tal fine, l'art. 4, ai paragrafi 1 e 2, obbliga i costruttori a dimostrare che tutti i nuovi veicoli e dispositivi di ricambio di controllo dell'inquinamento

45 La Direttiva 1999/44/CE è stata, da ultimo, abrogata dalla Direttiva 2019/771/UE relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni. Tuttavia, trattandosi di fatti anteriori all'entrata in vigore della nuova direttiva, al caso di specie continua ad applicarsi la Direttiva 1999/44/CE.

46 Tali conclusioni sono confortate anche dai dati *supra* riportati al paragrafo 1.



siano stati omologati conformemente alle disposizioni europee in materia di emissioni. Nella medesima direzione, l'art. 5, paragrafo 1, prevede che il costruttore produca i veicoli in modo che progetto, costruzione e assemblaggio delle componenti che influiscono sulle emissioni permettano al veicolo di soddisfare i parametri fissati a livello europeo. In maniera significativa, l'art. 5 prosegue al paragrafo 2 vietando ogni utilizzo fraudolento<sup>47</sup> degli «impianti di manipolazione», intendendosi per tali, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 10, gli elementi che siano in grado, a seguito del rilevamento di determinati parametri<sup>48</sup>, di attivare, modulare, ritardare o disattivare il funzionamento di una qualsiasi parte del sistema di controllo delle emissioni. In altre parole, il Reg. (UE) n. 715/2007 subordina l'omologazione dei veicoli a motore al rispetto dei parametri europei in materia di emissioni di ossido di azoto, allo scopo di implementare gli obiettivi euro-unitari relativi al miglioramento della qualità dell'aria e alla riduzione dei livelli di inquinamento; a tale scopo il legislatore europeo vieta, altresì, ogni condotta manipolativa del costruttore finalizzata, per mezzo del rilevamento di specifici indicatori, all'alterazione dell'efficacia del sistema di controllo delle suddette emissioni.

In questa intelaiatura normativa di matrice europea si sviluppa l'antefatto che ha innescato il rinvio pregiudiziale: il riferimento è alla manipolazione, da parte di alcune case automobilistiche, dei veicoli diesel per mezzo dell'inserimento di particolari dispositivi nella centralina del motore, con l'unico scopo di falsare i test di laboratorio relativi alle reali emissioni di ossido di azoto. Ai fini della nostra analisi preme sinteticamente sottolineare che il veicolo di cui trattasi è dotato di un dispositivo interno di riduzione delle emissioni composto da una valvola per il ricircolo dei gas di scarico (la c.d. «*valvola EGR*») e da un software che, integrato nella centralina di controllo del motore, contribuisce al funzionamento dell'intero sistema di ricircolo dei gas di scarico (il c.d. «*sistema di commutazione*»). Le due componenti sono strettamente collegate tra loro, posto che «*l'efficacia del disinquinamento è legata all'apertura della valvola EGR, che è [a sua volta] comandata dal software summenzionato*»<sup>49</sup>. Tale software, in particolare, permette il funzionamento del sistema di commutazione secondo due modalità: la modalità 0, connessa ad una percentuale di ricircolo dei gas ridotta, e la

---

47 Al di fuori degli usi strumentali a falsificare il sistema di controllo delle emissioni, gli impianti di manipolazione sono leciti ogniqualvolta si rendano necessari a proteggere il motore da danni o avarie e a garantire la sicurezza dei veicoli, ovvero quando l'impianto cessa di funzionare dopo l'avvio del motore, oppure, infine, quando le condizioni sono in sostanza comprese nelle procedure di prova a verifica delle emissioni per evaporazione e delle emissioni medie dallo scarico. I suddetti casi eccezionali rispetto ai limiti dell'uso di impianti di manipolazione sono elencati alle lett. a), b) e c) del paragrafo 2 dell'art. 5.

48 Tra questi parametri la norma richiama la temperatura, la velocità del veicolo, la velocità del motore (RPM), la marcia innestata, la depressione del collettore.

49 Così si esprime la Corte di Giustizia al paragrafo 41 della pronuncia resa per la causa C-134/20.



modalità 1, legata ad una percentuale di ricircolo euro-compatibile. Segnatamente, la modalità 1 si attiva (solo) al momento del test di omologazione relativo alle emissioni inquinanti effettuato in laboratorio; in condizioni normali di uso su strada, il veicolo circola, invece, quasi sempre in modalità 0, con la conseguenza che, a fronte della diminuzione del ricircolo associata a tale seconda modalità, detta autovettura risulta irrispettosa dei limiti di emissione di ossido di azoto previsti dal Reg. (UE) n. 715/2007. In altre parole, la manipolazione del sistema di controllo delle emissioni sarebbe stata realizzata mediante un *defeat device* capace di influenzare, opportunisticamente, il ricircolo dei gas di scarico mediante l'alterazione del funzionamento della «*valvola EGR*», rendendo, conseguentemente, il veicolo non conforme ai limiti europei sulle emissioni di gas inquinanti ogniqualvolta esso sia utilizzato su strada. La condotta fraudolenta è subito evidente: il software di gestione della *valvola EGR* è stato inserito con il precipuo obiettivo di falsare i risultati dei controlli sulle emissioni di gas inquinanti, quali l'ossido di azoto, mediante la sua capacità, da un lato, di rilevare se l'automobile sia su strada o sui rulli del laboratorio e, dall'altro, di garantire il rispetto dei vincoli di legge solo in quest'ultimo caso.

Sulla scia del clamore mediatico che aveva, nel frattempo, avvolto la vicenda anche oltre i confini europei, la casa automobilistica, su indicazione del *Krafthart-Bundesamt* (di seguito: KBA), ossia l'Ufficio federale competente in materia di omologazione, tenta di ripristinare la conformità del veicolo mediante la diffusione di un aggiornamento del software deputato al funzionamento intermittente del *defeat device*. Tale modifica tecnica, che avrebbe dovuto «*riparare*»<sup>50</sup> il veicolo rendendolo conforme agli standard europei, in realtà, si è risolta in un'impostazione della *valvola EGR* tale per cui quest'ultima funzioni in regime eco-compatibile solo all'interno di un preciso «*intervallo termico*»<sup>51</sup>. Ne deriva che, al di fuori di determinati parametri di temperatura e altitudine, la percentuale di ricircolo dei gas di scarico si riduce nuovamente e linearmente a 0, determinando la violazione dei limiti delle emissioni stabiliti dal Reg. (UE) n. 715/2007.

Il giudice del rinvio, scarsamente persuaso della liceità di siffatto dispositivo interno di riduzione delle emissioni connotato, anche dopo l'aggiornamento, da un funzionamento ad *euro-compatibilità intermittente*, sospende il giudizio e rimette la questione alla Corte di Giustizia, la quale è chiamata a chiarire se l'impianto che garantisce il rispetto dei valori limite

---

50 Si tratterebbe di una vera e propria riparazione realizzata ai sensi dell'art. 3, paragrafo 2, della Direttiva 1999/44/CE, quale prima modalità di intervento del venditore al fine di ristorare la lesione dell'interesse dell'acquirente alla conformità del bene.

51 Segnatamente, la temperatura esterna si deve collocare tra i 15 e 33 gradi Celsius e deve abbinarsi ad un'altitudine inferiore ai 1.000 metri. Per la verità, il Gruppo automobilistico sostiene che a rilevare non sia la temperatura esterna ma la temperatura dell'aria di aspirazione del motore, in media inferiore di 5 gradi Celsius rispetto alla temperatura dell'ambiente.



di emissione europei solo nell'intervallo termico sia una soluzione tecnica conforme al diritto europeo<sup>52</sup>.

### **5. L'eco-incompatibilità come difetto di conformità «non minore» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.**

Quattro, in estrema sintesi, i quesiti, avvinti tra loro da un rapporto di consequenzialità, sottoposti alla Corte di Giustizia nelle tre cause in esame: *un software in grado di interagire con le emissioni di gas inquinanti in virtù dell'intervallo termico è un impianto di manipolazione ai sensi dell'art. 3, punto 10, del Reg. (UE) n. 715/2017? Se si tratta di impianto di manipolazione, tale software è vietato oppure è riconducibile ad una delle ipotesi eccezionali dell'art. 5, paragrafo 2, del Reg. (UE) n. 715/2007? Se si tratta di impianto di manipolazione illecito, perché non rispondente ad alcuna delle cause giustificative del citato art. 5, par. 2, tale software integra un difetto di conformità di cui alla Direttiva 1999/44/CE? Se tale software integra un difetto di conformità, siffatta non conformità è minore o significativa ex art. 3, par. 6, della Direttiva 1999/44/CE?*

Volendo procedere nell'ordine delle questioni presentate alla Corte di Giustizia, noteremo che quest'ultima conclude, alla luce di una serie di valutazioni tecniche che esulano dalla nostra indagine, che il software di cui trattasi è effettivamente un impianto di manipolazione di cui all'art. 3 del Reg. in esame, in forza della sua capacità di agire sul funzionamento del sistema di controllo delle emissioni riducendone l'efficacia in condizioni (di temperatura e altitudine) ricorrenti durante il normale funzionamento ed uso del veicolo<sup>53</sup>.

Affermata la natura manipolativa del software, la Corte di Giustizia si interroga sulla riconducibilità di tale sistema nell'insieme di quelli vietati dall'art. 5, domandandosi se esso possa sfuggire ai caratteri dell'illiceità in virtù della sussistenza dell'eccezione di cui al paragrafo 2 lett. a) dell'art. 5. La lett. a), infatti, permette il ricorso ai soli impianti di manipolazione giustificati dall'esigenza di proteggere il motore da danni o avarie: con un'espressione riassuntiva, sono, quindi, ammessi quei soli *defeat device* utili a garantire un funzionamento sicuro dei veicoli. Sul punto, la Corte di Giustizia abbraccia un'interpretazione restrittiva del concetto di «danno» e «avarie»; espressioni che, in quanto connotate da

---

52 Da notarsi che il quesito si mostra con tutta la sua incisività rispetto a quelle zone, come l'Austria, in cui le temperature si collocano, per la maggior parte dell'anno, al di sotto dei 15 gradi Celsius: rispetto a queste aree, infatti, la conformità dell'intervallo termico porterebbe a concludere per la liceità di un dispositivo di riduzione delle emissioni che quasi mai garantisce il funzionamento del veicolo con modalità a basse emissioni.

53 La menzionata normalità deve essere parametrata, secondo la Corte, all'utilizzo del veicolo in condizioni di guida normali e non all'utilizzo nelle (diverse) condizioni previste per il test di omologazione. La Corte, al paragrafo 51, prosegue affermando che «è pacifico che temperature ambiente inferiori a 15 °Celsius, così come la guida su strade ad altitudini superiori a 1 000 metri, siano abituali nel territorio dell'Unione».

eccezionalità, devono cogliere nel proprio (ristretto) spettro applicativo soltanto le ipotesi di danni o avarie al motore che, altresì, generino un pericolo concreto in fase di guida del veicolo<sup>54</sup>. La fattispecie eccettuativa, allora, non è suscettibile di estensione analogica ai casi di impianti di manipolazione volti semplicemente a rallentare l'invecchiamento del motore o la formazione di incrostazioni. D'altronde, a prescindere dal reale impatto performativo sul motore provocato da tale intervallo, non sarebbe ragionevole un sacrificio dell'efficienza ambientale del veicolo per la maggior parte dell'anno<sup>55</sup>: una simile conclusione sarebbe in palese contraddizione con la *ratio* del Reg. (UE) n. 715/2007 attenta a garantire un *elevato* livello di tutela dell'ambiente. In maniera incisiva, la Corte di Giustizia non rinuncia ad affermare l'illiceità di siffatto impianto di manipolazione neanche di fronte agli elevati costi di ricerca o alle spese, comparativamente più onerose, che l'acquirente potrebbe dover affrontare per le operazioni di manutenzione dei veicoli dotati di impianti funzionanti anche oltre l'intervallo tecnico. La tutela ambientale, allora, non retrocede neanche al cospetto dei significativi sacrifici economici dei privati, tanto nella veste delle imprese costruttrici tanto nella veste di consumatori.

Dopo aver asserito l'illiceità dell'impianto di manipolazione in esame ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, par. 2, del Reg. (UE) n. 715/2007, un ultimo quesito residua: *la presenza nel motore diesel di tale software vietato integra un difetto di conformità tale da provocare specifici rimedi contenuti nella Direttiva 1999/44/CE?* Posto che il bene è idoneo all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo<sup>56</sup> e che, quindi, non è possibile sfruttare la lett. c) dell'art. 2, par. 2, della Direttiva 1999/44/CE, la strada da intraprendere per giustificare il ricorso ai rimedi di

---

54 Cfr. paragrafo 68 della sentenza per la causa C-134/20: «Solo i rischi immediati di danni o avarie al motore che generano un pericolo concreto al momento della guida di un veicolo sono pertanto tali da giustificare l'utilizzo di un impianto di manipolazione, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 715/2007». Allo stesso modo, si esprime, al paragrafo 108 delle proprie conclusioni, l'Avvocato Generale, il quale, inoltre, al paragrafo 125, fornisce anche un'esemplificazione di tale ipotesi di pericolo immediato nel malfunzionamento della valvola EGR con «conseguenze improvvise sul funzionamento del motore stesso, senza che una manutenzione regolare e adeguata del veicolo possa prevenire tali conseguenze».

55 Il riferimento alla «maggior parte dell'anno» si spiega, come notato anche dall'Avvocato Generale a partire dal paragrafo 97, alla luce delle condizioni climatiche e orografiche europee: è verosimile, infatti, che per molti mesi dell'anno, la temperatura sarà inferiore ai 15 gradi Celsius e l'altitudine sarà, a sua volta, superiore ai 1000 metri. Così, al paragrafo 103, l'Avvocato Generale afferma che: «Alla luce di quanto precede, ritengo che i valori di temperatura e di altitudine utilizzati nell'ambito dell'intervallo termico non rappresentino un «uso normale», ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 715/2007, per i veicoli a motore nell'Unione. In altre parole, il software di cui trattasi riduce l'efficacia del sistema di controllo delle emissioni in «modi che è lecito attendersi durante il normale funzionamento e il normale uso del veicolo», con la conseguenza che esso costituisce un «impianto di manipolazione», ai sensi dell'articolo 3, punto 10, di tale regolamento».

56 Il veicolo, infatti, non presenta alcun difetto in termini di circolazione su strada, permettendo, dunque, il corretto svolgimento delle normali funzioni cui un'automobile è adibita.



conformità deve essere un'altra. Sul punto è già il giudice del rinvio ad indicare la soluzione, chiedendosi se il veicolo, dotato di un *defeat device* non conforme alle norme europee perché scarsamente performativo sotto il profilo della sostenibilità ambientale, sia caratterizzato da quelle qualità (nel caso di specie) *environmental-oriented* che abitualmente ineriscono un bene dello stesso tipo e che il consumatore *medio*, dunque, può ragionevolmente aspettarsi ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. d), della Direttiva 1999/44/CE. La lett. d) prosegue affermando che l'aspettativa del consumatore rispetto a determinate caratteristiche del bene può anche essere alimentata dalle «dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura». Come vedremo meglio *infra*, in numerose occasioni il Gruppo Volkswagen ha contribuito, mediante numerosi *green claims* e la diffusione di un Codice Etico apertamente sensibile alle tematiche ambientali, ad ingenerare nel consumatore il convincimento sul notevolmente basso impatto ambientale dei veicoli in commercio. Di qui il legittimo affidamento dell'acquirente rispetto all'utilizzo di un veicolo, rispettoso *almeno* delle prescrizioni minime in materia di emissioni di gas inquinanti, con conseguente lesione di siffatta aspettativa nel momento in cui emerge l'alterazione della valvola preposta all'abbattimento degli agenti nocivi. A ciò si aggiunga che il rilascio dell'omologazione - il cui mancato ritiro non è ritenuto dalla Corte decisivo ai fini della controversia<sup>57</sup> - gioca un duplice ruolo: da un lato, persuade il consumatore circa le caratteristiche ecologiche del bene<sup>58</sup>; dall'altro, esclude in radice la rilevanza, agli effetti dell'art. 2, par. 3, della Direttiva 1999/44/CE, di una possibile conoscenza del difetto da parte del consumatore, posto che nemmeno l'ente competente all'omologazione ne era completamente conscio<sup>59</sup>. Ne deriva che un consumatore, al momento dell'acquisto di un veicolo omologato per la classe Euro 5, la quale garantisce un determinato livello di eco-

---

57 In più punti, infatti, la Corte di Giustizia conclude per l'irrelevanza, ai fini dell'illiceità dell'impianto di manipolazione, della previa omologazione, la cui persistenza è confermata dal mancato ritiro da parte dell'ente preposto. Si rinvia, in particolare, ai paragrafi dedicati all'analisi della prima questione pregiudiziale di cui alla pronuncia per la causa C-145/20.

58 D'altronde il sistema di omologazione tende proprio a certificare tali caratteristiche. Sul ruolo dei sistemi di standardizzazione e certificazione come strumenti di concretizzazione del concetto di *sostenibilità*, si veda S. THOBANI, *Pratiche commerciali scorrette e sostenibilità: alla ricerca di un significato*, in *Pers. merc.*, 2022, III, 423 ss.

59 Nella sentenza per la causa C-145/20 si legge, infatti, che «dalla decisione del giudice di rinvio risulta che il tipo di veicolo di cui trattasi [...] è stato originariamente omologato dal KBA senza che a quest'ultimo fosse stata rilevata la presenza del sistema di commutazione. Inoltre, da tale decisione risulta che se il KBA fosse stato a conoscenza di tale sistema, esso non avrebbe omologato questo tipo di veicolo». Tuttavia, non è sempre chiara la reale consapevolezza del KBA: al paragrafo 25 della sentenza sulla causa C-134/20 si legge, infatti, che tale ente aveva rilasciato l'autorizzazione per una modifica tecnica, vale a dire l'aggiornamento del software, senza revocare l'omologazione e concludendo per l'assenza di un impianto di manipolazione vietato.



sostenibilità, si aspetta ragionevolmente che il veicolo sia conforme ai parametri di cui al Reg. (UE) n. 715/2007 e ciò in forza non solo della natura del bene ma anche dei fuorvianti messaggi pubblicitari trasmessi dal venditore. L'omologazione (ed il suo mancato ritiro) non rappresenta, dunque, un ostacolo all'integrazione del difetto di conformità posto che è essa stessa a confermare le qualità abituali del bene certificandone l'appartenenza ad una data classe.

Sciolto positivamente il quesito sull'integrazione di un vero e proprio difetto di conformità discendente dalla presenza di un impianto di manipolazione vietato *ex art. 5, par. 2, Reg. (UE) n. 715/2007* idoneo a distorcere le potenzialità ecologiche ragionevolmente attribuibili al veicolo, un ultimo spunto di analisi attiene all'esatta gradazione dell'intensità di tale difetto. Il giudice del rinvio domanda, in particolare, se tale difetto debba essere ritenuto minore e, dunque, legittimante la sola tutela manutentiva o *quanti minoris* oppure se esso assurga ad una gravità sufficiente da attivare, nel rispetto della gerarchia dei rimedi, anche la risoluzione del contratto.

Nel tentativo di sgombrare il campo da possibili equivoci, la Corte di Giustizia precisa, in via preliminare, che, ai fini dell'individuazione dell'esatta intensità del difetto, non assume alcuna rilevanza la più o meno accentuata vocazione ambientalista del consumatore. Non è idonea, in altre parole, a scalfire la gravità del difetto la circostanza per la quale il consumatore avrebbe *comunque* acquistato il suddetto veicolo, cioè anche qualora fosse stato a conoscenza del diverso impatto ambientale del motore in questione<sup>60</sup>. Viceversa, come dicevamo *supra*, l'eventuale conoscenza del difetto da parte del consumatore potrebbe valere da causa impeditiva dell'attivazione dell'intera disciplina contenuta nella Direttiva 1999/44/CE, in forza dell'art. 2, par. 3, di quest'ultima. Ne deriva che, una volta appurato che il consumatore non era consapevole del difetto al momento dell'acquisto, è ultronea, ai fini della natura «minore» o meno del difetto di conformità, ogni altra verifica in merito ad eventuali dichiarazioni successive alla compravendita, in cui l'acquirente affermi che avrebbe *nondimeno* concluso l'acquisto del veicolo.

Fatta questa precisazione sull'irrilevanza dell'elemento soggettivo del consumatore, la Corte di Giustizia prosegue attestando che un difetto di conformità consistente nella sussistenza di un *defeat device* illecito perché finalizzato ad una riduzione soltanto intermittente dei gas inquinanti non può essere qualificato come «minore» ai sensi dell'art. 3, paragrafo 6, della Direttiva 1999/44/CE. L'attribuzione di una scarsa intensità al difetto in esame contrasterebbe, infatti, con le esigenze di sostenibilità ambientale descritte dal Reg. (UE) n.

---

<sup>60</sup> Peraltro, nella sentenza per la causa C-145/20 si legge che il consumatore avrebbe comunque acquistato il veicolo; viceversa, nel paragrafo 27 della sentenza relativa alla causa C-134/20 si prende nota che il consumatore non avrebbe acquistato il veicolo se fosse stato a conoscenza del difetto. In entrambi i casi, il difetto rimane grave.



715/2007; necessità di eco-compatibilità che, predominanti persino nel bilanciamento con gli interessi economici privatistici, verrebbero in larga parte disattese, se si ammettesse una degradazione della gravità del difetto connesso ad un impianto inefficiente e, per di più, euro-incompatibile rispetto alle limitazioni delle emissioni di ossido di azoto. Diretto corollario della natura significativa del vizio è che il consumatore può ricorrere al rimedio privatistico più incisivo in suo possesso, ovvero alla risoluzione del contratto, ottenendo, di conseguenza, la restituzione del prezzo versato a fronte della riconsegna del veicolo (usato).

La questione dell'intensità del difetto è prodromica alla corretta individuazione del rimedio esperibile: è noto, infatti, che la Direttiva 1999/44/CE sia ispirata al principio di «gerarchizzazione» dei rimedi, in forza del quale la reazione redibitoria rappresenta l'*extrema ratio*. Non a caso, alla risoluzione del contratto occasionata dal difetto di conformità è riconosciuto uno spazio operativo ridotto, delimitato da due presupposti: da un lato, è necessario che il difetto sia grave; dall'altro, in ogni caso, all'azione risolutiva dovrebbe essere preferita in prima battuta la tutela manutentiva, composta dalla riparazione o dalla sostituzione del bene, con conservazione in entrambi i casi del contratto. Segnatamente, ai sensi dell'art. 3, apr. 5, della Direttiva 1999/44/CE, il consumatore può accedere alla risoluzione del contratto soltanto se egli non ha diritto alla tutela manutentiva, nella duplice forma ripristinatoria o sostitutiva, ovvero se il venditore non ha esercitato tale tutela entro un periodo di tempo ragionevole o senza notevoli inconvenienti per la controparte consumeristica. Tale gerarchizzazione dei rimedi abbinata alla *marginalizzazione* del rimedio risolutorio è il risultato di un bilanciamento di interessi: da un lato, il diritto del consumatore ad ottenere una tutela effettiva a fronte dell'adempimento inesatto del professionista; dall'altro lato, l'interesse economico di quest'ultimo a conservare il contratto e a prevenire, introiettandoli nel prezzo di vendita, i costi per eventuali riparazioni o sostituzioni<sup>61</sup>. Si segnala che, in forza dell'art. 13, paragrafo 4, lett. c), della Direttiva 2019/771/UE che abroga la Direttiva 1999/44/CE, si assiste ad un'attenuazione della suddetta gerarchia, posto che il difetto di conformità significativamente grave permette di scavalcare la tutela manutentiva e di azionare immediatamente la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

## **6. I rimedi privatistici alternativi, tra risarcimento del danno e annullamento del contratto.**

---

<sup>61</sup> Nel caso di specie, peraltro, la strada manutentiva era stata percorsa tramite l'aggiornamento del software: tale iniziativa, tuttavia, non è stata ritenuta sufficiente a soddisfare gli standard ambientali discendenti dal Reg. (UE) n. 715/2007 a causa dell'inefficienza di una piena operatività del sistema anti-inquinante circoscritta all'intervallo termico. Come precisato dalla Corte al paragrafo 94 della sentenza per la causa C-134/20, il tentativo di riparazione non è, comunque, utile ad escludere l'illiceità del software: a nulla rileva, infatti, che l'illiceità sia originaria o sopravvenuta (*rectius* persistente) alla riparazione.



Né l'iter argomentativo né la conclusione cui approda la Corte di Giustizia in Grande Sezione nel luglio scorso sono scontati. Sotto il primo profilo, infatti, il primo percorso ricostruttivo intrapreso per soddisfare l'interesse privatistico rispetto al fenomeno *Dieseldate* (e, più in generale, alle ipotesi di dichiarazioni ambientali mendaci) ha invocato la categoria della pratica commerciale scorretta dal volto ingannevole<sup>62</sup>; sotto il secondo profilo, la soluzione proposta dal giudice europeo in merito alla gravità del difetto di conformità si inserisce in un contesto in cui le Corti nazionali italiane faticano a scorgere la risoluzione del contratto relativamente a fattispecie analoghe.

Prendendo le mosse proprio da questo secondo aspetto, segnaliamo che la Corte d'Appello di Bari, ad esempio, con una pronuncia del 4 febbraio 2021, ha ritenuto sufficiente a ripristinare la conformità del veicolo l'aggiornamento del software realizzato in sede di riparazione *ex art.* 130 cod. cons. (nella sua formulazione precedente al recepimento della Direttiva 2019/771/UE). L'intervento manutentivo del professionista paralizzava, secondo il giudice di Bari, l'azione di risoluzione da parte del consumatore. Il citato giudice nazionale proseguiva, però, in maniera ancora più incisiva, affermando che, anche in assenza dell'intervento riparatore, non sarebbe stato possibile esperire l'azione di risoluzione proprio a causa della lieve entità del difetto dedotto, in quanto «*l'appellante non ha provato che il problema tecnico denunciato abbia inciso sul funzionamento del veicolo o sulla possibilità di circolare*». Ragionando *a contrario*, sembra che, secondo tale pronuncia, un difetto di grave entità potrebbe ricorrere solo qualora il problema tecnico sia tale da incidere sul funzionamento del veicolo o sulla possibilità di circolare: è evidente, allora, che la scarsa efficienza ambientale non potrebbe mai risolversi in una empirica impossibilità di circolazione. Ne consegue che l'impianto manipolativo in questione dovrebbe essere ricondotto al difetto di cui alla lett. c) - e non alla lett. d) - dell'art. 2, par. 2, della Direttiva 1999/44/CE, ovvero alla inidoneità del bene rispetto al suo utilizzo abituale. Così impostato il discorso, il descritto impianto di manipolazione delle emissioni, sebbene illecito, non potrebbe mai rappresentare un difetto di conformità significativo, alla luce della sua incapacità di influire sull'abituale circolazione del veicolo.

La portata innovativa della pronuncia della Grande Sezione si coglie, come dicevamo, anche sotto il profilo del percorso rimediale abbracciato, posto che la Corte predilige la via dei difetti di conformità rispetto alla strada della pratica commerciale ingannevole, dalla cui ricorrenza, *de iure condito*, non può discendere la risoluzione del contratto. Nel caso di specie, infatti, è immediatamente evidente il collegamento con il tradizionale tema del *greenwashing* riconducibile alla categoria delle pratiche commerciali ingannevoli. La crescente sensibilità consumeristica verso la sostenibilità dei prodotti e dei servizi ha, di riflesso, indotto i

---

<sup>62</sup> Sul contrasto alle pratiche commerciali sleali quali strumento privatistico privilegiato nel contesto europeo, si veda *supra* (par. 3).

professionisti ad improntare la propria attività verso modelli più responsabili, con annessa promozione del rinnovato volto sostenibile dell'impresa. Tuttavia, accade spesso che lo slancio ambientalista pubblicizzato non trovi corrispondenza in effettive pratiche virtuose. E ciò è evidente nella fattispecie in commento: le case automobilistiche coinvolte avrebbero promosso i veicoli enfatizzandone un'efficienza ecologica in realtà inesistente e, per di più, inferiore ai minimi legali. Tali informazioni false e fuorvianti sulle reali caratteristiche ambientali dei motori diesel sarebbero state tali da indurre l'acquirente in errore circa le reali capacità anti-inquinanti dei veicoli. Si tratta del fenomeno che la dottrina ha definito come la «*quintessenza di uno scarto tra qualità promesse/pubblicizzate e qualità effettive*»<sup>63</sup>. L'ingannevolezza perpetrata dal Gruppo automobilistico opererebbe su un duplice piano: in ordine al rispetto delle condizioni necessarie per ottenere l'omologazione (art. 23, lett. *d*), cod. cons.)<sup>64</sup>; in ordine all'ingannevolezza, commissiva ed omissiva, relativamente al reale impatto ambientale dei veicoli, realizzata, rispettivamente, asserendo qualità ecologiche non possedute e omettendo la presenza di impianti manipolativi del sistema di riduzione delle emissioni di gas inquinanti (art. 21, comma 1, lett. *b*), cod. cons.).

Diverse le pronunce che, sul territorio nazionale, si sono occupate della scorrettezza del particolare fenomeno di *greenwashing* legato al *Dieseldate*. Particolarmente significative sul punto, perché riportanti concretamente i *green claims* adottati in sede di *marketing* dei veicoli controversi, sono una sentenza del Tribunale di Venezia del 7 luglio 2021 ed un provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (prov. n. 26137/2016). In particolare, dalla citata sentenza di merito emerge che l'intera campagna del Gruppo automobilistico coinvolto era incentrata sull'esaltazione dei valori della tutela ambientale e della responsabilità ecologica, in un contesto di *marketing* in cui i c.d. *environmental claims* erano diretti a convincere il consumatore rispetto alla circostanza che i veicoli fossero equipaggiati con le migliori tecnologie volte a tutelare l'ambiente e a ridurre le emissioni nocive<sup>65</sup>. In maniera analoga, l'AGCM, nel provvedimento citato, denuncia la lesione, rilevante ai sensi dell'art. 20, comma 2, cod. cons., dell'autodeterminazione del consumatore e l'alterazione del comportamento economico di quest'ultimo a causa della diffusione, da parte del Gruppo automobilistico, di informazioni non rispondenti al vero e tali da indurre il consumatore in

63 Così E. CAMILLERI, *op. cit.*, 708.

64 Si veda, sul punto, il provvedimento AGCM n. 26137/2016, a partire dal paragrafo 39.

65 Dalla documentazione acquisita nel corso del processo emerge, infatti, un disinvolto ricorso ai *green claims*, per mezzo del richiamo alla tutela dell'ambiente e alla sostenibilità dei veicoli. Tale sensibilità verso le tematiche ambientali è ribadita anche nel Codice Etico del Gruppo. Dopo aver riportato esempi degli *environmental claims* che accompagnavano i messaggi pubblicitari dei veicoli Volkswagen, il Tribunale di Venezia afferma che: «*in generale, la campagna marketing delle autovetture del Gruppo appare, quindi, improntata a concetti di ecologia, di sostenibilità ambientale, di guida "pulita", di abbattimento delle emissioni nocive*».



errore in ordine alle caratteristiche delle autovetture<sup>66</sup>. Tale comportamento ingannevole si sviluppa, naturalmente, in un contesto di netto contrasto con la diligenza professionale, tradita sia dalla falsificazione dei test di laboratorio sia dalle successive e consapevoli trasmissioni di notizie false e omissioni di informazioni rilevanti. In altre parole, la predisposizione di un dispositivo di manipolazione preordinato alla fraudolenta elusione delle verifiche di controllo si pone in direzione diametralmente opposta rispetto ai *green claims* che attraversano la campagna pubblicitaria dei veicoli e, più in generale, l'intera strategia di *marketing* del gruppo. In questo scenario è agevole scorgere una lesione del processo di autodeterminazione consumeristica, nella veste di diritto - la cui natura fondamentale è sancita dall'art. 2 cod. cons. - di adottare scelte libere e consapevoli.

Nel silenzio della Direttiva 2005/29/CE<sup>67</sup>, il legislatore italiano non si è avvalso della possibilità di prevedere specifici rimedi privatistici dell'interesse individuale offeso dalla pratica commerciale scorretta: l'apparato rimediabile preposto al ristoro del consumatore deve, allora, essere ricostruito a partire dai principi generali. Considerata la natura *comportamentale* dell'illecito, il rimedio principe da abbinare alla commissione di una pratica commerciale

---

66 A partire dal paragrafo 39, l'AGCM riporta un elenco esemplificativo di messaggi pubblicitari con cui il gruppo pubblicizzava l'aspetto ambientale ed eco-sostenibile dei propri veicoli. L'Autorità Garante ricorda *claims* dal seguente tenore: «nei cataloghi Volkswagen Golf 2010, 2011, 2012, c'è una specifica pagina dal titolo "Golf BlueMotion: la Golf più ecologica di tutti i tempi", in un riquadro accanto si legge: "La scritta "BlueMotion" sulla parte posteriore delle vettura e sulla griglia del radiatore trasmette un messaggio molto chiaro: l'automobilista che ha optato per questa vettura pensa in modo responsabile ed ecologico»; o ancora «nel catalogo dell'autovettura Skoda Rapid Spaceback edizione giugno 2015 a pag. 2829 si legge: "Tra gli obiettivi più importanti di SKODA vi sono lo sviluppo e la realizzazione di prodotti quanto più possibile rispettosi dell'ambiente in ogni singola fase del loro ciclo di vita [...]. La nostra strategia aziendale sposa la filosofia della riduzione dei consumi e delle emissioni, e le motorizzazioni della nostra gamma ottemperano alle normative vigenti in materia [...] Il contributo di SKODA mira a preservare un ambiente naturale pulito, garantendo al contempo mobilità e comfort ai propri clienti. Il logo verde di SKODA esprime la consapevolezza della casa automobilistica di potersi sviluppare in maniera sostenibile, agendo responsabilmente nei confronti dell'ambiente e facendo tutto il possibile per muoversi in questa direzione, con un profondo rispetto per la vita e per la natura». O ancora, al paragrafo 91 sono elencati diversi *claim* ambientali: «"l'automobilista che ha optato per questa vettura pensa in modo responsabile ed ecologico"; "si tratta di una vettura al cui conducente la tutela dell'ambiente e una guida sostenibile stanno veramente a cuore"; "Il logo verde di SKODA esprime la consapevolezza della casa automobilistica di potersi sviluppare in maniera sostenibile, agendo responsabilmente nei confronti dell'ambiente e facendo tutto il possibile per muoversi in questa direzione, con un profondo rispetto per la vita e per la natura" - "Ibiza non è soltanto un'auto molto divertente, è anche un'auto responsabile" - puoi quindi amare la strada e amare il pianeta allo stesso tempo". Alcuni *claims*, infine, evidenziano il rispetto delle normative in materia di emissioni inquinanti. Così l'AGCM al paragrafo 92 ricorda: «"le motorizzazioni della nostra gamma ottemperano alle normative vigenti in materia"».

67 Sulle forti differenziazioni in punto di tutele individuali sorte dal recepimento della Direttiva 2005/29/CE si rinvia a G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diversi diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 880 ss.



scorretta è sicuramente il risarcimento del danno, alla luce della nota bipartizione tra regole di condotta e regole di validità consacrata dalle Sezioni Unite c.d. «Rordorf» del 2007<sup>68</sup>. In particolare, il riferimento è al danno subito dal consumatore a seguito della condotta precontrattuale della controparte contraria agli obblighi di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 c.c.<sup>69</sup>.

Nulla esclude, tuttavia, che le due vie - difetti di conformità e pubblicità ingannevoli - siano integrate e non alternative: da più parti in dottrina, e proprio rispetto al caso Dieselgate, si ragiona di «un'integrazione del parametro di conformità del bene attraverso i contenuti del messaggio pubblicitario, tali da ingenerare ragionevole affidamento nel consumatore»<sup>70</sup>. D'altronde, se già la lett. d) dell'art. 2, par. 2, della Direttiva 1999/44/CE faceva esplicito riferimento alla possibilità che le dichiarazioni dei venditori/produttori concorressero alla descrizione delle qualità del bene oggetto di aspettativa da parte del consumatore, tale *modus operandi* è confermato dall'art. 7, par. 1, lett. d) della recente Direttiva 2019/771/UE<sup>71</sup>.

In punto di ingannevolezza della pratica commerciale scorretta è interessante, infine, evidenziare la nuova formulazione dell'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, così come modificata dalla recente (e

---

68 Il riferimento è al principio di diritto delle sentenze n. 26724 e 26725 delle Sezioni Unite del 2007 (le c.d. «sentenze gemelle» o «sentenze Rordorf» dal nome del loro estensore), in forza del quale, salvo che il legislatore disponga diversamente, alla violazione di una regola di responsabilità corrisponde l'attivazione di rimedi risarcitori, mentre alla violazione di una regola di validità è comminata la nullità. Sulla distinzione tra regole di validità e regole di condotta si veda, tra tutti, G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996; ID., Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 ss.; V. MARICONDA, L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità, in *Corr. giur.*, 2008, 230 ss.; V. SANGIOVANNI, Commento a Cass. S.U. 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Contr.*, 2008, 231 ss.; A. ALBANESE, Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?, in *Corr. Giur.*, 2008, 107 ss.; E. SCODITTI, La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite, *Foro it.*, 2008, I, 784 ss.

69 A questa linea ricostruttiva aderisce G. D'AMICO, voce «Formazione del contratto», in *Enc. del dir.*, Annali II, 2, 2008, 587, in cui l'Autore sostiene che la tutela individuale a fronte di una pratica commerciale scorretta si possa rintracciare nella *culpa in contrahendo*.

70 In questi termini, E. CAMILLERI, *op. cit.*, 707 ss.

71 La lett. d) dell'art. 7 della recente Direttiva 2019/771/UE inserisce, infatti, tra i requisiti oggettivi di conformità, la corrispondenza tra le qualità effettive e le qualità dichiarate: «il bene [...] è della quantità e possiede le qualità e altre caratteristiche, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza, normali in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta».



non ancora recepita in Italia) «*Direttiva omnibus*»<sup>72</sup>, ovvero sia la Direttiva 2019/2161/UE. Il legislatore europeo riformatore afferma, mediante l'art. 11-*bis*, che i contratti conclusi a valle di una pratica commerciale scorretta dovrebbero legittimare il consumatore ad attivare non solo il classico rimedio risarcitorio ma anche i rimedi risolutivi e di riduzione del prezzo, qualora pertinenti.

Un'altra strada percorribile per tratteggiare la tutela del consumatore pregiudicato dalla condotta fraudolenta tenuta dai Gruppi automobilistici nella vicenda *Dieselgate* è quella dell'invalidità del contratto a valle nella forma dell'annullamento per dolo determinante<sup>73</sup>; via, peraltro, intrapresa dal consumatore austriaco nella causa C-134/20<sup>74</sup> e, in qualche modo, sfiorata dalla citata sentenza della Corte d'Appello di Bari. Non è, effettivamente, particolarmente arduo, nel caso di specie, scorgere una condotta dolosa da parte dei costruttori che hanno consapevolmente manipolato il sistema di commutazione per ottenere l'omologazione del veicolo per la classe ecologica di riferimento. Al di là dei profili penali legati al reato di truffa, il «reato in contratto» ad esso collegato apre le porte all'annullamento ai sensi dell'art. 1439 c.c., laddove il dolo sia stato tale che, senza di esso, l'altra parte non avrebbe concluso il contratto. Accanto all'annullamento per dolo determinante, il successivo art. 1440 c.c. valorizza, nuovamente, il rimedio risarcitorio a favore della parte che, in assenza di dolo, avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse: è il caso del c.d. dolo incidente<sup>75</sup>.

Si precisa, in conclusione, che, a prescindere dalla presenza di una causa di annullabilità del contratto, l'affidamento sulla correttezza della condotta di controparte, in particolare quando quest'ultima riveste uno *status* specifico, dovrebbe sempre essere meritevole di tutela. In questa prospettiva, allora, gli orientamenti giurisprudenziali più recenti suggeriscono una forza espansiva del fenomeno del «*contratto valido ma svantaggioso*» capace di travalicare i

72 Sull'impatto della Direttiva *Omnibus* rispetto alle pratiche commerciali scorrette si veda C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE*, in *Contratti*, 2021, V, 493 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, N. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, IV, 635 ss.

73 Sul ricorso a tal particolare rimedio rispetto al contratto a valle di una pratica commerciale scorretta si veda M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell'Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, XI, 1516 ss.; M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in E. MINERVINI e L. ROSSI-CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, 235 ss.; C. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in ID. (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torni, 2007, 27 ss.; C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 781 ss.

74 Cfr. paragrafi 27 e 28 della sentenza nella causa C-134/20.

75 Si noti che il riferimento al diverso comportamento del consumatore in assenza del dolo fa riemergere quella valutazione dell'elemento soggettivo la cui rilevanza, come abbiamo visto *supra*, era stata esclusa dalla Corte di Giustizia in ordine alla «minore» o significativa gravità del difetto di conformità.



confini del dolo incidente e di abbracciare tutte le ipotesi in cui si registra una condotta precontrattuale scorretta, indipendentemente dall'*animus decipiendi*<sup>76</sup>. Il rimedio risarcitorio, così, opera *ex art.* 1337 c.c. in forza della sola scorrettezza in fase di trattive, anche qualora tale scorrettezza non si sia tradotta in dolo. Di riflesso, dovrebbe essere ammessa la tutela risarcitoria, anche in forma autonoma, nei casi in cui il contratto sia annullabile a causa dell'altrui scorrettezza, ma la parte a vantaggio della quale l'annullabilità è prevista preferisca avvalersi del solo risarcimento del danno.

Dal quadro delineato emerge che la scelta in merito al rimedio a presidio dell'interesse privatistico dovrebbe essere condotta caso per caso, anche alla luce della minore o maggiore rigidità dell'onere probatorio in capo all'attore e, altresì, dai termini più o meno *brucianti* connessi all'esperimento delle diverse azioni.

---

76 Da ultimo, Cassazione civile sez. II, 14/02/2022, n. 4715, consultabile in *Foro it.*, 2022, 5, I, 1739. La pronuncia ribadisce che il risarcimento da mera scorrettezza è un principio generale che prescinde dalla configurazione del dolo: *"può dirsi quindi assodato che la responsabilità precontrattuale non viene più considerata come un insieme chiuso di ipotesi sanzionatorie rigidamente predeterminate bensì come uno strumento flessibile per sanzionare comportamenti scorretti anche in presenza di un contratto valido ma svantaggioso, concluso a causa di una condotta sleale che non si traduce in dolo ma in un comportamento non conforme a buona fede"*. Sulla coesistenza tra validità e responsabilità, si veda S. ALBERTI, *La conclusione di un valido contratto non esclude la responsabilità precontrattuale*, in *Contratti*, 2016, XI, 986 ss. In senso critico sulla responsabilità da «contratto valido ma svantaggioso» si veda G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? L'isola che non c'è*, in *Giust. civ.*, 2014, I, 197 ss.



# ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE INTORNO ALLA GENEALOGIA TEORICA DELLA “NUOVA” COSTITUZIONE ECONOMICA

Paolo Piluso\*

**Abstract (it):** Il contributo intende offrire una ricostruzione critica della genealogia teorica della “nuova” costituzione economica nella dottrina italiana, alla luce della globalizzazione e del processo di integrazione sovranazionale, prendendo le mosse dalla “svolta” del Convegno dell’Associazione Italiana Costituzionalisti del 1991 (e dalle relazioni di G. Amato, G. Guarino, G. Bognetti). In particolare, lo scritto si sofferma sull’elaborazione di Giovanni Bognetti – di cui sono criticate l’iper-valorizzazione delle cc.dd. disposizioni procedurali della costituzione economica e l’impostazione sistematicamente non convincente, evidenziandone altresì i punti di contatto con la critica anti-sociale dell’ordoliberalismo tedesco (fautore di una visione fortemente prescrittiva di *Wirtschaftsverfassung*) e con le pagine schmittiane sullo *starker Staat* – e sulla teorizzazione di Sabino Cassese – in relazione alla quale viene prospettato un legame con alcune suggestioni del Forsthoff de *Lo Stato della società industriale*. Emerge, in conclusione, l’invito a riscoprire i fondamenti sociali della costituzione economica e a coltivare un punto di vista autenticamente italiano (e costituzionale) sull’integrazione europea.

**Abstract (en):** *The contribution intends to offer a critical reconstruction of the theoretical genealogy of the “new” economic constitution in the Italian doctrine, in the light of globalization and the supranational integration process, starting from the “turning point” of the 1991 Conference of the Italian Constitutionalists Association (and from the reports by G. Amato, G. Guarino, G. Bognetti). In particular, the essay focuses on the elaboration of Giovanni Bognetti – whose hyper-valuation of the cc.dd. procedural provisions of the economic constitution and the systematically unconvincing formulation are criticized, also highlighting the points of contact with the anti-social critique of German ordoliberalism (supporting a strongly prescriptive vision of “Wirtschaftsverfassung”) and Carl Schmitt’s pages on the starker Staat – and on the theorization of Sabino Cassese – in relation to which a link with some suggestions of Forsthoff’s “The State of industrial society” is proposed. In conclusion, we prospect the invitation to rediscover the social foundations of the economic constitution and to cultivate an authentically Italian (and constitutional) point of view on European integration.*

**SOMMARIO:** 1. Gli studi sulla “costituzione economica” e la “svolta” del Convegno AIC del 1991. 2. La “costituzione economica” secondo Giovanni Bognetti tra conservatorismo e ordoliberalismo. 3. La “nuova costituzione economica” secondo Sabino Cassese e l’ultimo Forsthoff. 4. Conclusioni: il difficile rapporto tra la disciplina



costituzionale dell'economia e l'ordinamento euro-unitario e la necessità di un "punto di vista italiano" sull'Europa.

### 1. Gli studi sulla "costituzione economica" e la "svolta" del Convegno AIC del 1991.

Gli studi sulla "costituzione economica" e la "svolta" del Convegno AIC del 1991.

Le trasformazioni economiche, sociali e politiche indotte dalla globalizzazione finanziaria e l'approfondirsi del processo di integrazione europea secondo principi neoliberali hanno indotto la dottrina giuspubblicistica italiana a rivedere il tema della costituzione economica<sup>1</sup>:

---

1\* Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Salerno

Per un quadro del dibattito tedesco sulla *Wirtschaftsverfassung*, v. R. MICCÙ, "Economia e costituzione": una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, pp. 243-288; L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2002; F. SAIITTO, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "costituzione economica" in Germania*, Giuffrè, Milano, 2015. Sul dibattito weimariano, v. in particolare, da ultimo, G. GREGOIRE, *The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles*, in G. GREGOIRE – X. MINY (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2022, pp. 53 ss., che ricostruisce analiticamente le posizioni di Hugo Sinzheimer (del quale, v. gli scritti raccolti in H. SINZHEIMER – E. FRAENKEL, *Die Justiz in der Weimarer Republik*, Luchterhand, Berlin, 1968; H. SINZHEIMER, *Ein Arbeitstarifgesetz*, Dunker & Humblot, Berlin, 1971; ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Köln, Frankfurt, 1976), Walther Rathenau (W. RATHENAU, *L'economia nuova*, trad. it., Aragno, Torino, 2019), Carl Schmitt (C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, tr. it. a cura di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 149 ss.; ID., *Stato forte ed economia sana*, 1932, trad. it. in *Filosofia politica*, 1/2019, pp. 7 ss.), Edgar Tatarin-Tarnheyden (E. TATARIN-TARNHEYDEN, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie. Ein Kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung*, Reimar Hobbing, Berlino, 1930), Hermann Heller (H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, trad. it., ESI, Napoli, 1988), Franz von Neumann (F. NEUMANN, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, in *Die Arbeit*, 1931, pp. 596 ss., disponibile anche in traduzione spagnola, *Sobre los requisitos y el concepto jurídico de una constitución económica*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 1/2008, www.ugr.es/~redce). Sul pensiero intorno alla costituzione economica nella Germania di Bonn, v. almeno L. RAISER, *La costituzione economica come problema giuridico*, 1950, trad. it. in ID., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 34 ss.; H. C. NIPPERDEY, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, in *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, 1954, pp. 3 ss.; ID., *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, Muller, Karlsruhe, 1965, *passim*; H. KRÜGER, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1951, pp. 361 ss.; H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, Müller, Karlsruhe, 1961.

Per una *Begriffsgeschichte* della costituzione economica, v. D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1/1994, pp. 25-84; K. W. NORR, "Economic Constitution": On the Roots of a Legal Concept, in *Journal of Law and Religion*, 1/1994, pp. 343-354; H. RABAULT, *La notion de constitution économique: éléments d'introduction*, in *Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, 2018, n° 34, pp. 207-235. Da ultimo, v. l'ampio volume di G. GREGOIRE – X. MINY (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2022. Sull'impiego della categoria concettuale di "costituzione economica" nelle diverse culture giuridiche europee, v. M. TUAN LUONG, *Wirtschaftsverfassungsrecht im*



una rinnovata attenzione, questa, che, se da un lato ha consentito di riportare al centro della riflessione costituzionalistica la disciplina del fenomeno economico, nondimeno ha lasciato con sé non poche contraddizioni, sovente foriere di una sottovalutazione, o addirittura di un consapevole allontanamento, dall’“idea-forza” della costituzione materiale mortatiana (e cioè dalla centralità del lavoro e, correlativamente, dall’obiettivo della piena occupazione)<sup>2</sup>. Per

---

*Wandel. Zugleich ein Beitrag zum Verfassungswandel*, Peter Lang, Frankfurt, 1999; H. RABAULT, *La constitution économique de la France*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, pp. 707-745; D. JUNGBLUTH, *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeturteil*, Springer, Wiesbaden, 2018. Sulle radici fisiocratiche (risalenti, in particolare, al pensiero di Nicolas Budeau) della nozione di “costituzione economica”, v. già A. JACQUEMIN - G. SCHRANS, *Le droit économique*, Presses Universitaires de France, Parigi, 1982, pp. 5-6.

Sulla costituzione economica nel pensiero ordoliberalo (e sui rapporti con il decisionismo schmittiano), v., senza pretesa di esaustività, W. BONEFELD, *The Strong State and the Free Economy*, Rowman & Littlefield, Londra – New York, 2017; A. ZANINI, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti*, Il Mulino, Bologna, 2022; L. MESINI, *Stato forte ed economia ordinata. Storia dell’ordoliberalismo*, Il Mulino, Bologna, 2023. Nella dottrina italiana, rifiutano l’impiego stesso della nozione di “costituzione economica” M. LUCIANI (voce), *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., V vol., Utet, Torino, 1991, pp. 373 ss. e A. BALDASSARRE (voce), *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, in particolare pp. 582-583, nota 3. Segnatamente, Massimo Luciani, sulla scia di suggestioni schmittiane sull’unità della Costituzione, ha respinto tanto l’accezione prescrittiva di costituzione economica quanto l’impiego meramente descrittivo della categoria; in particolare, la critica all’impiego in senso prescrittivo della nozione si fonda sia sull’intrinseca problematicità di isolare una sfera dell’economico, sia sulla circostanza che “postulare un’autonomia delle disposizioni in materia economica presuppone una separazione tra società e politica, Stato e mercato, inammissibile negli odierni Stati sociali”, sia, infine, sul piano dogmatico, sul fatto che essa contrasterebbe con la stessa Costituzione italiana, “in mancanza della affermazione di principi effettivamente ‘economici’”, come invece nel *Grundgesetz* tedesco (si pensi, in particolare, alla clausola dell’equilibrio economico generale). Sulla stessa scia, Antonio Baldassarre, proprio sul presupposto dell’alternativa secca tra costituzione economica in senso descrittivo e in senso prescrittivo, revoca in dubbio la stessa opportunità dell’uso della nozione: se descrittiva, è un “puro modo di dire”, un mero “elemento descrittivo cui non corrisponde nessuna categoria nuova o nessun istituto diverso da quelli già noti”; se prescrittiva, come “modello normativo” dell’economia “autofondantesi”, è un “*monstrum* giuridico”, come già riteneva Carl Schmitt (del resto, “se si volesse configurare in concreto una costituzione economica specificamente propria del nostro ordinamento costituzionale” – in riferimento, dunque, all’Italia – “non si potrebbe pervenire a risultati particolarmente fruttuosi, poiché tale tentativo non potrebbe non risolversi nella ricerca di un modello che, per non essere rozzamente aprioristico, finirebbe ineluttabilmente per avere il significato di rifiuto di qualsiasi modello”: infatti, “l’unico modo di definire il sistema economico delineato dalla Costituzione è quello di qualificarlo come sistema ad ‘economia mista’. La qual cosa, pur essendo esatta dal mero punto di vista descrittivo, diviene però insignificante ed in sé contraddittoria ove la si voglia trasfigurare in conseguenza di una valutazione giuridica, dato che non esiste sistema al mondo che non sia misto, che non sia cioè una combinazione di iniziativa privata e di azione pubblica”).

<sup>2</sup> In tema, sia consentito il rinvio a P. PILUSO, “Costituzione economica” e teoria della costituzione materiale, in corso di pubblicazione, nel quale è affrontato il tema della “costituzione economica” muovendo da



una proposta tassonomica complessa, protesa a distinguere i plurimi usi e significati della nozione alla luce di una rassegna critica delle principali posizioni dottrinali. La classificazione prospettata è prodromica alla presentazione di una teoria alternativa, volta ad inquadrare la costituzione economica nell'ambito della costituzione materiale (mortataneamente intesa) come "determinazione interna all'unità complessiva della costituzione" (così accogliendo l'invito di Natalino Irti) attraverso l'individuazione di un "*fine politico-economico fondamentale*" inteso come declinazione dell'"*idea-forza*" della costituzione materiale. Questa ricostruzione teorica consente – sul piano del diritto positivo – di inquadrare la costituzione economica italiana attorno al fine della piena occupazione (obiettivo costituzionalmente rilevante *ex art. 4 Cost.*), considerato come proiezione sul piano economico dell'"*idea-forza*" del lavoro (posto a fondamento della Repubblica *ex art. 1 Cost.*). Correlativamente, emerge la configurazione costituzionale di un'"*economia mista finalisticamente orientata*", grazie alla valorizzazione dei "principi-valvola" di cui agli artt. 41 ss. interpretati sistematicamente con gli artt. 1-4 Cost. Proprio in ragione dell'inestricabile nodo gordiano che lega l'art. 41 agli artt. 1-4 Cost., diviene possibile delineare un sistema di economia mista, caratterizzato dalla compresenza necessaria del pubblico e del privato, non già, però, definibile esclusivamente *in negativo* (dal che deriverebbe la sola possibilità di individuare i sistemi economici che siano incompatibili con la Costituzione) – come invece sostenuto da Baldassarre, per il quale, come *supra* (nota 1) si accennava, la formula "economia mista" finiva con l'assumere un valore puramente descrittivo, insignificante sul piano giuridico, non esistendo alcun sistema al mondo che, sul piano empirico e non idealtipico, non sia misto, che cioè non esprima "una combinazione di iniziativa privata e di azione pubblica" (A. BALDASSARRE (voce), *Iniziativa economica privata*, cit., p. 583, nota 3) –, ma, al contrario, in grado di esprimere anche una *vincolatività positiva*, derivante dalla funzionalizzazione degli interventi pubblici rispetto ai fini sociali (*arg. ex artt. 3, secondo comma, e 41, terzo comma, Cost.*) e, in particolare, rispetto all'obiettivo della piena occupazione (art. 4 Cost.).

In quest'ottica, può essere utile anche riprendere la distinzione di F. GALGANO, *Introduzione al Trattato. Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. 1, *La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977, pp. 123-124, tra intervento pubblico *nell'economia* e intervento pubblico *sull'economia*, il primo attenendo alla direzione e al condizionamento dei processi di riproduzione del capitale per rivolgerli alla realizzazione di fini sociali, il secondo riguardando il modo di produzione, per decidere quanta parte delle risorse del paese debba essere immessa nel processo riproduttivo del capitale e quanta invece destinata alla soddisfazione di bisogni sociali nella prospettiva dell'art. 3, secondo comma, Cost.

Tuttavia, secondo U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico nella Costituzione*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. 1, *La costituzione economica*, cit., pp. 145-146, la bocciatura dell'emendamento Montagnana in Assemblea Costituente avrebbe reciso "il collegamento strutturale tra art. 4, comma 1°, e art. 41, comma 3°, sapendo che in tal modo si sarebbe diviso in due l'art. 4 e che il contegno omissivo del legislatore in ordine all'attuazione del comma 1° dell'art. 4 non avrebbe rappresentato un inadempimento costituzionale superiore a quello derivante da una legge di programmazione economica vincolante che impedisce al cittadino di scegliere liberamente la sua professione", sicché mentre il primo comma dell'art. 4 autorizzerebbe a ritenere operante una direttiva costituzionale per l'orientamento della politica economica al pieno impiego, il secondo comma impedirebbe di pensare ad un risultato in tal senso: secondo l'A., le ragioni di questa contraddizione interna sarebbero da ricercare nella mancata consapevolezza, da parte dei Costituenti, che "la *full employment policy* è una scelta di marca keynesiana", non essendo essi (ora in senso favorevole, ora in senso contrario) in grado di concepire "altro tipo di programma economico che non sia quello delle società comuniste". In conclusione, per l'A. (ivi, p. 148), "tutto quello che si può dire del modello



lungo tempo gli studi sulla disciplina costituzionale dell'economia avevano sottolineato, sia pur con diversi accenti e sensibilità<sup>3</sup>, lo stretto aggancio degli artt. 41 ss. Cost. ai principi

---

costituzionale dell'economia (...) è che si tratta di un modello 'aperto', il solo tipo di modello cioè su cui potevano concordare partiti che galleggiavano in un magma di attese e di speranze".

3 In proposito, occorre preliminarmente ricordare che la complessità e la varietà che caratterizzano il dibattito tedesco, anche in virtù di un dialogo continuo tra scienza giuridica e scienza economica (come dimostra, in particolare, il confronto con la scuola ordoliberal), si rinvengono solo in parte nel dibattito teorico italiano sulla nozione di costituzione economica. Non a caso, in effetti, già in tempi, per così dire, non sospetti, si era registrato che il metodo di indagine impiegato in Germania intorno all'elaborazione della categoria di *Wirtschaftsverfassung* non avesse conosciuto nella dottrina al di qua delle Alpi una certa utile applicazione (È questo il richiamo di G. MOTZO – A. PIRAS, *Espropriazione e 'pubblica utilità'*, cit., p. 199, nota 92, richiamati da U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, rist. anastatica ed. 2014, p. 73, nota 9). Né era sfuggito, ancora, che, sebbene utilizzata di frequente, mancasse una "ricostruzione soddisfacente della nozione di costituzione economica sia per quanto riguarda il dover essere costituzionale sia per quanto riguarda l'integrazione con gli istituti affermatasi nella realtà": così F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1980, vol. 3, p. 153, nota 1 (simile accento è posto da R. MICCÙ, "Economia e costituzione": una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, cit., p. 250). Neppure l'elaborazione, tutta italiana, della costituzione economica nelle dottrine economiche e sociologiche risalenti al Loria ebbe a giocare un'influenza sulla scienza giuspubblicistica nostrana.

La dottrina italiana, infatti, ha, il più delle volte, specie nei primi lustri all'indomani dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, accolto – quando e se lo ha fatto – una nozione puramente descrittiva, in senso giuridico-formale, di costituzione economica, intendendola come l'insieme delle disposizioni costituzionali in materia di rapporti economici. Tra gli autori, Vincenzo Spagnuolo Vigorita (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959) intendeva "riportare ad un principio unitario ogni statuizione costituzionale, nel senso di dover risalire all'ideologia fondamentale ispiratrice della Carta" (ivi, p. 53). Di qui la considerazione unitaria delle scelte economiche dei Costituenti, a partire dalla riconosciuta centralità dei principi fondamentali (in particolare degli artt. 1-4 Cost.) per l'esegesi delle norme costituzionali specificamente rivolte all'economia, e segnatamente all'iniziativa privata, dunque, in primo luogo, per l'interpretazione dell'art. 41 Cost. e per l'identificazione del contenuto della clausola generale dell'utilità sociale presente nel suo secondo comma. È stato osservato, allora, in proposito, che ne deriverebbe una costituzione economica implicita in rapporto ai principi supremi, protesa ad individuare un sistema economico (costituzionalmente orientato, appunto) che esclude l'astensionismo statale (L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 187-188). L'interpretazione sistematica e storica impiegata dall'autore perviene, così, al riconoscimento della costituzionalizzazione dell'economia mista.

La nozione di costituzione economica è impiegata anche da Alberto Predieri, che vi ricorre secondo un'accezione diversa – nel novero del tipo descrittivo giuridico-materiale –, aperta all'analisi dei presupposti – economici, sociali e politici – alla base della positivizzazione di un determinato assetto giuridico dei rapporti economici, ma con un metodo storico che lo allontana dai rischi di determinismo. Predieri, nell'analizzare la disciplina costituzionale italiana dell'economia, muove dal presupposto che la costituzione democratica del '48 presuppone "una costituzione economica materiale ad economia mista" (A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Edizioni di Comunità, Roma-Ivrea, 1964, p. 35), assunta nella costituzione formale agli artt. 41-47 Cost.: prospettiva, però, scevra dai potenziali rischi di



determinismo insiti in una nozione di costituzione economica (materiale) di matrice liberista o marxiana, in quanto agganciata all'idea mortatiana di costituzione materiale, come si evince da un espresso richiamo al Maestro calabrese a proposito dell' "assorbimento della costituzione economica, come parte della costituzione materiale, nella costituzione formale" (ivi, p. 37, nota 104). In altri termini, dunque, la costituzione formale italiana, per Predieri, "ha assunto una costituzione economica intesa come parte della costituzione materiale, considerata questa quale presupposto, fondamento e sostegno della costituzione formale (...), assorbita e formalizzata nei suoi lineamenti di sistema innegabilmente misto" (ivi, p. 37). L'analisi storico-materiale testimonia, d'altronde, il definitivo superamento, anzitutto a livello di costituzione materiale, dello Stato liberale – caratterizzato da una separazione Stato/società cui faceva da corollario la distinzione tra potere politico e potere economico – in virtù di un frastagliato processo di trasformazione, passato attraverso l'epoca delle concentrazioni oligopolistiche, la costituzione materiale del capitalismo monopolistico, l'osmosi tra economico e politico, la crisi del 1929 e, infine, la grande svolta keynesiana delle politiche economiche: è, anzi, proprio la partecipazione pubblica nella vita economica "il problema centrale del nuovo costituzionalismo", divenendo l'immunità del potere economico "tanto intollerabile quanto l'immunità del potere politico" (ivi, pp. 32-33). Centrale, allora, nell'analisi dell'opera *magna* di Predieri, è l'ottica di una costituzione economica, come parte della costituzione materiale assunta nella costituzione formale, finalizzata al riassetto complessivo della società secondo le linee fondamentali scolpite nell'art. 3, secondo comma, Cost., da cui deriva il collegamento funzionale ed inscindibile tra Stato ed organizzazione economica nella prospettiva della piena partecipazione. È, quindi, in ultima istanza, l'art. 3 della Costituzione la base della Costituzione (e della stessa costituzione economica, inscindibile da quella politica proprio in virtù di una costituzione materiale che ripudia la distinzione Stato/società) e sintesi della costituzione materiale: "*fundamentum rei publicae*" e "supernorma della convivenza", che pone la trasformazione della società nella direzione della partecipazione, dunque un riassetto globale e profondo dei rapporti sociali ed economici verso la "democrazia-obiettivo", come "principio primo costituzionale" (ivi, pp. 42-43).

È proprio la centralità riconosciuta all'art. 3, secondo comma, della Costituzione l'elemento finale – e fondamentale – di convergenza tra Predieri e altri autori: tra questi, certamente vi è Pototschnig, per il quale, a partire dall'idea che le norme costituzionali (italiane) in tema di rapporti economici tracciano anche le linee fondamentali secondo cui questi dovranno ordinatamente svolgersi, la "costituzione economica" designa, appunto, l'ordinamento fondamentale, e quindi unitario, del modo di svolgersi dei rapporti economici, e quindi esprime la "positiva determinazione dei principi e delle regole che non tanto definiscono il sistema economico prescelto, ma governano il modo di realizzazione di tutti i rapporti economici" (U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., p. 75), secondo quel fine unitario – principio autenticamente direttivo dei medesimi – rappresentato proprio dal principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3*, secondo comma, Cost., valorizzato in via ermeneutica in virtù delle clausole generali di "utilità sociale" e dei "fini sociali" di cui all'art. 41, commi 2 e 3, della Carta.

A conclusioni analoghe giunge anche il contributo di Alessandro Pizzorusso, a partire dal presupposto della nozione di costituzione economica come "complesso di principi costituzionali che si occupano dei rapporti economici e dai quali si desume quale modello di società sia stato prefigurato dai costituenti" (A. PIZZORUSSO, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in AA.VV., *Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 6), sicché l'utilità dell'elaborazione di una tale nozione consisterebbe nella "realizzazione di un sistema di principi caratterizzati da una loro specificità nel più ampio quadro del sistema costituzionale": da questo punto di partenza, l'autore giunge a focalizzare l'attenzione su un sistema di principi connotati da una loro specificità per materia, ma nel più ampio quadro del sistema costituzionale, individuando, sul piano dogmatico, il principio-



fondamentali delineati dagli artt. 1-4 Cost. – e, in particolare, all’obiettivo generale di trasformazione e di emancipazione sociale delineato dall’art. 3, secondo comma –, anche attraverso la valorizzazione ermeneutica delle clausole generali là presenti (“utilità sociale”, “fini sociali”, ecc.)<sup>4</sup>, così rafforzando l’interpretazione sistematica e teleologicamente orientata.

Tuttavia, al contempo, nonostante il radicarsi di una meritoria visione sistematica protesa a valorizzare il portato dei principi fondamentali della Costituzione, non si può sottacere un “vizio di origine” delle prime elaborazioni dottrinali (e che, invero, è andato trascinandosi lungamente): come opportunamente segnalava Giuseppe Federico Mancini nel suo fortunato commento all’art. 4 della Costituzione, non soltanto – nel momento in cui scriveva – erano mancate (sin dalla metà degli anni Cinquanta) trattazioni monografiche sul tema del diritto al lavoro, ma soprattutto, per quanto più direttamente ci interessa, il tema del lavoro (ed in particolare la valenza dell’art. 4 Cost.) veniva oltremodo sottovalutato nei principali studi dedicati alla costituzione economica. Basti ricordare, a tal proposito, a titolo esemplificativo, che Spagnuolo Vigorita, nel suo celebre volume del 1959, dedicava complessivamente appena 7 pagine al tema del lavoro, mentre Predieri, nel suo lavoro ponderoso su *Pianificazione e Costituzione*, pur coerentemente sviluppato attorno al fine costituzionale di cui all’art. 3, secondo comma, vi accennava solo in 7 brevi riferimenti<sup>5</sup>.

Ancora, non sfugge che, nella dottrina che ha affrontato il tema adottando una nozione descrittiva di costituzione economica, si sono considerati prioritariamente gli artt. 41 ss. – il che è emerso anche in alcune pronunzie della Corte costituzionale<sup>6</sup> – dimenticando però un dato di immediata comprensione, cioè che il Titolo III della Parte I della Costituzione repubblicana, riferito espressamente ai *Rapporti economici*, ha inizio con l’art. 35 – proseguendo nell’enunciazione delle norme sul lavoro – e non con l’art. 41.

---

base della costituzione economica nell’art. 3, secondo comma, Cost., in quanto sviluppato e specificato negli artt. 41, terzo comma, 43, 44 e 53, secondo comma, Cost., presupponendo chiaramente una serie di interventi pubblici “volti ad eliminare le differenze di fatto che impediscono la piena partecipazione di tutti i lavoratori alla vita comunitaria” (ivi, pp. 6-7).

4 Su cui, v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, pp. 79 ss. e pp. 117 ss., che ricorre alla categoria teorica dei *Ventilbegriffe* con particolare riguardo all’“utilità sociale” di cui all’art. 41, secondo comma, Cost., quale “valvola di sicurezza” che il legislatore può determinare successivamente in via mediata; per P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e costituzione “vivente”*, Cedam, Padova, 1978, pp. 37-38, pur nella flessibilità propria delle clausole generali, l’utilità sociale – in particolare – ha un proprio nucleo minimo indefettibile, riconducibile a quel “complesso di valori” – i diritti fondamentali della persona, in primo luogo, per l’autore – direttamente applicabili dal giudice, così come dalle pubbliche amministrazioni, e costitutivamente idonei a prevalere sull’esercizio dell’attività economica.

5 G. F. MANCINI, *Art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, vol. 1, p. 200.

6 Cfr., ad es., la sentenza del 17 aprile 1985, n. 103, che parla di un “sistema” emergente dagli artt. 41 ss.



Non sarebbe, quindi, né casuale né scorretta, ma – al contrario – sistematicamente ineccepibile, la scelta di Alessandro Pizzorusso di affrontare il tema della costituzione economica, nell’ambito della trattazione del suo Manuale, nel capitolo sul “principio di tutela del lavoro”. La notazione con la quale il giurista toscano dà inizio all’analisi richiama, non a caso, secondo una prospettiva sistematica e rispettosa dell’unitarietà della Costituzione, il ruolo dell’art. 3, secondo comma, Cost., dal quale deriva, in buona sostanza, “la previsione di un’azione di governo ispirata al primato della politica sull’economia, assegnandosi all’autorità politica ed amministrativa il compito di non assistere passivamente ai processi economici e di intervenire in essi al fine di correggerne gli effetti spontanei contrari alla giustizia sociale, nonché di correggere l’assetto dei rapporti squilibrati formati in passato, onde eliminare gli ostacoli che tuttora «impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese»”<sup>7</sup>.

Ora, il punto di svolta nella riflessione dei costituzionalisti italiani<sup>8</sup> è stato rappresentato, per molti versi, dal convegno dell’Associazione italiana dei costituzionalisti del 1991, che ha segnato un vero e proprio “*liberal turn* degli studi giuspubblicistici”<sup>9</sup>, in particolare con le relazioni di Giuliano Amato, Giuseppe Guarino e Giovanni Bognetti.

La relazione di Amato<sup>10</sup> si caratterizza per una ricerca del ruolo del mercato nel dibattito svoltosi in Assemblea costituente, cogliendo l’intima diffidenza dei Costituenti (tant’è vero che l’istituto della concorrenza era lasciato solo alla disciplina privatistica del codice civile) e la circostanza che il monopolio non era visto come un male in sé, ma solo in quanto privato (prova ne era che la soluzione costituzionalmente prevista fosse, al ricorrere di precise condizioni, quella della nazionalizzazione o della socializzazione, ai sensi dell’art. 43).

La difesa del mercato, allora, per quanto costituzionalmente desumibile dal riconoscimento stesso dell’iniziativa economica privata, era essenzialmente *strumentale*, in particolare nell’ottica dei democristiani (puramente politica), che vedevano nel mantenimento dell’economia di mercato non un bene in sé, ma semplicemente un mezzo per garantire le condizioni di libertà politica che sarebbero state sacrificate dalla centralizzazione burocratica del collettivismo sovietico.

---

7 A. PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1997, pp. 291 ss.

8 Lo riconosce M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti, 2011, disponibile in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), p. 51.

9 M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 3/2018, pp. 316 ss.

10 G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, pp. 7 ss.; ora anche in ID., *Le istituzioni della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 297 ss.



Solo con il processo di integrazione comunitaria, quindi, avrebbero fatto ingresso più robustamente nel nostro ordinamento i principi attinenti alla difesa di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza<sup>11</sup>. La conclusione, in ogni caso, per Amato era che la Costituzione fosse perfettamente in grado "di ospitare questa aggiornata visione e di offrirle anzi più spazi per farsi valere. Non di meno di questo, non più di questo"<sup>12</sup>.

Lo stesso art. 41 Cost., quindi, sarebbe stato interpretabile estensivamente (e conformemente al diritto comunitario) includendovi una rafforzata tutela del mercato e della concorrenza; ancora, nella produzione successiva, Amato avrebbe valorizzato, nell'interpretazione dell'art. 41 Cost., i principi generali di certezza e di proporzionalità, che, applicati alla disciplina dei rapporti economici, sarebbero stati intesi nelle loro declinazioni rispettive di "stabilità" e di "concorrenzialità" (la prima come proiezione della certezza giuridica nelle relazioni economiche, la seconda quale congruenza di una misura rispetto a un fine, in grado di vincolare il legislatore nella scelta dei mezzi di intervento meno invasivi delle libertà di mercato)<sup>13</sup>. Si tratta di una tesi, questa, destinata a divenire maggioritaria nella dottrina italiana successiva, opponendo a quanti sostenevano la "quiescenza" dell'art. 41 (incentrando l'attenzione in particolare sul terzo comma) la valenza dei principi sovranazionali come fattori decisivi per l'interpretazione delle norme costituzionali<sup>14</sup>.

Giuseppe Guarino, invece, pur evidenziando l'impatto fondamentale del Trattato di Maastricht (che sarebbe stato di lì a poco firmato), il quale avrebbe segnato la rinunzia dello Stato all'esercizio di poteri essenziali, privandosi cioè di attributi essenziali della sovranità (in primo luogo, il potere di coniare moneta e di regolarne la quantità da immettere in circolazione), nondimeno riteneva che questa evoluzione non si ponesse in contrasto con la Costituzione, ché anzi essa era legittimata dal "principio di apertura del sistema" insito nell'art. 11 Cost., dal che derivava, anche per l'ordinamento italiano, la piena accettazione del mercato come principio irrevocabile<sup>15</sup>.

L'autore, però, non mancava di manifestare la propria inquietudine rispetto all'approfondirsi dell'integrazione europea, ritenendo presente il rischio che quelle

---

11 L'auspicio dell'A., in fondo, era che l'approfondirsi dell'integrazione (economica e politica) europea potesse consentire all'Italia di mettersi alle spalle quella che già tempo addietro egli, nell'operare una diagnosi delle "occasioni perdute" del riformismo del centrosinistra organico, aveva definito una "società senza egemonia" e un "modello spartitorio": così G. AMATO, *Il governo dell'economia: il modello politico*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. 1, *La costituzione economica*, cit., in particolare pp. 226 ss.

12 G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., p. 308.

13 G. AMATO, *La costituzione economica*, in G. DELLA CANANEA – G. NAPOLITANO, *Per una nuova Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 11 ss.

14 Tra i tanti, cfr., ad esempio, R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 207-210.

15 G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, pp. 47 ss.



“condizioni di parità”, richieste dall’art. 11 Cost., si sarebbero potute scontrare con la realtà di un’unione non convergente, ma divergente, sicché non si sarebbe dovuta affermare *a priori* l’irreversibilità dell’adesione italiana all’Unione europea, dovendo semmai verificarsi periodicamente la sussistenza di quelle condizioni di parità, interpretate non formalmente ma sostanzialmente, di cui all’art. 11.

## 2. La “costituzione economica” secondo Giovanni Bognetti tra conservatorismo e ordoliberalismo.

Certamente, però, a destare particolare interesse, sia per l’accezione fortemente prescrittiva di costituzione economica patrocinata dall’autore sia per il chiaro influsso delle dottrine ordoliberali (oltre che per la carica polemica), è la relazione di Bognetti<sup>16</sup>, il quale già da tempo aveva sostenuto non soltanto che la Costituzione italiana esprimesse i principi propri di un’economia sociale di mercato (valorizzando, in verità oltremodo, con un’interpretazione sistematicamente non convincente, le disposizioni “procedurali” della costituzione economica, cioè gli artt. 47 e 81 Cost.) ma che occorresse altresì operare una revisione costituzionale organica e profonda, in grado di correggere in senso neoliberale la Carta del ’48 per mettersi alle spalle la stagione di un “capitalismo in acre salsa partitocratica”<sup>17</sup>.

Bognetti aveva partecipato, infatti, ai lavori del Gruppo di Milano diretto da Gianfranco Miglio, insieme a Galeotti, Petroni e Pizzetti, culminati nel 1983 con il volume, tutto incentrato sulle prospettive di politica del diritto, intitolato *Verso una nuova Costituzione*. Miglio, in particolare, aveva condannato, con toni non molto diversi da quelli impiegati dal Rapporto della Commissione Trilaterale o dalla letteratura della scuola della *Constitutional Political Economy* di Buchanan<sup>18</sup> (e che certo non mancavano delle suggestioni schmittiane del dibattito

---

16 G. BOGNETTI, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in ID., *La costituzione economica italiana*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 1 ss.

17 G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, Giuffrè, Milano, seconda ediz., 1995, p. 24.

18 Mostra importanti punti di contatto con l’interventismo giuridico insito nella teoria della *Wirtschaftsverfassung* ordoliberale (accogliendo, cioè, un’accezione fortemente prescrittiva della costituzione economica) mostrava la scuola della *Constitutional Political Economy*, il cui massimo esponente fu, per l’appunto, James M. Buchanan, vincitore del Premio Nobel per l’economia nel 1986. La scuola di Buchanan, a ben vedere, condivide con l’ordoliberalismo tedesco l’idea che l’ordine di mercato presupponga una cornice giuridico-istituzionale complessiva e definita, e segnatamente un quadro generale di norme ordinatrici, specie a livello costituzionale; ancora, sul presupposto del paradigma dell’*homo oeconomicus*, come agente razionale che opera sul mercato per massimizzare la propria utilità, e della critica conseguente verso le politiche macroeconomiche, di stampo keynesiano, rivolte al sostegno della domanda aggregata, entrambe le prospettive teoriche rivendicano “un aggiornamento del costituzionalismo liberale (...), auspicando l’introduzione di vincoli costituzionali più penetranti nei confronti dei poteri pubblici in materia fiscale, monetaria e di regolazione dei mercati” (così O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della Banca Centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, p. 72), traducendosi nella proposta di costituzionalizzare il

principio di indipendenza delle banche centrali, la tutela della concorrenza e la regola del pareggio di bilancio. Ma, ancora, l'elemento in comune di maggior pregnanza è rappresentato dalla critica verso la deriva interventista della democrazia, muovendo dal convincimento che il processo democratico è intrinsecamente viziato da un "paradigma dello scambio" tra gruppi di interessi organizzati che rivendicano privilegi corporativi nel nome di una presunta giustizia sociale: in tal modo, gli studi sulla *Public Choice* pervengono alla conclusione della necessità di arginare la gestione discrezionale della politica economica attraverso norme costituzionali "dirette a neutralizzare la forza espansiva del paradigma dello scambio" (ivi, p. 77). Una lettura, questa, che, peraltro, mostra interessanti – solo apparentemente paradossali – punti di contatto con la coeva letteratura marxista sulla crisi fiscale dello Stato, a partire da quel celebre volume di James O' Connor che, proprio cogliendo le dinamiche neocorporative delle democrazie contemporanee basate sullo "scambio" politico tra interessi organizzati, dimostrava una tendenza generale (alla lunga insostenibile) all'aumento delle spese governative "più rapidamente delle entrate" (J. O' CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, trad. it. Einaudi, Torino, 1973, p. 4.). Una convergenza, quella tra neomarxisti e neoliberali, che tuttavia, a ben guardare, non stupisce, per la comune tendenza metodologica a sovraordinare le ragioni dell'economia – ora in quanto "struttura", per i marxisti, ora in quanto unico paradigma identificativo dell'agire umano, per i liberali – a quelle della politica, così occultando, però, una precisa ideologia dietro lo schermo dell'avalutatività scientifica e finendo col far dipendere dall'economia l'intero assetto della società e dello Stato (ed omettendo, altresì, di considerare quel nesso costitutivo fondamentale che lega le due dimensioni, cioè l'egemonia). Il programma della scuola della *Constitutional Political Economy* si considera iniziato con G. BRENNAN - J. BUCHANAN, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, sulla base delle teorie hayekiane (F. A. HAYEK, *Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung*, in *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1967, pp. 11-33; ID., *Die Verfassung eines freien Staates*, in *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1968, pp. 3-11; F. A. HAYEK, *Reflections on constitutional economics*, in R. B. MCKENZIE (dir.), *Constitutional economics: containing the Economic Powers of Government*, Lexington Books, Lexington, 1984, pp. 235-237), sviluppate ulteriormente da V. VANBERG, *A Constitutional Political Economy Perspective on International Trade*, in *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1992, pp. 375-392; ID., *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, in *Journal of Institutional Economics*, 1/2005, pp. 23-49. Per Vanberg, che connette questa tradizione all'ordoliberalismo tedesco, solo uno Stato forte può impedire a "(re)fedualization of state and society" e agire come "guardian of competitive order" (V. VANBERG, *Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule*, in *European Review of International Studies*, 2/2015, pp. 29-30): l'ordine economico è il prodotto, perciò, di una "constitutional economic policy", il cui compito è quello di creare "the conditions under which the invisible hand that Adam Smith had described can be expected to do its work" (ivi, p. 29); cfr., sul punto, anche le considerazioni di V. VALENTIN, *L'idée de la constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire*, in G. GREGOIRE – X. MINY (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, cit., p. 253, il quale – pur nel quadro di una ricostruzione storico-concettuale rivolta a sottolineare la continuità tra liberalismo e neoliberalismo – coglie nel (neo)liberalismo il dato centrale che "le plein fonctionnement de la main invisible (...) requiert des conditions que l'État peut garantir". S. ADALID, *De la constitution économique à la constitution écologique: l'avènement de la 'méta-politique'*, in G. GREGOIRE – X. MINY (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, cit., p. 755, discorre, sul punto, di una "costituzione economica neoliberale" il cui obiettivo è quello di trasformare lo Stato per sottometterlo al mercato e permettere l'avvento di una "meta-politica", di una ideologia di mercato imposta giuridicamente attraverso il diritto.



dei primi anni '30<sup>19</sup>) le derive socialiste e socialiste della democrazia, e, con riguardo specifico all'Italia, le anomalie di un sistema economico-sociale partitocratico, condizionato dai pantani

---

19 Il riferimento, in particolare, è alla relazione, tenuta da Schmitt al circolo degli industriali di Langnam nel 1932, dall'evocativo titolo *Stato forte ed economia sana* (ora in trad. it. in *Filosofia politica*, 1/2019, pp. 7 ss.), che muove da una serrata e feroce critica della situazione costituzionale weimariana, non diversamente da quanto avviene nelle pagine de *Il custode della Costituzione*. Comune, infatti, è l'attacco allo "Stato totale quantitativo", che, lungi dall'esprimere l'attributo del totale nel senso della qualità, cioè dell'energia e della capacità di neutralizzare le forze che ne minacciano la disgregazione, è "totale", appunto, sul piano meramente quantitativo, la cui azione espansiva è ormai di tale virulenza da non rinvenire più alcun confine, sicché qualsivoglia questione sociale è astrattamente politicizzabile e, conseguentemente, non ha più senso alcuna distinzione tra la sfera sociale-non politica e quella statale-politica. È uno Stato totale "per debolezza" (ID., *Stato forte ed economia sana*, cit., p. 12), ostaggio dei partiti e degli interessi organizzati, preda della pluralizzazione e della policrazia; uno Stato che si occupa di tutto ma non si occupa bene di nulla; uno Stato con cui finanche una piccola bocciofila – tuona Schmitt con la sua consueta brillantezza retorica dal sapore giambico – è costretta a fare i conti per poter sopravvivere. Ma è uno Stato, allora – quello che ne *Il custode della costituzione* era anche definito uno "Stato economico" –, complessivamente debole perché ostaggio delle forze degli interessi organizzati (partiti e sindacati in primo luogo, agli occhi del giurista conservatore) e, quindi, incapace di assumere decisioni politiche chiare, incapace di ergersi al di sopra delle parti, incapace di esprimere la sua essenza *altra* rispetto alla società. Uno Stato – "che interviene nell'economia perché ne è dipendente, e che è a sua volta attraversato dagli interessi economici veicolati dai partiti: politicizzazione dell'economia ed economicizzazione dello Stato, quindi" (C. GALLI, *Carl Schmitt: politica ed economia nella crisi di Weimar*, in *Filosofia politica*, 1/2019, p. 50): nel complesso, la policrazia – destinata a dissolversi in una "pluralità di partiti totali" (C. SCHMITT, *Stato forte ed economia sana*, cit., p. 12), ciascuno dei quali realizza in sé la totalità, catturando i propri membri e dirigendone la vita dalla culla alla tomba. Di fronte al perdurare della crisi economica e alla paralisi politica, Schmitt ritiene opportuno muovere, dal punto di vista teorico, da una tripartizione, in sostituzione della bipartizione classica Stato/libera economia individuale (proiezione, sul piano economico, della tradizionale scissione Stato/società), articolata nelle componenti della *sfera economica dello Stato*, della *sfera puramente privata* e, infine, della *sfera non statale, ma pubblica*: la prima, terreno delle consolidate prerogative statali; la seconda, spazio del libero imprenditore individuale; la terza, elemento originale su cui Schmitt insiste, espressione di un nuovo modo di intendere, "di separare e distinguere" (ivi, p. 17). Quest'ultima, infatti, è la sfera dell'*autogestione economica* – non certo intesa alla maniera della *Wirtschaftsdemokratie* teorizzata da Sinzheimer e patrocinata dai sindacati tedeschi alla luce della dottrina del capitalismo organizzato in via di trasformazione di Hilferding – , considerata come "una sfera economica che appartiene all'interesse pubblico e non può essergli sottratta, e che però non è statale ma (...) può essere organizzata e amministrata direttamente dagli esponenti di questa economia" (*ibidem*): si tratta, insomma, della dimensione in cui operano le camere di commercio e dell'industria, i sindacati obbligatori, le associazioni, i monopoli pubblici amministrati da soggetti privati, le imprese a economia mista. Ma, per far sì che emerga con chiarezza la suddetta tripartizione di funzioni, per consentire, cioè, che sia operata una riforma economica protesa a stabilire con la necessaria nettezza i confini tra le tre diverse sfere economiche, occorre uno Stato forte: solo uno Stato forte, in altri termini, è in grado di decretare apertamente ed efficacemente che certe attività siano sue prerogative, che altre appartengano alla sfera dell'autogestione economica e che il resto sia lasciato alla sfera della libera economia. È lo Stato forte, dunque, il presupposto, il *præsumptum* ineliminabile, la *condicio sine qua non*: il presupposto fondamentale,



del parlamentarismo, invocando un modello costituzionale connotato da forti poteri e forti contrappesi, sufficientemente vigoroso da invertire la rotta di quel processo che, ormai caratterizzato dall'assuefazione ai trasferimenti e ai prezzi politici di beni e servizi, aveva incautamente trasformato lo Stato sociale in uno Stato assistenziale<sup>20</sup>: di qui, allora, l'esigenza di nuove affermazioni di principio nella costituzione economica, affidate proprio all'elaborazione di Bognetti.

È significativo, anzi, che, dopo la lunga introduzione di Miglio, il discorso si aprisse proprio con le proposte di riforma della costituzione economica di Bognetti, segno che l'obiettivo fondamentale dei componenti del Gruppo era quello, spiccatamente conservatore, di porre un freno alla direzione democratica dell'economia e all'interventismo statale.

---

senza il quale è inutile rivolgere l'attenzione ai più vari accorgimenti istituzionali, è uno Stato forte, capace di spoliticizzare l'economia così da neutralizzare il conflitto. È a partire da questa consapevolezza che il giurista di Plettenberg invita il Governo ad avvalersi di "tutti i mezzi costituzionali" – sottolineando "tutti" – "che ha a disposizione e che si mostrino necessari nella situazione di caos" (ivi, p. 21). Il riferimento, inevitabilmente, è soprattutto alla proclamazione di uno stato di eccezione economico-finanziario, nel quadro dell'esercizio dei poteri di ordinanza ex art. 48 RV riconosciuti al Presidente del Reich in quanto *Hüter der Verfassung* (C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, cit., pp. 115-131; evidente, in questi passi, il punto di contatto con A. RUSTOW, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie*, 1929, ora in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1/1959, pp. 87-102, il quale aveva evidenziato che l'economia libera avrebbe richiesto una dittatura commissaria entro la democrazia, per assicurare la legalità economica (l'ordine delle libertà economiche) contro una democrazia di massa incapace di limitare se stessa; l'invito al ricorso allo "stato di eccezione economico-finanziario" e la critica allo Stato economico sono ripresi da un allievo del giurista di Plettenberg, E. R. HUBER, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1931, in particolare pp. 27 ss., il quale, però, rifiutava la tripartizione proposta dal maestro nella relazione al circolo di Langnam, sostenendo piuttosto la rimobilitazione dell'autorità statale, così da restaurare la neutralità dello Stato di fronte alla sfera economica, ma in un "senso nuovo", che implicasse da una parte la rinuncia ad una politica economica "invasiva" e una difesa della libertà di iniziativa economica privata e, dall'altra, che questa stessa libertà fosse "politicamente integrata", e cioè pur sempre subordinata alla politicalità dello Stato).

Per uno Stato forte, "post-liberale, che ha bisogno di mettere in campo il massimo di energia politica per spoliticizzare la società, per liberarsi dalla politicalità che nasce dall'interno dell'economia, della quale si nutrono i partiti totali – anch'essi da escludere, quindi, dal circuito della formazione della volontà politica statale" (Così C. GALLI, *Carl Schmitt: politica ed economia nella crisi di Weimar*, cit., p. 50).

Un invito dai contenuti non meglio precisati, a ben vedere, ma dai toni di particolare durezza, al punto da suscitare, sin da subito, la nota critica helleriana che, nel contesto del Governo von Papen del '32, elabora la categoria del "liberalismo autoritario" (H. HELLER, *Liberalismo autoritario?*, 1933, ora in ID., *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, Editoriale scientifica, Napoli, 1998, pp. 133 ss.), ripresa anche da Marcuse (H. MARCUSE, *Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung*, in *Zeitschrift für Sozialforschung*, 2/1934, pp. 161 ss.).

20 G. MIGLIO, *Introduzione*, in GRUPPO DI MILANO, *Verso una nuova Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 62-63.



Prima di specificare le prospettive *de iure condendo*, però, Bognetti procedeva nel ricostruire il modello di costituzione economica a costituzione formale vigente, proponendo un'interpretazione sistematicamente poco convincente: per l'autore, infatti, la logica del modello costituzionale era rigorosamente gradualista, tale da consentire la soddisfazione dei "fini sociali" (art. 41, terzo comma) "solo nella misura globale che, di volta in volta, e diversamente nelle diverse situazioni, non turbi l'equilibrio del sistema economico"<sup>21</sup>, con ciò invocando un principio – quello dell'equilibrio economico – che non solo non trova, evidentemente, alcun riscontro nel testo costituzionale ma che, a ben vedere, si pone in antitesi con lo spirito complessivo dell'art. 41, il quale, pur non funzionalizzando l'iniziativa economica privata, nondimeno ne rinvia i limiti e ne dispone l'indirizzo sulla base di prevalenti interessi sociali, riconducibili al disegno generale di trasformazione della società tracciato nell'art. 3, secondo comma.

Al contrario, per Bognetti le disposizioni sui fini sociali avrebbero dovuto essere considerate come meramente programmatiche, con ciò riprendendo un vecchio argomento teorico, che pure la dottrina e la giurisprudenza costituzionale avevano notoriamente da tempo respinto. Inoltre, già nel testo costituzionale vigente, e in particolare alla luce di un'interpretazione estensiva della tutela del risparmio sancita dall'art. 47 Cost., sarebbe stato desumibile, secondo l'autore, un "principio anti-inflazionistico"<sup>22</sup> in grado di orientare tanto la politica monetaria – con ciò ravvisandosi un punto di contatto con la posizione di Merusi, che proprio nell'art. 47 Cost. e nella funzione stabilizzatrice della Banca d'Italia coglieva il "cuore" della costituzione economica<sup>23</sup> – quanto la stessa politica economica; a quest'ultimo riguardo, allora, Bognetti avanzava, con uno spirito nettamente anti-laburistico, una serie di proposte concrete per il contenimento del costo del lavoro, dal calmiere statale su salari e stipendi ad una regolamentazione serrata del diritto di sciopero per ridurre l'insistenza dell'azione sindacale, sino ad uno "statuto" dell'imprenditore che facesse da contraltare allo Statuto dei lavoratori<sup>24</sup>.

Tutte proposte, queste, in radicale alternativa rispetto alla scelta, non certo retorica ma sostanziale, dei Costituenti di fondare la Repubblica democratica sul lavoro – ché anzi è proprio il lavoro l'idea-forza della costituzione materiale, secondo la chiarissima lezione mortatiana – e alla stessa circostanza che le disposizioni della cosiddetta costituzione economica, *recte* del Titolo III della Parte I, si aprono, non certo casualmente, proprio con le norme a tutela del lavoro e della dignità del lavoratore.

La valutazione complessiva che Bognetti dava dell'attuazione della costituzione economica italiana, allora, non poteva che essere negativa (e salvava soltanto la politica dei Governi

21 G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, in GRUPPO DI MILANO, *Verso una nuova Costituzione*, cit. p. 155.

22 Ivi, p. 176.

23 F. MERUSI, *Art. 47*, cit., pp. 153 ss.

24 G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, cit., pp. 203-204.



centristi degli anni Cinquanta), perché, in realtà, era viziata da un pregiudizio conservatore (più ancora che liberale) e da un'interpretazione decisamente forzata della Costituzione repubblicana, protesa a sopravvalutare l'incidenza dell'art. 47 Cost. e obliando il collegamento sistematico dell'art. 41 con gli artt. 1-4, degradati a mere norme programmatiche.

Oltretutto, la critica nei confronti delle derive partitocratiche e del governo "spartitorio" – derive agevolate da un tipo di rapporti tra legislativo-esecutivo considerato il meno idoneo a reggere con efficacia un sistema di economia industrializzata di tipo misto – finivano col sopravvalutare il fenomeno dell'aumento della spesa pubblica, senza considerare le vicende internazionali relative alla crisi e al successivo crollo di Bretton Woods: l'aumento dell'inflazione e del debito pubblico non dipende necessariamente dall'innalzamento della spesa pubblica (tant'è vero, per esempio, che negli anni del primo centrosinistra organico, che pure aumentò considerevolmente i livelli di spesa, l'inflazione si era mantenuta financo più bassa che negli anni precedenti), ma è spiegabile alla luce delle dinamiche dell'economia internazionale, tenuto conto sia della (contingente) inflazione da costi (l'aumento dei costi delle materie prime negli anni Settanta a seguito dello *shock* petrolifero) sia della ingente liquidità americana in circolazione<sup>25</sup>.

Conseguentemente, per il Bognetti del Gruppo di Milano, occorre operare una profonda revisione costituzionale, enucleando una costituzione economica conforme ad un'economia mista del genere dell'economia sociale di mercato. La garanzia fondamentale dell'iniziativa economica privata avrebbe dovuto essere accompagnata, allora, dalla specificazione che l'iniziativa economica pubblica fosse possibile solo entro fini, condizioni e limiti legislativamente stabiliti, che la partecipazione del pubblico all'economia avvenisse in condizioni paritarie col privato e che, infine, le partecipazioni statali ai processi produttivi fossero limitate, oltre all'affermazione di un più generale limite espresso al potere pianificatorio dello Stato.

Ancora, per Bognetti sarebbe stato necessario costituzionalizzare la clausola dello sviluppo economico equilibrato, secondo i principi espressi dall'art. 104 del Trattato di Roma, unitamente ad uno "statuto dell'impresa e dell'imprenditore" (sia pur riconoscendo, evidentemente nell'ottica tedesca puramente deflativa dei conflitti, la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese).

---

25 Sul punto – e sull'inflazione come conseguenza dell'ingente liquidità americana dovuta sia al dollaro-centrismo dell'economia internazionale sia alla fase calante del ciclo di accumulazione capitalistico (successione "crisi dell'espansione reale dell'economia-espansione finanziaria-crisi egemonica", secondo G. ARRIGHI, *Il lungo XX secolo*, Il Saggiatore, Milano, 1994, *passim*) – sia consentito il rinvio a P. PILUSO, *L'età (post-)globale, il nuovo "capitalismo politico" e la disciplina del golden power. Profili di dottrina dello Stato e di diritto costituzionale*, in *Federalismi.it*, 17/2023, in particolare pp. 214 ss.



Tra le ulteriori proposte, spiccavano la previsione costituzionale della proclamazione dello sciopero da parte di rappresentanze sindacali elettive e l'individuazione di limiti stringenti all'esercizio del diritto.

Sotto il profilo fiscale, poi, Boggetti proponeva di precisare costituzionalmente che il prelievo tributario non potesse essere impiegato per pregiudicare la forma mista della costituzione economica né potesse tradursi in forme che togliessero l'incentivo alla specializzazione professionale, all'impegno lavorativo e al risparmio.

Sul piano procedurale, ancora, per Boggetti l'art. 81 Cost. avrebbe dovuto essere profondamente riformulato, imponendo limiti al ricorso all'indebitamento e una quota massima delle risorse complessive nazionali assorbibili annualmente dalla spesa pubblica. In coerenza, poi, con una nozione fortemente prescrittiva di costituzione economica, che avrebbe, di fatto, rotto l'unità e la coerenza interna alla Costituzione repubblicana, sciogliendone il complessivo disegno emancipativo in una pluralità di parti tendenzialmente autonome, Boggetti invocava un autentico *Hüter der Wirtschaftsverfassung*, una Corte costituzionale divisa in tre sezioni, di cui una (la terza) appositamente incaricata di occuparsi delle questioni attinenti all'ordinamento economico-sociale della Repubblica, con il potere di sindacare anche i provvedimenti di politica monetaria e creditizia del Governo e della Banca d'Italia, i contratti collettivi di lavoro e gli accordi economici tra imprese aventi rilevanza per l'economia nazionale e gli atti con cui lo Stato reca sotto il suo controllo diretto o indiretto imprese economiche. Un disegno apparentemente rinnovatore, ma in realtà profondamente reazionario, questo, che avrebbe subordinato l'indirizzo politico ad una vasta e puntuale serie di vincoli costituzionali di chiara marca neoliberale. Ma, a ben vedere, l'elaborazione di Boggetti si sarebbe connotata in termini ancor più radicali negli anni successivi, con il suo volume su *La Costituzione economica* del 1993, ripubblicato nel 1995<sup>26</sup>. Muovendo dalla critica nei confronti della prevalente dottrina italiana, accusata di aver intrapreso una fuga da ogni serio tentativo di ricercare e definire con nettezza i principi costituzionali caratterizzanti l'economia mista, Boggetti rinnovava il proprio atteggiamento accusatorio nei confronti dell'interpretazione, da lui definita "oltranzistica", dei fini sociali e delle stesse norme costituzionali sui diritti sociali, che avrebbe giustificato il cammino verso uno Stato assistenziale inefficiente e corrotto<sup>27</sup>; una critica, questa, inaccettabile nel metodo e nel merito: nel metodo, perché scambiava l'interpretazione del contenuto sociale della Costituzione con un programma politico socialisteggiante, accusando di fatto come ideologiche quelle interpretazioni di segno contrario alle sue, che pure invece erano manifestamente ideologiche e tutte apertamente rivolte ad un progetto *de iure condendo*; nel merito, in quanto considerava

---

26 G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, cit., *passim*.

27 Ivi, pp. 10 ss.



programmatiche e retoriche quelle norme che, in realtà, rappresentano l'architrave della Costituzione, cioè i principi fondamentali, *in primis* il carattere fondamentale del lavoro, che esprime il "fine politico fondamentale" della costituzione materiale.

Le proposte di riforma in senso neoliberale della Costituzione, poi, si caratterizzavano per una accentuata radicalità: in particolare, Bognetti avanzava l'ipotesi di introdurre un divieto rigoroso, con un limite quantitativo del cinque o del dieci per cento di partecipazioni, per lo Stato e gli enti pubblici territoriali di possedere o di controllare, al di fuori del campo ristretto dei servizi sociali e di altri limitati casi, imprese e centri produttivi di beni e servizi; di prevedere un divieto costituzionale dei monopoli, pubblici e privati; di sancire il divieto costituzionale di aiuto di Stato, anche al di fuori dei casi consentiti dalle norme comunitarie; di esplicitare la garanzia della libera presenza nell'organizzazione dei servizi sociali della mano privata. Ancora, trovava spazio di nuovo la proposta di irrigidimento dell'art. 81 Cost., con la previsione espressa di limiti all'indebitamento e alla pressione tributaria, del divieto di emendamento parlamentare – così riducendo, di fatto, il ruolo del Parlamento a quello di mero controllore sul bilancio presentato dal Governo –, di vincoli procedurali alla presentazione di progetti di legge comportanti nuovi o maggiori spese, e infine del limite del 50% del PIL della spesa pubblica complessiva. *Vaste programme*, si direbbe, che sembra contrastare con la stessa dichiarata intenzione dell'autore di non irrigidire troppo neppure in senso neoliberale, per prudenza, il testo della Costituzione. Sebbene, inoltre, Bognetti considerasse ormai il diritto comunitario come la *supreme Law of the Land*, richiamando evidentemente un'opzione monistica, quasi federalistica (non compatibile con la tradizionale lettura dualistica dei rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario), nondimeno riteneva essenziale tener ferme le proposte di riforma della Costituzione italiana, sia perché le norme comunitarie non coprivano tutto il campo dei rapporti economici interni, sia in quanto la Comunità, ancorché espressione di un ordinamento superiore, aveva una sua attuale fragilità, sia, infine, per evitare possibili resistenze interne.

La critica alla dottrina giuspubblicistica allora prevalente (in primo luogo, a Guarino) era, ancora una volta, nutrita dalla presunta trascuratezza del principio anti-inflazionistico e del principio del moderato *deficit spending* che emergerebbero rispettivamente dagli artt. 47 e 81 Cost.: ma, a ben vedere, non soltanto, sotto il profilo giuridico, le argomentazioni apparivano piuttosto deboli, in quanto finivano col provar troppo dalle due citate norme, e oltretutto obliavano i collegamenti sistematici tra il Titolo III della Parte I e gli artt. 1-4, ma anche perché, sotto il profilo politico-economico, esprimevano la classica fallacia neoliberale che sostiene un nesso diretto tra crescita dello Stato sociale e aumento del debito pubblico, senza cogliere, ancora, né lo sfondo internazionale né le conseguenze del divorzio tra Tesoro e Banca d'Italia.

Bognetti riteneva, in buona sostanza, che la Costituzione vigente già ammettesse una visione neoliberale dello Stato sociale: tuttavia, "ammettere" non significa "imporre", sicché,



a ben guardare, l'autore avrebbe voluto imporre quello che la Costituzione si limitava ad ammettere, valorizzando una visione fortemente prescrittiva di costituzione economica tale da imbrigliare il governo democratico dell'economia, capace di vincolare il legislatore italiano a principi giuridici ancor più stringenti di quelli previsti a livello comunitario, così legando l'Italia all'Unione europea "ad ogni costo" (finanche accettando il rischio che, con un'economia così "costretta", l'Italia potesse subire un declassamento in termini di potenza politica).

Una prospettiva, quella di Bognetti, che, in conclusione, accusava l'ideologia delle interpretazioni estensive del contenuto sociale della Costituzione repubblicana, ma che, in realtà appariva essa stessa primariamente ideologica, sia nel metodo giuridico – proponendo letture forzate del testo costituzionale del '48, sottostimando il valore dell'interpretazione sistematica e la forza normativa dei principi fondamentali – sia nell'impianto complessivo, che si addiceva, in effetti, più ad un'agenda politica (operazione di per sé più che legittima, naturalmente) che non ad una ricostruzione scientifica.

Leggendo Bognetti, allora, non si può non ricevere la sensazione di cogliere un filo rosso che collega l'autore non solo alla coeva critica neoliberale (dalla scuola di Buchanan al Rapporto della Trilaterale), ma alla critica anti-sociale degli anni Trenta, e segnatamente sia alle pagine schmittiane sullo *starker Staat* e alla ricostruzione delle contraddizioni dello Stato totale quantitativo – ché anzi Bognetti sembra riproporre proprio la distinzione, cara a Schmitt, tra Stato e società su cui si erano eretti tanto il liberalismo borghese (cui pure il giurista di Plettenberg rivolgeva pesanti strali) quanto il positivismo statualistico – sia al manifesto ordoliberal<sup>28</sup>, proteso all'individuazione di una *Wirtschaftsverfassung* vincolante, fortemente

---

28 Il movimento ordoliberal muoveva da una peculiarità culturale tutta tedesca: l'ossessione, di matrice organicistica, per l'ordine, e la critica, comune agli esponenti della Rivoluzione conservatrice, a Weimar e al protagonismo assunto da partiti e sindacati nella disciplina dell'economia. Un punto teorico fondamentale da cui prendono le mosse i diversi esponenti della scuola, pur con le loro differenti sensibilità, è proprio la centralità della nozione di *Wirtschaftsverfassung*, definita, come viene scolpito sin dall'introduzione al primo volume della collana sull'*Ordnung der Wirtschaft* – curato da Eucken, Böhm e Großmann-Doerth e dal titolo, evocativo della "missione" di cui si incaricavano gli autori, "*Unsere Aufgabe*" – , alla stregua di una "decisione politica generale circa la vita economica nazionale" (W. EUCKEN, F. BÖHM, H. GROßMANN-DOERTH, *Unsere Aufgabe*, introduzione programmatica a F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Kohlhammer, Stoccarda-Berlino, 1937, p. XIX, ricordato da A. ZANINI, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 11), plasmando così l'ordinamento giuridico attorno ai principi di una *Wirtschaftsverfassung* favorevole ad un'economia di mercato e determinando un avvicinamento fondamentale tra gli strumenti del diritto e le regole dell'economia nella prospettiva di un *Wirtschaftsordnung*. Una decisione, però, non definibile secondo caratteri puramente formali, ma dal carattere normativo-materiale, articolatasi attorno ad un quadro giuridico-istituzionale cui affiancare convenzioni informali, tradizioni economiche, prassi dell'ordinamento sociale. La politica del diritto, così, avrebbe svolto una funzione essenziale nello stabilire un ordine economico in grado di porsi al di là della tradizione liberale classica (sull'ordoliberalismo come fenomeno culturale teso a rifondare su

limitativa della discrezionalità del legislatore attraverso un sapiente sistema di polizia del mercato.

### 3. La “nuova costituzione economica” secondo Sabino Cassese e l’ultimo Forsthoff.

Ora, se la prospettiva di Bognetti è dichiaratamente collocata nel solco dell’economia sociale di mercato, sicché la sua idea prescrittiva di “costituzione economica” è idealmente collegata con le teorizzazioni di matrice ordoliberalista sulla *Wirtschaftsverfassung*, diversa appare la genealogia teorica della “nuova costituzione economica” di Sabino Cassese (e della sua autorevole scuola).

Cassese accoglie una versione “ibrida” del concetto, mettendo insieme il tradizionale significato descrittivo (allargato, però, alle leggi ordinarie dal contenuto sostanzialmente costituzionale), con l’analisi dei mutamenti dell’opinione pubblica (secondo la lezione di

---

basi nuove il liberalismo classico, e perciò inquadrabile nel novero delle dottrine neoliberali, v., tra gli altri, L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L’euro e la disciplina costituzionale dell’economia*, cit., pp. 115 ss.), richiedendo, come presupposto, uno *Stato forte*, capace di porre la questione della concorrenza come problema politico-giuridico fondamentale, nella prospettiva della realizzazione di una “società fondata sul diritto privato” (*Privatrechtsgesellschaft*) bisognosa di una “manifesta presenza dello Stato (...) a tutela della *Wettbewerbsordnung*, di un ordine competitivo giuridicamente tutelato, entro il quale il fine della lotta non avrebbe dovuto poter minare i caratteri fondativi della concorrenza” (A. ZANINI, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti*, cit., p. 13). Al centro della riflessione degli ordoliberali, quindi, vi è il problema dell’ordine, come suggerisce lo stesso termine latino “*ordo*” che dà il titolo alla loro successiva rivista-manifesto del ’48 e allo stesso prefisso dell’espressione “ordoliberali” con cui li si designa: un “ordine generale” (O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della Banca Centrale, pareggio di bilancio*, cit., p. 53), quindi, quello economico, entro il quale il processo economico sia guidato attraverso il criterio direttivo regolatore dei prezzi; l’ordine della concorrenza regolata, dunque, ove appunto il diritto assume un ruolo decisivo nella protezione, nel mantenimento e nella promozione dell’assetto concorrenziale. La costituzione economica, allora, è il *prius* che racchiude la decisione fondamentale sui principi del *Wirtschaftsordnung* quali criteri teologici di riferimento coerentemente ai quali “interviene l’attività legislativa e amministrativa di svolgimento e mantenimento dei principi dell’ordine” (ivi, p. 58). Ma – ed è qui che emerge un dato significativo che differenzia l’ordoliberalismo da Carl Schmitt e, in linea di massima, anche al variegato mondo della Rivoluzione conservatrice – il fatto che la costituzione economica sia il *prius* fondamentale, nella misura in cui esprime i principi dell’ordine, *rectius* la decisione generale di sistema verso un *Wirtschaftsordnung* di mercato, e che perciò abbisogni di uno Stato forte (che la ponga, innanzitutto, e che sia, in seguito, capace di garantire l’ordine competitivo), non deve far pensare ad un riconoscimento del primato della politica sull’economia: al contrario, l’*Ordnungstheorie* “postula un primato della scienza economica sul politico e quindi dell’economia politica sulla politica economica” (ivi, p. 59); come si legge chiaramente in Eucken, il volontarismo politico della decisione è sempre filtrato dalla coerenza alla razionalità della natura umana, ed è proprio dall’ordine oggettivo della razionalità che discende l’assioma – verità di ragione non bisognosa di alcuna dimostrazione in quanto pre-dato all’intelletto umano – della concorrenza, attorno al quale si costruisce politicamente la *Wirtschaftsverfassung* di un *Wirtschaftsordnung*, sicché è la razionalità dell’economia politica che conforma la politica economica.



Dicey) e il quadro degli aspetti amministrativi: si tratta, però, di una teoria *a base di diritto amministrativo*, incentrata sul paradigma della *governance* e delle autorità amministrative indipendenti nazionali e sovranazionali, come si evince altresì dalla circostanza che l'autore stesso indica tre modi possibili di studiare la costituzione economica, vale a dire la prospettiva del diritto pubblico dell'economia, quella della *policy analysis* e quella del governo dell'economia, allargando evidentemente lo spettro degli studi anche alla dimensione politologica ma non tenendo in adeguata considerazione, come metodo autonomo di lettura (essenziale per la riconduzione a sistema della materia), il diritto costituzionale<sup>29</sup>.

D'altronde, la stessa puntuale periodizzazione proposta da Cassese (che si articola in quattro fasi storiche<sup>30</sup>) pare ignorare l'impatto dei "fini politici fondamentali" dei regimi costituzionali succedutisi in oltre un secolo e mezzo di storia dell'Italia unita.

Quest'opzione, a ben vedere, sembrerebbe tradire, in ultima istanza, l'idea di fondo (in realtà piuttosto antica, per quanto apparentemente connotata da un'aura di modernità) per cui è il diritto amministrativo, in quanto garante della continuità dello Stato anche nella (e nonostante la) discontinuità dei suoi regimi, il terreno su cui si gioca la partita fondamentale dei rapporti tra dimensione pubblica ed economia, così realizzando, di fatto, un'inaccettabile – dal punto di vista costituzionalistico – inversione metodologica rispetto alla necessaria primazia della Costituzione sullo Stato.

Cassese, così, coglie una "nuova costituzione economica" nell'era della globalizzazione, in cui il centro decisionale (in ordine ai rapporti con un'economia sempre più transnazionale) si è ormai spostato dagli Stati nazionali all'Unione europea, in un contesto generale caratterizzato da una tendenziale disaggregazione e disintermediazione dello Stato, dal passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore<sup>31</sup> e, correlativamente, dal controllo pubblico diretto a quello indiretto: tuttavia, una tal disamina intanto può assumere una propria rilevanza ai fini di una trattazione costituzionalistica (a meno di non voler essere intesa solo come una brillante opera di storia giuridica delle istituzioni economiche<sup>32</sup>), in quanto sia possibile inquadrarla entro una coerente teoria dei mutamenti costituzionali, in grado di cogliere la presenza – a livello di costituzione materiale pur a costituzione formale invariata – di nuovi fini politici fondamentali che si affiancano a quelli preesistenti creando (evidentemente) non pochi punti di tensione.

29 S. CASSESE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, ult. ed. 2021, pp. 3-5.

30 S. CASSESE, *La "vecchia" costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in ID. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., pp. 6-34.

31 Su cui, per tutti, cfr. A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, *passim*.

32 Così ritiene, infatti, G. U. RESCIGNO, *Costituzione economica* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, X, Treccani, Roma, 2001, in particolare pp. 4-5.



Le tesi di Cassese, a ben guardare, mostrano, poi, un inedito punto di contatto con il Forsthoff dell'*Industriegesellschaftsstaat*<sup>33</sup>: non sfugge, infatti, che anche Forsthoff, già in tempi, per così dire, non sospetti (il volume è del 1971) si interrogava sulla crescente interdipendenza funzionale tra Stato e società industriale (o, se si vuole, tra Stato e nuovo capitalismo), che si poneva al di là della tradizionale dicotomia diritto pubblico/diritto privato e che vedeva, come centro propulsivo della funzione statale, l'amministrazione. Se la costituzione materiale delle società industriali era il sistema delle garanzie sociali, con l'amministrazione quale protagonista in quanto struttura simil-industriale di erogazione di servizi, più in generale lo Stato, nel nuovo capitalismo, era inteso come una "macroamministrazione priva di potenza politica", che governa una comunità non tanto nella prospettiva del perseguimento del bene comune, quanto piuttosto limitandosi a prestare servizi ad una società industrializzata sostanzialmente resasi autonoma dallo Stato, che non vuole o non è in grado di provvedere a determinate funzioni, secondo una logica di neo-sussidiarietà<sup>34</sup>.

Nelle nuove società industriali, per Forsthoff lo Stato è ormai strutturalmente incapace di distinguere tra l'interesse della collettività e la mera somma degli interessi particolari, sicché esso, "privo di potenza politica" (non diversamente dallo Stato totale quantitativo criticato da Schmitt, di cui Forsthoff è allievo), è puramente servente al complesso degli interessi sociali, non essendo in grado di governare le trasformazioni indotte dallo sviluppo tecnico<sup>35</sup>.

Conseguentemente, le costituzioni dello Stato di diritto (non riconoscendo Forsthoff l'autonoma valenza del *sozialen Rechtsstaat* helleriano), in quanto ancora indissolubilmente strette all'orizzonte teorico del XIX secolo, non sono nelle condizioni di rispondere ad una realtà sociale, complessa e stratificata, che pur esse pretenderebbero di organizzare: in quest'ottica, la "nascita delle grandi amministrazioni sovranazionali" appare l'unica soluzione possibile "al problema del coordinamento e del controllo degli interessi economici che contraddistinguono la società industriale"<sup>36</sup>.

Se per Forsthoff, però, a ben vedere, la funzione di garanzia di un nuovo diritto amministrativo transnazionale e sovranazionale sembra rappresentare un ripiego di fronte alla crisi dello Stato di diritto (e dello stesso ruolo ordinante del diritto costituzionale) – essendo ormai tramontata quella carica di politicità dello Stato assai cara a Forsthoff (e al suo maestro Schmitt), di fronte all'inevitabile fine, agli occhi del rassegnato giurista tedesco, di ogni distinzione tra la sfera politico-statuale e quella sociale-non statuale nell'era

---

33 E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, trad. it. Giuffrè, Milano, 2011.

34 Cfr., sul punto, le considerazioni di A. MANGIA, *Introduzione* a E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, cit., pp. XXII ss.

35 E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, cit., pp. 180-181.

36 A. MANGIA, *Introduzione*, cit., p. XXIV; cfr. E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, cit., pp. 190-191.

dell'*Industriegesellschaftsstaat* –, per Cassese, invece, l'idea di un diritto amministrativo “oltre lo Stato”<sup>37</sup> (non essendo il “globale” e il “nazionale” due livelli amministrativi separati), con la legalizzazione delle reti amministrative globali come nuova *rule of law* universale e senza base costituzionale, appare la soluzione più adatta ad un capitalismo sempre più globale, del quale, non di rado, sono decantate le “magnifiche sorti e progressive”.

Eppure, né in Forsthoff né, *a fortiori*, in Cassese si riesce a sciogliere un nodo: chi può dire che le macroamministrazioni, transnazionali e, soprattutto, sovranazionali, siano in grado di coordinare gli interessi economici propri di una avanzata società industriale (anzi, ormai di una società post-industriale e finanziarizzata) e non si pongano, invece, al servizio di quegli stessi interessi che esse dovrebbero vigilare e coordinare (o comunque non siano ad essi più facilmente permeabili)?

Ancora, l'assertività dei *dicta* cassesiani, come osserva Benvenuti, “assunti su un piano, ad un tempo, metodologico e assiologico, non pare di per sé in grado di rendere questa posizione davvero ‘dominante’, forse per la difficoltà di proporre la ‘ricostruzione coerente di un sistema normativo’, qual è quella a cui tradizionalmente tende la dottrina costituzionalistica italiana”<sup>38</sup>. Di qui anche la perdurante difficoltà nel sostenere, ai fini del sistema, la compatibilità dei principi dei Trattati europei con la costituzione economica italiana solo in via di interpretazione evolutiva degli artt. 41 ss. Cost.

Non deve perciò sorprendere, “a dimostrazione dell'insuscettibilità di simili orientamenti di superare le critiche di quanti”<sup>39</sup>, come Perlingieri, vi colgono un tentativo di “revisione surrettizia e strisciante” della Costituzione<sup>40</sup>, se un volume di poco successivo, di scuola cassesiana<sup>41</sup>, “proietta la ‘nuova costituzione economica’ in un orizzonte di là da venire, suggerendo in termini prettamente prescrittivi”<sup>42</sup> una revisione costituzionale organica, non diversamente dal neoliberale Bognetti, in grado di rendere il contenuto delle disposizioni del Titolo III della Parte I più conforme ai principi euro-unitari e alle stesse mutate condizioni dell'economia.

Correlativamente, e conseguentemente, la stessa espressione “costituzione economica europea” appare fuorviante entro una sistematica teoria di diritto costituzionale, non solo per la necessaria cautela nell'applicare categorie costituzionalistiche ad un'organizzazione come l'Unione europea, sia pur *sui generis* e usualmente definita “sovranazionale” – ché, d'altronde, come sa bene il *Bundesverfassungsgericht*, gli Stati rimangono pur sempre i “signori” (*Herren*)

37 S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2007, in particolare pp. 38 ss. e pp. 109 ss.

38 M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, cit., p. 321.

39 *Ibidem*.

40 P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1992, p. 36.

41 G. DELLA CANANEA – G. NAPOLITANO, *Per una nuova Costituzione*, cit., *passim*.

42 M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, cit., p. 321.



“dei Trattati” – ma anche perché “enucleare la costituzione economica europea serve o per sostituire alle disposizioni scritte della nostra Costituzione, che appaiono o sembrano incompatibili con l’Unione Europea, le disposizioni dei Trattati, oppure per interpretare o reinterpretare le disposizioni della Costituzione italiana, che restano in tal modo formalmente vigenti ma solo in quanto e se conformi ai Trattati europei”<sup>43</sup>.

#### **4. Conclusioni: il difficile rapporto tra la disciplina costituzionale dell’economia e l’ordinamento euro-unitario e la necessità di un “punto di vista italiano” sull’Europa.**

Volendo tracciare le conclusioni di questo breve studio, non possiamo non convenire – nel cogliere il *proprium* dei rapporti tra disciplina costituzionale dell’economia e ordinamento euro-unitario – con la lucidità analitica di Natalino Irti, che esprime le proprie preoccupazioni, in termini sia di coerenza giuridica che di unità politica, intorno all’“antinomia tra decisione di sistema e costituzione economica”: “la decisione di sistema, assunta nei Trattati, non è costituzione economica né dell’Unione (la quale non è soggetto sovrano, diverso dagli Stati membri); né dello Stato italiano, la cui costituzione economica può essere bensì disapplicata, ma non sostituita dal diritto comunitario. Ci troviamo così dinanzi a un affascinante paradosso: una decisione di sistema, regolatrice di immane spazio, capace bensì di impedire l’applicazione del costituzionale art. 41, ma tuttavia inidonea, per intima debolezza di consenso, a elevarsi a dignità di costituzione economica (e dell’Ue e degli Stati membri)”<sup>44</sup>. Ma questa “scissione”, evidentemente, “non giova oggi né alla vecchia Costituzione, esposta all’efficacia disapplicante delle norme comunitarie, né a queste ultime, che, smarrito il vincolo statale della legge di ratifica, appaiono sorrette soltanto dall’ideologia politica dell’apoliticità e del dissimulante tecnicismo della neutralità”<sup>45</sup>.

A questo punto, di fronte all’alternativa tra il subire un processo di svuotamento della Costituzione repubblicana e la riappropriazione costituzionale dell’economia<sup>46</sup>, non si può intraprendere formalmente la seconda strada per limitarsi, però, a rendere la Costituzione italiana più conforme al diritto euro-unitario (come lo stesso Irti ritiene, avanzando la prospettiva di un nuovo art. 99 Cost., potenziando il Cnel e facendone un organo della costituzione economica, così di fatto riproponendo l’idea di una *Wirtschaftsverfassung* autonoma dalla costituzione politica). È questa, in effetti, la via generale prefigurata, in dottrina, non solo da Bognetti e dagli allievi di Cassese, ma che è culminata in alcuni tentativi di revisione costituzionale (ché anzi sarebbe più opportuno parlare, con Azzariti, di

---

43 G. U. RESCIGNO, *Costituzione economica* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, X, Treccani, Roma, 2001, p. 7.

44 N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 29-30.

45 Ivi, p. 35.

46 Ivi, pp. 100 ss.



“revisionismo costituzionale”<sup>47</sup>), sol se si pensi al testo dell’art. 56 del fallito progetto di riforma della Parte II della Costituzione elaborato dalla Bicamerale istituita dalla legge cost. 1/1997 sul principio di sussidiarietà<sup>48</sup>, o ai tanti progetti di legge di revisione costituzionale presentati sin dall’XI legislatura (e tra i quali spicca il discusso disegno presentato dal Governo agli inizi del 2011)<sup>49</sup>.

Simili modifiche correrebbero il rischio di recidere, o quanto meno di allentare, il legame che unisce gli artt. 41 ss., anche attraverso l’impiego delle clausole generali, ai principi fondamentali degli artt. 1-4, in particolare al principio di eguaglianza sostanziale (in connessione, come evidenzia il richiamo al pieno sviluppo della persona umana, al principio personalista e, come suggerisce il fine della piena partecipazione, al principio democratico) e al principio lavorista (nell’individuare il fine costituzionale della piena occupazione, che qualsiasi indirizzo di politica economica è chiamato a perseguire).

Semmai, allora, la strada che una coerente teoria costituzionale suggerirebbe di seguire non è quella del “revisionismo”, e dell’adattamento passivo al diritto euro-unitario (e alle mutate condizioni di un’economia globalizzata, il che sembrerebbe tradire la logica della “resilienza”, che – come ha scritto lo stesso Amato in un’intervista all’*Osservatore Romano* – “sarebbe come cercare di prevenire un conflitto atomico soltanto procurandosi dei bunker, senza intervenire sulle cause”<sup>50</sup>), ma quella di orientare, nell’azione politica, lo sviluppo dell’Unione Europea verso contenuti più sociali, e conformi alle direttive contenute nei principi fondamentali della nostra Costituzione: una strada certo lunga, difficile, politicamente complessa, ma ineludibile, a meno di non voler progressivamente svuotare di senso i principi della Costituzione repubblicana in nome di una passiva (e passivizzante) recezione del diritto euro-unitario *purchessia*.

E sempre rammentando che, come ammonisce da tempo Luciani, “non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell’art. 11 della Costituzione”: in altre parole, “il posto dell’Italia in Europa (e comunque in tutte le istituzioni create da accordi internazionali) deve

47 G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

48 Sul punto, scriveva F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? Spunti problematici sulla costituzionalità della legge costituzionale n. 1 del 1997, istitutiva della c.d. Commissione bicamerale per le riforme costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 3, che la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, nell’ambito di una riforma che avrebbe investito la sola Parte II della Costituzione, sarebbe stata impropria, proprio in considerazione del fatto che esso avrebbe introdotto “una prospettiva completamente nuova non solo nei rapporti economici ma anche nel più generale status del soggetto”.

49 Sui quali, cfr. M. FIORILLO, *Il dito e la luna: a proposito dell’inattualità della costituzione economica*, in AA.VV., *Dalla Costituzione ‘inattuata’ alla Costituzione ‘inattuale’? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, Atti del convegno di Ferrara, 24-25 gennaio 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 173 ss.

50 Cfr., sul punto, A. LAMBERTI, *Oltre la pandemia: brevi riflessioni*, in *AmbienteDiritto*, 2/2022, p. 3.



deciderlo l'Italia, perché, quale che sia la prospettiva che si assume, è nella Costituzione (nelle singole costituzioni degli Stati membri) che giace la legittimazione delle istituzioni sovranazionali, non viceversa"<sup>51</sup>.

In fondo, è quanto scriveva con lucida preoccupazione Lucio Caracciolo, in prospettiva più generale, già nel 1997: "per decenni l'Europa è stata mitizzata, senza discuterne costi e benefici, vantaggi e svantaggi. Un'operazione peraltro a basso rischio, visto che benefici e vantaggi sono sempre stati incomparabilmente più forti di costi e svantaggi. Non abbiamo costruito un *punto di vista italiano* sull'Europa. Il nostro interesse nazionale (...) è stato spacciato per coincidente con un presunto interesse europeo. Ma l'interesse europeo non è dato, almeno fintanto che non esiste un soggetto chiamato Europa. È per ora solo la somma algebrica degli interessi delle nazioni che ne fanno parte. Le quali hanno ciascuna un proprio punto di vista sull'Europa. Sanno, o immaginano di sapere, che cosa farne. Noi no"<sup>52</sup>.

Ed è questa, a ben vedere, l'aporia più significativa della posizione del compianto Bognetti, ancorato a certi principi neoliberali dell'Unione europea, per sua stessa ammissione, "*ad ogni costo*": la Costituzione repubblicana (come ha osservato, ancora, Luciani<sup>53</sup>) – ma, prima ancora, il buon senso politico –, richiede, invece, un punto di vista *autenticamente italiano* sull'Unione, il che non può non tradursi, sul piano economico, nella promozione di politiche, a livello europeo, *sempre rivolte alla realizzazione dei fini costituzionali* (in primo luogo, la piena occupazione) e, in ultima istanza, nell'impegno ad una riforma dei Trattati per fornire un contenuto personalistico e sociale ad un'Europa che ne è per molti versi monca, adeguando essi (e non il contrario) ai valori fondanti della Repubblica.

---

51 M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 79.

52 L. CARACCILO, *Euro No. Perché non morire per Maastricht*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 81.

53 M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 79.



# AMBIENTE E TECNOLOGIE: NUOVE SFIDE PER LA TUTELA DELLA PERSONA

**Lucia Ruggeri**

*Università di Camerino*

*Abstract (it):* scopo del contributo è individuare all'interno del quadro regolatorio euro-unitario direttrici che permettano un'adeguata protezione della persona e dei suoi diritti fondamentali nella nuova economia dei dati, alla luce degli obiettivi dell'Agenda ONU 2030. Il contributo conseguentemente propone un contemperamento tra superiori interessi della collettività e tutela della persona evidenziando ambiti in cui deve essere operato un bilanciamento, quali, ad esempio, il settore energetico in cui le pratiche di *dynamic pricing*, strumento, connotato dalle nuove tecniche di tokenizzazione, sono funzionali all'abbandono delle fonti fossili e all'impiego di energia pulita.

*Abstract (en):* this study aims to outline a set of principles within the Euro-unitary regulatory framework. These principles will ensure the adequate safeguarding of the person and his fundamental rights in the emerging data-driven economy, aligned with the objectives of the UN 2030 Agenda. Consequently, it proposes a harmonious equilibrium between the overriding interests of the community and the protection of the person highlighting specific domains in which this balance is particularly crucial, such as dynamic pricing practices, an instrument characterized by new tokenization techniques that is functional to the abandonment of fossil sources and the use of clean energy.

*Keywords:* Agenda ONU 2030, quadro regolatorio euro-unitario, Costituzione italiana, energia pulita, *dynamic pricing*.

*Keywords:* UN2030Agenda, Euro-Unitary Regulatory Framework, Italian Constitution, Clean Energy, *Dynamic Pricing*.

**SOMMARIO:** 1. L'impatto della transizione ecologica e digitale sulla cultura giuridica. Approccio olistico, superamento della dicotomia pubblico-privato e della logica micro-sistemica. – 2. Pluralismo delle fonti e approccio ermeneutico sistematico e assiologico. *Open data* e c.d. economia dei dati in funzione sociale e ambientale. – 3. Modellizzazione e automatismi decisionali tra necessità e utilità. – 4. Il ruolo del principio di precauzione nella regolamentazione della responsabilità civile da IA. – 5. Finalità di protezione dell'ambiente e tutela della persona. Le pratiche di cd. *Dynamic*



*pricing*. Tokenizzazione degli scambi energetici in funzione di inclusione e di solidarietà verso le persone vulnerabili.

### **1. L'impatto della transizione ecologica e digitale sulla cultura giuridica. Approccio olistico, superamento della dicotomia pubblico-privato e della logica micro-sistemica.**

La transizione ecologica e quella digitale<sup>1</sup> connotano l'attuale società e costituiscono una sfida per tutti i saperi conducendo ad un cambio di paradigma<sup>2</sup> che è contemporaneamente metodologico e contenutistico. Si pensi, a titolo di esempio, alle bioscienze, giunte a prospettare una visione olistica della vita sul Pianeta come frutto delle incessanti interazioni tra attività antropiche e non antropiche<sup>3</sup> concepite in modo unitario e tra loro integrate. Del pari la "famiglia delle tecnologie" di Intelligenza artificiale<sup>4</sup>, espressione evocativa utilizzata nei documenti preparatori del regolamento europeo sull'IA, conduce ad una visione delle cose, degli eventi atmosferici, del corpo e dei comportamenti umani come eco-sistemi frutto di una integrazione tra oggetti digitalizzati e esseri viventi<sup>5</sup>. Il mondo risulta concepibile non più in termini esclusivamente "analogici", ma assume vesti virtuali che, grazie a tecnologie di modellazione, sono in grado di trasformare la realtà fisica in informazioni ad essa relative che ne rendono possibile l'elaborazione in forma di dati. I dati, a loro volta, inseriti in mondi paralleli, che mimano virtualmente la realtà fisica, permettono all'uomo di adottare in modo sempre più anticipato decisioni che possano mitigare l'impatto di un disastro ambientale (*alert* per maremoti, inondazioni, immissioni di sostanze nocive) o prevenire danni (bloccare una uscita di gas, monitorare la fuga di un animale pericoloso dal suo habitat ecc.).

Sia nella realtà fisica sia in quella tecnologica/virtuale il concetto di ambiente assume centralità rendendo necessaria per ogni scienza, compresa quella giuridica, una lettura di tipo eco-sistemico<sup>6</sup>. E', invero, consustanziale allo studio del Pianeta Terra o allo studio dei modelli digitalizzati che lo riproducono<sup>7</sup>, operare sulla base di interazioni informative tra tutti gli attori

1 Sul tema, fra gli altri, cfr. A. COCCO, *The Role of Energy Communities in the Energy Transition*, in *The Italian Law Journal*, n. 2, 2022, p. 509 ss.

2 In argomento per un'analisi delle sfide poste all'uomo dall'epoca geologica dell'Antropocene v. B. LATOUR, *Essere di questa terra. Guerra e pace al tempo dei conflitti ecologici*, N. MENGHI (a cura di), Rosenberg & Sellier, Torino, 2019, *passim*.

3 In argomento v. T. MORTON, *Ecologia oscura*, Luiss University Press, Roma, 2022, p. 21 ss.

4 Sull'incidenza delle nuove tecnologie negli istituti civilistici tradizionali, C. PERLINGIERI-L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015; C. PERLINGIERI, *Social Networks and Private Law*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

5 Per una riflessione sull'intersezione tra uomo e realtà in cui vive v. G. HARMAN, *Ontologia Orientata agli Oggetti. Una nuova teoria del tutto*, Carbonio Editore, Milano, 2021, p. 35 ss..

6 La conoscenza implica un'educazione alla complessità della condizione umana nella sua dimensione di relazione con gli altri esseri viventi e con il Pianeta. In argomento v. le riflessioni di E. MORIN, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2001, p. 63 ss.

7 L'uso delle nuove tecnologie in chiave predittiva e preventiva di danni all'ambiente è oggetto di ingenti investimenti. Si segnala, al riguardo, l'iniziativa europea di modellizzazione del Pianeta



dell'ambiente fisico e/o virtuale avendo una visione unitaria della realtà e delle sue dinamiche. In questo contesto anche il fenomeno della c.d. *twin digitalization* finisce per costituire un punto di svolta non solo per i saperi scientifico-tecnologici ma anche per la cultura giuridica: il diritto è cultura<sup>8</sup> e, come sempre avvenuto nella sua storia, esso si sviluppa in costante dialogo con la realtà economica, sociale e tecnologica. Conseguentemente la centralità della prospettiva ecosistemica pone il giurista di fronte alla necessità di attingere alla sua "cassetta degli attrezzi" metodologici e ad utilizzare strumenti ermeneutici appropriati.

In questa prospettiva assume una valenza fondamentale la recente riforma della Carta costituzionale<sup>9</sup> che ha espressamente inserito l'ambiente tra i valori cardine che connotano l'ordinamento italiano annoverandolo come specifico parametro di riferimento dello svolgimento dell'iniziativa economica. La modifica alla Costituzione risulta connotata da una maggiore accentuazione della concezione dell'uomo come "parte" di un sistema che è chiamato a preservare per mantenere la vita sul pianeta anche in futuro<sup>10</sup>. L'impatto della riforma costituzionale segna, pertanto, il recepimento di istanze sociali, di sensibilità culturali progressivamente emerse nella società, affrontate, peraltro, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che opera un bilanciamento tra interessi presenti e attuali (ad esempio la tutela dell'attività di impresa, la difesa del posto di lavoro) con interessi di cui sono portatrici anche le future generazioni per le quali occorre preservare un ambiente salubre<sup>11</sup>. In questo è paradigmatica la vicenda Ilva dove la previsione del perpetuarsi di danni ambientali, frutto

---

denominata Destination Earth (DestinE) che contribuirà a realizzare gli obiettivi della transizione verde e digitale.

8 In tal senso, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, I, Metodi e tecniche*, IV ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 21, per il quale «[I]a positivizzazione dei valori operata dalla Costituzione riflette un bisogno di ragione [...] Qualsiasi decisione implica sempre buon senso e richiede un approccio critico, consapevole che il diritto è cultura. Non v'è dunque incompatibilità tra umanesimo giuridico e ordine giuridico: la laicità dell'ordinamento non significa assenza di valori o di etica. Le norme sono sempre espressione di una assiologia e i principi costituzionali possono additare i grandi fini di una comunità».

9 La legge Cost. 11 febbraio 2022, n. 1 ha introdotto l'ambiente come soggetto olisticamente inteso meritevole di espressa e specifica tutela anche e soprattutto con riguardo allo statuto normativo dell'impresa. V., al riguardo, G. BALLERINI, *Spunti problematici su sostenibilità, modifiche alla Costituzione italiana e Proposta di Direttiva europea sulla dovuta diligenza*, in *Studium iuris*, 2022, p. 1000 e S. A. CERRATO, *Appunti per una "via italiana" all'ESG: l'impresa "costituzionalmente solidale" (anche alla luce dei "nuovi" artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi g. ec.*, 2022, p. 77 ss., p. 101 ss.

10 Il mutamento di paradigma determinato dalla costituzionalizzazione dell'ambiente costituisce un aspetto significativo dell'odierna cultura giuridica. Si segnala a questo riguardo anche l'emersione di soggettività legate alla protezione del pianeta. Si pensi alla Costituzione dell'Ecuador che fa della Madre Terra una titolare dei diritti sul pianeta o alla "soggettivazione" della Foresta Amazzonica evidenziata da un recente caso sottoposto alla Corte colombiana.

11 Ben evidenzia E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 33 ss., che la fenomenologia giuridica del presente deve conservare e rispettare la futurità.



delle scelte attuali, ha indotto la Corte costituzionale al pronunciamento del 2018<sup>12</sup>: la dignità, la salute delle persone non sono oggetto di bilanciamento, ma emergono come premessa non negoziabile di un ambiente salubre. Anche nella giurisprudenza costituzionale si evidenzia una emersione della necessità di tutelare gli interessi di generazioni future per la cui tutela occorre attivare processi di “conformazione” delle attività delle generazioni presenti proprio per dare possibilità di vita e di salute a quanti verranno dopo di noi. E’ un paradigma costituzionale che ben si abbina alle attività di modellizzazione virtuale del pianeta: l’intelligenza artificiale in questa prospettiva è pienamente funzionale a realizzare gli obiettivi oggi consacrati dal novellato art. 41, comma 3, della Costituzione secondo cui l’attività economica privata e pubblica deve essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali con conseguente consacrazione, anche nelle attività economiche di impresa, di finalità a carattere *non profit*<sup>13</sup>. Non solo ma se il *non profit* può connotare l’impresa trasformandone struttura, funzione e responsabilità anche il principio di concorrenza, cardine dell’integrazione europea dei mercati, finisce con il dover essere bilanciato con queste finalità che la Carta costituzionale italiana evidenzia ponendole in perfetta assonanza con la proposta di Direttiva sulla *Due diligence* delle imprese ai fini della sostenibilità<sup>14</sup>, direttiva che integra il Regolamento europeo sugli investimenti sostenibili<sup>15</sup>. Da un esame incrociato dell’evoluzione giuridica in materia di ambiente e dell’evoluzione tecnologica emerge, pertanto, un tratto comune: la progressiva, ma inesorabile emersione di una visione eco-sistemica fatta di interazioni. Il modello virtuale, realizzato tramite trasformazione di cose, persone e animali in trasmettitori di informazioni, è quindi in linea con la necessità di un approccio che mitighi l’impatto delle attività antropiche in funzione della vita e della salute dei futuri esseri umani. In questa prospettiva non sembra che l’uomo cessi di essere “custode del creato” quanto che l’*homo technologicus* possa preservare la vita sul pianeta svolgendo ancora di più il suo compito di “custode”<sup>16</sup>. Egli grazie alla modellizzazione virtuale affina capacità previsionali per anticipare cosa accadrà al Pianeta anche a causa di attività antropiche che sono state condotte senza una

---

12 Si tratta di Corte Cost., 23 marzo 2018, n. 58 che ha evidenziato come la tutela del diritto alla salute, all’ambiente salubre non possano essere oggetto di interventi normativi eccessivamente sbilanciati a favore dell’interesse al mantenimento del livello occupazionale. Sempre sulla questione ILVA, con esito favorevole agli abitanti insediati nella zona oggetto di inquinamento, v. Corte EDU, I sez., Causa Cordella e altri c. Italia, 24 gennaio 2019, su cui v. S. CARRER, *Le armi spuntate dell’Italia contro l’inquinamento: la condanna della Corte EDU nel caso ilva*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2, 19 febbraio 2019.

13 In argomento, v. E. CATERINI, *Intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020.

14 Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 febbraio 2022, COM(2022) 71 final, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937.

15 Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 18 giugno 2020, n. 852 relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

16 In argomento v., tra gli altri, C. CLINI, *Custodi del creato? Impronta ecologica, neutralità climatica e sostenibilità*, CEA-Parma edizioni digitali, Parma, 2022, p. 8 ss.



visione sistemica: l'uomo come parte dell'eco-sistema con il suo comportamento ha contribuito al deterioramento delle condizioni di vita sul pianeta e grazie alla modellizzazione virtuale dell'ambiente aumenta le *chance* di correre ai ripari. Si comprende come, in questo contesto, sia superabile la divisione pubblico/privato e quanto possa essere rilevante l'adozione di approcci *bottom up* ben delineati dalla Carta costituzionale nel principio di sussidiarietà c.d. orizzontale che individua anche nell'iniziativa dei privati il perseguimento di obiettivi di carattere generale. L'interpretazione sistematica appare lo strumento ineludibile per un approccio al tema dell'ambiente perché permette di cogliere al meglio concetti quali partecipazione dei privati al raggiungimento di interessi generali, partenariati tra pubblico e privato per il perseguimento di interessi di una determinata comunità e così via<sup>17</sup>. Studiare ambiente e nuove tecnologie significa, quindi, ravvisare una comunione di intenti tra iniziativa privata e pubblica concependo anche esse come strettamente connesse e tra loro integrate.

Più in generale emerge la necessità a livello legislativo di concepire l'attività economica come una parte del tutto, come tale da ricomprendere e funzionalizzare ad un eco-sistema in cui gli esseri viventi possano svilupparsi con armonia e benessere. La modifica costituzionale ha un impatto rilevante sui modelli di impresa poiché determina la necessità di individuare nell'attività svolta a fini lucrativi forme di protezione di interessi strettamente collegati alla protezione dell'ambiente come tali non esclusivi di chi esercita l'impresa ma anche di *stakeholder* del territorio in cui essa opera. E' questa una tendenza europea sfociata, nel Regolamento sui criteri di ecosostenibilità e, come evidenziato poc'anzi, nella proposta di Direttiva sul dovere delle imprese in materia di sostenibilità. Anche le strategie europee che favoriscono l'economia dei dati e l'implementazione di forme di Intelligenza artificiale risultano connotate dallo scopo di assicurare un livello elevato di tutela dell'ambiente nel rispetto e a salvaguardia del principio dello sviluppo sostenibile<sup>18</sup>, così come previsto dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali. L'impatto delle transizioni ecologiche e digitali nel suo insieme è oltremodo rilevante in quanto in area giuridica favorisce il superamento culturale dell'era dei micro-sistemi<sup>19</sup> rendendo indispensabile, assumere sia a livello di legislazione che di ermeneutica una prospettiva eco-sistemica. Le transizioni in atto mettono a nudo la velleità di approcci regolamentari mono-settoriali che tanto hanno caratterizzato l'implementazione

17 In argomento v. K. ZABRODINA, *Il rapporto tra pubblico e privato nella rinnovata formula legislativa dell'art. 55 c.t.s. verso il recupero dell'attività amministrativa per «accordi»?*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 636 ss.

18 Sul collegamento e la funzionalizzazione dell'Intelligenza Artificiale agli obiettivi di Sviluppo Sostenibile posti dall'Agenda ONU 2030 v., AA.VV., *L'Intelligenza Artificiale per lo Sviluppo Sostenibile*, S. FERILLI- E. GIRARDI- C. MUSTO- M. PAOLINI- P. POCCIANI- S. POCHETTINO- G. SEMERARO (a cura di), CNR Edizioni, Roma, 2021.

19 Il profluvio di leggi speciali e testi unici ha determinato un ritorno all'esegesi letterale delle norme con una rinuncia dell'interprete a individuare il sistema in cui le stesse sono inserite. In argomento v. N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in ID., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 159 s. Propone, invece, una lettura sistematica anche delle leggi speciali anche in un'epoca in cui il codice civile ha perso la centralità P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 296 ss. In argomento v., anche, V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 37 ss.



della regolamentazione europea in Italia e rendono utile il superamento di prospettive “regionaliste” che hanno connotato e connotano in molti ambiti la disciplina euro-unitaria con discipline che distinguono tra chi ha la c.d. cittadinanza europea e chi invece è identificato in negativo come extra-comunitario. La tutela dell’ambiente, sia nel mondo analogico che in quello virtuale frutto della tecnologia, orienta la formazione di approcci in cui la protezione della vita, la tutela delle persone diventa centrale legando l’azione legislativa a obiettivi globali in cui la cittadinanza e i confini geografici hanno minore, scarsa o addirittura nessuna rilevanza.

**2. Pluralismo delle fonti e approccio ermeneutico sistematico e assiologico. Open data e c.d. economia dei dati in funzione sociale e ambientale.**

In questa prospettiva offerta dalle bioscienze e dalle tecnologie, la dicotomia pubblico-privato è destinata ad una rilevante convergenza valoriale<sup>20</sup>: l’assenza di autorità centrali in grado di governare le transizioni in atto ha condotto a nuove vie di implementazione delle politiche legislative che possono trovare nell’Agenda 2030 il prototipo di maggior successo. Essa propone una interazione tra 17 obiettivi tra loro interconnessi il cui raggiungimento è pianificato in ben 186 *Target* che soltanto se contemporaneamente centrati permetteranno all’umanità di sviluppare l’economia in modo sostenibile per il pianeta. L’approccio integrato offerto dall’Agenda 2030 si combina con modelli predittivi /preventivi proposti dalle più recenti teorie elaborate sulla biosfera<sup>21</sup>, basati su nuove tecnologie e diretti alla protezione dell’ambiente. Ciò determina anche per il giurista la necessità di elaborare un sistema che integri fonti di vario livello per condurre ad una applicazione dei principali istituti del diritto dell’ambiente e delle nuove tecnologie in funzione della realizzazione degli obiettivi di sostenibilità da parte di soggetti pubblici e privati.

Le fonti ed i principi che governano questi ambiti<sup>22</sup> sono connotati da una naturale transnazionalità che si presenta come fortemente integrata. I provvedimenti normativi adottati

---

20 Per un esame del fondamento e dei contenuti della partizione pubblico/privato v. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 148. Sul superamento della dicotomia pubblico-privato, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, IV, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 135 ss., secondo cui «[a]ppare evidente che la distinzione tra diritto pubblico e privato, piuttosto che qualitativa, è quantitativa e determinabile soltanto con riferimento a situazioni concrete. L’unitarietà dell’ordinamento comporta che i suoi principi ispiratori e caratterizzanti siano presenti in ogni sua parte, senza che la separazione tra diritto privato e diritto pubblico finisca con il contrapporre i principi qualificanti ciascuna branca del diritto».

21 Si pensi alla c.d. ipotesi Gaia (su cui v. J. LOVELOCK, *A New Look at Life on Earth*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 23 ss) che ha poi condotto all’elaborazione di teorie che concepiscono la vita degli organismi viventi in termini relazionali.

22 L’elaborazione di principi internazionali che enucleano obbligazioni per Governi offre alle Corti parametri importanti per stabilire responsabilità. Con riferimento agli obblighi per contrastare il cambiamento climatico v. gli *Oslo Principles on Global Climate Change Obligations*, adottati nel 2015. Significativamente anche per le imprese sono stati elaborati principi di carattere internazionale per indicare in modo concreto azioni e promuovere comportamenti virtuosi. Si tratta dei *Principles on*



nell'ambito del *Green Deal* e della strategia europea per l'intelligenza artificiale hanno, invero, una caratteristica ben evidente: cessano di essere strumenti di *governance* a carattere regionale e si aprono al mondo con corpose parti normative dedicate ai c.dd. Paesi Terzi<sup>23</sup>. Con ricorso a tecniche di *soft law* si percorrono vie di dialogo, spesso difficile<sup>24</sup>, tra Unione Europea e resto del mondo (accordi bilaterali, linee guida contrattuali, piattaforme di collaborazione) così da favorire una circolazione delle tecnologie indispensabili per il perseguimento dei fini ambientali e per coordinare a livello meta-regionale attività funzionali al perseguimento di obiettivi frutto di accordi internazionali come quello raggiunto a Parigi.

L'approccio eco-sistemico oltre a plasmare significativamente la tecnica di legiferazione mette in crisi modelli ordinamentali chiusi perché inadatti alla gestione dei problemi che si verificano su un determinato territorio ma che sono frutto di interazioni con fatti avvenuti al di fuori del territorio.

Il giurista non può a questo punto che abbracciare con convinzione metodologie che individuano nell'unitarietà dell'ordinamento<sup>25</sup> la via più adatta a comprendere la realtà: esse sono faticose da attuare perché richiedono una ermeneutica attenta al caso concreto<sup>26</sup> e abile a trovare nel complesso sistema di fonti multilivello, nazionali e non nazionali, i principi che permettono di dare risposte<sup>27</sup> spesso in assenza di una specifica contemplazione legislativa. In

---

*Climate Obligations of Enterprises* adottati nel 2020. Per un commento ai principi si consulti EXPERT GROUP ON CLIMATE OBLIGATIONS OF ENTERPRISES, J. Spier (a cura di), *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, Eleven International Publishing, The Hague, 2020, p. 21 ss.

23 Al riguardo a titolo di esempio si veda la grande attenzione che nel Regolamento sull'Intelligenza Artificiale viene dedicata al tema del controllo della tecnologia importata da Paesi Terzi. V., sul punto, gli emendamenti del Parlamento europeo, 14 giugno 2023, apportati al testo originario della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale). Essi sono tutti orientati a rendere possibile l'operare dei principi europei in materia di Intelligenza Artificiale anche quando la tecnologia è frutto di importazione.

24 Per un'analisi dell'approccio regolatorio adottato dall'Unione Europea in materia di nuove tecnologie, v. C. CASTETS-RENARD-PH. BESSE, *Ex ante Accountability of the AI Act: Between Certification and Standardization, in Pursuit of Fundamental Rights in the Country of Compliance*, in C. CASTETS-RENARD-J. EYNARD (a cura di), *Artificial Intelligence Law. Between Sectoral Rules and Comprehensive Regime. Comparative Law*, Brussels, 2023, p. 599 ss., i quali segnalano come anche in questo campo l'Unione Europea possa cercare di ottenere una *leadership* culturale perseguendo il c.d effetto Bruxelles. In argomento v. anche L. RUGGERI, *La dicotomia dati personali e non personali: il problema della tutela della persona nei c.d. dati misti*, in *Dir. pers. e fam.*, 2023, p. 87 s.

25 L'individuazione di una coerenza interna dell'ordinamento è oggetto di riflessione anche da parte di F. MODUGNO, *Ordinamento, diritto, Stato*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 24 ss.

26 Propone un'interpretazione in funzione dell'individuazione dell'«ordinamento del caso concreto» P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 345 ss.

27 Un modello di integrazione che tende a superare il rigido dualismo tra ordinamento nazionale e altri ordinamenti è rinvenibile in Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, dove al punto 6.2 si afferma che elemento caratterizzante l'ordinamento giuridico italiano è costituito dalla «forte apertura al rispetto



questa prospettiva, il modello costituzionale italiano è perfettamente funzionale a tale metodologia ermeneutica in quanto fornisce un sistema aperto a fonti internazionali ed europee dotato, se unitariamente concepito<sup>28</sup>, di rilevanti indicazioni per effettuare il bilanciamento necessario per comprendere, in una logica di “più e meno”<sup>29</sup>, quale possa essere la soluzione maggiormente ragionevole.

Si pensi al principio di riutilizzabilità dei dati di cui al d.lgs., 8 novembre 2021, n. 200, che recepisce la Direttiva europea del 2019/1024<sup>30</sup>. Il riuso del dato risponde a finalità di efficienza ed economicità e si ancora al principio di trasparenza amministrativa. Il riuso, d’altro canto, nell’economia dei dati, si colora di finalità ulteriori che rendono possibile una convergenza su un medesimo terreno di politiche legislative e attività di soggetti pubblici e privati. Riutilizzare i dati raccolti ed elaborati da pubbliche amministrazioni significa favorire l’economia dei dati, ma anche dotare di maggiore efficacia le azioni intraprese per proteggere l’ambiente e gli eco-sistemi proprio in ragione del “perseguimento di finalità sociali e ambientali”, così come previsto dall’art. 41, comma 3 della Costituzione italiana. Le finalità ambientali rendono necessario un dialogo tra cittadini, imprese e PA che la tecnologia realizza anche attraverso lo strumento del riuso. In questa prospettiva la PA pur essendo il soggetto di riferimento del Regolamento europeo non è l’unico soggetto coinvolto in questo processo. E’, invero, l’intera società in tutte le sue articolazioni pubblico o private, ad essere beneficiaria del

---

del diritto internazionale e più in generale delle fonti esterne, ivi comprese quelle richiamate dalle norme di diritto internazionale privato». Per un commento a questa decisione v. C. FALCONE, *Indennità espropriativa e risarcimento danni da occupazione acquisitiva ai tempi dell’integrazione europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1119 ss.

28 Come evidenziato da P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionali e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 62 al «giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dal testo delle norme». Il ricorso alla Corte costituzionale sarà, pertanto, limitato ai soli casi in cui il giudice dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione frutto di convenzioni internazionali.

29 Sulle modalità operative del bilanciamento v. P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 21 ss. e G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della corte costituzionale*, 2018, *Riv. dir. civ.*, 3, p. 736 ss.

30 Direttiva (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 20 giugno 2019, n. 1024, relativa all’apertura dei dati e al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico secondo cui « [l]’informazione del settore pubblico o le informazioni raccolte, prodotte, riprodotte e diffuse nell’ambito di un compito di servizio pubblico o di un servizio di interesse generale sono un’importante materia prima per i prodotti e i servizi imperniati sui contenuti digitali e diventeranno una risorsa contenutistica ancora più importante con lo sviluppo di tecnologie digitali avanzate, tra cui l’intelligenza artificiale, le tecnologie di registro distribuito e l’Internet delle cose. In tale contesto sarà fondamentale anche un’ampia copertura geografica oltre i confini nazionali. Si prevede che maggiori possibilità di riutilizzo di tali informazioni consentano, tra l’altro, a tutte le imprese dell’Unione, incluse le microimprese e le PMI, come pure alla società civile, di sfruttarne il potenziale e contribuire allo sviluppo economico nonché alla creazione e alla salvaguardia di posti di lavoro di qualità, in particolare a vantaggio delle comunità locali, come anche a importanti obiettivi sociali quali la responsabilizzazione e la trasparenza» (considerando 13).



“data sharing” perché grazie a queste politiche di condivisione si può operare la modellizzazione predittiva indispensabile per le politiche di difesa della vita. In una visione unitaria dell’ordinamento le norme dettate per le pubbliche amministrazioni contribuiscono a realizzare finalità sociali ed ambientali con la conseguenza che anche le attività condotte da pubbliche amministrazioni connotate da economicità sono tutte riconducibili al cuore “personalista” dell’art. 41 Cost.<sup>31</sup> che conforma ogni attività economica «*al rispetto della salute, dell’ambiente, della libertà e della dignità umana*».

Significativamente il d.lgs. 200/2021 estende il principio di riutilizzabilità dei dati, a fini commerciali e non, anche alle imprese pubbliche attive in settori come gas, energia, elettricità e a tutte le imprese private di trasporto che sono soggette ad obblighi di servizio pubblico. Si comprende come questa estensione, in materia ambientale, sia strettamente funzionale all’adozione di modelli predittivi che si nutrono di dati statisticamente rielaborati provenienti da settori chiave delle politiche di sostenibilità ambientale<sup>32</sup> quali appunto energia, elettricità e trasporto, come è reso evidente dal disposto dell’art. 1, comma 9 del d.lgs. 200/2021, che espressamente menziona il “monitoraggio ambientale”.

Orbene, se l’attività economica privata e pubblica deve essere indirizzata e coordinata «*a fini sociali e ambientali*», essa finisce per plasmare e rimodellare ogni attività economica di impresa. Il monitoraggio dell’impatto ambientale di un’impresa, in questa prospettiva, non è un limite eccezionale ed esterno, bensì un modo di essere consustanziale all’impresa.

La sostenibilità, quale ponte tra interessi delle generazioni attuali e interessi delle generazioni future<sup>33</sup>, esalta l’elemento dell’età, della condizione di salute e quello della diversità geografica, quale elemento fondante delle c.dd. *climate change litigation*<sup>34</sup> intentate da bambini, anziani e comunità locali. Il monitoraggio ambientale e i sofisticati modelli predittivi dimostrano che più si è giovani e maggiore è il rischio di perdere *chance* di benessere<sup>35</sup>, più si abitano isole già colpite dal cambiamento

---

31 La radice personalista della Costituzione italiana costituisce il comune denominatore di ogni attività sia essa svolta da soggetti pubblici o privati. E’ nella dimensione valoriale che si comprende la difficoltà a concepire in termini assolutamente dicotomici la relazione pubblico-privato. In argomento v. P. PERLINGIERI, *L’incidenza dell’interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 58 s.

32 Per un esame delle tecnologie di IA utilizzate per favorire uno sviluppo sostenibile v. R. VINUESA-H. AZIZPOUR-I. LEITE-M. BALAAM-V. DIGNUM-S. DOMISCH-A. FELLÄNDER-S. D. LANGHANS-M. TEGMARK-F. FUSO NERINI, *The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals*, in *Nature Communications*, 11, 2020, p. 233.

33 E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, cit., p. 33 ss.

34 Per un’analisi approfondita dei principali casi di *climate change*, A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

35 Una delle tendenze riscontrabili in materia di *climate change litigation* è costituita dal perseguimento di una giustizia c.d. intergenerazionale. Un esempio è costituito dall’azione legale intentata con successo da Fridays for Future in Germania nel 2021 e nel febbraio 2023 proposta anche davanti alla Corte Costituzionale austriaca per chiedere la condanna del Governo per i danni causati a un gruppo di bambini e adolescenti con età compresa tra i 5 e i 16 anni di età. Sono queste le fasce di età che, pur avendo meno contribuito alla carbonizzazione, sono più esposte a danni per i disastri da cambiamenti



climatico<sup>36</sup> e minore è la prospettiva di vita sui luoghi di origine<sup>37</sup>, più si vive in città preda dell'inquinamento e maggiore è il deterioramento della qualità della vita attuale con impedimenti a circolare, a riunirsi che maggiormente affliggono coloro che per condizioni di salute e di età sono vulnerabili e debbono ricevere un maggior livello di protezione<sup>38</sup>.

---

climatici ad essa collegabili. Sullo sviluppo di una sensibilità nuova nella società verso la giustizia c.d. intergenerazionale v. L. VON ZABERN-C. D. TULLOCH, *Rebel with a cause: the framing of climate change and intergenerational justice in the German press treatment of the Fridays for Future protests*, in *Media, Culture & Society*, Vol. 43, n. 1, 2020, p. 23 ss. e D. DELLA PORTA-M. PORTOS, *Rich kids of Europe? Social basis and strategic choices in the climate activism of Fridays for Future*, in *Italian Political Science Review / Rivista Italiana Di Scienza Politica*, 2023, Vol. 53, n. 1, p. 24 ss.

36 T. MORTON, *Iperoggetti. Filosofia e ecologia dopo la fine del mondo*, Nero, Roma, 2018 definisce il cambiamento climatico quale "iperoggetto", entità non visibile o tangibile che è situata tra l'individuo e l'ambiente e, dunque, è parte dell'esistenza umana. Secondo tale visione, a causa della parzialità del punto di vista umano, è difficile percepirne e comprenderne la reale portata del fenomeno.

37 Utile riferimento casistico può essere rappresentato dalla causa intentata dagli eschimesi che abitano l'isola di Kivalina contro la ExxonMobil Corporation accusata di aver provocato unitamente ad altre compagnie petrolifere e elettriche un riscaldamento del clima il quale, secondo le previsioni, condurrà a un innalzamento del mare con conseguente necessità di abbandonare l'isola di Kavalina collocata nei pressi della calotta polare artica. La causa è stata respinta dalla Corte della California, ma ha aperto un dibattito sulla risarcibilità di danni quale quello provocato dalla necessità di abbandonare i luoghi di origine, questione affrontata anche nel caso *Our Children's Trust & Earth Guardians, America's Youth File Landmark Climate Lawsuit Against U.S. Government and President*, 12 agosto 2015. Sul tema v. L. BUTTI, *The Tortuous Road to Liability: A Critical Survey on Climate Change Litigation in Europe and North America*, in *Sustainable Development Law & Policy*, 2011, Vol. 11, n. 2, p. 33. Per un esame del diritto a restare nella terra di origine v. L. VICENTE-L. RUGGERI-K. KASHIWAZAKI, *Beyond Lipstick and High Heels: Three Tell-Tale Narratives of Female Leadership in the United States, Italy, and Japan*, in *Hastings Womens's L.J.*, 2021, p. 13 ss.

38 Il nesso tra cambiamento climatico e diritti umani ha condotto ad un crescente ricorso alle autorità giudiziarie per ottenere il risarcimento dei danni causati alle proprie condizioni di vita da parte di soggetti vulnerabili a causa della età avanzata. Un caso famoso è costituito da *Union Swiss Senior Women for Climate Protection* contro *Swiss Federal Council and Others* incardinato nel 2017 davanti la Corte Amministrativa Federale svizzera. Il gruppo di donne anziane lamentava una violazione della Costituzione svizzera con riguardo al diritto alla vita (art. 10 della Costituzione) e al mancato rispetto dei principi di sostenibilità e precauzione (rispettivamente sanciti dagli artt. 73 e 74 della Costituzione svizzera) nonché degli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La causa è stata persa nei vari gradi di giudizio per mancanza di una specificità del danno lamentato, ma costituisce un significativo esempio di una tendenza a declinare in termini eco-sostenibili i diritti dell'uomo. In argomento, v. F. FONTANAROSA, *Climate Change Damages: Una analisi comparativa del diritto al clima tra ipotesi di responsabilità e fattispecie risarcitorie*, in *The Cardozo Law Bulletin*, 2020, Vol. 26, n. 2, p. 45 ss. Sulla lotta al cambiamento climatico basata sul ricorso ai giudici per violazione di diritti umani v. M. F. CAVALCANTI-M. J. TERSTEGGE, *The Urgenda case: the dutch path towards a new climate constitutionalism. Il caso Urgenda: il cammino olandese verso un nuovo costituzionalismo climatico*, in *DPCE online*, 2020, Vol. 43, n. 2, p. 1378 ss. e J. VERSCHUUREN, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation: The Hague Court of Appeal Upholds Judgment Requiring the Netherlands to Further Reduce its Greenhouse Gas Emissions*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2019, p. 95.



E', pertanto, indubbio che l'economia dei dati permette un più avanzato livello di protezione dell'ambiente, protezione che, come ben delineato dalla Carta dei diritti fondamentali<sup>39</sup>, costituisce il contenuto di uno specifico diritto di ogni persona, il diritto a un livello elevato di tutela dell'ambiente e al miglioramento della sua qualità anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone<sup>40</sup>. Nel mondo delle modellizzazioni virtuali con finalità ambientali, i diritti fondamentali in gioco sono molteplici: vita, salute, libertà di circolare, libertà di opinione, diritti di accesso alle informazioni, diritti di *privacy*. Il giurista non può non evidenziare che nel pacchetto normativo dedicato all'economia dei dati, la tassonomia europea dei diritti fondamentali ricomprende anche diritti a contenuto patrimoniale quali i diritti di proprietà che terzi vantano sui dati, i diritti di segreto commerciale, il *copyright*. Si tratta di situazioni giuridiche protette anche dalla Costituzione ma che nella Costituzione risultano maggiormente funzionalizzate alla realizzazione di interessi essenziali la cui tutela, offerta dall'art. 2 Cost., e la cui preminenza, sancita dall'art. 41 Cost., rendono doveroso modellare giudizi di meritevolezza diversificati. Segreto commerciale e *copyright*, diritti vantati dai terzi sui dati in una dimensione italiana dovranno comunque a loro volta essere esercitati sempre in modo da non entrare in contrasto con salute, libertà, dignità e ambiente. In questo contesto il più significativo apporto che l'interprete può dare è proprio quello di agevolare una lettura in chiave personalista delle interazioni tra macchine e uomo: la valenza ermeneutica del valore personalità umana<sup>41</sup>, grazie alla concezione unitaria dell'ordinamento italo-europeo<sup>42</sup>, rafforza la tutela della persona con i suoi interessi, imponendo che siano presi in considerazione in ogni fase anche esclusivamente tecnologica e virtuale, facendo sì che la transizione ecologica e quella digitale siano informate ai principi di inclusione, accessibilità, non discriminazione, giustizia ed equità.

39 L'articolo 37 della Carta diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce, difatti, che «[u]n livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

40 V. Considerando 35 del Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 30 maggio 2022, n. 868, relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE), 2018/1724. Per una correlazione tra tutela ambientale e protezione della persona, F. PARENTE, *Il ripensamento dei diritti fondamentali della persona nell'area dell'Unione Europea*, in *Le Corti Pugliesi*, n. 4, 2007, p. 780 secondo cui «[l]a dignità umana e i diritti umani, nella prospettiva eziologica, diventano il fondamento stesso dello sviluppo sostenibile». In tal senso, P. PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 73-74.

41 V. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972, secondo cui «[l]a persona come valore, cioè la personalità, costituisce la parte caratterizzante l'ordinamento giuridico sì da garantirne l'unitarietà [...] In una concezione [...] in cui l'individuo e la persona fisica si trovino in una situazione primaria rispetto all'interesse della collettività, lo Stato (e quindi l'ordinamento giuridico) costituirà il mezzo mediante il quale il soggetto può effettivamente realizzare se stesso» (pp. 12-14).

42 V. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, II, Fonti e interpretazione*, IV ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 108 ss.



### 3. Modellizzazione e automatismi decisionali tra necessità e utilità.

In questa comune direttrice valoriale, che è domestica, ma anche europea e internazionale<sup>43</sup>, il giurista, in una logica eco-sistemica, indaga e valuta una dimensione fatta di interazioni tra mondo reale e virtuale, in cui il reale è trasformato in un oggetto virtuale che, debitamente monitorato, consente di elaborare decisioni che, in una incessante circolarità, impattano sul mondo reale trasformandolo.

La *governance* del mondo virtuale richiede una perfetta integrazione con quella del mondo reale per poter cogliere le sfide di nuove forme di uso della tecnologia quali, ad esempio, il *machine learning* che auto-apprende, giungendo ad elaborare algoritmi per adeguare incessantemente i modelli sulla base di dati dinamici allo scopo di raggiungere al meglio gli *output* che l'uomo ha incaricato di raggiungere. L'automazione decisionale, utile strumento, ma pur sempre implicante una delega delle scelte<sup>44</sup>, costituisce sicuramente l'oggetto delle maggiori preoccupazioni su scala globale come dimostra la proposta di regolamentazione dei DAS (*Data Automatic Systems*) presentata al congresso degli Stati Uniti in contemporanea al varo della proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale nella Unione europea<sup>45</sup>.

L'Intelligenza Artificiale utilizzata per automatizzare processi e decisioni, pone il giurista di fronte alla scelta tra utilitarismo e personalismo, dilemma ben noto a chi si occupa di tutela ambientale. Anche con riguardo all'uso dell'Intelligenza Artificiale sicuramente fondante la nuova economia mondiale vale quanto evidenziato dalla sentenza c.d. Corasaniti nel 1979<sup>46</sup>: «nessun organo di collettività neppure di quella generale e del resto neppure l'intera collettività generale con unanimità di voti potrebbe validamente disporre per qualsiasi motivo di pubblico interesse della vita o della salute di un uomo o di un gruppo minore». Come bene evidenziato dall'Avvocato Generale Petruzzella nelle conclusioni rese a gennaio 2022 nel caso riguardante il trattamento dei dati del codice PNR<sup>47</sup>, il dilemma attuale è costituito da «come debba essere definito l'equilibrio fra l'individuo e la collettività nell'era dei dati, quando le tecnologie digitali hanno consentito la raccolta, la conservazione, il trattamento e l'analisi di enormi masse di dati personali a fini predittivi. Gli algoritmi, l'analisi dei *big data* e l'intelligenza artificiale utilizzati dalle autorità pubbliche<sup>48</sup> possono servire a promuovere e a proteggere gli interessi fondamentali della società, con un'efficacia in precedenza

43 Essa si fonda sulla Costituzione che è aperta all'apporto di fonti esterne, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Fonti e interpretazione, IV ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 88 ss.

44 Sul pericolo che l'essere umano trasferisca gran parte delle scelte anche in settori chiave della società democratica alle macchine v. A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 45 s.

45 In argomento v. J. MÖKANDER-P. JUNEJA-D.S. WATSON-L. FLORIDI., *The US Algorithmic Accountability Act of 2022 vs. The EU Artificial Intelligence Act: what can they learn from each other?*, in *Minds & Machines*, 32, 2022, pp. 751-758.

46 Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, sentenza cd. "Corasaniti". n. 5172 del 6 ottobre 1979.

47 Conclusioni dell'Avvocato Generale Giovanni Pitruzzella presentate il 27 gennaio 2022, Causa C-817/19 Ligue des droits humains contro Conseil des ministres (Belgio).

48 In argomento v. B. CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia. Modelli, strumenti e prospettive giuridiche*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 2.



inimmaginabile: dalla protezione della sanità pubblica alla sostenibilità ambientale, dalla lotta contro il terrorismo alla prevenzione dei reati, in particolare dei reati gravi. Allo stesso tempo, la raccolta indiscriminata di dati personali e l'utilizzazione delle tecnologie digitali da parte dei poteri pubblici possono dare luogo ad un panottico digitale, vale a dire ad un potere pubblico che vede senza essere visto».

#### **4. Il ruolo del principio di precauzione nella regolamentazione della responsabilità civile da IA.**

In questo contesto, il principio di precauzione<sup>49</sup> introdotto dal Trattato di Amsterdam in materia ambientale funge da leva ermeneutica per guidare le scelte anche in materia tecnologica. Ciò emerge con evidenza nella recente proposta di Direttiva sulla responsabilità civile da Intelligenza Artificiale<sup>50</sup> che sulla base del principio di precauzione introduce una tassonomia dell'IA basata sul grado di rischio ipotizzabile. La precauzione introduce inevitabilmente elementi previsionali che orientano le politiche legislative (si pensi alle moratorie cautelari per l'immissione di OGM in agricoltura, i limiti ai livelli di inquinamento da scarichi industriali o da campi elettro-magnetici<sup>51</sup>), ma che soprattutto impattano sull'uso di categorie consolidate quali quelle del nesso causale, dell'imputabilità della condotta o della omissione. Nella nuova proposta, cui si affianca un parallelo *iter* di revisione della Direttiva sui prodotti difettosi<sup>52</sup>, si prevede una forma di presunzione del nesso causale tra condotta dell'uomo che si avvale dell'Intelligenza Artificiale per svolgere la sua attività e l'*output* prodotto<sup>53</sup>. Se quel risultato fosse anche frutto di una decisione presa dalla macchina sulla base di algoritmi auto-prodotti, la presunzione di colpa abilita il danneggiato a ottenere il

---

49 Tale principio è sancito anche a livello internazionale dall'art. 3 della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 9 maggio del 1992. Esso richiede alle Parti l'adozione di misure idonee a prevenire o limitare al minimo le cause del cambiamento climatico o a mitigarne gli effetti negativi statuendo che nel caso di pericolo di danni gravi o irreversibili «la mancanza di un'assoluta certezza scientifica non deve essere addotta come pretesto per rinviare l'adozione di tali misure».

50 Proposta di Direttiva (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 28 settembre 2022, COM(2022) 496 final, relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale). La proposta dà attuazione alle indicazioni contenute nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale. Sulla declinazione della responsabilità civile in tema di intelligenza artificiale, v., fra gli altri, F. CARROCCIA, *Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali*, in *Contratto e impr.*, 2022, p. 408 ss.

51 V. F. PARENTE, *La protezione giuridica della persona dall'esposizione a campi elettromagnetici*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2008, p. 397 ss.; ID., *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 167 ss.

52 Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 28 settembre 2022, COM(2022) 495 (final) sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi.

53 In argomento v. G. F. SIMONINI, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 2023, p. 435 ss.



risarcimento evitandogli una *via crucis* probatoria. La frequente opacità degli algoritmi e delle fasi che hanno condotto all'addestramento della macchina sembra fondare un diritto alla trasparente<sup>54</sup> informazione circa il funzionamento dell'intelligenza artificiale la cui tutela, nella proposta di Direttiva, è affidata all'obbligo di divulgazione degli elementi di prova da parte del fornitore di tecnologia al fine di rendere possibile impostare la richiesta risarcitoria<sup>55</sup>.

Anche qui, secondo l'impostazione euro-unitaria, diritti a contenuto economico quali il segreto commerciale, il *copyright* e la proprietà sono espressamente tutelati da forme di riservatezza sulle quali, però, in una prospettiva personalista, occorre che l'interprete non tema di proporre superamenti del segreto<sup>56</sup> ogni qualvolta ciò sia reso meritevole e quindi necessario per tutelare la salute, la vita e di altre situazioni esistenziali. Laddove occorra assicurare un diritto della persona, anche il segreto frutto di brevetti risulta superabile con misure adeguate e proporzionate come stabilito dall'art. 3 della proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale. In altri termini: sviluppo sì, ma che sia sostenibile<sup>57</sup>, e innovazione tecnologica, sì purché responsabile.

##### **5. Finalità di protezione dell'ambiente e tutela della persona. Le pratiche di cd. *Dynamic pricing*. Tokenizzazione degli scambi energetici in funzione di inclusione e di solidarietà verso le persone vulnerabili.**

In una lettura sistematica nessuna finalità ambientale potrà condurre, per esempio, a ideare forme di attribuzione di un punteggio "sociale" basato sull'IA: anche se la protezione dell'ambiente è finalità generale delle autorità pubbliche queste dovranno evitare *ranking* comportamentali elaborati sulla base di monitoraggi esclusivamente effettuati dalle macchine. Nessuna finalità ambientale potrà supportare forme di "*dynamic pricing*" le cui logiche siano contrarie a principi di uguaglianza e non funzionali a realizzare la solidarietà economica in modo trasparente. Il "*dynamic pricing*", fenomeno esploso nelle piattaforme digitali di

54 Per una disamina della trasparenza, si rimanda a Gruppo di lavoro articolo 29, Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 (WP 260), 29 novembre 2017, come riviste ed adottate l'11 aprile 2018.

55 Il crescente ricorso a macchine che auto-apprendendo costituiscono la base di processi decisionali pone numerose problematiche in materia di responsabilità e gestione dei rischi. In argomento, v. A. MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, in *Ethics Inf Technol*, 2004, Vol. 6, n. 3, p. 175 ss.

56 Sulla necessità di sottoporre a giudizio di meritevolezza l'interesse ad ottenere un'informazione legata alla propria persona anche in ipotesi di informazioni ad accesso riservato a pubbliche autorità o protette da riservatezza, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, IV ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 139 s.

57 In argomento v. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e contratto "ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2016, p. 1291 ss.; M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016; E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 34 ss. e M. ROBLES, *Meritevolezza «ambientale» del contratto e transigibilità degli interessi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.



erogazione di servizi<sup>58</sup>, potrebbe, invece, acquisire meritevolezza se utilizzato in modo funzionale alla realizzazione di politiche di inclusione e di accessibilità, dando, come *output* all'Intelligenza artificiale, anche quello di bilanciare con debita pesatura dati quali il reddito, le condizioni di salute, la distanza da servizi indispensabili. Si tratta di un uso in funzione solidale dell'Intelligenza Artificiale che può essere operato in campi nevralgici del *Green Deal* quali quello della decentralizzazione e moltiplicazione delle fonti di energia rinnovabile<sup>59</sup>. In questo ambito il quadro normativo italiano impone alle comunità energetiche di non escludere quanti siano poveri o energeticamente vulnerabili<sup>60</sup> adattando il loro statuto normativo al perseguimento dell'inclusione e della solidarietà<sup>61</sup>. Gli scambi di energia che *smart contract*<sup>62</sup> abbinati a *blockchain*<sup>63</sup> rigidamente fotografano e "tokenizzano" nella loro rigidità potrebbero risultare insensibili alla situazione concreta di partenza: nei fatti persone povere cercano di consumare di meno e non hanno la possibilità di mitigare la dispersione di energia, persone vulnerabili sono costrette a consumare energia per vivere con conseguenti ripercussioni sulla loro condizione economica. Di conseguenza in questo ambito la profilazione che conduce a meccanismi che adeguano il numero di *token* generati dagli scambi *Machine2Machine* permetterebbe una implementazione dei principi di inclusione e solidarietà anche nel mondo delle macchine fondandone la meritevolezza dell'impiego. Quel giurista che utilizza il giudizio di meritevolezza a tutto campo e non in via residuale può, pertanto, proporre l'uso come strumento utile a modellare il prezzo sulla base non solo di logiche retributive (tanto produci, tanto consumi, tanto ottieni), bensì sulla base di logiche distributive in piena attuazione, anche nella realtà tecnologica, dell'art. 3, comma 2, della Costituzione. Un conto sono le rendite che il *dynamic pricing* amplifica generando prezzi che la profilazione del cliente

58 Sull'attuale ruolo centrale assunto dalle piattaforme digitali, P. STANZIONE (a cura di), *I «poteri privati» delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022.

59 Per un'analisi economica del fenomeno in ambito energetico v. G. DUTTA-K. MITRA, *A literature review on dynamic pricing of electricity*, in *Journal of the Operational Research Society*, Vol. 68, 2017, p. 1131 ss.; K. LI-J. D. CURSIO-Y. SUN-Z. ZHU, *Determinants of price fluctuations in the electricity market: a study with PCA and NARDL models*, in *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, Vol. 32, n. 1, 2019, p. 2404 ss.

60 L' art. 11 del d.lgs., 8 novembre 2021, n. 210, introduce il concetto di "vulnerabilità" quale dipendenza del proprio stato di salute dall'approvvigionamento continuativo.

61 Sul punto v. L. RUGGERI-M. GIOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 340 ss..

62 Per un'analisi approfondita degli *smart contracts*, I. MARTONE, *Gli smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, Collana Diritto Scienza Tecnologia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022; F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista. Dallo Smart contract al "giusto rimedio" del "re-coding" tra "testo informatico" e "regolamento definitivo"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023; ID., *Smart contract e "contratto giusto": dalla soggettività giuridica delle macchine alla oggettivazione del fatto-contratto. Il ruolo dell'interprete*, in *federalismi.it*, 2, 2021, p. 106 ss.; M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti-Smart Contracts and Contract Law*, Il Mulino, Bologna, 2021.

63 Integrando la *blockchain* con il *machine learning* lo *smart contract* diventa un super *smart contract* che permette la transazione esegue il codice sulla base di indicazioni e parametri provenienti dall'esterno e validati da oracoli (c.d. contrattazione iper-autonomi). In argomento v. V. M. ZOU, *When AI meets Smart Contracts: The regulation of Hyper-Autonomous smart systems?*, 2022, p. 70 ss.



assicura saranno accettati senza problemi<sup>64</sup>, un conto è utilizzare il meccanismo dei prezzi dinamici per modulare il numero di *token* sulla base di parametri ulteriori e diversi dal puro scambio di energia.

In un'Europa che tenta di competere con le altre economie in termini di innovazione tecnologica, ma anche di salvaguardia dell'ambiente, il tema nevralgico diventa quello della "necessità e dell'urgenza", tanto indagato a seguito della crisi pandemica e della crisi energetica, come fondamenti dell'adozione di tecnologie non esenti da rischi. In nome della utilità la proposta di Regolamento<sup>65</sup> prevede che una IA possa essere immessa sul mercato in deroga alla necessaria normale procedura di valutazione della conformità quando vi siano «motivi eccezionali di sicurezza pubblica o di protezione della vita e della salute delle persone e di protezione dell'ambiente e dei principali beni industriali e infrastrutturali».

Come si può constatare il giurista proprio come già avvenuto in materia ambientale, dovrà con sempre maggiore frequenza essere chiamato ad utilizzare queste categorie in modo da dare ad esse un contenuto che pur sempre le renda compatibili con il sistema di valori che connota l'ordinamento.

Crisi pandemica e crisi energetica hanno reso abituale la valutazione della "necessità e dell'urgenza"<sup>66</sup>, binomio spesso invocato per giustificare procedure peculiari sia in campo ambientale che tecnologico. In nome della utilità la proposta di Regolamento prevede che una IA possa essere immessa sul mercato in deroga alla necessaria normale procedura di valutazione della conformità quando vi siano «motivi eccezionali ... di protezione della vita, della salute delle persone e di protezione». Un significativo parametro di valutazione pare essere costituito dall'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali che richiede che sempre sia rispettato il «contenuto essenziale del diritto» e che il provvedimento che impatta sul diritto fondamentale rispetti il principio di proporzionalità<sup>67</sup>.

Nella prospettiva unionale, pertanto, quando ricorrono "necessità e urgenza", la vera frontiera della protezione dei diritti della persona sarà costituita dall'individuazione del

---

64 V. Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 19 ottobre 2022, n. 2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la Direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

65 V. art. 47, comma 1, della Proposta di Regolamento (EU) del Parlamento europeo e del Consiglio, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, come emendato dal Parlamento europeo il 14 giugno 2023. Per un esame degli interventi europei in materia di intelligenza artificiale e robotica, E. FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 50 ss.

66 In tema, S. BUDELLI (a cura di), *La società del rischio e il governo dell'emergenza, Le fonti dell'emergenza* (Tomo I) e *Emergenze e tutela ambientale-Circularità e sostenibilità* (Tomo II), AMBIENTEDIRITTO EDITORE, Messina, 2020. Sull'approccio precauzionale, in relazione all'emergenza pandemica, v. R. CHIARELLI, *Intervento (breve cenni sullo stato di precauzione)*, in M. A. ICOLARI (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Giappichelli, Torino, 2021.

67 Per una disamina dell'ambito e delle modalità di applicazione di questo articolo v. T. LOCK, *sub Article 52 CFR*, in M. KELLERBAUER, MANUEL-M. KLAMERT- J. TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019.



nucleo essenziale di ogni diritto assunto come fondamentale sulla base della necessità che giustifica una protezione maggiormente circoscritta. Il mercato dei dati e la relativa economia rendono, pertanto, necessaria una graduazione della protezione basata su “noccioli duri” dei diritti. Un lavoro che la giurisprudenza italiana e quella europea potranno svolgere in un mutuo dialogo solo se supportate da una dottrina che si cura della società e non si arrocca nell’amore per i concetti vecchi o nuovi che siano.

Nel quadro regolatorio europeo in corso di completamento centrale sarà il ruolo dell’art. 52, paragrafo 1, della Carta. La limitazione a diritti fondamentali quali, ad esempio quello alla *privacy*, oltre ad essere prevista dalla legge, potrà avvenire solo se sarà rispettato il contenuto essenziale di detti diritti e, nel rispetto del principio di proporzionalità, solo se necessaria e rispondente effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

# AUTONOMIA DIFFERENZIATA E TUTELA AMBIENTALE

Francesco Giulio Cuttaia\*

*Abstract (it):* nella prospettiva dell'autonomia regionale differenziata, cui è stato dato impulso con la presentazione in Senato del disegno di legge governativo per l'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., assume una valenza particolare il tema della tutela ambientale. Al riguardo, è da ritenere che notevoli siano i limiti posti al processo di differenziazione in tale ambito, attesa la trasversalità della materia e la particolare incidenza sulla potestà normativa delle Regioni che avranno i Livelli Essenziali delle Prestazioni concernenti la Tutela Ambientale (LEPTA).

*Abstract (en):* in the perspective of differentiated regional autonomy, which was given impetus with the presentation in the Senate of the government bill for the implementation of art. 116, co. 3, Cost., the theme of environmental protection takes on a particular value. In this regard, it is to be considered that the limits placed on the process of differentiation in this area are considerable, given the transversality of the subject and the particular impact on the regulatory power of the Regions that will have the Essential Levels of Performance concerning Environmental Protection (LEPTA).

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Significato e limiti dell'autonomia regionale differenziata. - 3. I profili evolutivi della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. - 4. Gli specifici limiti dell'autonomia differenziata in tema di tutela ambientale derivanti dalla trasversalità della materia e dalla particolare incidenza che rivestiranno i Livelli Essenziali delle Prestazioni concernenti la Tutela Ambientale (LEPTA) sulla normativa regionale. - 5. Conclusioni.

## 1. Premessa.

Da alcune settimane è all'esame del Senato il disegno di legge recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione" (ora Atto Senato n. 615). Con esso, il Governo ha posto una concreta base su cui impostare il dibattito parlamentare per dare attuazione a quanto previsto dalla suddetta disposizione costituzionale, a sei anni di distanza da quando tre Regioni, il Veneto, la Lombardia e l'Emilia-Romagna, hanno chiesto di potersi avvalere di ulteriori forme



e condizioni particolari di autonomia, cui hanno fatto seguito iniziative, da parte dei governi che si sono succeduti, le quali, seppur non tradottesi in atti normativi, hanno comunque tracciato una linea d'azione sulla quale si è sostanzialmente collocato anche l'attuale Governo.

Come noto, ai sensi della citata disposizione costituzionale, le ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia che possono essere richieste rientrano nelle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. e cioè quelle di competenza legislativa concorrente (tutte) e le materie rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, limitatamente a quelle concernenti l'organizzazione della giustizia di pace; le norme generali sull'istruzione; la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. A ciò è possibile pervenire attraverso l'approvazione da parte delle Camere di una legge "a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata".

La possibilità riconosciuta dalla predetta disposizione costituzionale di incidere anche sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela ambientale pone una serie di problematiche di cui è bene che il Parlamento, in sede di approvazione della legge di attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., abbia piena contezza, soprattutto con riferimento agli ambiti di autonomia regionale da differenziare.

## 2. Significato e limiti dell'autonomia regionale differenziata.

Occorre porre particolare attenzione al corretto utilizzo dell'espressione "autonomia differenziata" in un senso che sia coerente con l'intero dettato costituzionale. Al riguardo, la differenziazione consentita dalla Carta Costituzionale, obbedendo al rispetto dei principi di unità e indivisibilità della Repubblica, di uguaglianza e di solidarietà, non può essere considerata un traguardo finale ma un mezzo per garantire al meglio il soddisfacimento di interessi generali riguardanti l'intera comunità nazionale, per cui, tenuto conto di ciò, la differenziazione tendenzialmente non può risolversi in un'asimmetria.

Al contrario dell' "asimmetria", la "differenziazione", intesa in senso funzionale e cioè propedeutico ad uno sviluppo equilibrato del Paese, pur tenendo conto delle peculiarità delle diverse aree territoriali, implica che l'eventuale attribuzione delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia debba mantenersi coerente non solo con i principi di unità, uguaglianza e solidarietà, immanenti alla stessa configurazione della Repubblica, ma altresì con il riparto costituzionale delle competenze stabilito dall'art. 117 Cost.<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> \* Docente a contratto di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi Roma Tre, funzionario dello Stato.

Secondo T. CERRUTI, *Regioni speciali e differenziate: verso una convergenza?*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive, atti del IV convegno annuale della rivista Diritti regionali, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, 17/2020, p. 695, la matrice di tipo funzionale ricavabile dalla differenziazione ha una precisa finalità, in quanto "la possibilità di svolgere con maggiore autonomia rispetto alla generalità delle Regioni ordinarie specifici compiti dev'essere finalizzata a consentire che in ogni territorio si raggiungano i maggiori livelli di efficienza grazie ad un riparto delle funzioni improntato alla



La disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 116 Cost., infatti, ancorché l'espressione utilizzata "forme e condizioni particolari di autonomia" sia corrispondente a quella utilizzata nel comma 1 per le Regioni a statuto speciale, non sembra avere, sotto il profilo sistematico, natura derogatoria e la sua applicazione non può preludere al riconoscimento di una "specialità" contigua a quella delle Regioni cui è costituzionalmente attribuito tale carattere, ma sembra offrire esclusivamente la possibilità di un'integrazione dei poteri delle Regioni ordinarie, sotto forma di ampliamento dell'autonomia regionale per il miglior perseguimento di specifici interessi aventi portata generale per le comunità regionali interessate.

Se così non fosse, si verrebbe surrettiziamente, cioè con semplice legge ordinaria, ancorché rinforzata, a modificare l'ordine costituzionale delle competenze senza seguire l'obbligatorio processo di revisione costituzionale, che, come noto, richiede un particolare e complesso procedimento legislativo<sup>2</sup>.

Quanto all'oggetto della differenziazione, stante la formulazione letterale dell'art. 116, co. 3, Cost., è da ritenere che essa possa inerire sia all'attività legislativa che a quella amministrativa.

Relativamente alle funzioni amministrative non sembrano sussistere, circa il loro ampliamento, controindicazioni di sorta, se non l'osservanza piena del principio di sussidiarietà proclamato dall'art. 118 Cost.

Relativamente alla potestà legislativa regionale da ampliare a seguito dell'autonomia differenziata, essa, con riferimento a quella concorrente, non può che rimanere limitata ai profili di dettaglio, ancorché se ne preveda una estensione in relazione a "una maggiore varietà di scelta nella regolamentazione delle discipline relative alle singole materie"<sup>3</sup>.

---

flessibilità, che preveda quindi il mantenimento in capo allo Stato ovvero il passaggio alla Regione delle varie attribuzioni in base a soli parametri qualitativi, in linea del resto con quel principio di sussidiarietà che permea tutto il Titolo V della Costituzione".

<sup>2</sup> Al riguardo, cfr. S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 3/2019, p. 227, il quale ritiene che essendo la modificazione dell'ordine costituzionale delle competenze rimesso a un intervento di revisione costituzionale, la norma contenuta nell'art. 116, co. 3, Cost. non consentirebbe di "dislocare materie, ma soltanto alcune funzioni in queste rientranti (e non per blocchi tanto estesi da esaurire tutte le fattispecie comprensibili in ciascuna materia)". Secondo altri Autori, invece, la cennata disposizione costituzionale comporterebbe una vera e propria "deroga" al quadro costituzionale (in particolare, cfr. T. MARTINES, A. MORELLI, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Francis Lefebvre, Milano, X ed., 2019, p. 24, secondo i quali la legge ordinaria prevista dall'art. 116, co. 3, Cost. "sembra abilitata a derogare al quadro costituzionale, facendo luogo appunto ad ulteriori trasferimenti di competenza rispetto a quelli fissati dall'art. 117 Cost."; per A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007, pp. 145 – 146, è da ritenere compatibile la deroga all'ordine delle competenze di cui all'art. 117, "sia pure limitatamente agli ambiti materiali indicati").

<sup>3</sup> P. MACI, *Regionalismo differenziato: tra bulimia di autonomia e rischio di ingovernabilità*, in *Federalismi.it*, 19/2022, p. 132.



Per quanto riguarda le materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato menzionate dall'art. 116, co. 3, Cost., è da ritenere che non possa operarsi un'assegnazione delle stesse alla competenza concorrente, giacché una modifica dell'assetto delle competenze legislative non potrebbe essere devoluta a un atto negoziale che intervenga tra esecutivi, ancorché recepito da una legge rinforzata del Parlamento. Pertanto, con riferimento a dette materie, l'ambito di autonomia differenziata da attribuire alla Regione richiedente non potrà che inerire alle sole funzioni amministrative, soprattutto di tipo organizzativo dei corrispondenti servizi (ivi comprese, ovviamente, le potestà di normazione secondaria), le quali, in via ordinaria, sono di pertinenza dello Stato (quale attributario della competenza legislativa esclusiva).

Né è da ritenere che l'autonomia differenziata possa costituire un *tertium genus* (accanto a quello delle Regioni a statuto speciale e a quello delle Regioni ordinarie)<sup>4</sup>. Tutt'al più la differenziazione può costituire una *species* rispetto al *genus* delle Regioni ordinarie<sup>5</sup>. Ciò posto e assodato quindi il rispetto del mantenimento del riparto delle competenze legislative ex art. 117 Cost., occorre fare riferimento ai limiti che debbono essere osservati nell'attribuzione alle Regioni di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

In proposito, l'osservanza, ai sensi dell'art. 5 Cost., dei principi di unità e indivisibilità della Repubblica e, rispettivamente, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., dei principi di solidarietà ed eguaglianza, comporta che alla differenziazione derivante dall'autonomia regionale ulteriormente ampliata siano posti due fondamentali limiti. Il primo è connesso alla salvaguardia dei profili che contrassegnano l'unità e l'indivisibilità della Repubblica, affidata alle competenze esercitate dallo Stato in via ordinaria e, se del caso, straordinaria; il secondo è

---

4 In tal senso, cfr. L. VANDELLI, *Prospettive di differenziazione regionale: dalle autonomie speciali alle ulteriori forme e condizioni di autonomia ex art. 116 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, n. 13/2017, p. 5; F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *Federalismi.it*, 10/2018, p. 6. In senso contrario, cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, cit., pp. 142 – 144, il quale fa riferimento a tre “tipo” di Regioni (speciali, ordinarie e differenziate). Più di recente, parla di un “triplice quadro normativo” che si è venuto delineando O. CARAMASCHI, *Dalla specialità regionale alla differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost.: verso un sistema regionale asimmetrico?*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, atti del IV convegno annuale della rivista *Diritti regionali*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, cit., p. 667, il quale però ritiene che al *genus* delle Regioni a statuto speciale e al *genus* delle Regioni ordinarie si sia affiancata “la *species* dell'autonomia regionale differenziata, collocata nel *genus* delle Regioni ordinarie e che consente a ciascuna Regione, secondo il procedimento ex art. 116, terzo comma, Cost., di superare il proprio *status* ordinario differenziandosi e costituendo, così, altrettante forme, o sub *species*, di autonomia differenziata”.

5 In tal senso, cfr. A. POGGI, *Le Regioni speciali nel contesto dell'attuale disegno di revisione costituzionale*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 3/2015, pp. 2-3, secondo la quale “l'istituto di cui al terzo comma dell'articolo 116 non è un *genus* ma è una *species* [...] del più generale principio di differenziazione introdotto per le Regioni ordinarie”.



correlato alla effettiva garanzia dei Livelli Essenziali delle Prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, co. 2, lett. m), in quanto proprio in essi, declinabili soprattutto sotto il profilo dell'adeguatezza, si riflette il contenuto del principio di eguaglianza sostanziale, correlato a sua volta al principio solidaristico.

Proprio in ragione della equilibrata definizione degli assetti relativi alle potestà legislative dello Stato e delle Regioni a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, la giurisprudenza costituzionale ha indicato nelle competenze legislative statali trasversali quelle idonee a interferire in qualsiasi materia rientrante nelle competenze legislative concorrenti o residuali delle Regioni<sup>6</sup> (il tema della trasversalità di alcune competenze legislative statali è poi strettamente connesso all'attrazione in sussidiarietà, avendo con essa in comune la radice della finalità di tutelare le esigenze unitarie del Paese).

In particolare, la sentenza della Corte Costituzionale 24 luglio 2003, n. 274, ha considerato come anche nell'assetto costituzionale scaturito dalla riforma del 2001, "allo Stato sia pur sempre riservata nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'art. 5 della Costituzione, ma

---

6 Come sottolineato da S. SCAGLIARINI, *Gli ambiti di differenziazione regionale: virtù (del modello) e vizi (della sua attuazione)*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, cit. p. 336, le materie trasversali "sono frutto di una elaborazione giurisprudenziale che ha portato alla affermazione di un Titolo V vivente, piuttosto lontano dal suo tenore letterale originario, nel quale le competenze finalistiche hanno sostituito i principi fondamentali come strumento a disposizione dello Stato per garantire interessi unitari, tra cui, in primo luogo, la parità nel godimento dei diritti; e se i principi possono, in effetti, essere destinati a venir meno con l'attuazione del terzo comma della norma costituzionale *de qua*, le materie trasversali, in quanto espressive di una competenza statale inderogabile, finiscono invece per porsi come un limite implicito alla differenziazione" (in tal senso, cfr., altresì, C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 26/09/2018, n. 18/2018, p. 11, secondo la quale, la richiesta di autonomia differenziata non dovrebbe attenersi "ai restanti poteri esclusivi statali che non costituiscono materie ma limiti generali, trasversali rispetto a queste ultime, a garanzia dell'unità del sistema, come le clausole dell'art. 117, comma 2, Cost. riguardanti la tutela della concorrenza, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, l'ordinamento civile"). È bene tuttavia chiarire, come avverte G. FALCON, *Le materie trasversali: tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza, livelli essenziali delle prestazioni*, in *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 15 maggio 2015*, p. 4, che le "clausole di competenza trasversale non sono un'invenzione della Corte, esistono nel testo della Costituzione. Il problema, dunque, sta nel determinarne il significato". Le competenze trasversali sono state definite "materie non materie" da A. D'ATENA, nel senso che esse, pur non essendo materie in senso tecnico, costituiscono titolo per l'esercizio del potere legislativo da parte dello Stato. (A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze* in *Quaderni costituzionali*, 1/2003, p. 5, nonché in *Le Regioni, dopo il big bang. Il viaggio continua*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 15-23).



anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, con i limiti di tutte le potestà legislative (art. 117, comma 1) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120, comma 2). E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto – lo Stato, appunto – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento”<sup>7</sup>.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha portato a delineare materie attribuite alla competenza legislativa esclusiva statale, ma anche alla legislazione concorrente (in questo caso attraverso l'emanazione di norme di principio) in grado di incidere significativamente non solo sulla legislazione di dettaglio delle Regioni in tema di competenze legislative concorrenti, ma altresì sulla stessa legislazione regionale di tipo residuale. Comunque, rimanendo in tema di legislazione esclusiva dello Stato, oltre alla determinazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (la cui trasversalità consente allo Stato, nel limitare l'autonomia normativa delle Regioni, di tendere all'obiettivo di una fruizione uniforme di tali prestazioni su tutto il territorio nazionale)<sup>8</sup>, sono state da tempo individuate, per la loro peculiarità, materie spiccatamente trasversali, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza costituzionale.

Uno degli ambiti di maggiore incidenza sulla potestà normativa regionale da parte della legislazione statale riguarda, in particolare, il tema generale della tutela ambientale.

### 3. I profili evolutivi della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

La giurisprudenza costituzionale ha in diverse occasioni affermato che, con riferimento all'art. 117, co. 2, lett. s) Cost., più che di materia in senso tecnico, la tutela ambientale debba intendersi come valore costituzionalmente protetto, in quanto tale, implicante una

---

<sup>7</sup> Corte Cost. n. 274/2003, cons. in dir. §2.1., su cui cfr., con spunti critici sulla motivazione, ritenuta “gracile ed evasiva”, A. RUGGERI, *La questione dei vizi delle leggi regionali e l'oscillante soluzione ad essa data da una sentenza che dice e...non dice*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21/08/2003; in senso favorevole, R. DICKMANN, *Spetta allo Stato la responsabilità di garantire il pieno soddisfacimento delle “istanze unitarie” previste dalla Costituzione*, editoriale, in *Federalismi.it*, 25/09/2003, n. 9/2003.

<sup>8</sup> V. Corte Cost. 22 luglio, 2011, n. 232, cons. in dir. §5.2. Va comunque fin da ora avvertito come la Corte abbia posto l'accento anche sul fatto che sarebbe “del tutto improprio e inconferente il riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera m) Cost. al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali” (Corte Cost. 19 luglio 2005, n. 285, cons. in dir. §3, richiamata, tra le altre, da Corte Cost. 15 gennaio 2010, n. 10; 22 luglio 2011, n. 232), per giungere alla conclusione che l'attribuzione allo Stato della competenza trasversale ed esclusiva di cui all'art. 117 co. 2, lett. m) Cost. si riferisce alla “determinazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni, che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti...a tutti gli aventi diritto” (Corte Cost. 7 marzo 2008, n. 50, cons. in dir. § 4, cui ha fatto riferimento Corte Cost. 27 luglio 2011, n. 248, cons. in dir. § 5.1.).



trasversalità della competenza statale, giacché “allo Stato spettano le determinazioni rispondenti ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull’intero territorio nazionale, con la conseguenza che l’intervento regionale è possibile soltanto in quanto introduca una disciplina idonea a realizzare un ampliamento dei livelli di tutela e non derogatoria in senso peggiorativo”<sup>9</sup>.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione, nell’ambito del riparto di competenze legislative tra lo Stato e le Regioni, è stata affidata al primo, in via esclusiva, la materia della “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali” (art. 117, co. 2, lett. s), mentre rientra nella legislazione concorrente la valorizzazione dei beni culturali e ambientali (art. 117, co. 3), a sua volta necessariamente correlata alla materia del “governo del territorio”, anch’essa attribuita alla legislazione concorrente.

Già prima della riforma del Titolo V la protezione dell’ambiente aveva assunto una tendenziale autonoma consistenza venendosi a configurare l’ambiente come bene unitario da salvaguardare nella sua interezza. Tuttavia, l’integrità ambientale come bene unitario veniva collegata soprattutto alla tutela del paesaggio di cui all’art. 9 Cost. (con riferimento soprattutto alla prevenzione del rischio di danni ambientali) e, in parte, anche alla tutela della salute *ex* art. 32 Cost. (segnatamente, in relazione alla prevenzione e alla eliminazione di emissioni inquinanti, in maniera da garantire un ambiente salubre)<sup>10</sup>.

Con la modifica del Titolo V della Costituzione e la previsione di cui all’art 117, co. 2, lett. s) e co. 3, di cui si è fatto cenno, mentre l’esplicito riferimento alla tutela dell’ambiente e dell’ecosistema è sembrato preludere a una configurazione dell’ambiente come bene immateriale in una sua dimensione nuova rispetto al passato, caratterizzata dalla prevenzione di effetti distorsivi quali, in primo luogo, l’inquinamento e il rischio di incidenti rilevanti, il

<sup>9</sup> Corte Cost. 6 luglio 2012, n. 171, cons. in dir. §3.

<sup>10</sup> In tal senso cfr. Corte Cost. 5 febbraio 1992, n. 67, la quale, dopo aver premesso che “l’integrità ambientale è un bene unitario”, ammetteva che potessero essere sottoposte a sanzione penale tutte le modifiche e le alterazioni attuate mediante opere autorizzate, “indipendentemente dalla presenza e dalla entità di un danno paesistico concretamente sussistente” (cons. in dir. §2); Corte Cost. 19 luglio 1994, n. 356, la quale, a proposito delle innovazioni legislative introdotte nei primi anni novanta nel settore della protezione ambientale, riteneva che esse realizzassero, “secondo esigenze di carattere unitario, valori espressi dagli articoli 9 e 32 della Costituzione” (cons. in dir. §3). In tale solco sostanzialmente si inseriscono Cass. civ. sez. III 3 febbraio 1998, n. 1087, la quale ha configurato l’ambiente come bene giuridico il cui fondamento costituzionale è individuato negli artt. 9 e 41 Cost. e, successivamente, Cass. civ. sez. III 10 ottobre 2008, n. 25010, in cui viene affermato il principio che il danno all’ambiente va ben al di là delle lesioni dei singoli beni che lo compongono, in una visione unitaria di “ambiente” correlata alla tutela del paesaggio come valore estetico e naturale, per toccare la tutela delle condizioni di vita salubre in tutte le sue componenti, di talché l’ambiente risulta quale valore pubblico immateriale primario ed assoluto, “attraverso il coordinamento tra le disposizioni primarie (artt. 2, 3, 9, 32 e 41 e 42) che tutelano l’individuo e la collettività” (motiv. §2).



riferimento alla “valorizzazione” ha inteso privilegiare un ancoraggio più materiale alla tutela del paesaggio *ex art. 9 Cost.*

Sotto il primo profilo è stata proprio la Corte Costituzionale a collegare la tutela ambientale e dell’ecosistema alla normativa comunitaria e statale allora vigenti, segnatamente la direttiva 96/1982/CE e il d.lgs. 334/1999 di recepimento della stessa, il cui art. 1 fa riferimento al fatto che in detto provvedimento legislativo sono contenute disposizioni finalizzate a prevenire incidenti rilevanti connessi all’uso di determinate sostanze pericolose e a “limitare le conseguenze per l’uomo e per l’ambiente”.

Al riguardo, si può ritenere come la Corte Costituzionale, già prima della riforma del Titolo V abbia avuto consapevolezza della trasversalità della materia ambientale, intesa quest’ultima come una sorta di mosaico risultante da diverse tessere, quali l’assistenza sanitaria, la tutela del paesaggio (quali componenti fondamentali) e, altresì, l’urbanistica, l’agricoltura e le foreste, la protezione civile, la caccia e la pesca, ecc.<sup>11</sup>. Da questo punto di vista la riforma costituzionale del 2001, nell’attribuire la tutela ambientale e dell’ecosistema alla legislazione esclusiva dello Stato (mentre prima era sostanzialmente ripartita con le Regioni, ad esclusione della tutela del paesaggio) è stata ritenuta allora in controtendenza.

Tuttavia, si è trattato, per così dire, di una prima impressione giacché, come è stato osservato, la Corte Costituzionale “pur dopo l’entrata in vigore del nuovo art. 117, ha sostanzialmente continuato a riconoscere ai legislatori regionali la possibilità di occuparsi di ambiente...nel senso di ammettere che le Regioni, nell’occuparsi di volta in volta di tutela della salute, di governo del territorio, di caccia e pesca, di agricoltura, di foreste, etc., possano intercettare il valore trasversale *ambiente* e dunque, in tal caso, dettare legittimamente anche disposizioni di protezione ambientale; fermo restando, naturalmente, che queste disposizioni non possano essere in contrasto con quelle adottate dallo Stato in base all’art. 117 comma 2, lett. s) Cost.”<sup>12</sup>.

Ciò posto, la Corte Costituzionale, dopo l’entrata in vigore del Titolo V ha ritenuto ammissibile l’emanazione di norme regionali maggiormente protettive dell’ambiente<sup>13</sup>.

---

11 Cfr., in particolare, Corte Cost. 7 luglio 1998, n. 273; 9 febbraio 2000, n. 54; 13 novembre 2000, n. 507.

12 M. RENNA, *L’allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di) *Diritto dell’ambiente*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 149.

13 Cfr., in tal senso, Corte Cost. 10 luglio 2002, n. 407, la quale ritiene che l’intento del legislatore costituzionale (desunto anche dai lavori preparatori) “sia stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare standards di tutela, uniforme sull’intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali”, tale da legittimare, rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale, una disciplina normativa “diretta ad assicurare un più elevato livello di garanzie per la popolazione e il territorio interessati” (cons. in dir. §3.2 e §4); Corte Cost. 8 giugno 2005, n. 232, la quale, attesa la trasversalità della materia della tutela ambientale, non esclude la possibilità “che leggi regionali, emanate nell’esercizio della potestà concorrente di cui all’art. 117, terzo comma, della Costituzione e di



Con il passare del tempo però la Corte Costituzionale ha inteso l'affidamento della tutela ambientale e dell'ecosistema alla legislazione esclusiva dello Stato come un limite anche alla disciplina che le Regioni dettano in altre materie di loro competenza, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela più elevata nell'esercizio di competenze previste dalla Costituzione che vengano a contatto con quella dell'ambiente<sup>14</sup>.

In generale, per un certo periodo, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale le nozioni di tutela dell'ambiente e di tutela del paesaggio hanno finito per subire una tendenziale assimilazione se non di contenuti, senz'altro di tipo verbale, suscettibile di dare vita a un medesimo oggetto giuridico ancorché tutelato in maniera diversificata.

La Corte Costituzionale ha, inizialmente, inteso escludere che si potesse configurare in senso tecnico una materia qualificabile come "tutela dell'ambiente", ritenendo che essa non potesse essere intesa "come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze", sì da venirsi a configurare l'ambiente "come *valore* costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia *trasversale* in ordine alla quale si manifestano competenze diverse"<sup>15</sup>, ivi comprese materie quali la tutela della salute, il governo del territorio e la protezione civile, ecc. oggetto di legislazione concorrente.

La Corte Costituzionale ha poi valorizzato il riferimento all'ecosistema, affermando che l'ambiente "è un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti", concludendo che "oggetto di tutela, come si evince dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, è la biosfera, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni fra queste ultime, i loro equilibri, la loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via.

Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente *come sistema*, considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto. La potestà di disciplinare la tutela dell'ambiente nella sua interezza è stata affidata in via esclusiva allo

---

quella *residuale* di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere tra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale" (cons. in dir. §2); già prima, in tal senso, anche Corte Cost. 1 ottobre 2003, n. 307; 13 gennaio 2005, n. 62.

14 Cfr. in tal senso Corte Cost. 14 aprile 2008, n. 104 (cons. in dir. §5); Corte Cost. 15 luglio 2009, n. 235, secondo cui "lo Stato detta in materia di tutela dell'ambiente, una disciplina inderogabile *in pejus*, che si impone all'autonomia delle Regioni" ma non impedisce ad esse la facoltà "di adottare norme di tutela ambientale più elevate" (cons. in dir. §6); Corte Cost. 17 giugno 2013, n. 145, la quale ammette che la legislazione regionale possa "incrementare i livelli della tutela ambientale, allorquando essa costituisca esercizio di una competenza legislativa della Regione e non comprometta un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuate dalle norme dello Stato" (cons. in dir. §2.1.); in precedenza, altresì, Corte Cost. 19 marzo 2012, n. 66, con particolare riferimento alla tutela paesistica.

15 Corte Cost. 10 luglio 2002, n. 407 cons. in dir. § 3.2.



Stato dall'art. 117, comma secondo, lettera s) della Costituzione, il quale, come è noto, parla di *ambiente* in termini generali ed onnicomprensivi. E non è da trascurare che la norma costituzionale pone accanto alla parola *ambiente* la parola *ecosistema*". Da ciò, la Corte fa conseguire che "spetta allo Stato disciplinare l'ambiente come una entità organica, dettare cioè delle norme di tutela che hanno ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto"<sup>16</sup>.

In questo contesto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale la tutela dell'ambiente e la tutela del paesaggio e dei beni culturali hanno assunto una sostanziale assimilazione, mentre, sul piano normativo, i due ambiti tendevano a differenziarsi.

A riprova di ciò, sono, in primo luogo, l'adozione del codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, emanato in attuazione dell'art. 10, l. 6 luglio 2002, n. 137), ai sensi del quale sono definiti "beni paesaggistici gli immobili e le aree...costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio" (art. 2, co. 3) e viene affidata alle Regioni la pianificazione paesistica, al fine di assicurare che il paesaggio sia "adeguatamente tutelato e valorizzato" (art. 135, co. 1)<sup>17</sup>; in secondo luogo l'adozione del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in attuazione della l. 15 dicembre 2004, n. 308), che disciplina il sistema di prevenzione del rischio da danno ambientale all'insegna del principio di precauzione, stabilendo che le Regioni "possono adottare forme di tutela giuridica dell'ambiente più restrittive qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio" (art. 3-*quinqies*).

Un punto di convergenza è stato tuttavia trovato dalla giurisprudenza costituzionale nell'individuazione di un progressivo "processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda, all'interno della quale si è

---

16 Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378, cons. in dir. §4. In tal modo, secondo A. VUOLO, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2021, p.5, "la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, per la sua naturale forza espansiva, disegna dinamicamente, nel corso del tempo, i suoi confini: finisce così col plasmare anche gli ambiti degli altri settori materiali, a partire, ovviamente, da quello più affine, costituito dalla valorizzazione (peraltro, non dell'ambiente, ma *soltanto*) dei beni culturali".

17 Il codice dei beni culturali, sia pur in forma didascalica, ha chiarito la distinzione tra il concetto di tutela (affidata alla competenza esclusiva dello Stato) e quello di valorizzazione (rientrante nella competenza concorrente), stabilendo, all'art. 6, co. 1, che "la valorizzazione consiste 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, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. In riferimento al paesaggio, la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposte a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati". Il comma secondo del predetto articolo dispone che "la valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze".



accresciuta la consapevolezza del suolo quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale"<sup>18</sup>.

In questo quadro evolutivo un ruolo fondamentale è quello rivestito dallo Stato, quale regolatore dei delicati equilibri che rischiano di essere intaccati, specie nel contemperamento con altre tutele costituzionalmente rilevanti. Al riguardo, non si può fare a meno di citare la sentenza della Corte Costituzionale sul caso *ILVA* in cui viene espresso il principio che 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", altrimenti "si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"<sup>19</sup>.

In particolare, secondo la Corte, "la qualificazione come *primari* dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un

---

18 Corte Cost. 16 luglio 2019, n. 179, cons. in dir. §12.1.

19 Corte Cost. 9 aprile 2013, n. 85, cons in dir. §9. Nello specifico, la Corte era intervenuta sulla vicenda dello stabilimento siderurgico Ilva di Taranto in cui era venuto in evidenza, oltre alla tutela ambientale, il bilanciamento di diritti costituzionalmente garantiti quali la libertà di impresa, il diritto al lavoro e il diritto alla salute. La medesima impostazione dell'argomentazione si ritrova sviluppata nella successiva sentenza 7 febbraio 2018, n. 58 sempre riguardante l'ILVA di Taranto. In particolare, la Corte, nel richiamare la sentenza n. 85/2013, richiede che il bilanciamento, senza consentire "l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette", deve rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza proprio per evitare che possa verificarsi la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti o il sacrificio totale di uno di essi e sia quindi "sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati" (cons. in dir. § 3.1). In entrambe le pronunce il riferimento alla tutela dell'ambiente (segnatamente inteso quest'ultimo nella sua accezione di ambiente salubre) è diretto alla finalità di tutela rispetto alle emissioni nocive. Per quanto riguarda, invece, la tutela del paesaggio, il principio del contemperamento con altri dritti costituzionali era stato qualche anno prima affermato dalla Corte, determinando, sia pur indirettamente, la sua esposizione ad una sostanziale soccombenza. Si fa in particolare riferimento alla sentenza 28 giugno 2004, n. 196, con la quale è stato affermato che la tutela del paesaggio di cui all'art. 9 "non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali" (cons. in dir. §23). Nello specifico, la Corte si era pronunciata sul ricorso presentato da alcune Regioni contro il condono edilizio disposto dal d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326, eccependo che l'interesse paesistico – ambientale sarebbe stato definitivamente compromesso a vantaggio dell'interesse finanziario statale (derivante dalla corresponsione dei pagamenti effettuati dai proprietari, per ottenere il condono). La Corte, al riguardo, ha osservato come la tutela del paesaggio andasse contemperata con altri valori costituzionali quali il diritto all'abitazione e al lavoro.



ordine gerarchico assoluto”<sup>20</sup>.

Al di là del contemperamento con gli altri interessi generali costituzionalmente rilevanti, la cui competenza non può che spettare al legislatore statale, è indubbio che la legislazione statale, ispirandosi a quella eurounitaria e in attuazione dei principi affermati dagli artt. 9 e 117, co. 2, lett. s) Cost., abbia approntato una serie di strumenti che nell’esercizio delle funzioni amministrative hanno progressivamente consentito una sempre più adeguata (ancorché, a volte, farragginosa) tutela ambientale, disciplinando di volta in volta la pianificazione territoriale; potenziando le autorizzazioni a valenza ambientale e determinandone i relativi standard di riferimento; disponendo una serie di poteri di intervento anche di natura sanzionatoria.

In questo quadro normativo in continua evoluzione si possono individuare, sotto l’aspetto della tutela amministrativa, in funzione di *trait d’union* tra la salvaguardia paesaggistica e quella, di più ampie dimensioni, ambientale, i procedimenti specifici, quali la valutazione di impatto ambientale (VIA); la valutazione ambientale strategica (VAS); l’autorizzazione integrata ambientale (AIA); l’autorizzazione unica ambientale (AUA).

La trasversalità della tutela ambientale è stata affermata in diverse occasioni dalla Corte Costituzionale<sup>21</sup>, la quale comunque, come già chiarito, non ha escluso la possibilità che la Regione, senza derogare alla normativa legislativa statale, possa fissare parametri di tutela più stringenti o comunque migliorativi<sup>22</sup>.

Tale assetto, tuttavia, mano a mano è andato ad assumere profili di una certa problematicità, atteso il fatto che non sempre gli ulteriori parametri fissati normativamente dalle Regioni possono essere ritenuti indiscutibilmente “migliorativi” nei confronti della legislazione statale, soprattutto con riferimento alla direzione rispetto alla quale quest’ultima intende muoversi, in considerazione delle diverse finalità da perseguire.

Come è stato osservato in dottrina, si è assistito ad una evoluzione interpretativa della tutela, da paesaggistica (cioè, metodologica, visiva, culturale) ad una onnicomprensiva<sup>23</sup>.

20 Corte Cost., 85/2013, cons. in dir. §9.

21 Recentemente, Corte Cost. 23 marzo 2021, n. 86, ha ribadito che la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema è “materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali” (cons. in dir. §4; in precedenza, *ex multis*, v. Corte Cost. 30 ottobre 2020, n. 227; 23 dicembre 2019, n. 289; 26 novembre 2018, n. 215; 11 luglio 2018, n. 151; 9 marzo 2012, n. 54; 22 luglio 2004, n. 259).

22 In tal modo si può pervenire a un assetto di competenze che vada da un “minimo” della normativa statale a un “massimo” della normativa regionale (cfr., in tal senso, S. MANGIAMELI, *Sull’arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1/2003, p. 344; più recentemente, in senso analogo, A. VUOLO, *L’ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, cit., p. 9).

23 Cfr., in tal senso, R. CABAZZI, *Dalla “contrapposizione” alla “armonizzazione”? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7/2022, p. 37, ss. L’A. sottolinea come in questa evoluzione interpretativa della tutela, da paesaggistica ad ambientale, abbia inciso altresì la riforma del Titolo V della Costituzione.



Tuttavia, all'interno di tale configurazione unitaria è possibile delineare un profilo spiccatamente "qualitativo" incentrato sulla dimensione fisico-estetica e storico-culturale (la tutela del paesaggio) e un profilo definibile "quantitativo" caratterizzato dal riferimento all'ecologia, all'ecosistema e allo sviluppo sostenibile<sup>24</sup>.

In questo lento ma inesorabile processo evolutivo si è collocato a suo tempo il d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (legge delega 1 marzo 2002, n. 39) "Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità", che si può dire, abbia costituito il primo fondamentale passaggio normativo attraverso il quale il legislatore ha assunto l'impegno a ricercare soluzioni alternative alle fonti di energia fossile, fissando percentuali da raggiungere in tempi medio-lunghi.

L'emergenza energetica in atto, derivante soprattutto dalle conseguenze del conflitto russo-ucraino, sta inducendo il nostro Paese a privilegiare fonti di approvvigionamento che limitino in modo consistente la dipendenza da altri Stati.

In tale contesto un profilo centrale sta assumendo il ricorso (con relativi investimenti pubblici) alla c.d. energia da fonti rinnovabili, la quale già da tempo costituisce una concreta alternativa alle fonti fossili.

Un forte impulso al riguardo, è stato dato dall'inserimento nell'art. 9 della Costituzione, e quindi tra i principi fondamentali, della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (nonché della biodiversità che di quest'ultimo costituisce una specificazione), in una visione tendenzialmente volta a privilegiare un assetto degli interessi generali aventi rilevanza costituzionale, propedeutica all'affermazione di sistemi non impattanti sul clima e sull'ecosistema (l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1)<sup>25</sup>.

---

24 Cfr., in tal senso, G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, in *Federalismi.it*, 8/2019, p. 5, ss. Nell'analisi comparativa condotta, l'A. rileva come solo in pochi Stati europei la normativa nazionale contempra espressamente la tutela del paesaggio.

25 Per inciso, la nuova formulazione dell'art. 9 Cost., prevedendo altresì la competenza legislativa dello Stato in tema di disciplina dei "modi e le forme di tutela degli animali", che sembra così assurgere a materia trasversale, pone seri problemi di raccordo con le disposizioni contenute nell'art. 117 Cost., soprattutto nelle materie di competenza legislativa esclusiva regionale, ad es. in materia di caccia e pesca (per un esame critico si rinvia a M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2022, p. 9, il quale definisce "incongruo" quanto disposto in ordine alla tutela degli animali, essendo stata introdotta una riserva di legge statale "che non sembra rispondere in alcun modo e sotto alcun profilo alla funzione di garanzia tipica delle riserve di legge contenute [...] nella prima parte della Costituzione"; P. VIPIANA, *La protezione degli animali nel nuovo art. 9 Cost.*, in *DPCE online*, n. 2/2022, p. 1111, ss., spec. 1121, la quale, pur considerando che l'attribuzione della materia *de qua* alla competenza legislativa statale avrebbe dovuto trovare collocazione nell'art. 117, co. 2, Cost., rileva che avere correlato la tutela degli animali a quella dell'ambiente, assume un particolare significato, perché inserita in una visione non più "antropocentrica", ma "olistica" dell'ambiente).



Tale assetto, o meglio, al momento, la proiezione verso tale assetto, appare destinato a ridimensionare ulteriormente la tutela del paesaggio, accentuando una tendenza che sta caratterizzando da qualche tempo le relazioni Stato-Regioni ed Autonomie locali. Infatti fino a qualche anno fa era lo Stato, attraverso il richiamo alla tutela del paesaggio di cui all'art. 9 Cost. (nella formulazione antecedente a quella introdotta da l. cost. 3/2001) e mediante l'esercizio delle competenze legislative indicate dall'art. 117 co. 2, lett. s (in cui il riferimento all'ambiente era intrinsecamente correlato alla tutela del paesaggio), a garantire un indirizzo per la salvaguardia dei territori rispetto alle potenziali aggressioni di diversificati interessi locali.

Progressivamente si sono rivelate le Regioni e le Autonomie locali ad avere a cuore una più appropriata tutela dei rispettivi territori rispetto a scelte strategiche di politica energetica, che, attraverso soprattutto l'installazione di impianti eolici e fotovoltaici, sono destinate a deturpare il territorio, a fronte della soddisfazione di interessi economici dei consumatori e dei ceti produttivi. Ciò è comprovato dall'elevato contenzioso tra Stato e Regioni che si è sviluppato nel tempo e che non tende a ridursi, in relazione al progressivo diffondersi di impianti di energia rinnovabile (quali, pale eoliche e impianti fotovoltaici, particolarmente impattanti sul territorio).

Inoltre, a causa della situazione di progressivo deterioramento del contesto ambientale globale, si sta evidenziando la prevalenza della tutela ambientale, ove per ambiente è da intendersi, in una ulteriore specificazione che si è fatta strada negli ultimi anni, *l'habitat* all'interno del quale individuare le migliori condizioni per il benessere della vita umana, rispetto a quella del paesaggio, nella sua dimensione, per così dire, estetica<sup>26</sup>.

Si sta assistendo, in forme pressoché analoghe, alla vicenda che, durante la pandemia da Covid-19, ha fatto registrare una prevalenza della tutela della salute rispetto ad altre garanzie costituzionali fondamentali sia individuali che collettive (in particolare, le libertà di locomozione, la libertà di riunione, ma anche il diritto all'istruzione, il diritto al lavoro, ecc.), con la differenza che il diritto alla salute è dichiarato espressamente dall'art. 32 Cost. come "fondamentale" e, quindi, potenzialmente con una forza attrattiva su di sé che, come si è visto, sia pur per un periodo di tempo limitato, ha inciso profondamente sulle libertà costituzionali, mentre nel caso della tutela ambientale la strisciante priorità rivestita da logiche strategiche strettamente pervase da interessi economici, pur richiamandosi all'esigenza di prevenire eventi catastrofici, quali, in primo luogo, il cambiamento climatico, rischia di scantonare in un disallineamento duraturo rispetto alla logica del contemperamento degli interessi generali che permea di sé il nostro ordinamento costituzionale.

---

<sup>26</sup> In aggiunta al caso delle fonti di energia rinnovabili possono essere individuati altri ambiti in cui la normativa statale, oltre che trasversale, tende ad essere prevalente, ad es. in materia di inquinamento elettromagnetico, elettrosmog, transito di materiale radioattivo.



Da ciò, la tendenza ad una progressiva inderogabilità della normativa statale, anche quando quella regionale possa essere considerata migliorativa. D'altra parte, come ha precisato la Consulta, "la valutazione intorno alla previsione di standard ambientali più elevati non può essere realizzata nei termini di un mero automatismo o di una semplice sommatoria [...] ma deve essere valutata alla luce della *ratio* sottesa all'intervento normativo e dell'assetto di interessi che lo Stato ha ritenuto di delineare nell'esercizio della sua competenza esclusiva"<sup>27</sup>.

#### **4. Gli specifici limiti dell'autonomia differenziata in tema di tutela ambientale derivanti dalla trasversalità della materia e dalla particolare incidenza che rivestiranno i Livelli Essenziali delle Prestazioni concernenti la Tutela Ambientale (LEPTA) sulla normativa regionale.**

Sulla base delle considerazioni svolte in precedenza, la trasversalità della materia ambientale appare suscettibile di limitare ulteriormente i margini della potestà normativa delle Regioni, anche se non può non rimanere fermo il principio costantemente enunciato dal Giudice delle leggi, che la trasversalità in argomento implica "l'esistenza di competenze diverse che ben possono essere regionali, con la conseguenza che, in relazione a queste, allo Stato sarebbe riservato il potere di fissare *standard* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali"<sup>28</sup>.

Sotto questo profilo, come sottolineato in dottrina, "una maggiore, seppur cauta, attenzione della Corte Costituzionale nei confronti delle politiche ambientali perseguite dalle Regioni risulta abbastanza evidente anche in tema di localizzazione di impianti per la produzione di energia"<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Corte Cost. 17 febbraio 2021, n. 21, cons. in dir. §4.1 (in precedenza, Corte Cost. 19 giugno 2019, n. 147).

<sup>28</sup> Corte Cost. 12 aprile 2017, n. 77, cons. in dir. §3, su cui v. F. SCALIA, *Il carattere di "materia trasversale" della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale (osservazioni a margine della sentenza Corte Cost. 12 aprile 2017, n. 77)*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, n. 3/2017, p. 5 ss.

<sup>29</sup> M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive delle materie trasversali, tra tentativi di stabilizzazione e prospettive di involuzione*, in *Federalismi.it*, 01/08/2022, n. 20/2022, p. 35. In particolare, può essere fatto riferimento, da ultimo, a Corte Cost. 26 gennaio 2022, n. 11, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale che era stata sollevata dal Governo in riferimento anche all'art. 117, co. 2, lett. s), ritenendo che l'impugnato provvedimento normativo regionale potesse individuare le aree non idonee per l'installazione di impianti di produzione di energia geotermica in Toscana, anticipando gli effetti della modifica del Piano ambientale ed energetico regionale. In tal modo la Corte ha definito la disposizione impugnata "una norma di salvaguardia ambientale [...] transitoria con finalità cautelare" (cons. in dir. §4.2).



In tale contesto un ruolo particolarmente incisivo andranno a svolgere i livelli essenziali delle prestazioni concernenti la tutela ambientale, quando essi saranno determinati.

A livello generale il disegno di legge quadro attuativo dell'art. 116, co. 3, Cost., afferma il principio della pregiudizialità della determinazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni concernenti i diritti civili e sociali rispetto all'attribuzione alle Regioni di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. In proposito, l'art. 3, co. 1, del ddl dispone che i LEP "devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale...e i relativi costi e fabbisogni standard sono determinati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri", tramite i quali si provvede, "dopo l'acquisizione dell'Intesa della Conferenza Unificata" con la conseguente trasmissione dei relativi schemi di d.p.c.m. alle Camere per l'espressione del relativo parere. Nel dettaglio, è previsto che ciascuno schema di d.p.c.m. (redatto sulla base delle disposizioni di cui all'art. 1, co. da 791 a 801, l. 197/2022), dopo l'acquisizione dell'Intesa sancita in Conferenza Unificata "e comunque decorso il relativo termine di trenta giorni" (e quindi questa Intesa non è da ritenere annoverabile tra quelle definite "forti", il cui mancato intervento non consente la prosecuzione dell'*iter*), viene trasmesso alle Camere, le quali rendono il proprio parere entro 45 giorni (trascorsi i quali inutilmente, l'*iter* prosegue). Il Presidente del Consiglio, acquisiti l'Intesa e i pareri (o, eventualmente trascorsi i relativi termini), sulla base del loro contenuto e previa deliberazione del Consiglio dei ministri, adotta ciascun d.p.c.m.

Orbene, per quanto riguarda la tutela ambientale, sul piano normativo, l'individuazione, quantomeno a livello concettuale, di ciò che dovrebbero essere i Livelli Essenziali delle Prestazioni in materia ambientale la si può trarre dalla l. 28 giugno 2016, n. 132. Tale legge ha delineato, al fine di assicurare l'omogeneità e l'efficacia "dell'azione conoscitiva e di controllo pubblico della qualità dell'ambiente a supporto delle politiche di sostenibilità ambientale e di prevenzione sanitaria a tutela della salute pubblica" (art. 1, co. 1), il "Sistema Nazionale a rete per la Protezione dell'Ambiente" (SNPA), del quale fanno parte l'Istituto Superiore per la Protezione Ambientale (ISPRA)<sup>30</sup> e le Agenzie Regionali per la Protezione dell'Ambiente (ARPA)<sup>31</sup>.

---

30 L'ISPRA, istituito dall'art. 28 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modif. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, opera, sotto la vigilanza del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, accorpando le funzioni in precedenza svolte dall'Agenzia per la Protezione dell'Ambiente e per i servizi tecnici (APAT), dall'Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica (INFS), dall'Istituto Centrale per la Ricerca Scientifica e Tecnologica Applicata al Mare (ICRAM).

31 Ai sensi dell'art. 7, co. 3, l. 12/2016, le Agenzie Regionali "svolgono le attività istituzionali tecniche e di controllo obbligatorie necessarie a garantire il raggiungimento dei LEPTA nei territori di rispettiva competenza" e possono svolgere ulteriori funzioni "a condizione che non interferiscano con il pieno raggiungimento dei LEPTA".



Finalità precipua del Sistema Nazionale a rete per la Protezione Ambientale è quella del “perseguimento degli obiettivi dello sviluppo sostenibile, della riduzione del consumo di suolo, della salvaguardia e della promozione della qualità dell’ambiente e della tutela delle risorse naturali e della piena realizzazione del principio *chi inquina paga*, anche in relazione agli obiettivi nazionali e regionali di promozione della salute umana, mediante lo svolgimento delle attività tecnico-scientifiche” (art. 1, co. 2, l. 132/2016)<sup>32</sup>.

Nel contesto degli obiettivi da conseguire, strettamente collegati alla tutela e promozione della salute delle persone, si colloca la definizione di livello essenziale di prestazione, individuato quale “livello qualitativo e quantitativo che deve essere garantito in modo omogeneo sul piano nazionale, ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, di cui i LEPTA costituiscono l’applicazione in materia ambientale” (art. 2, co. 1, lett e, l. 132/2016).

Nelle loro specificazioni di ordine funzionale i LEPTA “costituiscono il livello minimo omogeneo in tutto il territorio nazionale” per le attività che il sistema nazionale è tenuto a garantire (art. 9, co. 1, l. 132/2016).

La concezione di base che sta dietro alla configurazione dei LEPTA sembrerebbe privilegiare un’impostazione minimalista dell’essenzialità, che, invece, è stata superata a proposito dei Livelli Essenziali di Assistenza sanitaria (LEA) improntata al criterio dell’adeguatezza<sup>33</sup>. Ciò però appare in netto contrasto con quanto prevede il comma successivo di detto articolo, allorquando si fa riferimento all’ “intento di raggiungere alti livelli di efficienza e di avanguardia a livello nazionale” proprio attraverso i LEPTA, tanto da attribuire ad essi la funzione di “parametri funzionali, operativi, programmatici, strutturali, quantitativi e qualitativi delle prestazioni delle agenzie”.

Infine, il comma 3 stabilisce che “i LEPTA e i criteri di finanziamento per il raggiungimento dei medesimi nonché il Catalogo nazionale dei servizi sono stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri”.

---

32 In relazione al perseguimento di tali obiettivi, al sistema nazionale sono attribuite dall’art. 3, l. 132/2016, numerose funzioni, tra le quali rilevano in particolare quelle relative al: monitoraggio dello stato dell’ambiente, del consumo del suolo, delle risorse ambientali e della loro evoluzione; controllo delle fonti e dei fattori di inquinamento e dei relativi impatti; svolgimento di attività di ricerca per il supporto tecnico-scientifico alle amministrazioni competenti; espletamento di attività istruttorie per il rilascio di autorizzazioni o l’irrogazione di sanzioni; monitoraggio degli impatti derivanti da opere infrastrutturali di rilevanza nazionale e locale.

33 in tal senso si rinvia a F.G. CUTTAIA, *Il recupero della centralità del diritto alla salute. Prospettive di riforma del Servizio Sanitario Nazionale*, Giappichelli, Torino, p. 7, ss. Va inoltre rammentato che con il d.m. 30 aprile 2022, n. 36, conv. con modif. dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, è stato istituito il Sistema Nazionale di Prevenzione della Salute dai rischi ambientali e climatici (SNPS), al quale il Ministro della Salute con il decreto 9 giugno 2022 ha dato attuazione definendo i compiti e la composizione del SNPS.



Coerente con tale enunciato (peraltro corrispondente a quanto avvenuto con i LEA, determinati con il d.p.c.m. 29 novembre 2001 e aggiornati con il d.p.c.m. 12 gennaio 2017) è la disposizione contenuta nell'art. 3 del ddl Calderoli, valevole per tutti i LEP, in base alla quale essi sono determinati con d.p.c.m. (disposizione, questa, che a sua volta si collega alla norma contenuta nell'art. 1, commi da 791 e 801, l. 29 dicembre 2022, n. 197).

In considerazione degli sviluppi normativi che ha avuto la materia della tutela ambientale, anche a livello di integrazioni apportate alla Carta costituzionale, e attese le linee già tracciate dalle leggi di statali di indirizzo, le quali, nell'accogliere gli orientamenti provenienti dalle diverse componenti istituzionali e sociali del Paese, hanno inteso definire un ambito nel quale la caratterizzazione unitaria della materia appare prevalente rispetto ad altre esigenze, è da ritenere che l'enunciato contenuto nell'art. 116, co. 3, Cost. relativo alla possibilità di attribuire ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni ordinarie anche nella materia di competenza esclusiva dello Stato di cui alla lettera s) del comma 2 dell'art. 117 Cost., non possa dare luogo ad una sorta di declassificazione di tale competenza al rango di competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni.

Le esigenze di unità di indirizzo della legislazione statale concernente la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e del paesaggio, quale espressione di scelte politiche fondamentali che non possono essere disattese a livello territoriale, finiscono per limitare gli ambiti dell'autonomia differenziata in tali campi alla sola previsione del conferimento di funzioni amministrative il cui esercizio possa agevolare (e solo a questa condizione, da verificare costantemente) il perseguimento degli obiettivi di carattere generale posti dalla legislazione statale, sia pur in un'ottica di cooperazione istituzionale tra i diversi livelli di governo.

D'altra parte, l'implementazione degli ambiti di autonomia amministrativa delle Regioni potrà consentire di estendere le competenze in materia anche agli enti territoriali locali, in coerenza con quanto disposto in via generale dall'art. 118 Cost. in tema di esercizio delle funzioni amministrative<sup>34</sup>.

---

34 È da ritenere, infatti, che l'attribuzione di ulteriori ambiti di autonomia alle Regioni, pur rimanendo la materia della tutela ambientale affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, potrà consentire alle Regioni medesime di attribuire funzioni amministrative agli enti locali territoriali, mentre ciò al momento non risulta possibile in quanto le funzioni amministrative di volta in volta delegate dallo Stato alle Regioni non possono essere ulteriormente delegate da queste ultime a Comuni e Province. In tal senso si è più volte espressa la giurisprudenza costituzionale (tra le più recenti pronunce, si richiamano Corte Cost. 7 ottobre 2021, n. 189 e Corte Cost. 24 luglio 2023, n. 160), con la quale ultima la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 l.r. Lombardia 27/12/2006, n. 30, nella parte in cui attribuisce alle amministrazioni comunali le funzioni amministrative in materia di bonifica dei siti inquinati, che il legislatore statale, con l'art. 242 d.lgs. 152/2006, ha attribuito alle Regioni).



Con riferimento ai LEPTA, i relativi aspetti organizzativi, gestionali e finanziari, connessi a costi standard per tipologie di prestazione, ai sensi dell'art. 9, co. 2, l. 132/2016, dovranno essere definiti "tramite l'adozione del Catalogo nazionale dei servizi". Tale impostazione, frutto di una elaborazione condotta tenendo presente il percorso che ha portato alla determinazione dei Livelli Essenziali di Assistenza sanitaria (LEA), potrebbe costituire una valida indicazione per l'approntamento dei futuri LEPTA. Al riguardo, si rivelerebbe senz'altro utile il riferimento al "Documento istruttorio ai fini della determinazione dei LEPTA", predisposto, nel dicembre 2017, da un gruppo di studio istituito dal SNPA. Tale documento è articolato sulla elaborazione del "Catalogo dei servizi SNPA", del "Repertorio delle prestazioni erogate dalle componenti del SNPA", della "Nota metodologica per la determinazione dei costi standard del SNPA", ed è corredata da un serie di allegati in cui è codificata l'attività di monitoraggio da compiere.

Il documento istruttorio è risultato, in tempi recenti, come si legge in un documento ufficiale, "propedeutico ai fini della predisposizione dello schema di DPCM, ai sensi dell'art. 9, comma 3, L. n. 132/2016, finalizzato a disciplinare sia i LEPTA che i criteri di finanziamento per il raggiungimento dei medesimi nonché il catalogo nazionale dei servizi"<sup>35</sup>. Il documento istruttorio di cui trattasi è stato successivamente riformulato anche al fine di renderlo coerente con alcune pronunce del Consiglio di Stato successivamente intervenute<sup>36</sup>. Il riferimento a tale attività istruttoria dà la misura di come in tema di determinazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni concernenti la Tutela Ambientale non si parta da zero e, anzi, alla luce dei drammatici avvenimenti che in relazione alla salvaguardia dell'ambiente si ripetono con eccessiva frequenza, forse sarebbe il caso di accelerare la procedura di approvazione dei

---

Nelle diverse circostanze la Corte Costituzionale ha rilevato l'illegittimità della facoltà di rimettere, da parte della Regione, la cura del bene *ambiente* "a un ente territoriale di dimensioni minori, in deroga alla valutazione di adeguatezza compiuta dal legislatore statale con l'individuazione del livello regionale" (Corte Cost. n. 189/2021, cons. in dir. § 5.2, la quale ha ripreso analoghe valutazioni svolte in precedenza da Corte Cost. 15 giugno 2011, n. 187).

Appare evidente che l'attribuzione di funzioni amministrative in materia ambientale alle Regioni, non più di volta in volta attraverso singole leggi statali, ma in virtù del procedimento legislativo di attuazione dell'art. 116, co. 3 Cost., muterebbe completamente la prospettiva, consentendo alla Regione di disciplinare i relativi profili organizzativi operando la distribuzione delle connesse funzioni amministrative tra i vari livelli territoriali.

<sup>35</sup> Senato della Repubblica CCXXXVII, n. 2, Rapporto sull'attività svolta dal sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente, presentato dal Presidente dell'ISPRA (anno 2018) il 2 luglio 2019, p. 4.

<sup>36</sup> "A tale lavoro è seguita la predisposizione di una proposta di DPCM trasmessa alla fine del 2020 al Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare" (Relazione di fine mandato del Presidente dell'Istituto per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) e del Consiglio del Sistema Nazionale a Rete per la Protezione dell'Ambiente (SNPA), 2017-2021, del 27 luglio 2021, p. 17).



LEPTA, indipendentemente dai tempi che occorreranno per la emanazione della legge quadro sull'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost<sup>37</sup>.

Sotto tale profilo, un segnale positivo può trarsi dall'emanazione del d.p.c.m. 29 marzo 2023 "Definizione delle modalità di integrazione del Sistema nazionale prevenzione salute dai rischi ambientali e climatici (SNPS) con il Sistema nazionale di protezione ambientale (SNPA) e istituzione della cabina di regia"<sup>38</sup>, il quale sembra porre le opportune premesse per una definizione dei LEPTA, nei loro profili correlati ai LEA, che eviti sovrapposizioni e sia ispirata al perseguimento di una linea di azione coerente.

In tale quadro, la determinazione dei LEPTA non potrà che prevedere, oltre alle prescrizioni cui tutti i soggetti istituzionali dovranno dare ottemperanza, anche l'indicazione degli strumenti operativi per consentire allo Stato il compiuto esercizio del potere sostitutivo contemplato dall'art. 120, co. 2, Cost.

## 5. Conclusioni.

In una materia come la tutela ambientale e dell'ecosistema elevata al rango di principio fondamentale da osservare anche nell'interesse delle future generazioni, non possono sussistere o essere creati margini di differenziazione, suscettibili di derogare alle scelte del Parlamento nazionale. L'eventuale attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni non potrà prescindere inoltre da una puntuale verifica dell'uso che di tale "ulteriore" autonomia potrà essere fatto, ad esempio, nella scelta di realizzare sul territorio determinati impianti infrastrutturali e nella gestione (o, peggio ancora, nel consumo) del suolo, in maniera che essa si mantenga su un piano di compatibilità con i parametri qualitativi e quantitativi relativi alla erogazione dei LEPTA che si andranno a definire con i d.p.c.m. che saranno predisposti, da un lato, sulla base degli indirizzi espressi dal Parlamento e, dall'altro, attraverso il collaudato sistema di collaborazione istituzionale, tra cui, in primo luogo, il ricorso alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e alla Conferenza Unificata.

---

37 Una sollecitazione in tal senso era stata rivolta al Parlamento e al Governo dal Presidente dell'ISPRA e del Consiglio NSPA con la nota, sottoscritta altresì da tutti i direttori delle ARPA, indirizzata, il 4 giugno 2021, ai Presidenti della commissione Territorio, ambiente, beni ambientali del Senato e della commissione Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera; ai Ministri della Transizione Ecologica e della Salute; al Presidente della Conferenza delle Regioni.

38 La Cabina di regia è composta da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei ministri, che la presiede; due rappresentanti del SNPS, designati dal Ministro della Salute tra i dirigenti del medesimo Ministero e dell'Istituto Superiore di Sanità, con comprovate competenze nel settore della prevenzione sanitaria; due rappresentanti designati dal Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, tra i dirigenti del medesimo Ministero e del SNPA con comprovate competenze nel settore; un rappresentante delle Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano, designato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome.



# I POTERI AMMINISTRATIVI IMPLICITI: UN TEMA ALLA RICERCA DI SOLUZIONI

*(Commento alla sentenza del TAR Lazio n. 17550/2022)*

**Federico Francesco Guzzi\***

**Abstract:** *l'analisi, traendo spunto da una sentenza del TAR Lazio relativa all'impugnazione di una delibera AGCom (la n. 390/21/CONS) concernente la risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, focalizza l'attenzione sul tema dei cd poteri impliciti. Premessi brevi cenni sulle questioni teorico-ricostruttive dell'istituto, vengono messe in evidenza talune criticità delle decisioni del giudice amministrativo tese a legittimare l'esercizio di poteri delle Authorities che non trovano espresso fondamento legislativo; la legittimazione dei poteri impliciti - secondo la prospettiva dello scritto - è agganciata ad una interpretazione rigorosa del principio di legalità e ad un'ottica ermeneutica che soddisfi i criteri della strumentalità e necessità (quest'ultima intesa come assenza di alternative).*

*English: This article - inspired by a sentence of the Lazio TAR relating to the appeal an AGCom resolution (no. 390/21/CONS) concerning the resolution of disputes between users and operators of electronic communications - focuses on the implied powers. After the analysis to the theoretical-reconstructive issues of the institute, the article highlights some critical aspect of administrative judge decisions on exercise of the Authorities power. Legitimacy of implied powers - according to the perspective of the article - is connected to a strong interpretative of the legality principle and is connected to interpretative criterion of the instrumentality and the necessity (like absence of alternatives).*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione 2. La nozione di potere implicito (matrice storica) 3. La vicenda che ha dato luogo al contenzioso 4. Il principio di legalità connesso ai criteri di strumentalità e necessità come chiavi interpretative 5. Rilievi critici in ordine alla decisione del giudice amministrativo.

## **Introduzione.**

Il tema dei poteri impliciti ha natura ampia, posto che impatta in numerose questioni; solo per citarne alcune: il principio di legalità (formale e sostanziale) ed il suo processo di



frammentazione, “trasformazione” (e “crisi”<sup>1</sup>), il rapporto tra legalità e legittimità, il tema della competenza legislativa e amministrativa, i poteri normativo/regolamentari contrapposti a quelli provvedimentali delle *Authorities*.

Oggetto di queste riflessioni è un recente arresto del giudice amministrativo (nella fattispecie: la sentenza del TAR Lazio n. 17550/2022<sup>2</sup>) il quale può essere un valido e utile spunto - sebbene all’interno del perimetro prescelto - per indagare il tema, al fine soprattutto di comprendere e mettere in evidenza le molte criticità che sollevano le decisioni del giudice amministrativo in ordine all’esercizio di poteri (impliciti) delle *Authorities*.

Campo elettivo di analisi dei poteri impliciti è infatti quello concernente l’esercizio delle funzioni poste in essere dalle stesse; questo in ragione della eterogeneità delle funzioni e dei compiti ad esse assegnate, di taglio per così dire trasversale<sup>3</sup>; il che ha generato non poche difficoltà negli studiosi nel tracciarne tipologie e contenuti; difficoltà legate, più a monte, alle disquisizioni sulla natura giuridica delle stesse Autorità<sup>4</sup> oltre che in merito alla loro legittimazione costituzionale<sup>5</sup>.

---

1\*Rtd B di Diritto amministrativo, Università della Calabria. Abilitato alla funzione di professore di II fascia.

“La detta crisi è ormai il punto di partenza obbligato di ogni ricerca nel diritto amministrativo. Il principio di legalità classico si adattava ad una amministrazione che potesse operare secondo il modello weberiano della razionalità legale. Il pluralismo ha posto l’azione amministrativa davanti ad una serie sterminata di interessi, i quali devono essere ponderati e temperati con meccanismi decisionali che hanno una complessità ben maggiore rispetto al passato”. Cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, pp. 21-22. In merito si veda, di recente, S. TOSCHEI – A. PUZZANGHERA, *La crisi del principio di legalità amministrativa*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 4/2022, p. 899: “superato il tempo in cui la discussione era incentrata in modo preponderante sull’endiadi legalità “formale” e “sostanziale”, anche in ragione della crisi delle religioni occidentali, si assiste a una contestuale frammentazione tanto della legalità quanto della certezza del diritto, in un quadro dominato invece dall’incertezza delle regole, che ineluttabilmente si ripercuote sul diritto amministrativo”.

2 In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

3 “L’ulteriore incremento di funzioni attribuite a tali soggetti, in un sistema peraltro non ancora definitivamente consolidato, ha accelerato, a parere dello scrivente, lo stato di “confusione” che regna nella disciplina delle autorità indipendenti; in effetti, la tradizionale distinzione tra autorità di garanzia e autorità di regolazione, accettata dalla prevalente dottrina, appare sempre più difficile che tracciare con nettezza nella pratica, alla luce soprattutto del fatto che esse ormai assommano l’esercizio dei tre poteri, normativo, amministrativo, giustiziale” Cfr. Cfr. F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 957

4 Con riferimento all’AGCM, si veda ad esempio, F MANGANARO, *La giustizia innanzi all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, Relazione all’incontro La tutela non giurisdizionale delle situazioni soggettive deboli. I poteri giustiziali delle amministrazioni indipendenti*, Napoli, 2 ottobre 2009.

5 Alle autorità di governo (alla “politica”) non spetta nei confronti di codeste Autorità e delle funzioni da esse esercitate, alcun potere di indirizzo né alcun potere di controllo. Si può affermare che esse sono soggette solo alla legge, al quale ovviamente può istituirle, sopprimerle, modificarne le attribuzioni, stabilirne i budget, etc. (ciò ovviamente non è poco); ma resta fermo il dato che esse sfuggono al circuito della responsabilità di Governo (nei confronti del Parlamento e verso la collettività) che può soltanto proporre al Parlamento modifiche legislative in proposito. Questo modello di amministrazione non è



Il problema trova la sua fonte nell'attribuzione operata per mezzo di norme di carattere generale formulate "per obiettivi" sia in ragione della eterogeneità degli interessi da tutelare sia per l'elevato tecnicismo della materia<sup>6</sup>. Di conseguenza, è stato messo in evidenza in dottrina che: "i poteri conferiti all'Autorità vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge, in quanto quest'ultime lasciano alle Autorità margini di discrezionalità così ampi "da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco", tanto che si è parlato di regolamenti "per obiettivi" o quasi "indipendenti". Si è di conseguenza più volte discettato per individuare il punto oltre il quale il principio di legalità, anche nella sua portata meramente formale, possa ritenersi non più rispettato, e di converso fino a che punto possa arrivare il criterio della strumentalità o dell'implicito"<sup>7</sup>.

---

contemplato nel testo costituzionale. Ed è da ritenere non del tutto compatibile con l'assetto dell'amministrazione in esso configurato (pur nella diversa impostazione rispettivamente dell'art. 95 e dell'art. 97); essendo la posizione di indipendenza (dal potere politico, dalle autorità di governo), e la soggezione alla (sola) legge, riservata alla funzione giurisdizionale e alla "magistratura" che la esercita, e in misura più attenuata, al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, organi a cui tuttavia compete (anche) l'esercizio della giurisdizione. Si pone perciò il problema della compatibilità costituzionale dell'assetto di questo settore di amministrazione (che diviene via via più importante nella nostra esperienza), non solo da noi invero. A mio giudizio, per quanto si possa dilatare l'esigenza di imparzialità dell'amministrazione, fissata dall'articolo 97, con riferimento a settori particolarmente sensibili dell'intervento pubblico e nonché a settori nei quali l'azione di governo è intesa ad assicurare la leale concorrenza tra competitori sul mercato, il sistema costituzionale non consente di attribuire indipendenza (dal potere politico, dal Governo) ad organizzazioni amministrative, essendo questa caratteristica espressamente attribuita ad altre organizzazioni e ad altre funzioni di governo. Questo modello di amministrazione di settore trova il suo fondamento e la sua legittimità costituzionale nel diritto europeo; a mio giudizio, esclusivamente nel diritto europeo". Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Costituzione Politica Amministrazione*, Napoli, 2018, pp. 43-44

6 "La legge si limita spesso ad attribuire alle Autorità e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura. Ciò accade per varie ragioni, soprattutto rappresentate dal carattere indeterminato dei valori da tutelare (pluralismo, completezza di informazione, efficienza nel settore dei servizi, di pubblica utilità, risparmio, stabilità delle banche e delle compagnie di assicurazione etc.), e con riguardo specifico alle competenze di regolamentazione di settori tecnici, dal fatto che sono necessari interventi connotati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica" Cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, p. 8

7 Cfr. G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici", Giuffrè ed., Milano, 2012)*, in *www.ppneurope.org*. In merito si veda altresì F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, cit., p. 977: "solo talvolta la legge stabilisce con precisione le modalità, i criteri e gli oggetti della regolamentazione; altre volte il Legislatore interviene con successive norme limitative dei poteri normativi delle Autorità. La maggior parte delle volte, però, le previsioni del Legislatore ordinario sono generiche, per cui, ad esempio, l'Agcom ha il compito di garantire mediante regolamenti «l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alla infrastrutture di comunicazione»; mentre, nell'ambito dei mercati finanziari, la Consob e la Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza regolamentare, sono tenute all'osservanza di alcuni generali principi stabiliti dalla legge circa la proporzionalità, l'agevolazione dell'innovazione e della concorrenza. In questi casi, la legge attribuisce espressamente potestà regolamentare con rilevanza esterna alle Autorità. Mentre in altri casi,



In definitiva, il carattere ‘valoriale’ dei compiti ad esse attribuiti oltre all’elevato tecnicismo delle decisioni, implicherebbe un ampio margine di discrezionalità in capo alle Autorità al fine di ottemperare agli scopi prefissati dalla legge<sup>8</sup>.

La pronuncia oggetto di analisi – che ha legittimato il potere dell’AGCOM di stabilire, oltre agli avvocati, anche ulteriori figure accreditate ad intervenire nelle procedure extra-giudiziali di mediazione – si innesta all’interno del quadro descritto.

### **La nozione di potere implicito (matrice storica).**

Prima di analizzare nel dettaglio i profili che hanno dato luogo al contenzioso oggetto di queste brevi riflessioni, bisogna chiarire innanzitutto che cosa si intenda per potere implicito: un potere non espressamente previsto dalla norma ma che si ritiene rientri nella ‘logica attributiva’ della stessa, in quanto sarebbe ‘connaturato’ al suo ambito applicativo. Vi sarebbe una sorta di rapporto di presupposizione e strumentalità tra potere esercitato e norma.

Sebbene in termini sintetici, è opportuno mettere in evidenza - sotto il profilo storico-ricostruttivo - che il tema si è posto non come estensione del potere amministrativo attribuito dalla legge, bensì in termini di (confitto) di competenze legislative, di conseguenza come “implicito legislativo”<sup>9</sup>.

---

i poteri normativi si desumono da generiche attribuzioni di compiti, con l’indicazione degli scopi e dell’interesse pubblico da perseguire e tutelare nel settore. Insomma, le norme che attribuiscono alle Autorità amministrative indipendenti i poteri a contenuto normativo in pochi casi dettano prescrizioni specifiche cui le stesse debbono attenersi nell’adozione dei relativi atti, mentre ci si trova più spesso di fronte a mere attribuzioni di potere”.

<sup>8</sup> In merito si veda N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; nonché F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 71, secondo cui: “il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni ad un’autorità regolatrice: il precetto che attiene alla funzione (la realizzazione dei presupposti di un mercato concorrenziale e della *par condicio* concorrenziale) è infatti già desumibile dalla Costituzione (diritto di libertà combinato con il principio di uguaglianza) come integrata dalla normativa comunitaria. Il che non coincide con la teoria dei poteri regolamentari impliciti dell’esecutivo. Qui, se il potere è attribuito dalla legge ad una autorità indipendente, l’oggetto del potere - il mercato concorrenziale - è sempre e comunque predeterminato dall’ordinamento. Le autorità indipendenti non esercitano una «frazione» della sovranità come l’esecutivo tradizionale, svolgono funzioni di supplenza nei confronti della libertà economica”. Si veda altresì E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, p. 132, secondo cui la lettura rigorosa del principio di legalità andrebbe a contrastare con la *ratio* sottesa all’istituzione delle Autorità le quali pongono in essere un’attività dinamica e flessibile. Si veda altresì V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007*, in *Dir. Econ.*, n. 3/2007; G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004.

<sup>9</sup> I due aspetti, seppure distinti, trovano comunque elementi di intersezione e sovrapposizione: “fra la questione delle competenze implicite e quella invece dei poteri impliciti non vi è quella frattura così netta che a prima vista era stato dato scorgere”. Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi*



Più nel dettaglio, al livello storico, la questione nasce relativamente alle normative (implicite) introdotte dal Congresso americano. L'articolo 1 - sezione ottava, ultimo comma - della Costituzione degli Stati Uniti d'America, infatti, dopo avere elencato le singole competenze del Congresso ("prendere danaro in prestito sul credito degli Stati Uniti; regolare il commercio coi Paesi stranieri, tra gli Stati e con le tribù indiane; stabilire una disciplina uniforme della naturalizzazione, leggi uniformi in materia di fallimento in tutti gli Stati Uniti", etc.) prevede la cd implied powers clause<sup>10</sup>, alla luce della quale l'organo titolare della funzione legislative: "*has the power to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or any Department or Officer thereof*". Il Congresso degli Stati Uniti ha quindi il potere di emanare tutte le leggi funzionali all'esercizio dei poteri attribuiti dalla norma e può altresì esercitare tutti gli altri poteri conferiti dalla Costituzione allo Stato federale e ad ogni altro ufficio o dipartimento di sua diretta derivazione<sup>11</sup>.

---

*impliciti*, Milano, 2001, p. 81. Esemplicativo della possibile intersezione dei due ambiti, è un caso relativo ad un contenzioso avente ad oggetto i poteri di vigilanza esercitata dall'ANAC, il Consiglio di Stato, VI, n. 126/2018, aveva messo appunto in evidenza che sebbene in certi casi lo stesso giudice amministrativo abbia ravvisato: "poteri dedotti in via implicita dalle norme che regolano l'attività dell'Autorità, vale a dire c.d. poteri impliciti, il cui fondamento sta nell'esigenza di garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla legislazione in materia quando traccia un programma di intervento più che definire precise competenze in capo a singoli organi", nel caso specifico non si pone un problema di potere implicito bensì di invasione di competenze: "su queste basi, però, non vi è spazio per ravvisare poteri impliciti nel caso, come quello in esame, nel quale la finalità perseguita dalla legge è adeguatamente realizzata mediante la precisa ripartizione delle attribuzioni tra soggetti diversi. Ravvisare, in queste ipotesi, poteri impliciti significherebbe invadere altre competenze, confondendo attribuzioni di legge e contro il principio di legalità dell'azione amministrativa (che copre anche la ripartizione delle competenze, ex art. 97 Cost.)". Bisogna dunque non confondere (per lo meno sotto il profilo teorico-concettuale) i piani; il problema dei poteri impliciti - intesi come poteri che possono trovare legittimazione e fondamento sulla base di un'interpretazione estensivo/funzionale della norma, è diverso dall'ipotesi in cui si pone una questione di esercizio del potere in ambiti di competenza di altri soggetti.

10 Sul tema R. GIORDANO, *La teoria hamiltoniana dei poteri impliciti e l'azione federalista della Corte Suprema*, in *La nascita degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1957; A. LEVI, *La teoria hamiltoniana degli "implied powers" della Costituzione*, in *Memorie dell'accademia nazionale dei lincei*, Roma, 1952; G. NEGRI, *Il sistema politico degli Stati Uniti d'America. Le istituzioni costituzionali*, Pisa, 1969.

11 Il primo e più importante caso giurisprudenziale fu *MacCulloch vs Maryland*, 17 U.S. 326 – 1819 all'interno del quale, il Presidente della Corte, John Marshall, estensore della sentenza, delineò la teoria dei poteri impliciti. La vicenda prese spunto dalla contestazione di James W. McCulloch - direttore della filiale della banca di Baltimora - il quale rifiutò di pagare la tassa richiesta dal suo Stato. La questione arrivò davanti alla Corte d'Appello del Maryland, e poi, appunto, davanti alla Corte Suprema la quale giudicò la tassa richiesta incostituzionale, in quanto contraria alla clausola di supremazia del governo federale sui governi statali. Per converso, sulla base della citata clausola, fu giustificata l'istituzione di una Banca nazionale e dunque legittima la legge federale di istituzione della stessa. Secondo l'impostazione della Corte, quindi, tra i poteri del Governo federale vi erano anche quelli strumentali, funzionali e connessi ai poteri espressamente conferiti. La Costituzione non poteva prevedere in modo



La questione si è posta altresì a livello europeo in riferimento appunto alla cd clausola di flessibilità (la “necessary and proper clause europea”) di cui all’art. 352, par. 1 del TFUE (ex articolo 308 del TCE, e prima ancora art. 235 del TCEE)<sup>12</sup>; la norma stabilisce che: “se un’azione dell’Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all’unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo”.<sup>13</sup>

dettagliato tutti i poteri (anche quelli di carattere strumentale siccome indissolubilmente collegati all’esercizio del potere medesimo). Alla luce di questo approccio argomentativo, a onta dell’assenza di un’esplicita previsione, l’istituzione della banca era legittima in quanto direttamente funzionale alla gestione delle risorse finanziarie riscosse per mezzo delle tasse: “the result of the most careful and attentive consideration bestowed upon this clause is, that if it does not enlarge, it cannot be construed to restrain the powers of Congress, or to impair the right of the legislature to exercise its best judgment in the selection of measures to carry into execution the constitutional powers of the government”. I criteri di cui alla decisione richiamata, hanno poi influito su tutta la giurisprudenza successiva la quale, al fine di stabilire la legittimità del potere federale, ha avuto come parametro di riferimento l’impianto argomentativo di cui alla sentenza in oggetto. La Corte - sulla base della “necessary and proper clause” - ha quindi proseguito nel suo percorso ‘ampliativo’, alla luce di una lettura estensiva della clausola medesima, venendo a legittimare numerosi interventi del Congresso (sebbene la dottrina cd antifederalista ne avesse contestato la crescita esponenziale e di conseguenza il potere di ingerenza dello Stato Federale). Come si può dunque notare, la questione attiene ai conflitti di competenze normative tra Congresso e Stati federali.

12 “Questo articolo mira ad evitare che la difficoltà di predeterminare in modo esaustivo i poteri dei quali le istituzioni europee necessitano per lo svolgimento dei propri compiti si esaurisca in un ostacolo al conseguimento degli obiettivi posti dai Trattati. Esso infatti consente all’Unione di legiferare anche in assenza di una specifica investitura. La clausola di flessibilità, presente fin dalle origini del sistema dell’Unione, è stata valorizzata a più riprese come strumento per ampliare le sfere di intervento dell’Unione. Proprio su questa base giuridica, ad esempio, hanno trovato ingresso le prime iniziative nel campo del diritto ambientale e della tutela dei consumatori, due aree oggi in ampia misura governate dal diritto UE. A partire dalla riforma di Maastricht, tuttavia, si è inteso circoscrivere la portata di questa clausola, subordinandone l’attivazione ad una serie di rigorose condizioni sostanziali e procedurali, confermate anche nel testo vigente”. Cfr. O. PORCHIA, *Competenze dell’Unione europea (ad vocem)*, Enc. Treccani on line, 2007. Sul punto si veda R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L’art. 308 TCE come base giuridica per l’espansione dell’azione comunitaria*, in *L’ordinamento europeo* (a cura di) S. MANGIAMELI, Milano, 2006, pp. 91 e ss.; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell’Unione europea*, Bologna, 2013.

13 Già in precedenza si veda l’art. 308 (ex art. 235) TCE: “quando un’azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d’azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso”. In merito si veda Corte di Giustizia, C-8/73 (*Massey vs Ferguson*), secondo cui: “l’art. 235 autorizza il Consiglio ad emanare i provvedimenti del caso, qualora un’azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il trattato abbia previsto i poteri d’azione a tal uopo richiesti [...]. Ai sensi dell’art. 3, lettera a) e b) del trattato, l’instaurazione dell’unione



A onta dei limiti applicativi della clausola di flessibilità, intesa come clausola di *extrema ratio* e nonostante il 'rigido' (per lo meno nelle intenzioni) riparto di competenze tra istituzioni e singoli Stati membri, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha riconosciuto in capo alle istituzioni europee (senza appunto far ricorso all'art. 352 TUE) poteri che, seppure non espressamente conferiti, ha considerato *indispensabili* al fine di un esercizio efficace e appropriato delle competenze attribuite (cd effetto utile<sup>14</sup> connesso alla necessità di ricavare nuovi poteri laddove le competenze non possono essere esercitate in modo efficace). E lo ha fatto appunto sulla base di un'interpretazione che riecheggia la teorica dei poteri impliciti (*rectius*, in tal caso, competenze normative implicite)<sup>15</sup>.

Attraverso questo schema interpretativo, ha dunque legittimato interventi normativi non previsti dai Trattati finendo: "per obliterare i caratteri propri della struttura politica comunitaria - sotto il profilo delicatissimo dei rapporti fra poteri delle istituzioni della

---

*doganale fra gli Stati membri è uno degli scopi della Comunità. Il funzionamento dell'unione doganale presuppone necessariamente la determinazione uniforme del valore in dogana delle merci importate da paesi terzi, affinché la protezione attuata mediante la tariffa doganale comune sia la stessa per l'intera Comunità. A questo scopo, non costituisce una garanzia sufficiente la semplice adesione di tutti gli Stati membri alla convenzione sul valore in dogana delle merci, stipulata a Bruxelles il 15 dicembre 1950; le norme della convenzione lasciano infatti agli Stati contraenti una certa autonomia di adattamento per quanto riguarda taluni punti particolari. Poiché il procedimento di unificazione legislativa mediante direttive, contemplato dall'art. 100 del trattato, non poteva costituire una soluzione abbastanza efficace, si deve accertare se le norme relative all'attuazione dell'unione doganale e della politica commerciale comune non avrebbero potuto eventualmente offrire al Consiglio una base adeguata per la sua azione".*

14 Sul principio in oggetto, si veda P. PESCATORE, *Monisme, dualisme et effet utile dans la jurisprudence del la Court de justice de la Communauté de droit*, in N. COLNERIC (sous la direction de) *Una Communauté de droit*, Berlin, 2004, pp. 392 e ss.

15 "Un significativo impulso all'estensione delle competenze dell'Unione è stato assicurato altresì dalla dottrina dei poteri impliciti, anch'essa di elaborazione giurisprudenziale. Secondo questa teoria, la potestà di intervento dell'Unione non è necessariamente circoscritta a ciò che è espressamente puntualizzato nei Trattati. Infatti, le istituzioni europee devono poter beneficiare anche di quei poteri che, sebbene non codificati nel diritto primario, risultino indispensabili per l'esercizio di competenze attribuite. Ciò vale, in particolare, laddove l'intervento dell'Unione sia essenziale allo scopo di garantire l'effettività e la coerenza di una politica dell'Unione. La dottrina in esame ha conosciuto la sua principale ed emblematica applicazione in relazione alla competenza dell'allora Comunità a adottare accordi internazionali. All'inizio degli anni '70, infatti, tale potestà era riservata dai Trattati ad un novero ristretto di materie. Nondimeno, la Corte di giustizia ha rilevato un sostanziale parallelismo fra competenze interne ed esterne (C. giust., 31.3.1971, 22/70, Commissione delle comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee). Sicché, ogniqualvolta le istituzioni europee godano di un determinato potere sul piano interno, occorre ritenere che l'Unione sia competente ad assumere gli impegni internazionali necessari a perseguire gli obiettivi prefissati dai Trattati per quella politica, finanche in assenza di una espressa dicitura del Trattato al riguardo. In concreto, invero, rileva la Corte, l'efficace regolamentazione di un settore di competenza UE costituisce spesso l'esito «dell'effetto combinato di provvedimenti interni ed esterni». Tale parallelismo, come già ricordato, è stato formalizzato nei Trattati e trova espresso riconoscimento nell'art. 3, par. 2, TFUE." Cfr. O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione europea (ad vocem)*, cit.



Comunità e competenze sovrane degli Stati membri – e per riconoscere in capo alla Comunità stessa spazi di manovra assai più consistenti e penetranti di quelli inizialmente preventivati dal Trattato di Roma e dagli stessi Stati aderenti. Tal opera di autentica *silent constitutional revolution* (come è stata acutamente definita) si è svolta lungo due direttrici di marcia, la prima involgente i poteri delle istituzioni comunitarie sul piano interno, la seconda concernente le loro competenze sul piano esterno; in entrambi i casi, assumendo costantemente a proprio parametro di riferimento, a propria stella polare, il principio dell'effetto utile, ovvero il criterio della strumentalità necessaria, ad indice ricognitivo dell'esistenza di una competenza non espressamente prevista".<sup>16</sup>

Fatta questa precisazione in ordine alla matrice storica del campo di emersione del potere implicito (il quale nasce, quindi, come conflitto di competenze legislative tra istituzioni), e venendo all'oggetto della nostra analisi, la questione che si pone attiene all'ambito di estensione del potere amministrativo; fino a dove lo stesso possa estendersi; nel far ciò, si anticipa fin da ora, si potrebbero valorizzare, in senso però restrittivo, taluni riferimenti ermeneutici del giudice europeo, in particolare quello della *strumentalità necessaria*; è bene specificare che - nella nostra ottica interpretativa - la strumentalità non assume valore 'servente' rispetto alle tesi che accentuano e valorizzano l'aspetto funzionale di efficienza dell'azione amministrativa (al fine declinare in senso meno rigoroso, e dunque "elastico", "aperto", il principio di legalità); al contrario, la strumentalità, connessa al criterio della necessità (inteso come assenza di alternative) assurge ad elemento teso a conformare

---

16 Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 52-53. Tra le più significative pronunce - finalizzate ad ampliare le competenze delle istituzioni - possiamo citare C-8/55 (Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio), C-22/70 (Commissione vs Consiglio), C-3/76 (Kramer), C-4/76 (Hendrik van den Berg), C-6/76 (Kramer en Bais), C-281/85 (Repubblica federale di Germania vs Commissione delle Comunità europee), quest'ultima concernente i poteri di intervento della Commissione nella "politica migratoria" con riferimento alla quale il giudice europeo ha appunto statuito l'astratta competenza della Commissione in quanto rientrante nella politica sociale: "*per quel che riguarda la promozione dell'integrazione professionale dei lavoratori originari di paesi terzi, si deve dire che essa rientra nel campo sociale ai sensi dell'art. 118, in quanto è intimamente connessa all'occupazione. Lo stesso vale per l'integrazione sociale, nel contesto degli scopi perseguiti dalla decisione impugnata, tutte le volte che si tratta di progetti connessi con i problemi d'occupazione e di condizioni di lavoro e non vi è alcun motivo di ritenere che la decisione abbia inteso attribuire a questa nozione un senso diverso*". In senso restrittivo, si veda invece: T-376/98 (Germania vs Parlamento europeo e Consiglio), nonché T-240/04 (Francia vs Commissione), secondo cui: "*ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal Trattato CEEA. Infatti, il rispetto del principio della certezza del diritto fa sì che qualsiasi atto che miri a produrre effetti giuridici debba trarre la propria forza vincolante da una disposizione del diritto comunitario che dev'essere espressamente indicata come base giuridica e che prescrive la forma giuridica di cui l'atto dev'essere rivestito [...]. Tuttavia, l'esistenza di un potere regolamentare implicito, che costituisce una deroga al principio di attribuzione sancito dall'art. 3, n. 1, EA, dev'essere valutata restrittivamente. Solo eccezionalmente tali poteri impliciti vengono riconosciuti dalla giurisprudenza e, perché ciò accada, essi devono essere necessari per garantire l'effetto utile delle disposizioni del Trattato o del regolamento di base di cui trattasi*". Sempre in termini restrittivi C-317/04 e C-318/04.



correttamente l'azione amministrativa entro gli ambiti suoi propri, strettamente correlati alla norma (espressa) attributiva del potere.

Riassumendo - dal nostro punto di vista - la valutazione in ordine alla legittimità dei poteri impliciti può trovare aggancio nei criteri della strumentalità (l'azione deve essere strettamente correlata all'esercizio della propria funzione rispetto ad un potere "espressamente assegnato") e della necessità, quest'ultima intesa come assenza di alternative: il provvedimento è dunque indispensabile ('utile'), posto che senza la sua emanazione l'Autorità avrebbe le 'armi spuntate'. Tutto ciò, come si vedrà, sempre all'interno di una interpretazione rigorosa del principio di legalità.

Utilizzando questo schema logico-ricostruttivo e i citati criteri ermeneutici, si potranno trarre, allora, delle conclusioni in ordine ai poteri esercitati dall'AGCOM nella fattispecie oggetto di analisi.

### **La vicenda che ha dato luogo al contenzioso**

Esemplificativa della tendenza a legittimare oltremodo i poteri della *Authorities* è la pronuncia n. 17550/2022 del TAR Lazio, concernente il contenzioso tra l'AIGA (Associazione Italiana Giovani Avvocati) e l'AGCOM in ordine alla delibera di quest'ultima (la n. 390/21/CONS) avente ad oggetto una "modifica del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche" la quale ha previsto i dottori commercialisti e gli esperti contabili come soggetti accreditati a gestire le procedure di risoluzione.

Più nel dettaglio, con ricorso notificato il 21 febbraio 2022 all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e al Consiglio nazionale dell'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, l'Associazione Italiana dei Giovani Avvocati aveva impugnato la delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (n. 390 del 1 dicembre 2021), pubblicata il 23 dicembre 2021, laddove, decidendo di inserire "i Dottori commercialisti e gli Esperti contabili" tra i soggetti accreditati, così deliberava: "Art. 1 (...) 1. All'articolo 1 (...) c) la lettera t) è sostituita dalla seguente: t) "soggetto accreditato", (...) e i Dottori commercialisti ed esperti contabili iscritti nei rispettivi Albi professionali, registrati sulla piattaforma al fine di avviare e gestire le procedure di risoluzione delle controversie in nome e per conto dei propri assistiti"; l'impugnazione aveva ad oggetto il "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche" (All. A alla delibera n. 203/18/CONS come modificato dalla delibera n. 390/21/CONS) laddove, all'art. 1 recita che: "Ai fini del presente regolamento si intendono per: (...) t) "soggetto accreditato", (...) e i Dottori commercialisti ed esperti contabili iscritti nei rispettivi Albi professionali, registrati sulla piattaforma al fine di avviare e gestire le procedure di risoluzione delle controversie in nome e per conto dei propri assistiti".

La parte ricorrente aveva dedotto la violazione dell'articolo 2, della l. n. 247 del 2012, la quale riconosce all'avvocato la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti, precisando, al comma 6, che l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, è di competenza degli avvocati. La delibera impugnata - secondo la parte ricorrente - avrebbe equiparato in modo illegittimo avvocati, dottori commercialisti ed esperti contabili, consentendo a questi ultimi la possibilità



di esercitare una funzione di assistenza legale stragiudiziale riservata dalla legge all'avvocatura, trattandosi di un tentativo obbligatorio di conciliazione che costituisce condizione di procedibilità del ricorso in sede giurisdizionale.

La funzione di intermediazione riconosciuta ai dottori commercialisti e agli esperti contabili - sempre nella prospettiva del ricorrente - sarebbe stata prevista in violazione dell'articolo 4, comma 1, del d.lgs. n. 139 del 2005 (Ordinamento professionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili), che sancisce la incompatibilità dell'esercizio di tale professione con l'attività di intermediazione nella circolazione di beni e servizi e con ogni attività di mediazione. L'articolo 1, comma 1, del d.lgs. n. 139 del 2005, riconosce ai professionisti iscritti all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili soltanto talune competenze specifiche, facendo riferimento alla sola giurisdizione tributaria quale ambito di attività nella quale è riconosciuta ai dottori commercialisti e agli esperti contabili la funzione di partecipante all'organo giudicante e di soggetto abilitato all'assistenza tecnica.

La delibera impugnata sarebbe in contraddizione anche con l'articolo 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010 che, nel disciplinare il procedimento di mediazione che deve necessariamente precedere ogni azione giudiziaria relativa a determinate materie, richiede l'assistenza dell'avvocato in tutta la procedura di mediazione obbligatoria.

In definitiva, la prospettiva del ricorrente contestava che l'Autorità potesse equiparare avvocati e dottori commercialisti (ed esperti contabili) ai fini dell'intervento nella procedura extra-giudiziale di mediazione.

A onta dei siffatti rilievi, il giudice amministrativo ha respinto i motivi di impugnazione, innanzitutto richiamando l'art. 1, comma 11, l. n. 249/1997, il quale attribuisce all'Autorità il potere di disciplinare esclusivamente le *“modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie”* e richiamando altresì il d.lgs. n. 259/2003 (come sostituito dal d.lgs. n. 207/2021), affermando che: *“anche il codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con decreto legislativo numero 259 del 2003 e sostituito dal decreto legislativo numero 207 del 2021, attribuisce all'Autorità garante per le comunicazioni il potere di regolamentare le procedure extragiudiziali per l'esame delle controversie tra utenti e operatori relative all'esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali”*.

Secondo i giudici amministrativi è infondata altresì: *“la censura sulla violazione dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo numero 139 del 2005, recante l'ordinamento professionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, laddove è sancito il divieto per i professionisti iscritti all'albo di svolgere attività di intermediazione e di mediazione. Il mediatore o intermediario nella circolazione di beni e servizi è colui che, ai sensi dell'articolo 1754 del codice civile, mette in relazione le parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse. L'attività di assistenza nella risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e operatori delle comunicazioni elettroniche non ha nulla a che fare con la mediazione o con la intermediazione vietata dall'ordinamento della professione di dottore commercialista ed esperto contabile, non essendo finalizzata alla conclusione di alcun contratto, bensì alla risoluzione di una controversia derivante dall'applicazione di un contratto già in essere”*.

Per quanto concerne l'aspetto che impatta nella citata sovrapposizione tra *poteri e competenze implicite*, sebbene la delibera n. 390/21/CONS abbia individuato *“i soggetti accreditati all'esercizio delle funzioni in esame”* (secondo la parte ricorrente, in asserita violazione della norma primaria letta in combinato disposto con l'art. 117, comma 2, lett. l, Cost.) il giudice ha ritenuto infondato



il motivo di ricorso, e di conseguenza non violato l'art. 1, comma 11, della l. n. 249/1997 (nella parte in cui attribuisce all'Autorità il potere di disciplinare esclusivamente le "modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie") sempre alla luce della legge istitutiva dell'Autorità (articolo 1, comma 11, legge 31 luglio 1997, numero 249) che le attribuisce: "il potere di disciplinare con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze, definendo le relative procedure. La definizione delle procedure implica necessariamente anche la individuazione dei soggetti accreditati ad operare sulla piattaforma della risoluzione di tali controversie. Nessuna riserva di legge sulla giurisdizione è stata incisa dalla delibera impugnata che ha disciplinato, come già chiarito, una procedura non giurisdizionale di risoluzione delle controversie".

Soprattutto l'inciso di questa ultima affermazione (non particolarmente motivata), laddove si sostiene che la definizione delle procedure "implica necessariamente" anche la individuazione dei soggetti accreditati, è di interesse ai nostri fini posto che sembra riecheggiare, seppure non richiamandola in modo esplicito, la teoria dei poteri impliciti; si pone di conseguenza nel solco della giurisprudenza<sup>17</sup> che legge in modo estensivo la norma attributiva della funzione anche quando, come nel caso in oggetto, in realtà la stessa concerne la definizione di aspetti prettamente procedurali. Prima però di verificare quali siano i profili di criticità di questa ricostruzione, è necessario fare un passo indietro, in quanto il potere di individuare i soggetti accreditati va analizzato con rigore, in particolare alla luce del principio di legalità, in merito al quale sia consentita una breve digressione ai fini ricostruttivi.

### **Il principio di legalità connesso ai criteri di strumentalità e necessità come chiavi interpretative.**

---

<sup>17</sup> Sebbene non sia questa la sede per porre in essere un richiamo esaustivo della giurisprudenza sul tema, possiamo però mettere in evidenza che la stessa (basti pensare alla copiosa giurisprudenza che ha riguardato i poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas – ora ARERA) ha operato una distinzione tra poteri normativo-regolamentare e poteri provvedimentali, ritenendo legittimo l'implicito normativo e illegittimo l'implicito provvedimentale. Sul punto possiamo citare il Consiglio di Stato, VI, n. 2521/2012 il quale in un ambito – come quello del gas naturale – caratterizzato da un elevato tecnicismo, ha messo in evidenza che la legge riconosce in capo all'Autorità non solo poteri amministrativi individuali ma anche regolamentari con "parziale deroga al principio di legalità". Con riferimento invece ai poteri provvedimentali, si veda Consiglio di Stato, VI, sentenza n. 3501/2006, il quale, nel riaffermare i principi di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 5827/2005 - secondo la quale lo scopo di tutela della concorrenza implica un ampio potere di intervento che "può concretizzarsi, in base alle previsioni legislative generali in tema di regolazione dei servizi di pubblica utilità, di cui all'art. 2, commi 12 e 20, legge n. 481/95, nella richiesta di documenti ed informazioni agli operatori, nell'emanazione di direttive per lo svolgimento dei servizi e di ordini per fare cessare comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, nell'irrogazione di sanzioni in caso di inottemperanza ai propri provvedimenti o qualora non vengano fornite le informazioni richieste, o siano fornite informazioni non veritiere, e, infine, nella formulazione di proposte agli altri soggetti istituzionali di volta in volta competenti su specifiche questioni" - ha tuttavia posto un freno all'attività di regolazione dell'Autorità "ad effetto ablatorio e sanzionatorio", nel momento in cui: "il provvedimento impugnato, per il suo contenuto specifico e singolare, decampi dai limiti di proporzionalità e ragionevolezza ai quali è assoggettato il potere regolatorio proconcorrenziale dell'Autorità, pure se inteso nella sua latitudine più ampia".



Il richiamo al principio di legalità<sup>18</sup> infatti - soprattutto nella declinazione che più ci interessa, ovvero la cd legalità amministrativa<sup>19</sup> - ci consente di proseguire e approfondire l'analisi della questione. Le modalità attraverso le quali lo stesso viene declinato incidono, se non addirittura sulla astratta configurabilità dei poteri impliciti, certamente sul loro ambito di estensione; una lettura *debole* della legalità, ne amplia infatti il margine applicativo; una lettura *forte* ne riduce, specularmente, i confini.

Il principio di legalità<sup>20</sup> "che è un *principium iuris et in iure* in forza del quale ogni causa non costituente è prevista da una regola che ne prestabilisce gli effetti"<sup>21</sup>, implica che nessun potere

---

18 "Esso consiste nella previsione e nella disciplina normativa di tutti gli atti giuridici non costituenti e di tutti i loro effetti: dalle decisioni, sia pubbliche che private, con cui viene esercitato un potere e sono prodotte situazioni, agli atti obbligatori che estinguono obbligazioni, fino agli atti illeciti" Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia 1. Teoria del diritto*, Bari, 2007, p. 433.

19 Ci si limita alla legalità amministrativa posto che la legalità, in senso più generale, ha connotazione ampia, in quanto connessa alla nozione di Stato di diritto (*Rechtsstaat* nella versione tedesca, *Etat de droit* in quella francese, *Estado del derecho* in quella spagnola e nella declinazione anglosassone *Rule of law*), di potere (nell'ottica della sua limitazione) e altresì connessa al significato stesso di legge e delle sue condizioni di validità. "Per quanto una distinzione rigorosa fra posizione di norme generali (*legis latio*) e applicazione di norme (*legis executio*) sia ardua da tracciare, è indubbio che lo Stato di diritto si organizza secondo uno schema duale che in linea di principio "separa" le istituzioni legislative dalle istituzioni amministrative [...]. L'intera struttura normativa e istituzionale dello Stato di diritto è modellata sul "principio di legalità" secondo il quale ogni atto amministrativo - esecutivo o giudiziario - deve essere "conforme" a una precedente norma generale. Alla medesima logica risponde l'istituto della "riserva di legislazione" che attribuisce soltanto al potere legislativo la competenza a emanare norme generali in materia di diritti soggettivi, escludendo da questa funzione sia il potere esecutivo sia quello giudiziario". Cfr. D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto - storia, teoria, critica* (a cura di) P. Costa e D. Zolo, Milano, 2002, pp. 43-44

20 In merito al dibattito sulla portata costituzionale del suddetto principio, si veda N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 105- 114. Sul principio di legalità, in generale, la bibliografia è davvero ampia, limitandoci ai contributi più recenti: G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014; Id. *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit.; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA. VV. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2007, Milano, 2008; B. SPAMPINATO, *Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 11/2017; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*, n. 1/2008; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010; S. TOSCHEI - A. PUZZANGHERA, *La crisi del principio di legalità amministrativa*, cit.; A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Presentazione del tema del Convegno*, Varenna, 20-22 settembre 2007, in *www.giustamm.it*, n. 2/2008.

21 "ed esprime altresì una prima, minimale accezione del principio di uguaglianza: in forza del quale le cause non costituenti sono configurate, dalle regole deontiche che ne dispongono teticamente o ne predispongono ipoteticamente le modalità, come «tipi» sussumibili, al pari dei loro effetti, entro classi universali e astratte. Inversamente, diremo, una causa non regolata e quindi atipica, è una causa costituente. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia 1. Teoria del diritto*, cit., p. 262



può essere esercitato se non è previsto (e disciplinato) dalla legge, da qui la connessione al principio di riserva di legge<sup>22</sup>.

Con riferimento ai rapporti con la riserva di legge, è stato affermato che: “il principio di legalità, una volta riconosciuto come dotato di rango costituzionale, si converte automaticamente in un istituto sotto certi profili assimilabile alla riserva di legge e, sempre in senso relativo, riconducibile alla categoria di quelle chiamate da Amato *di modo di disciplina*: ciò in quanto la legge appare l’unica fonte abilitata ad imporre per forza propria - in vista del soddisfacimento di interessi superindividuali politicamente individuati - doveri di comportamenti o comunque situazioni giuridiche per taluno svantaggiose senza il consenso del destinatario della prescrizione; situazioni svantaggiose che, a loro volta, possono consistere sia in meri obblighi (di fare o di non fare) di carattere autoapplicativo sia in posizioni di soggezione (attuale o anche solo potenziale) nei confronti di atti di espressione di poteri amministrativi”<sup>23</sup>.

---

22 “La riserva di legge relativa non viene in definitiva a distinguersi dal generale principio di legalità dell’azione amministrativa se non per una differenza quantitativa e qualitativa, nel senso che è richiesta una più dettagliata definizione degli organi competenti, dei poteri attribuiti e dei criteri in base ai quali tali poteri vanno esercitati” Cfr. V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa, e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 914. “Nel diritto amministrativo ogni istituto deve pertanto essere inteso come una necessaria conseguenza del principio di legalità. E non è certo un caso che la giurisprudenza abbia più volte identificato la legalità con il principio di ragione”. Cfr. F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 29. “Si potrebbe peraltro dire, tentando di accostare e conciliare i due istituti (principio di legalità e riserva di legge), ma dotando ciascuno di essi di una specifica funzione, che il principio di legalità impone che la norma di legge attributiva del potere indichi il soggetto attivo e quello passivo del rapporto amministrativo, oltre al contenuto possibile (tipizzato) del provvedimento, mentre la riserva di legge richiede una regolamentazione ulteriore della materia stessa, limitando la discrezionalità dell’organo agente e lo spettro delle possibili soluzioni per esso disponibili”. Cfr. G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, p. 7.

23 Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 128 il quale evidenzia altresì che: “l’assimilazione qui tentata fra principio di legalità e riserva di legge possiede un valore più che altro evocativo di un fenomeno giuridico ben conosciuto (la riserva di legge, appunto) ma non significa naturalmente una totale sovrapposizione fra i due istituti [...]. Parlando di (almeno parziale) convertibilità del principio di legalità in una riserva di legge si vuole soltanto evidenziare che l’introduzione di un potere amministrativo nuovo nella realtà ordinamentale costituisce un intervento che solo alla legge è consentito ed in questo, e solo in questo senso, è allo stesso riservato.” Sul punto si veda altresì: G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007; si veda più di recente P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, p. 105: “in ogni caso e a tacere delle varie classificazioni – spesso di ordine meramente descrittivo – adottate nel corso del tempo, sia l’istituto della riserva di legge che il principio di legalità sostanziale mirano al raggiungimento del medesimo risultato, e cioè a un’adeguata predeterminazione dei limiti delle potestà pubblicistiche (sia di carattere normativo, che più strettamente provvedimentale) in funzione prevalentemente garantistica”.



Si parla di legalità in senso formale<sup>24</sup>, laddove il riferimento è alla predeterminazione normativa: è sufficiente la previsione legislativa del conferimento del potere affinché il principio sia rispettato (conformità formale); siffatta forma della legalità non è sufficiente a garantire le situazioni giuridiche soggettive, posto che la mera osservanza della legge (a prescindere dai contenuti), assumerebbe un mero valore procedurale e dunque autoreferenziale; da qui l'esigenza di declinare la legalità in senso sostanziale<sup>25</sup> in cui si richiede un *quid pluris*, una disciplina sufficientemente estesa e compiuta della norma che

---

24 "Per chi intenda il principio di legalità in senso formale (come mera necessità, cioè, che la legge autorizzi l'Amministrazione allo svolgimento di un intervento autoritativo, senza alcuna prestazione particolare ulteriore e senza esigenza di alcuna tipizzazione) il problema non ha neppure ragione di porsi, e la distinzione fra principio di legalità e riserva di legge è evidente dal momento che solo quando ricorre la seconda è necessario che la legge detti anche una disciplina sostanziale e tipizzante della materia su cui l'esercizio del potere amministrativo andrà ad incidere" Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 154. In teoria generale, sul punto si veda L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia 1. Teoria del diritto*, cit., p. 488: "il principio di mera legalità, che chiamerò anche di legalità formale, sarà identificato con la soggezione a norme formali della forma delle decisioni; il principio di stretta legalità, che chiamerò anche di legalità sostanziale, sarà a sua volta identificato con la soggezione a norme sostanziali del loro contenuto o significato".

25 "Consistente in una serie di principi, di regole e di standard di comportamenti accertati, elaborati e potremmo dire, senza infingimento, creati dalla giurisprudenza amministrativa in un dialogo «produttivo» con la dottrina. Tanto che si può dire, con un paradosso, che era già stato preferito profeticamente anch'esso nelle prime lezioni di Romagnosi, che la legalità è prodotta più dalla giurisprudenza che dal potere legislativo. Non c'è legalità senza un giudice che, se non la crea *in toto*, almeno la completa". Cfr. F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 14, il quale mette in evidenza altresì che: "un impulso a nuove configurazioni della legalità sostanziale lo ha certamente dato la Comunità europea, non solo perché la Corte di Giustizia della Comunità, per trovare un diritto «comune» ai vari paesi che fanno parte dell'Unione, ha fatto largo uso di principi generali che, penetrando direttamente nei singoli ordinamenti dei paesi della Comunità, hanno finito per integrare la «legalità» formale e sostanziale vigente nei singoli paesi, ma, soprattutto, perché le direttive comunitarie, per realizzare l'effetto omogeneizzante della tipizzazione amministrativa, che costituisce l'«essenza» della legalità amministrativa, hanno introdotto nozioni (come organismo di diritto pubblico, aiuti di Stato e simili) finalizzate a «catturare» la legalità sostanziale delle singole amministrazioni applicando il diritto amministrativo, e perciò il principio di legalità, anche a chi finge di non essere una pubblica amministrazione". Sulla legalità sostanziale si veda: S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; G. PASQUINI – A. SANDULLI (a cura di) *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.



conferisce il potere<sup>26</sup>. Necessita dunque di una “doppia conformità” sia dal punto di vista formale che contenutistico/sostanziale<sup>27</sup>.

---

26 C'è da considerare, inoltre, che il concetto di predeterminazione normativa non implica - secondo una certa interpretazione - il riferimento esclusivo alla legge, posto il ruolo della fonte regolamentare (e statutaria); secondo questa prospettiva, il giudizio di conformità impone il riferimento e il raffronto a tutto il sistema normativo complessivamente inteso riguardante lo specifico potere esercitato: “pensare che ancora oggi la somma di precetti regolanti l'esercizio delle competenze amministrativa sia desumibile in modo piano ed immediato dal complesso di atti normativi formali nazionali di livello primario e secondario, e solo da esso, sarebbe profondamente errato e soprattutto mistificante. I condizionamenti normativi gravanti sull'apparato pubblico, in effetti, rinvengono ormai il loro fondamento in una pluralità di fonti rispetto alle quali i consueti apporti delle leggi o dei regolamenti formali occupano una posizione che potrebbe definirsi come recessiva”. Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 8, secondo cui, inoltre: “vengono anzitutto in rilievo, a questo proposito ed ovviamente, le disposizioni costituzionali recanti principi organizzativi e funzionali dell'agire amministrativo, la cui immediata capacità precettiva viene sempre più frequentemente ammessa. Non si può poi dimenticare l'incidenza sempre maggiore posseduta dalle fonti normative sovranazionali, come ad esempio la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e in misura davvero macroscopica, i Trattati comunitari e la relativa normativa derivata (regolamenti e direttive). È indubbio, in questa prospettiva, che le concrete possibilità di influenzare l'agire amministrativo da parte del detentore formale del potere normativo nazionale (anche a voler includervi il legislatore regionale) siano notevolmente ridotte e che la ricerca della fonte regolativa dell'azione pubblica debba ormai travalicare abbondantemente in confini cui essa poteva rimanere in passato circoscritta.” In merito all'influenza del diritto europeo (in rapporto anche al 'particolarismo' del diritto amministrativo) si veda G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012. In sostanza, il principio di legalità non concerne solo la legge statale, bensì tutte le varie e diverse tipologie di fonti normative che si pongono in un'ottica di 'terzietà' e 'supremazia' rispetto all'organo che esercita il potere. Ciò che conta è la eterodeterminazione: formale e sostanziale, e dunque l'aggancio - oltre che a fonti secondarie - altresì ai principi generali, al sistema complessivamente inteso (comprensivo del cd soft law). In merito al pluralismo delle fonti si veda di recente F. SAITTA, *Interprete senza partito? - Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo* - Napoli, 2023, in part. p. 110 e ss.

27 In teoria generale è stato precisato che il *principio di mera legalità*: “riguarda la forma delle decisioni, di cui vale a condizionare il vigore e la validità formale”, il *principio di legalità in senso stretto* “riguarda il loro significato o contenuto, di cui vale a condizionare la validità sostanziale”. Di conseguenza: “si capisce fin d'ora la differenza tra i due modelli di ordinamento generati dai nostri due principi o livelli di legalità. Il *principio di mera legalità* sta alla base dello *stato legislativo di diritto* o *stato di diritto in senso lato o debole*: nel senso, precisamente, in cui sono stati di diritto tutti gli ordinamenti nei quali la produzione di effetti, quali che siano, è condizionata alla previsione, da parte di norme di legge, degli atti che ne sono causa. Il *principio di stretta legalità* sta invece alla base dello *stato costituzionale di diritto* o *stato di diritto in senso stretto o forte*: nel senso, precisamente, che le stesse norme condizionanti sono a loro volta condizionate quanto al tipo di effetti che sono abilitati a condizionare, da vincoli e da limiti sostanziali imposti come obblighi e divieti da norme ad esse superiori. L'uno è assicurato da qualunque sistema di diritto positivo che sia informato al semplice principio, proprio, del positivismo giuridico, «quod principi placuit legis habet vigorem»; l'altro richiede per di più la soggezione al diritto del diritto medesimo” Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia 1. Teoria del diritto*, cit., p. 436



Il tema è ampio, il che lascerebbe spazio ad analisi e approfondimenti ulteriori. Rimanendo nel perimetro delle nostre riflessioni, possiamo affermare che per quanto concerne l'amministrazione non possa valere l'accezione della legalità in senso minimale (debolissimo) come avviene in ambito privatistico/negoziale (in cui è consentito tutto ciò che non è vietato dalla legge); è necessario invece che la legge preveda, stabilisca, e dunque fondi, il potere amministrativo; il che però, ancora non è sufficiente: la connotazione forte della legalità (contrapposta alla logica "aperta" ed "elastica" della stessa) implica che la legge debba stabilire contenuti, regole, procedimento, modalità di esercizio del potere. In quest'ultimo senso, sussiste un vincolo per il legislatore di regolamentazione (e non di mera attribuzione) che ha come conseguenza il dovere di specificare in modo adeguato il contenuto della norma attributiva del potere.

Afferma sul punto la giurisprudenza amministrativa - Consiglio di Stato, VI, n. 2521/2012 - che: *"il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività"*; ma con riferimento ai poteri regolamentari delle *Authorities*<sup>28</sup> *"la parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti"*.<sup>29</sup>

---

28 In merito si è parlato: "di nuova «legalità» chiamata «regolazione» per distinguerla da quella che tipicizza l'esercizio di un potere per raggiungere un fine. Che cosa ha di particolare questa nuova «legalità»? Che ha per scopo di garantire quel che i privati non sanno fare da soli: rispettare le regole del gioco, essere autonomi in un mercato concorrenziale [...]. Una legalità con la continua tentazione di sovrapporre il proprio potere all'autonomia altrui, di abbandonare la logica della regola di garanzia per tornare al «provvedimento tipico», divenuto nel caso arbitrario per mancanza di una norma di tipizzazione. Una nuova tentazione per autorità dispotiche. È la legalità delle autorità indipendenti" Cfr. F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 15

29 Nello stesso senso, v. Consiglio di Stato, VI, n. 1532/2015. In merito e più di recente, si può richiamare, in termini esemplificativi, la sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 7972/2020, nella quale si è appunto affermato che il principio di legalità può subire degli adattamenti per mezzo dell'ingresso della categoria dei poteri impliciti i quali - seppure non espressamente previsti dalla legge - sono conseguenza di una interpretazione sistematica, in quanto strumentali all'esercizio di altri poteri: *"la ragione di questa elaborazione risiede nel fatto che, in alcuni ambiti, è oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere, secondo quanto sopra indicato, il contenuto del provvedimento amministrativo. Nei settori di competenza delle Autorità amministrative indipendenti, la suddetta esigenza si manifesta in presenza di poteri di regolazione, che vengono normalmente esercitati nei settori dei servizi di pubblica utilità e dei mercati finanziari in senso ampio. Sul piano strutturale essi hanno, in base al loro contenuto, natura normativa o amministrativa generale, nonché, per alcune parti, anche individuale"*. In merito alla sentenza in oggetto, si veda G. BAROZZI REGGIANI, *Poteri impliciti delle Autorità indipendenti e principio di legalità. Il potere di accertamento della Consob* (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 14 dicembre 2020, n. 7972), in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)



A ciò si deve poi aggiungere l'ulteriore riferimento alla cd legalità procedurale, valorizzata sempre dalla giurisprudenza<sup>30</sup> al fine di colmare i *deficit* di legalità sostanziale e legittimare perciò il potere delle *Authorities* a cui si associano le tesi che interpretano la legalità in termini "aperti".

In merito, possiamo comunque affermare che - secondo la nostra ottica - siffatta impostazione presta il fianco a qualche rilievo critico: un conto è il rispetto del principio di legalità, un conto è il rispetto dei vincoli procedurali (l'osservanza di questi ultimi ha impatto sulla legittimità del provvedimento); altro discorso è poi quello relativo alla adeguata tipizzazione della norma attributiva del potere: il rispetto della legalità sostanziale appunto, che non può essere surrogata dalla legalità procedurale la quale può avere semmai funzione di (utile) complemento.

Fatte queste precisazioni in ordine al principio di legalità, è di tutta evidenza che lo stesso, declinato in un'accezione "ristretta" e spiccatamente contenutistica<sup>31</sup>, ha come conseguenza una maggiore perimetrazione e 'limitazione' del potere discrezionale della pubblica amministrazione<sup>32</sup>.

---

30 Si veda in merito, Consiglio di Stato, VI, n. 7972/2006, secondo cui: "l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative"; le già richiamate sentenze nn. 2521/2012 e 1532/2015 della VI sezione del Consiglio di Stato, nonché, nei medesimi termini, Consiglio di Stato, VI, n. 2182/2016. Nella giurisprudenza costituzionale, si veda il riferimento fatto dalla Corte, nella pronuncia n. 69/2017, secondo cui, sulla base del "richiamo alla «complessiva disciplina della materia», questa Corte ritiene di dover apprezzare il rispetto della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost. prendendo in considerazione l'intero sistema delle norme in cui ciascuna prestazione s'inscrive. Già in passato, eventuali carenze della singola disposizione di legge sono state colmate attraverso una interpretazione sistematica del tessuto normativo, complessivamente considerato, in cui essa si innesta e dal quale sono stati tratti, anche per implicito, gli elementi essenziali dell'imposizione". Tutto ciò implica che si possano "valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti". In dottrina, di recente, in termini critici, si veda G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021.

31 "Il quale richiede a tutela della certezza giuridica che possiamo chiamare «sostanziale», che le norme sostanziali siano dotate della massima precisione semantica, affinché siano quanto più esattamente determinati i significati normativi della coerenza con (o dalla sussunzione ne) i quali dipende la validità sostanziale delle decisioni". Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia 1. Teoria del diritto*, cit., p. 567.

32 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.*, 1984; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un*



A onta dell'incidenza della 'capacità di penetrazione' della legalità, il potere amministrativo, seppure con diversi tassi e gradi di intensità, e al netto delle ipotesi in cui la legge lo irreggimenta in modo dettagliato (come nelle ipotesi delle cd leggi-provvedimento<sup>33</sup>) - è un potere discrezionale il quale assume una sua autonomia, limitata dal vincolo di scopo; il che lascia 'margini di operatività' all'amministrazione<sup>34</sup>, tanto più, come nel caso delle Autorità amministrative indipendenti in cui l'attività è caratterizzata da un elevato tasso di tecnicismo; da qui il problema dei poteri impliciti, ovvero fino a che punto è esteso il potere dell'amministrazione, cosa ragionevolmente può fare in quanto l'azione esercitata rientra

---

*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. Più di recente, A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 1/2023. Sulla discrezionalità del giudice amministrativo si veda di recente, F. SAITTA, *Interprete senza spartito? - Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo* – cit.

33 In merito C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968; G. U. RESCIGNO, *Rinasce la distinzione tra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giur. Cost.*, 1999; Id. *Variazioni sulle leggi provvedimento (o meglio, sulla legge al posto di provvedimento)* in *Giur. Cost.*, 2008. Nella dottrina amministrativistica: M. CAMMELLI, *Premesse allo studio delle leggi provvedimento regionali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1971; F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: dove non può la Costituzione può la legge statale? Ossia "la trasversalità oltre se stessa"*, in *Giur. Cost.*, 2008; G. MANFREDI, *Approvazione ex lege di piani territoriali e leggi provvedimento*, in *Urb. e app.*, 1999; G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di F. Piga*, I, Milano, 1992; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, cit.

34 "La normativa attributiva, infatti, nel conferire il potere, ha con ciò stesso aperto a favore dell'Amministrazione uno spazio di manovra autoritativo, lo ha giuridicamente fondato e nel contempo ne ha segnato le frontiere esterne e massime di espansione (e questo è l'unico senso in cui sembra che si possa continuare a parlare della legge formale come fonte dei limiti esterni dell'azione amministrativa). Ma una volta che questi presupposti siano rispettati (e cioè vi sia – fra fattispecie provvedimentale concreta e fattispecie astratta prevista dalla legge – identità di efficacia formale, identità di posizione soggettiva incisa, identità di interesse pubblico specifico – o fine di rilievo collettivo – perseguito) sarebbe veramente irragionevole, oltre che positivamente non necessario, pretendere che ogni singola manifestazione di supremazia rinvenga il proprio insostituibile fondamento in una previa ed analitica disposizione di legge formale. Al contrario, lo spazio aperto dalla norma attributiva può a pieno diritto essere considerato il regno della «ragione efficiente» applicata all'agire amministrativo [...]. Uno spazio all'interno del quale all'Amministrazione è consentito di graduare l'intensità della propria condotta imperativa nel modo soggettivamente ritenuto più opportuno per il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico che è chiamata a curare" N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 409. Si pone dunque il tema concernente il livello, il grado, l'estensione della regolazione dell'attività amministrativa in ordine alle ipotesi in cui il potere legislativo sia (eccessivamente) dettagliato.



(implicitamente) nei poteri conferiti, nelle facoltà attribuite dalla norma; e cosa invece travalica il perimetro della stessa<sup>35</sup>.

Venendo alla fattispecie in oggetto, l'art. 1, comma 11, l. n. 249/1997, il quale prevede che: *“L’Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro”*, nonché lo stesso d.lgs. n. 259/2003 (come sostituito dal d.lgs. n. 207/2021), che attribuisce all’Autorità garante per le comunicazioni il *“potere di regolamentare le procedure extragiudiziali per l’esame delle controversie tra utenti e operatori relative all’esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali”*, soddisfano il principio di legalità sostanziale? La circostanza che l’Autorità possa ‘riempire di contenuti’ le citate previsioni normative (nella fattispecie in oggetto: la individuazione di soggetti accreditati), può porre il fianco a qualche rilievo critico.

Se infatti il principio di legalità viene declinato in senso forte, la norma, oltre a soddisfare la legalità formale (nel riconoscere il potere dell’Autorità di intervenire nel settore delle comunicazioni), soddisfa la legalità sostanziale nella misura in cui prevede che questo potere possa estrinsecarsi nella definizione di una procedura extra-giudiziale; il passo successivo, connesso alla individuazione di figure soggettive abilitate sembra porsi come aspetto ultroneo e conseguenza di una interpretazione estensivo-strumentale che si innesta nella ‘genericità dell’attribuzione’.

Si ritiene che ciò sia avvenuto nel contenzioso oggetto della nostra analisi; da qui i rilievi successivi che, sulla base del quadro fin qui evidenziato, a questo punto possono essere riassunti.

### **Rilievi critici in ordine alla decisione del giudice amministrativo.**

Alla luce di quanto fin qui messo in evidenza, se si parte dalla prospettiva secondo cui: a) il principio di legalità è da declinare in senso forte<sup>36</sup>; b) il criterio ermeneutico di valutazione

---

35 Il problema per *le Authorities* implica che una (troppo estesa) limitazione dei loro poteri metterebbe in dubbio la loro esistenza (se è vero questo, il punto è che, nel caso delle Autorità, il legislatore non predetermina alcunché); mentre in senso più generale, la questione posta sul tappeto concerne la necessità di contemperare le esigenze di garanzia e quelle funzionali, di efficienza dell’azione amministrativa: la cd ‘amministrazione di risultato’ in cui rileva soprattutto il vincolo del fine, la realizzazione di quanto previsto dalla norma attributiva del potere. Secondo la nostra ottica, bisogna però tenere presente che la legalità nasce soprattutto come elemento di garanzia e tutela di chi è terzo rispetto al potere esercitato, e questa connotazione non può trovare limitazione o sfumare alla luce di interpretazioni eccessivamente funzionalistiche.

36 La declinazione in senso forte della legalità, trova peraltro sponda nella stessa Corte Costituzionale: si veda a titolo esemplificativo la sentenza n. 115/2011, intervenuta in merito all’art. 6 del d.l. n. 92/2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della l. n. 125/2008, nella parte in cui consentiva al Sindaco, in qualità di ufficiale del Governo, di adottare provvedimenti a “contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato” al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza. La questione riguardava la presenza della congiunzione “anche”, prima delle parole “contingibili e urgenti”; la congiunzione poneva dubbi di compatibilità con i principi costituzionali di



del potere è da porre in essere alla luce dei criteri della *strumentalità* e *necessità*, taluni poteri esercitati dalle *Authorities* - compreso quello in oggetto - sembrano debordare dal perimetro legislativo.

Per quanto infatti la *copertura legislativa* possa essere oggetto (soprattutto nell'ottica di chi predilige l'aspetto funzionale) di una interpretazione 'elastica', questa 'flessibilità' non può risolversi in una inammissibile delega in bianco; di conseguenza, le previsioni legislative che attribuiscono il potere in modo ampio e 'generico' (siccome connesso alla tutela di un bene o di un 'valore') pongono più di un dubbio di legittimità.

È necessaria una perimetrazione contenutistica e procedurale al fine di non impattare in un sindacato di illegittimità. Questa è la bussola che il legislatore deve tenere in considerazione nel conferimento del potere e l'interprete nello stabilire la legittimità<sup>37</sup>, a valle, dell'esercizio dello stesso<sup>38</sup>. Previsioni ampie e/o che stabiliscano "ulteriori misure" funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico pongono delle criticità in riferimento al rispetto del principio di legalità (inteso in senso formale ma soprattutto sostanziale) e alle citate esigenze di garanzia.

Queste considerazioni ci consentono a questo punto di avere delle più solide basi e chiavi di lettura per concludere le nostre riflessioni e mettere in luce talune criticità in merito all'affermazione della legittimità e correttezza del potere concretamente esercitato.

Come messo in evidenza nella parte in cui si sono illustrati i termini del contenzioso, l'individuazione di 'nuove categorie', cioè di ulteriori soggetti legittimati ad intervenire nella

---

legalità, tipicità e delimitazione della discrezionalità, enucleabili dagli artt. 23, 97, 70, 76, 77 e 117 della Costituzione. Nell'affermare l'illegittimità della previsione, la Corte ha ribadito la necessità che il potere amministrativo sia agganciato al principio di legalità: *“tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa [...]. Il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini.”*

37 Si veda però sul punto F. SAITTA, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità - del giudice amministrativo* – cit., pp. 126-127: “anche laddove il termine giuridico sia compiutamente definito dalla legge, poi, l'interprete è chiamato ad operare una ricostruzione che, muovendo dalla considerazione del regime giuridico di riferimento, è connotato da un notevole tasso di discrezionalità pure per quanto attiene alla fissazione legislativa del significato, sicchè, contribuendo tale operazione alla determinazione del precetto, non può dirsi che l'interprete sia vincolato ad un significato preconstituito. Nessuna tecnica interpretativa, d'altronde, può prescindere da aspetti valutativi”

38 “Il fatto che l'infelice formulazione del testo normativo renda spesso irrealizzabile il ruolo cognitivo e non creativo che l'art. 12, comma 1, delle Preleggi intende prescrivere all'interpretazione non vuol dire che quest'ultima consista, all'opposto, nell'invenzione o creazione dal nulla dei significati normativi”. Cfr. F. SAITTA, *Interprete senza partito? - Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo* - cit., p. 532



procedura extra-giudiziale (avente peraltro il carattere di *condizione di procedibilità* del ricorso<sup>39</sup>) pone per lo meno un dubbio di compatibilità con il principio di legalità sostanziale.

La previsione che attribuisce all’Autorità il potere di definire le modalità di risoluzione (per intenderci, l’aspetto squisitamente procedurale dell’attività extra-giudiziale) non si identifica (nell’ulteriore) potere di individuazione dei soggetti accreditati all’esercizio delle funzioni in esame. Siffatta legittimazione è frutto di una interpretazione estensiva dell’Autorità, che ha trovato l’avallo del giudice amministrativo sulla base del richiamo fatto alla legge istitutiva dell’Autorità; legge che le attribuisce il potere di disciplinare con proprie delibere le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze, definendo le relative procedure. Il riferimento alla definizione della procedura di mediazione - secondo la nostra ottica - sembrerebbe non attribuire in modo espresso il potere di individuare categorie abilitate ad intervenire nella procedura stessa.

Si potrebbe allora - al fine di individuarle - ricorrere alla teorica dei *poteri/competenze implicite* che, seppure non richiamata espressamente, i giudici amministrativi sembra abbiano sostanzialmente applicato nel momento in cui, infatti, hanno affermato che il potere di stabilire le regole procedurali “*implica necessariamente*” il potere di stabilire chi siano i soggetti accreditati ad intervenire nella procedura extra-giudiziale di mediazione.

Come precisato però, il ricorso alla categoria in oggetto, ha base interpretativa: diviene, per così dire, chiave di accesso ai fini dell’esercizio della funzione in ambiti complessi, eterogenei e *in evoluzione*; ma questo aspetto di carattere teleologico e funzionale non può determinare la dequotazione del principio di legalità; approccio funzionale che - com’è stato messo in evidenza in dottrina - è riconducibile al paradigma neoliberale che guarda “alla massima estensione della razionalità economica - quale regola di condotta - non solo agli individui e alle organizzazioni private, ma anche alle istituzioni pubbliche”<sup>40</sup>. Approccio che peraltro, ai

---

39 Secondo la sentenza in commento: “*indubbiamente si tratta di procedure che costituiscono condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale, ai sensi dell’articolo 3 del regolamento, che sancisce espressamente la improcedibilità del ricorso in sede giurisdizionale per le controversie tra utenti e operatori delle comunicazioni elettroniche qualora non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione disciplinato dal regolamento stesso. Tuttavia la natura di metodo alternativo di risoluzione delle controversie non implica necessariamente che la disciplina della procedura stragiudiziale debba essere curata con l’assistenza di un avvocato. Qualora la disciplina nazionale prevedesse l’assistenza obbligatoria di un avvocato per l’esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche, essa si porrebbe in contrasto con la direttiva europea richiamata, trattandosi di controversie instaurate dai consumatori utenti delle comunicazioni elettroniche. Ne consegue che l’articolo 2, comma 2, della legge numero 247 del 2012, recante la nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense, che riserva agli avvocati le attività di assistenza legale stragiudiziale, ove connesse alle attività giurisdizionali, non può essere interpretato nel senso di obbligare i consumatori ad avvalersi della difesa di un avvocato nell’ambito delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche*”.

40 Cfr. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in *Pubblico e privato nell’organizzazione e nell’azione amministrativa*, Atti del Convegno di Trento 7-8 Giugno 2012, (a cura di) G. FALCON - B. MARCHETTI, Padova, 2013, pp. 117 e 121. Questa chiave di lettura spiegherebbe la concentrazione del potere in capo all’Autorità con lo speculare indebolimento del principio di legalità: “questo nuovo modello di governo non si limita a ridurre la sfera di azione



fini 'compensativi', dovrebbe avere una più solida base, sotto il profilo anche della motivazione, in modo da chiarire in termini compiuti il perché della necessità e strumentalità dell'esercizio del potere e, conseguentemente, della sua legittimità.

Se dunque utilizziamo i criteri ermeneutici da noi richiamati, e se partiamo dalla prospettiva che non intende dequotare il principio di legalità<sup>41</sup>, possiamo giungere alla conclusione che l'individuazione, come esercizio di poteri/competenze impliciti, di una nuova categoria di soggetti accreditati, non sembra direttamente strumentale all'esercizio della funzione attribuita né, soprattutto, necessaria (necessità che, come detto, non è neanche supportata da un solido impianto motivazionale).

In definitiva, la mancata individuazione - oltre agli avvocati - di ulteriori categorie di soggetti accreditati, secondo la nostra ottica ricostruttiva non andrebbe ad inficiare l'obiettivo identificato dalla norma la quale prevede appunto che: *"l'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro."*

L'Autorità in tal caso ha alternative (posto che esiste già una categoria di soggetti che possono porsi all'interno del meccanismo di mediazione: gli avvocati); il mancato ricorso ad altra categoria non andrebbe a scalfire 'l'effetto utile' del suo intervento.

Il riferimento al meccanismo procedurale di mediazione (tempi, oneri, fasi etc.) che l'Autorità, in base alla legge, ha il potere di definire, non sembra un aspetto ontologicamente connesso alla necessità di individuare un (nuovo) soggetto legittimato ad intervenire nella procedura medesima. L'esercizio del potere, in tal caso, alla luce di una rigorosa applicazione del principio di legalità sostanziale, sembrerebbe fuoriuscire dai limiti attributivi della norma non ponendosi di conseguenza in asse con i parametri interpretativi a cui si è fatto riferimento.

---

dello Stato a favore del mercato, ma richiede un mutamento del ruolo dell'amministrazione che presuppone, tra l'altro, una tecnica indiretta di controllo dei privati."

41 non aderendo di conseguenza a logiche tese a dare eccessivo spazio a poteri non solo non espressamente attribuiti ma neanche riconducibili (in via mediata) alla funzione, in quanto debordanti dal perimetro normativo, dall'assetto dato.



# IL DIRITTO ALL'OBLIO TRA DIRITTO DI CRONACA, RIEVOCAZIONE STORICA E VINCOLO DI TUTELA DI UN BENE CULTURALE

Adriano Buzzanca

*Abstract (it):* l'a. analizza lo strumento rimediabile offerto dall'ordinamento nel bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca, qualora una notizia di cronaca riemerge a distanza di un notevole lasso di tempo su una testata giornalistica dichiarata di interesse culturale. Suscita infatti interesse il caso di colui che avendo commesso un illecito veda ricomparire su internet una vecchia notizia - pubblicata da una testata giornalistica sottoposta a vincolo culturale - che non è più sorretta dai requisiti della attualità e dell'interesse pubblico alla conoscenza. Invero, qualora la notizia dovesse permanere in rete e di conseguenza sulla testata giornalistica soggetta a vincolo culturale, risulterebbe stigmatizzante per la persona rischiando di ledere l'immagine in quanto non rispondente alla realtà oggettiva attuale.

*Abstract (en):* the author analyzes the remedial tool offered by the legal system in balancing the right to be forgotten and the right to report, if a news story re-emerges after a considerable period of time in a newspaper journalistic declared of cultural interest. In fact, the case of someone who, having committed an offense, sees an old news reappear on the internet - published by a newspaper subject to cultural constraints - which is no longer supported by the requirements of current events and the public interest in knowledge, arouses interest. Indeed, if the news were to remain on the net and consequently in the newspaper subject to cultural constraints, it would be stigmatizing for the person, risking damaging the image as it does not correspond to the current objective reality.

**SOMMARIO:** 1. Il rapporto tra l'esercizio del diritto di cronaca e la tutela della *privacy*. - 2. L'archivio sottoposto a vincolo di interesse culturale. - 3. *Right to be forgotten*. - 4. La finalità storica della notizia ed il rapporto con l'archivio vincolato di una testata giornalistica. Specificità del vincolo. - 5. Conclusioni.

## 1. Il rapporto tra l'esercizio del diritto di cronaca e la tutela della *privacy*.

Suscita particolare interesse il caso di chi voglia procedere alla rimozione di una notizia di cronaca che lo riguardi, qualora la stessa compaia su un quotidiano, il cui archivio sia stato dichiarato di interesse storico particolarmente importante ai sensi degli artt. 10, commi 3, 13 e 14 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, dopo che sia intercorso un notevole lasso di tempo dalla commissione di un illecito.



Ipotesi quest'ultima diversa da quanto previsto dalla c.d. riforma Cartabia<sup>1</sup> che ha sancito il caso in cui la *notitia criminis* sia stata archiviata, oppure, sia intervenuta una sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento che attribuisce al cancelliere l'obbligo di apporre la clausola con la quale venga preclusa l'indicizzazione del procedimento penale rispetto alle ricerche sui motori internet del nominativo dell'interessato.

Nel caso di specie è doveroso il bilanciamento<sup>2</sup> tra i vari diritti ed interessi in gioco, sia il diritto all'oblio e il diritto di cronaca. La legge diviene quindi uno strumento di soluzione dei conflitti e ne previene l'insorgere oltre in particolare ad evitare l'esposizione incondizionata dell'interessato all'utilizzo arbitrario dell'informazione.

In tema di deindicizzazione della notizia, la sentenza dell'8 dicembre 2022 della Corte di Giustizia ha previsto che il gestore di un motore di ricerca deve procedere alla deindicizzazione delle informazioni incluse nel contenuto indicizzato, quando il richiedente dimostri che siano manifestamente inesatte. Viene così delineato in concreto l'ambito di applicazione dell'art. 17 del Reg UE 679/2016 (GDPR) che espressamente riconosce il diritto all'oblio<sup>3</sup>.

La Corte di Cassazione con una recente ordinanza si è pronunciata sui confini della deindicizzazione<sup>4</sup>. Nel caso di specie i giudici di legittimità hanno esaminato il ricorso proposto da un motore di ricerca avverso la sentenza del Tribunale di Milano che disponeva la deindicizzazione di una notizia afferente al legame di parentela tra un soggetto ed una associazione di tipo mafioso. La sentenza del Tribunale di Milano provvedeva, altresì, al risarcimento dei danni morali per le sofferenze patite dalla vittima in ragione della perdurante diffusione di dati negativi. Il Tribunale, infatti, dopo aver accertato, con sentenza, l'illiceità del trattamento in ragione della falsità della notizia, ha riconosciuto il diritto dell'interessato alla deindicizzazione. Per quanto concerne la responsabilità di cui al d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, i giudici hanno ritenuto inapplicabile il regime in essa tipizzato.

Nella citata ordinanza la Cassazione aveva sancito che chi presta il servizio di *hosting* è responsabile con riguardo al contenuto delle informazioni ai sensi del d.lgs. 70/2003, art.16, sia qualora egli sia a conoscenza dell'illiceità dell'informazione e sia nei casi in cui non agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per precludere l'accesso in seguito alla avvenuta conoscenza dell'illiceità della notizia.

Nel rinvio pregiudiziale operato alla Corte di Giustizia<sup>5</sup>, l'Avvocato generale ha interpretato l'art. 17, par. 3, lett. a) del reg. 2016/679, rilevando che nell'ambito di una domanda di deindicizzazione, l'interessato deve fornire un principio di prova della falsità dei contenuti ove ciò non risulti manifestamente impossibile o eccessivamente difficile.

1 P. MONTELLA, *Il diritto all'oblio nella riforma Cartabia*, in <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com>, 3.02.2.2023.

2 A. BUZZANCA, *Il diritto all'oblio*, in *Pandora. Le ultimissime tracce per il concorso in Magistratura. Civile, Penale, Amministrativo*, Nel Diritto, Roma, 2015 p. 15 e ss.

3 P. DE MARINIS, *Oblio, internet e tutele. L'inibitoria*, in *Quaderni foro nap.*, 2021, *passim*.

4 Cass., ord., 8 giugno 2022, n. 18430, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); C. PERLINGIERI, *Diritto all'oblio*, in P. PERLINGIERI *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli, 2022, pp. 199-201.

5 Giust. Eu, Grande Sezione, 8/12/2022 n. C-460/20, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).



Il gestore del motore di ricerca, in seguito alla segnalazione dell'interessato, dovrà procedere a verificare l'esattezza dell'informazione pubblicata anche con l'editore della pagina web indicizzata. Pertanto, al fine di andare esente da responsabilità il gestore del motore di ricerca potrà sospendere temporaneamente l'indicizzazione oppure indicare nei risultati della ricerca, a cui rinvia il link, che la veridicità delle informazioni è contestata.

Un'altra pronuncia significativa si registra in tema di rapporto tra diritto all'oblio e diritto di informazione, quale interesse a conoscere fatti e notizie, ad essere informati e ad informare. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 19681 del 22 luglio 2019, sono intervenute sul bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto d'informazione. In particolare<sup>6</sup>, hanno precisato che la ripubblicazione di avvenimenti e notizie che hanno in precedenza rivestito interesse pubblico, non comportano per il giornalista l'esercizio del diritto di cronaca ma solo quello alla rievocazione storica di fatti e notizie, sempre che non emergano elementi nuovi per cui la notizia ritorni di attualità<sup>7</sup>. Infatti, il diritto di cronaca ha ad oggetto un racconto che sia caratterizzato dalla contemporaneità, collegato ad un determinato contesto, diffuso attraverso la stampa o altri mezzi di diffusione.

Secondo la Cassazione, salvo che non riemergano nuovi elementi la nuova diffusione di una notizia del passato, anche qualora fosse stata di sicura importanza, costituisce una attività storiografica che non è munita della stessa garanzia costituzionale prevista per il diritto di cronaca.

Invero, il diritto di informazione, può certamente sussistere rispetto a fatti molto lontani nel tempo, ma questo non consente un'automatica diffusione dei dati personali indipendentemente dalla utilità della notizia per la collettività. La rievocazione storica di vicende relative ad eventi del passato deve svolgersi in forma anonima in quanto l'individuazione degli autori del fatto non produce utilità per la collettività, invero, più si va a ritroso nel tempo, più ci si avvicina al diritto all'oblio. Ciò in quanto il decorso del tempo costituisce una linea di demarcazione tra il diritto di cronaca e quello alla riservatezza inteso come diritto all'oblio, già ampiamente trattato in altra sentenza per il caso della diffusione di notizie personali in una determinata epoca ed in un determinato contesto che non legittimano, di per sé, che le stesse vengano utilizzate molti anni dopo, in una situazione del tutto diversa e priva di ogni collegamento col passato<sup>8</sup>.

Ancora, le Sezioni Unite, nel richiamare la sentenza del 5 aprile 2012, n. 5525, affrontano il problema dei rapporti tra le notizie pubblicate concernenti fatti di interesse pubblico, attinenti a questioni giudiziarie, e il permanere nell'archivio informativo di un grande quotidiano nazionale e di conseguenza nella rete internet. Proprio con riferimento alla questione della pubblicazione di articoli di stampa contenuti in archivi anche digitali di quotidiani, si pone il difficile bilanciamento tra i diritti in argomento, soprattutto nel caso in cui l'archivio sia

---

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Le Sezioni Unite sul rapporto tra il cd. Diritto all'oblio e la rievocazione di vicende concernenti eventi del passato*, su [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it),

<sup>7</sup> V. CARDONE-F. CRISCUOLO-F. VERRI, *Cronaca, critica e satira: istruzioni per l'uso*, La Tribuna, Piacenza, p. 170 e ss.

<sup>8</sup> Cass., 26 giugno 2013, n. 16111, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)



sottoposto a vincolo con la dichiarazione dell'interesse storico particolarmente importante ai sensi dell'art 10, comma 3, lett. b) d.lgs. n. 42/2004 s.m.i..

A riguardo, occorre premettere che il motore di ricerca opera come un *gatekeeper* dell'informazione<sup>9</sup>. Tale funzione sostanzialmente assolve ad uno strumento di controllo<sup>10</sup> del flusso delle informazioni contestuale attraverso i c.d. "cancelli", dei motori di ricerca come Google, ed ha conseguenze sia sulla libertà di espressione che su quella di informazione prevista dall'art. 11 della Carta, come anche sui diritti al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali enunciati agli artt. 7 e 8 della stessa.

In particolare, i risultati, quali le pagine web e le informazioni, che derivano da una ricerca attraverso un motore di ricerca del nome di una persona facilita notevolmente l'accessibilità delle stesse informazioni al *quisque de populo*, svolgendo in tal modo un ruolo decisivo nella diffusione e quindi sulla libertà di espressione e d'informazione<sup>11</sup>.

Per la stessa ragione, tale situazione risulta idonea ad incidere sul diritto fondamentale al rispetto della vita privata della persona interessata rispetto alla pubblicazione da parte dell'editore della suddetta pagina web, come la Corte ha avuto modo di precisare nella sua giurisprudenza.

A suffragio della citata tesi, occorre riconsiderare le riflessioni della sentenza del 13 maggio 2014 della Corte di Giustizia sul caso Google Spain e Google, ove la Corte ha definito come "trattamento dei dati" il rinvenimento delle informazioni in rete attraverso i motori di ricerca, su internet, con l'automatica indicizzazione, la temporanea memorizzazione e la messa a disposizione degli utenti soprattutto ove vi sia il riferimento ad informazioni che contengano dati personali ciò indipendentemente dal fatto che i citati dati abbiano costituito oggetto di pubblicazione su internet e non siano stati oggetto di modifica da parte del motore di ricerca.

Infatti, il gestore del motore di ricerca, ai sensi della direttiva 95/46, art. 2, lett. d), è considerato "responsabile" atteso che lo stesso determina sia le finalità che gli strumenti dell'attività di ricerca.

Di converso, l'interpretazione che esclude che il motore di ricerca possa definirsi come "responsabile" sulla base del fatto che non sarebbe in grado esercitare alcun controllo sui dati pubblicati sul web risulterebbe contraria non solo alla ratio normativa ma rischierebbe di vanificare l'esercizio dell'azione di tutela in modo completo ed efficace da parte degli interessati<sup>12</sup>. Considerato che l'attività del motore di ricerca va ad incidere sui diritti

9 Cioè espressione con la quale si designano le entità la cui attività è necessaria per permettere l'inserimento nel circuito della comunicazione democratica delle opinioni o delle informazioni prodotte da terzi in Corte di giustizia dell'Unione europea - Conclusioni dell'avvocato generale nella causa C-460/20.

10 A. VIGENTINI, *I principi di privacy by design e privacy by default*, in AA.VV., *Compliance. Privacy, Trasparenza, Anticorruzione Antiriciclaggio, Responsabilità degli enti*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 64-73

11 M. GIORDANO-R. LANZA, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Il diritto di essere dimenticati. Il casi decisi dal garante*, in *Diritto Civile*, Key Ed., Trieste, 2021, p. 35 ss.

12 Il trattamento di dati personali - che consiste nel far apparire i dati sulla pagina Internet - nell'ambito dell'attività di un motore di ricerca risulta diverso da quello operato nei siti web dagli editori e si aggiunge ad esso in causa C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de



fondamentali della persona con riferimento alla vita privata il gestore (quale soggetto che individua le finalità e gli strumenti della indicata attività) nell'ambito della propria competenza e per quanto possibile, deve assicurare che l'attività espletata debba essere conforme alle prescrizioni di cui alla direttiva 95/46, ciò affinché possa essere garantita una tutela efficace agli interessati.

Quanto espresso risulta confermato sia dalla disciplina della direttiva 95/46 (art. 8, par. 1 e 5 e art. 9, par. 1), sia dal RGPD (art. 10): sul gestore incombono gli obblighi che fanno capo sia al "responsabile" che al "titolare" del trattamento come anche i divieti e le limitazioni in materia di dati sensibili che incidono sia sul grado della responsabilità che sugli obblighi concreti. Invero, il gestore risulta responsabile della indicizzazione dei dati del web e non di quanto compare sullo stesso; in tal modo esso dovrà procedere, in base alla richiesta dell'interessato, alla verifica sotto il controllo delle competenti autorità e operando un bilanciamento dei diritti in base al caso concreto, considerando anche le caratteristiche ambientali di internet.

Più in concreto, il riflesso sui diritti fondamentali<sup>13</sup> derivante dalla ricerca del proprio nominativo tramite un motore non può essere pretermesso al mero interesse economico del gestore e la rimozione del *link* deve essere bilanciata con l'interesse degli utenti ad accedere alla notizia. Già la sentenza Google Spain<sup>14</sup> aveva evidenziato la necessità di un bilanciamento tra i diritti su indicati, ribadendo che di regola i diritti dell'interessato prevalgono sulla libertà di informazione degli utenti di Internet. Tale equilibrio può a sua volta dipendere dalla natura dell'informazione, dal suo carattere sensibile per la vita della persona interessata, nonché dall'interesse del pubblico a disporre della citata informazione; quest'ultima può essere suscettibile di variazioni in ragione del ruolo che tale persona riveste nella vita pubblica.

Il bilanciamento tra i diritti di pari rango deve avvenire con riferimento al caso concreto e non in astratto ciò affinché ciascuno dei diritti (il rispetto della vita privata, la protezione dei dati personali, il diritto ad essere informati ed informare qualora la persona rivesta un ruolo pubblico) subisca il minor pregiudizio ed al contempo il gestore del motore di ricerca possa individuare i contenuti da includere nelle ricerche e quelli da escludere.

Il richiedente, qualora veda disattesa la sua richiesta di indicizzazione, si potrà rivolgere al Garante per la Protezione dei dati personali o in subordine all'autorità giudiziaria competente,

---

Datos, Mario Costeja González. Tale attività infatti «può incidere significativamente sui diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, nel caso in cui la ricerca con l'aiuto di tale motore venga effettuata a partire dal nome di una persona fisica, dal momento che detto trattamento consente a qualsiasi utente di Internet di ottenere, mediante l'elenco di risultati, una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che toccano potenzialmente una moltitudine di aspetti della sua vita privata e che, senza il suddetto motore di ricerca, non avrebbero potuto – o solo difficilmente avrebbero potuto – essere connesse tra loro, e consente dunque di stabilire un profilo più o meno dettagliato di tale persona».

13 M. PENNASILICO, *Ambiente, mercato e bilanciamento degli interessi antagonisti il lato oscuro della transizione ecologica*, Agrigento 24 settembre 2021, *passim*, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it)

14 I. M. ALAGNA, *Diritto all'oblio e mancato oscuramento dei dati. Responsabilità, profili sanzionatori e rimedi pratici attivabili*, Giuffrè Francois Lefebvre, Milano, 2022, p. 11.



affinché svolte le idonee verifiche e qualora sussistano i presupposti, venga ordinato al gestore la rimozione e l'adozione di ogni conseguente misura.

## 2. L'archivio sottoposto a vincolo di interesse culturale.

La vicenda<sup>15</sup> oggetto di esame da parte della Cassazione, ord. 18 febbraio – 19 maggio 2020, n. 9147 del 19 maggio 2020, n. 9147<sup>16</sup> deriva dal ricorso promosso da un soggetto che assumeva di aver patito un pregiudizio della propria immagine. Infatti, le informazioni, inserite nell'archivio della testata giornalistica, di cronaca giudiziaria comparivano ogni qual volta veniva digitato il suo nome e cognome attraverso il motore di ricerca "Google Italia"<sup>17</sup>.

In particolare veniva evidenziato nelle notizie di cronaca giudiziaria che il reo aveva patteggiato una pena conseguente al reato di frode in pubbliche forniture, sostituzione di persona e falso in atto pubblico commesso da privato. Il tribunale accertata la persistenza in rete delle notizie in questione accoglieva la domanda giudiziale proposta in conseguenza dell'illegittimo trattamento dei dati personali in quanto i fatti oggetto della notizia erano rimasti in rete.

Il Tribunale aveva già evidenziato la finalità di cronaca giornalistica della notizia la cui funzione risultava esaurita con la sentenza di patteggiamento in mancanza di qualunque altro nuovo elemento che potesse essere utile ad attribuire attualità alla notizia.

Il *right to be let alone*<sup>18</sup> rappresenta il c.d. diritto all'oblio ovvero il diritto ad essere lasciati da soli cioè la volontà dell'interessato ad ottenere la non menzione di una vicenda negativa che lo riguardi, inteso come il diritto ad escludere i terzi dalla conoscenza della notizia<sup>19</sup>, affinché la stessa non cagioni una pubblicità negativa che incida sulla sfera intima della persona<sup>20</sup>. In tal modo viene posto l'accento sul concetto di riserbo e sulla riservatezza che fungono da ostacolo alla divulgazione e alla pubblicizzazione della notizia.

Pertanto, qualora ci sia una lesione del diritto alla riservatezza operata dai *mass media* il soggetto che si ritenga leso potrà avvalersi di strumenti di tutela incidenti sul controllo delle modalità di circolazione della notizia e delle informazioni personali proprio in ragione dell'autodeterminazione informativa tesa a delineare la sfera privata della persona<sup>21</sup>.

15 Cass., ord., 19 maggio 2020, n. 9147, in *Leggi d'Italia*, Wolter Kluwer.

16 Cass., ord., 18 febbraio - 19 maggio 2020, n. 9147, in *La Cassazione sui tempi dell'oblio. L'importanza del fattore temporale sul diritto*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).

17 L. SIRACUSA, *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, in *Quad. dir. pen. comp. intern. europ.*, Giappichelli Ed., Torino, 2022, p. 372-373.

18 S. SABAH-AL FEDAGHI, *The right to be let alone and private information*, in *Enterprise Information System*, VII, Springer 2006, pp. 157-166.

19 S. WARREN-L. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard law rev.*, Vol. 4, 15.12.1800, pp. 193-220.

20 S. RODOTÀ, *Freedom and Dignity*, in *26<sup>th</sup> International Conference on Privacy and Personal Data Protection*, Poland, Wroclaw 14, 15, 16 September 2004.

21 Il Codice della Privacy ha operato un riordinamento della materia, trovando applicazione la tutela dei dati personali delle persone e di altri soggetti in una società in cui l'avvento delle nuove tecnologie determini una maggiore attenzione sulla raccolta organizzata dei dati personali.



La finalità della citata disciplina è quella creare un rapporto che possa garantire la corretta gestione dei dati personali o dei sensibili in armonia con i diritti fondamentali della persona in una accezione di chiara strumentalità della prima ai secondi.

Il diritto alla riservatezza<sup>22</sup> va letto non in senso statico ma in senso dinamico quale diritto alla protezione dei dati personali. Alla luce di quanto su espresso, il trattamento dei dati deve rispondere al principio di proporzionalità, di pertinenza e di non eccedenza<sup>23</sup> rispetto agli scopi per i quali i dati stessi sono raccolti, ciò affinché vengano rispettati i diritti fondamentali dell'individuo e la sua dignità, per cui il passato non rappresenti una spada di Damocle sia per il presente che per il futuro<sup>24</sup>, vulnerando così anche il principio di certezza del diritto.

### 3. *Right to be forgotten.*

Il diritto all'oblio<sup>25</sup> deve intendersi anche come diritto alla riservatezza e condivide con quest'ultimo la sua natura di diritto della personalità che si esplica in rapporto all'esercizio del diritto di cronaca attraverso il bilanciamento degli interessi coinvolti (artt. 2 e 21 Cost.; art. 8 Cedu; artt. 7 e 8 della cd. Carta di Nizza), rispetto alla peculiarità del caso concreto. Tutto questo va esaminato in relazione allo sviluppo tecnologico e alle modalità di diffusione della notizia<sup>26</sup>.

Ciò che invece distingue il diritto all'oblio da quello alla riservatezza, riguarda il fattore tempo quale elemento determinante.

Il diritto all'oblio, inteso in una accezione dinamica, si distingue rispetto alla riservatezza<sup>27</sup> e quest'ultimo a differenza del primo impedisce la divulgazione di notizie e fatti appartenenti alla sfera più intima della persona<sup>28</sup> che possano riemergere in un diverso lasso temporale<sup>29</sup>.

Sono rilevanti ai fini della pubblicazione della notizia i requisiti dell'attualità e dell'utilità sociale che devono essere presenti sin dalla prima pubblicazione, pertanto, il tempo diviene un bene fondamentale per l'individuo, in quanto incide sulla sua personalità e sulla nuova pubblicazione della notizia già divulgata in passato. Infatti, la pubblicazione nuova ed in epoca successiva rischia di tracciare una immagine diversa rispetto a quella reale della persona con

22 M. BARBARO, *Government Interference with the Right to Privacy: is the Right to Privacy an Endangered Animal?*, in 6 Can. J. Hum. Rts. 2017, p. 127 ss.

23 G. AGRIFOGLIO, *Risarcimento e quantificazione del danno da lesione della privacy: dal danno alla persona al danno alla personalità*, in *Eu. e dir. priv.*, 2017, p. 1265 ss.

24 cfr. già Cass., 04 gennaio 2011, n. 186, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); Cass. Civ. 05 aprile 2012, n. 5525, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

25 M. PARTIPILO, *L' oblio della notizia. Tra nuove leggi e ultime sentenze quale destino per il diritto di cronaca?*, Centro doc. giorn. Ed., 2020, p. 157 e ss.

26 Cass., 27 marzo 2020, n. 7559, in <https://www.cortedicassazione.it>;

27 Cass., 09 aprile 1998 n. 3679, in <https://www.cortedicassazione.it>; individuava il diritto all'oblio nel giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata.

28 V. CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1002.

29 I.M. ALAGNA, *Diritto all'oblio*, cit., p. 18.



conseguente grave di nocumento per la sfera dell'identità personale e della reputazione sotto il profilo dell'immagine<sup>30</sup>.

Il c.d. *right to be forgotten*<sup>31</sup> consiste nel diritto a non essere esposti per un tempo immemorabile, ad una notizia relativa a fatti passati, peraltro, priva del requisito della attualità, con il rischio di vedere compromessa la propria sfera di riservatezza e la propria reputazione in seguito alla ripubblicazione dopo un notevole lasso di tempo. Qualora ci sia una nuova attualizzazione della notizia<sup>32</sup>, l'interessato potrà ottenere il riconoscimento del diritto all'oblio facendo così riemergere l'importanza del diritto alla riservatezza, alla reputazione e alla identità personale ciò al fine di evitare il concretizzarsi di un danno all'immagine, in seguito alla nuova pubblicazione, derivante da una distorta percezione<sup>33</sup> della realtà.

Il diritto all'oblio diviene, quindi, una naturale conseguenza della corretta applicazione dei principi generali in materia di diritto di cronaca, inoltre, lo stesso viene qualificato come il diritto ad essere dimenticato e a tenere riservati<sup>34</sup> fatti che non siano più attuali in rapporto all'evoluzione tecnologica della società digitale<sup>35</sup>.

La *ratio* del nuovo Codice in materia di protezione dei dati personali è quella di consentire all'individuo di governare, il c.d. *workflow*, ossia quei dati che sono pubblicati liberamente sui *network*. Infatti, il citato Codice, attraverso la positivizzazione dell'art. 136, in materia di protezione dei dati personali, definisce non legittimo il trattamento per scopi giornalistici qualora sia tale da consentire l'identificazione per un tempo superiore a quello utile agli scopi per i quali sono stati trattati. In tal caso l'interessato potrà chiedere qualora sia lesa tale norma la cancellazione, la trasformazione, il blocco, ovvero la rettificazione, l'aggiornamento, l'integrazione ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. a) e b) e comma 4, lett. a) del codice in materia di protezione dei dati personali<sup>36</sup>.

Nella indicata accezione normativa il diritto all'oblio non si riferisce più al lasso di tempo che intercorre tra la pubblicazione della notizia e la sua riattualizzazione ma alla permanenza

---

30 A. ADINOLFI-A. SIMONCINI, *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, ESI, Napoli, 2022, p. 309-405.

31 I.M. ALAGNA, *Diritto all'oblio*, cit., p. 1.

32 Cass., ord., del 19 maggio 2020, n. 9147, in *Leggi d'Italia*, Wolter Kluwer; come evidenziato dalla Suprema Corte, una notizia in seguito al decorso del tempo perde la connotazione pubblica ed il fatto riacquisisce una dimensione privata.

33 La Cass. a Sez. Un., con sentenza del 22 luglio 2019, n. 19681 in cui si afferma il principio di diritto in un caso in cui il diritto di cronaca, era affermato in seguito ad un rielaborazione storica. In particolare, il caso in cui una vecchia notizia veritiera abbia esaurito la funzione del diritto di cronaca ma si riattualizzi in quanto legata ad un nuovo fatto; cfr I.M. ALAGNA, *Diritto all'oblio*, cit., p. 9.

34 A. ADINOLFI-A. SIMONCINI, *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie*, cit. 509.

35 M. FRATINI, *Il diritto all'oblio in Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2021-2022, pag. 197.

36 Cass., 05 aprile 2012 n° 5525, in <https://www.altalex.com>; Cass., 24 giugno 2016, n. 13161, in <https://www.altalex.com>, sulla definizione del diritto all'oblio; ed espressamente, sul punto, tra le molteplici assunte, Garante Privacy dec. del 7 luglio 2005, in <https://www.garanteprivacy.it/>



nel mondo virtuale ponendo l'accento ulteriormente sul rapporto che intercorre tra memoria sociale ed il diritto del singolo in una accezione collettiva<sup>37</sup>.

#### **4. La finalità storica della notizia ed il rapporto con l'archivio vincolato di una testata giornalistica. Specificità del vincolo.**

La giurisprudenza di legittimità<sup>38</sup> ha ulteriormente esaminato il caso del trattamento dei dati qualora venga in ballo una notizia di cronaca transitata nell'archivio *on-line* della testata giornalistica, in tal modo amplificandone gli effetti, e quest'ultima resti accessibile nel *web* tramite l'indicizzazione profilata dai motori di ricerca, riproponendo il bilanciamento tra il diritto all'oblio ed il diritto di cronaca quest'ultimo nella finalità storico-archivistica della notizia.

In tal caso, occorre verificare la compatibilità dell'archiviazione della notizia per finalità storiche con l'interesse pubblico, fortunatamente risolto dalla lettura in combinato disposto degli artt. 11 e 99 del Codice della protezione dei dati prevedendo che: «l'archiviazione delle notizie per finalità storica è un trattamento compatibile con quello iniziale a scopo giornalistico e che esso può essere svolto anche oltre il periodo di tempo necessario per conseguire i diversi scopi per i quali i dati sono stati in precedenza raccolti o trattati e, ancora, nell'art. 4 del medesimo testo normativo che, al comma 4, lett. a), riconosce della finalità storica un'accezione ampia, destinata a ricomprendere con quella di studio, indagine e ricerca anche quella di documentazione di figure, fatti e circostanze del passato».

Tale principio in realtà era stato già affermato dalla Cassazione con la ordinanza del 19 maggio 2020, n. 9147, che letto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle suindicate disposizioni di legge. Infatti, qualora le norme non venissero lette nel senso su rappresentato si correrebbe il rischio di ledere i diritti fondamentali della persona a vantaggio della diffusione di una notizia di cronaca riemessa dopo un lungo lasso temporale, che non risulti più attuale, e che non risulta rispondente all'interesse pubblico di venirne a conoscenza.

In seguito ad una richiesta di deindicizzazione presentata al gestore di un motore di ricerca, i diritti fondamentali della persona andranno ad essere esaminati in concreto tenendo in debito conto le circostanze che emergono e lo sviluppo tecnologico di Internet.

Pertanto, il giudizio di bilanciamento del dato che è stato archiviato nella testata giornalistica va esaminato in combinato disposto con il diritto all'oblio, garantendo la prevalenza di quest'ultimo - con la conseguente rettifica - ove l'informazione giornalistica originaria non sia più rispondente a verità<sup>39</sup>.

37 A. ADINOLFI-A. SIMONCINI, *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie*, cit., p. 557

38 I.M. ALAGNA, *Diritto all'oblio*, cit., p. 21.

39 Cass., ord., del 19 maggio 2020, n. 9147, in *Leggi d'Italia*, Wolter Kluwer. Per siffatto bilanciamento la persona protagonista della notizia, salvi i limiti di verità di quest'ultima, non potrà ottenerne la cancellazione dall'archivio di un giornale *on-line* invocando il diritto ad essere dimenticata e tanto nell'assoluta finalità documentaristica dell'archivio inteso, nei suoi contenuti, quale declinazione del diritto all'informazione.

Il diritto all'oblio, alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte, si concretizza con riferimento alla lesione patita dall'interessato a causa dell'accesso generalizzato degli utenti all'archivio giornalistico digitale, come avviene anche per il cartaceo, ove le notizie sono riportate in ordine cronologico, inoltre, le stesse devono risultare non anonime ed essere contestualizzazione (c.d. indicizzazione), diversamente dagli archivi c.d. appiattiti.<sup>40</sup>

Proprio in vista di quanto esposto la giurisprudenza di legittimità ed i giudici di Lussemburgo hanno definito il gestore di un motore di ricerca o l'*internet service provider* (ISP) quale "responsabile" del trattamento dei dati personali rispetto all'attività sua propria di indicizzazione dei risultati, e non di pubblicazione dei contenuti<sup>41</sup>.

Le attività che il gestore dei motori di ricerca esercita con la raccolta, registrazione e l'organizzazione dei dati nei programmi a disposizione degli utenti sotto forma di elenchi determina che lo stesso elimini i *link* delle pagine web, anche pubblicate da terzi, che contengano informazioni indesiderate<sup>42</sup>. Giova osservare che un trattamento lecito *ab origine* possa con il decorso del fattore tempo divenire incompatibile con quanto previsto dall'art. 17 GDPR, qualora i dati raccolti non rispondano più alle finalità sia in quanto non più pertinenti, ovvero inadeguati, ovvero rispetto al tempo trascorso. Alla luce di quanto esposto, si deduce che anche una notizia di cronaca - su un quotidiano dichiarato di interesse culturale - possa essere non più attuale e comparando sui motori ricerca, vada rimossa o deindicizzata.

La Corte di Giustizia, Grande Camera, nella causa C-136/17<sup>43</sup>, sancisce l'importanza del bilanciamento degli interessi in gioco che riguardano il rapporto tra il diritto della persona e diritto all'informazione, infatti, il gestore del motore di ricerca deve intervenire sulle informazioni indicizzate attraverso l'eliminazione del *link* di raccordo verso le pagine dell'archivio *on line* anche quando la pubblicazione sul *web* sia lecita, così come dovrà procedere alla attualizzazione della notizia di una vicenda giudiziaria facendo comparire prima, i *link* verso pagine *web* che contengano informazioni attuali dell'interessato<sup>44</sup>.

Il decorso del tempo o il mantenimento di una notizia senza limiti temporali, rispetto a fatti commessi in passato, implica che l'interessato acquisisca il diritto di esercitare un controllo sul trattamento dei dati anche nei confronti dei terzi responsabili, al fine di mantenere per se notizie relative al passato e a non subire lesioni della propria riservatezza accedere ad una tutela consistente nella deindicizzazione della notizia.

Il diritto all'oblio, ferma restando la liceità della prima pubblicazione della notizia, dovrà essere bilanciato con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto quale diritto di

40 Con la citata ordinanza la Cassazione definisce l'indicizzazione come una operazione con cui il gestore del motore di ricerca inserisce nel proprio software i contenuti di un sito web che viene acquisito nel primo. Gli archivi appiattiti sono quelli invece non organizzati e strutturati, isolati ed incapaci di contestualizzare le notizie.

41 I.M. ALAGNA, *Diritto all'oblio*, cit., p. 39; Cass., ord., del 19 maggio 2020, n. 9147, cit.

42 A. ADINOLFI-A. SIMONCINI, *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie*, cit., p. 119.

43 M. FRANCESCHELLI, *Diritto all'oblio, si alla deindicizzazione ma rimane l'archivio giornalistico*, in <https://www.altalex.com>

44 AA.VV. *Sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo concernenti lo Stato Italiano*, in *Oss. sent. Corte europ. dir. uomo*, Quaderni n. 18, Camera dei deputati, 2022, p. 119.



manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica nei limiti suindicati.<sup>45</sup>

La Cassazione, con una recentissima pronuncia, ha sancito che non sussiste un obbligo di carattere generale del gestore di un sito *web* alla cancellazione, alla deindicizzazione, e all'aggiornamento di un articolo a stampa (sebbene la notizia fosse stata pubblicata legittimamente) di fatti risalenti se non vi sia specifica richiesta dell'interessato, invero, l'obbligo di provvedere diventerebbe tipico e senza indugio solo qualora ci sia una domanda da parte dell'interessato<sup>46</sup>.

In particolare, per le cose appartenenti ai privati, l'assoggettamento alla disciplina prevista per i beni culturali non può prescindere da un'apposita dichiarazione dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 10 comma 3, del d.lg. n. 42/2004. Tale dichiarazione è volta ad accertare l'effettiva sussistenza di un interesse culturale di particolare importanza, o avente carattere eccezionale per l'eventualità in cui si tratti di raccolte librerie o di collezioni<sup>47</sup>.

## 5. Conclusioni.

Nel caso di archivio vincolato di testata giornalistica i principi che soccorrono sono quelli dell'art. 126, comma 2, del dlgs 42/2004, secondo il quale «su richiesta del titolare medesimo, può essere disposto il blocco dei dati personali che non siano di rilevante interesse pubblico, qualora il loro trattamento comporti un concreto pericolo di lesione della dignità, della riservatezza o dell'identità personale dell'interessato» e che tale disposizione normativa, in quanto norma di carattere specifico, non può essere considerata avulsa dai principi giuridici suindicati.

Pertanto, tali principi devono orientare l'interprete all'esame del caso concreto in ordine alla possibilità di deindicizzazione di una notizia che rinviene dai motori, (contenuta

---

45 O. SPATARO, *Il diritto all'oblio tra definizione sostanziale e rimedi di tutela. Riflessioni alla luce della giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di deindicizzazione*, Franco Angeli, Milano, 2023, p. 113-239. A ciò si aggiunga che ad avviso della Cassazione, il Tribunale avrebbe dovuto esaminare il lasso di tempo intercorso tra il patteggiamento la notizia giornalistica. Nel caso di esito positivo, accertato il fattore tempo, era necessario procedere al bilanciamento tra i diritti in gioco, e verificare se il titolo della notizia mantenuta visibile attraverso la consultazione all'epoca dei fatti prevedesse la possibilità del diritto all'oblio oppure la persistenza dei diritti di cronaca giudiziaria ed archiviazione. Solo così avrebbe dovuto valutare la possibilità di deindicizzazione della notizia dai motori quale rimedio sufficiente e, in correlazione a ciò, i profili di eventuale responsabilità dell'editore in proposito.

46 Una recentissima sentenza della Cass., 7 marzo 2023, n. 6806, con nota di I. ALAGNA, *Diritto all'oblio: solo dopo richiesta della parte il sito web deve cancellare la notizia*, *www.altalex.com*, evidenzia che le testate giornalistiche possono pubblicare notizie di carattere giudiziario che siano attuali e di interesse e le persone in esse citate possono chiedere un aggiornamento delle stesse a seguito degli sviluppi giudiziari che le testate sono tenute a modificare tempestivamente. Solo nel caso di inadempimento la testata potrà essere ritenuta responsabile con conseguente obbligo di risarcire il danno. In mancanza della richiesta dell'interessato, le testate non sono tenute all'aggiornamento o alla cancellazione della notizia

47 A. BUZZANCA, *La valorizzazione dei beni culturali di appartenenza privata tra atti e rapporti. profili civilistici*, ESI, Napoli, 2019, p. 52 e ss.

nell'archivio di un quotidiano, dichiarato di interesse storico particolarmente importante ai sensi degli articoli 10 c. 3, 13, 14 del d.lgs 42/2004) attraverso un bilanciamento tra i vari diritti ed interessi che vengono in gioco nel diritto all'oblio, rispetto al diritto di cronaca, tenendo conto del fattore tempo intercorso e del ruolo rivestito dall'interessato nella società.

In quest'ultimo caso, il bene resta di appartenenza privata ma, in conseguenza del particolare regime cui è sottoposto, in combinato disposto con l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico sotteso alla dichiarazione di interesse culturale, è assoggettato a particolari regole di conservazione, tutela e valorizzazione: la proprietà del privato deve convivere con le prerogative pubblicistiche che incidono sulle facoltà di godimento e di disposizione del bene.

Gli archivi privati hanno una importanza notevole per il patrimonio culturale nazionale e rappresentano per le competenti istituzioni un compito importantissimo teso non solo ai profili di conservazione e di tutela ma soprattutto alla promozione della valorizzazione, atteso l'elevato rischio di dispersione, distruzione, per l'abbandono, la mancanza di fondi o finanche il disinteresse dei proprietari soprattutto in caso di successione ereditaria.

Infatti, la funzione di tutela del bene culturale - che comprende tutte le prescrizioni, le misure, gli interventi volti a garantire la natura del bene stesso, in conformità alla sua destinazione d'uso, affinché venga realizzato l'interesse della collettività alla fruizione integrale del bene stesso - è il risultato di una elaborazione interpretativa maturata alla stregua dell'evoluzione del rapporto tra proprietà del privato e pubblici poteri, che ha conosciuto diversi stadi, in ragione della preponderanza di particolari interessi incorporati nel bene, passando da una prima fase, caratterizzata dalla coesistenza dell'interesse del proprietario al godimento del bene e dell'interesse pubblico alla conservazione dello stesso; ad una seconda fase, in cui a tali interessi si è affiancato quello della collettività al godimento del bene, introducendo così un nuovo obiettivo dell'azione dei pubblici poteri, rappresentato, proprio, dalla valorizzazione dei beni culturali ai fini della fruizione pubblica degli stessi.

Quindi un diritto soggettivo della personalità tutelato come principio costituzionale a non impedire - senza ragione - la fruizione dei beni culturali. Un diritto di ciascuno verso chiunque abbia la disponibilità del bene (*diritto erga omnes*).

Ciò premesso l'esercizio del diritto all'oblio risulta essere un diritto il cui esercizio è autonomo rispetto alla culturalità del bene ed il cui archivio non patisce alcun pregiudizio dalla deindicizzazione diversamente dal caso della rimozione della notizia dall'archivio dichiarato di interesse culturale della testata.

# IL RITORNO DELLO STATO PROGRAMMATTORE: TRANSIZIONE ECOLOGICA, RIFORMA DELL'ART. 41 COST. E NUOVI MODELLI D'INTERVENTO PUBBLICO

*Con una nota sul ruolo di banca d'Italia<sup>1</sup>*

**Matteo Milanesi<sup>2</sup>**

*Abstract (IT):* Muovendo dalla revisione costituzionale di cui alla L. Cost. 1/2022, il contributo si focalizza sul futuro dell'art. 41, co. 3 Cost. La norma, da lungo tempo considerata inapplicabile, è stata infatti illuminata di luce nuova dalla citata riforma, che ha rivitalizzato i temi della programmazione economica, collegandoli alle esigenze ambientali. Ricostruiti brevemente gli sviluppi storici della pianificazione e della costituzionalizzazione dell'ambiente, il *paper* analizza i profili di compatibilità tra strumenti di intervento pubblico e ordinamento europeo. Da ultimo, l'articolo esamina un pregevole esempio di programmazione diretta a fini ambientali: quello di Banca d'Italia.

*Abstract (EN):* Moving from the constitutional revision made with the L. Cost. 1/2022, the paper aims to analyze new applications of art. 41.3 of the Italian Constitution. The rule, which has been considered inapplicable since years, is going to enter in a new season. In fact, with the reform, economic programs are considered a legal method of public policy; a method that can now be conducted even to pursue environmental scopes. The article concludes with the exam of the Banca d'Italia's case, which can be considered a lucky example of economic planning.

**SOMMARIO.** **1.** Il diritto della transizione: la L. Cost. 1/2022 tra bilanci e innovazioni. **2.** Vicende di una norma: a proposito dell'art. 41 Cost. **3.** La progressiva introduzione dell'ambiente nella Costituzione economica. Focus sull'art. 41, co. 3 Cost. **4.** Il ritorno dello Stato: quale programmazione per il XXI secolo? **5.** Alla ricerca del modello adeguato: la programmazione economico-ambientale in Banca d'Italia.

---

1 Questo scritto nasce nell'ambito della Scuola di specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica – S.P.I.S.A. dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

2 Specializzando in Studi sull'Amministrazione Pubblica – S.P.I.S.A., Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.



## 1. Il diritto della transizione: la L. Cost. 1/2022 tra bilanci e innovazioni.

Con la legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022<sup>3</sup>, il Parlamento italiano ha introdotto nella Costituzione repubblicana la logica della transizione<sup>4</sup>. In un periodo di profonda trasformazione sociale – dovuto, *in primis*, alla ripresa post-pandemica – le Camere hanno infatti positivizzato taluni contenuti di sicuro rilievo, che muovono da un'attenzione al tema ambientale; per farlo, si è abbracciata una visuale prospettica, orientata non solo alla disciplina del presente, ma, precipuamente, al legame tra presente e futuro<sup>5</sup>.

Forte di questa idea, il legislatore della riforma ha inciso sugli articoli 9 e 41 della Carta. Quanto al primo articolo, esso impone oggi alla Repubblica di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, «anche nell'interesse delle future generazioni», demandando altresì alla legge la disciplina de «i modi e [del]le forme di tutela degli animali». In relazione all'art. 41, la legge di revisione ha modificato i commi secondo e terzo, con un doppio risultato: da un lato, ha posto l'ambiente come limite negativo alla libertà d'impresa<sup>6</sup>, la quale non può dunque svolgersi in modo da arrecarvi danno; dall'altro, ha rivitalizzato il ruolo dello Stato programmatore, atteso che si ammette oggi che la «legge determin[i] i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

Le novelle hanno animato il dibattito giuspubblicistico, il quale si è anzitutto focalizzato su un vaglio dell'utilità dell'intervento. Le tesi, diverse, vanno essenzialmente in due direzioni; a tal riguardo, si è proposto di operare una distinzione tra revisioni-bilancio e revisioni-programma<sup>7</sup>, come pure di trattare – analogamente – di efficacia dichiarativa o costitutiva delle

3 Per una breve ricostruzione della genesi della riforma: D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 260 ss.

4 Intesa come «un insieme complesso di programmi, di piani, di norme e di risorse dedicate» ad un obiettivo (G. SEVERINI, *La "transizione" come ordinamento giuridico*, 24 novembre 2022, disponibile online su [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)). Per ulteriori approfondimenti: V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014.

Per N. PETTINARI, con la L. Cost. 1/2022 si è avuta la positivizzazione della retorica della resilienza (ID., *La positivizzazione normativa della 'retorica della resilienza'. Riflessioni sulla crisi dei fondamenti pluralisti e sociali nel costituzionalismo italiano del tempo presente*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2022).

5 Giocherebbe un ruolo dirimente il riferimento alle generazioni future, oggi contenuto all'art. 9 Cost. Cfr.: L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali. Rassegna*, n. 2/2022 pp. 21-39; G. SOBRINO, *Le generazioni future entrano nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2022, pp. 139-165; N. M. TRITTO, *I limiti all'iniziativa economica privata e la salvaguardia delle future generazioni alla luce delle recenti modifiche alla Costituzione*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 1/2022, pp. 64-71. Per ulteriori contributi, si legga il fascicolo n. 2/2022 di *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, che ha dedicato ampio spazio alla questione.

6 Il novellato comma dispone che l'iniziativa economica privata, libera, «[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.»

7 G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione: una svolta storica per l'ambiente o "molto rumore per nulla"?*, in *Queste istituzioni*, n. 1/2022.



riforme<sup>8</sup>. Al primo indirizzo debbono ascriversi le opinioni di chi ritiene che la riforma realizzi «cambiamenti formalmente non così necessari»<sup>9</sup>, mentre sul lato opposto si collocano i più concilianti, secondo cui la L. cost. 1/22 – pur non instillando nel sistema novità assolute – vanta qualche pregio nella sistematizzazione della materia ambientale<sup>10</sup>. Non mancano, in ogni modo, voci più critiche, che denunciano il carattere ideologico della revisione<sup>11</sup> se non la sua inopportunità, che si integra nella modifica dei principi fondamentali dell’ordinamento, quali sono quelli espressi nei primi dodici articoli della Carta<sup>12</sup>.

Dato atto di questo dibattito, il presente contributo intende muovere da un profilo preciso: la riforma dell’art. 41, co. 3 della Costituzione. Trattasi infatti di un intervento che illumina di luce nuova una disposizione a lungo dimenticata, se non derubricata – come si vedrà *infra* – a «residuo storico»<sup>13</sup>, figlio di un’epoca lontana e, di conseguenza, materiale d’interesse per i soli antiquari del diritto.

---

8 E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, p. 2.

9 F. CORTESE, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in *Ambientedititto.it*, n. 4/2022, p. 2. In particolare, in ordine alla riforma dell’art. 41, ritiene E. JONA che «non convince la specificazione di tutela della salute e ambiente nell’articolo dedicato alla libertà d’iniziativa economica privata. Si tratta, a parere di chi scrive, di una ripetizione non necessaria e di un dettaglio che si pone in contrasto con il senso stretto della Costituzione repubblicana, ossia come programma universale» (EAD., *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell’ambiente e della salute*, in *Federalismi.it*, n. 2/2023, p. 106).

10 Su tutti, M. CECCHETTI, per il quale il diritto costituzionale dell’ambiente «sconta tutte le debolezze e le incertezze del diritto di formazione pretoria, ossia di un diritto inevitabilmente connotato da quei caratteri di frammentarietà, precarietà e incompletezza che discendono dalla sua origine casistica e che, proprio per questo, rendono di per sé ragione [...] della sicura utilità intrinseca di un intervento di normazione positiva che valga anche solo a tradurre e consolidare in proposizioni normative gli approdi giurisprudenziali che possano essere ritenuti ormai condivisi e irrettrabili, acquisendoli così definitivamente al patrimonio della Carta costituzionale e della comunità repubblicana di riferimento.» (ID. *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 296).

11 Per G. DI PLINIO, ad esempio, la riforma è da ricondurre ad una tendenza precisa: la «(ir)resistibile invasione di ‘nuovi’ diritti fondati su un nucleo, una “super-etica” del *politically correct*. Un nucleo curioso, sfuggente, proteiforme, ma percepito come bellissimo e irresistibile, come sublimazione dell’umanesimo e della civiltà, proprio mentre fa a pezzi le fondamenta illuministiche di entrambi. Un nucleo che rischia di infettare la costituzione, soprattutto la costituzione economica (introducendo vincoli inusitati e irrazionalità alla produzione e distribuzione di beni e servizi e conseguentemente amputando la ricchezza della nazione), ma anche la costituzione dei diritti (brutalizzando il bilanciamento e ricalibrando le gerarchie dei valori), ma rischia anche di inaridire le stesse radici del costituzionalismo delle origini.» (ID. *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, p. 2).

12 T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, p. 2.

13 N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*, in *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 101.



## 2. Vicende di una norma: a proposito dell'art. 41 Cost.

È dunque necessario fare un passo indietro e tornare alla genesi della Costituzione economica. Come noto, nella fase transitoria, si riappropriarono del dibattito pubblico tutte le forze politiche che, nel corso del Ventennio, erano state schiacciate dalla dottrina ufficiale: quella promossa dal partito unico. Così, in Costituente, trovò di nuovo spazio il pluralismo, tanto che – tradizionalmente – alla Carta si riconosce un carattere compromissorio. La compromissorietà toccò anche il tema economico, evidentemente caro a tutta l'Assemblea, unanimemente impegnata nel gettare le basi della ricostruzione post-bellica<sup>14</sup>.

Ciò valse anche per le scelte in materia di programmazione dell'economia. Infatti, anche se il dibattito si assestò inizialmente su posizioni antipodali<sup>15</sup>, l'unità di intenti venne raggiunta grazie ad un oculato bilanciamento tra personalismo e solidarismo: l'iniziativa economica veniva rilevata quale libertà (ancorché non fondamentale<sup>16</sup>; art. 43, co. 1), ma contestualmente sottoposta al vincolo dell'utilità sociale (co. 2) e assoggettata alle possibilità di indirizzo e coordinamento a fini sociali (co. 3). Il ragionamento alla base di questa operazione venne ben esposto dall'On. Ruini: «L'idea [...] è quella del coordinamento, in quanto nessuna economia può ormai prescindere da interventi statali; il comunismo puro e il liberalismo puro sono due ipotesi e schemi astratti che non si riscontrano mai nella realtà [...]. La realtà è sempre una sintesi, una risultante della vita economica.»<sup>17</sup>

Con il confezionamento di una formula volutamente poco divisiva, l'Assemblea costituente scelse scientemente di esprimere un contenuto di principio<sup>18</sup>. La vaghezza della norma, la sua indeterminatezza fu, in altri termini, una scelta di tecnica legislativa. È ben noto, del resto, che

---

14 Per una ricostruzione storica delle posizioni sulla programmazione nella fase antecedente alla Costituente, si legga S. B. BATIGNANI, *La programmazione*, in G. MORI (a cura di), *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 103-137.

15 Plasticamente rappresentate dagli artt. 37 e 39 del Progetto di Costituzione, presentato dalla Commissione dei 75 all'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947. Forte di un'impostazione solidarista, l'art. 37 statuiva, al comma primo, che «[o]gni attività economica privata o pubblica deve tendere a provvedere i mezzi necessari ai bisogni individuali ed al benessere collettivo»; proseguiva, al comma secondo, così: «[l]a legge determina le norme ed i controlli necessari perché le attività economiche possano essere armonizzate e coordinate a fini sociali.» Per converso, l'art. 39 – pur non ignorando le istanze sociali – faceva leva su di un personalismo di fondo: «[l]'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo tale da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.»

Cfr., su questi temi, R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, vol. I, p. 848 ss.

16 Per F. GALGANO si tratta della meno garantita tra le libertà (ID., *Art. 41*, in G. BRANCA [a cura di], *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1982, vol. *Rapporti economici*, t. II [art. 41-44 ], p. 26).

17 A.C., p. 3936, citato in V. FALZONE-F. PALERMO-F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, Milano, 1980, p. 141, a cui si rinvia anche per una breve ricostruzione del dibattito in Assemblea.

18 Si confronti M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Diritto amministrativo. Rivista trimestrale*, n. 1/2008, p. 124.



la malleabilità dei concetti-valvola è talora più idonea a governare contesti complicati<sup>19</sup>; in tal senso, nelle clausole generali si ha una «carica d'indeterminatezza concettuale [...] ricercata a bella posta per raggiungere effetti di giustizia»<sup>20</sup>, posto che «i diversi atteggiamenti culturali possono meglio riconoscersi in un ordinamento costruito a maglie larghe, anziché in una legislazione che procede attraverso prese di posizione nette e intransigenti.»<sup>21</sup> Ciò vale doppiamente per i testi costituzionali, atteso che «[l]a indeterminatezza ed elasticità delle formulazioni rispecchia incertezze che in un'epoca di trapasso [...] sono inevitabili.»<sup>22</sup>

Tutto ciò, chiaramente, si scontra con l'intransigenza di chi pretende un diritto assolutamente certo e prevedibile<sup>23</sup>, poiché il significato della clausola generale si costruisce *in itinere*. Questo è quel che è accaduto, di fatto, anche con l'art. 41 Cost., le cui locuzioni più controverse – «utilità sociale», «programmi e controlli opportuni», «fini sociali» – sono state lasciate alla disponibilità legislativa e pretoria.

La costruzione dell'aggettivo «sociale», dal canto suo, ha visto sviluppi continui<sup>24</sup>. Un'efficace ricostruzione dei valori implicati dal termine si ha con la sentenza 58/2018, che precisa come l'attività produttiva non debba «recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona.»<sup>25</sup>

Meno decisa, invece, è stata la definizione delle nozioni «programmi» e «controlli». Secondo certa impostazione, ciò è primariamente dovuto alla «mancanza di reali decisioni strategiche e di un progetto complessivo chiaro di politica economica»<sup>26</sup>, nonché ad una «tradizionale tendenza al consociativismo in campo economico, che alimenta la preferenza da parte dei

---

19 Cfr., sul tema, l'importante contributo di G. ZAGREBELSKY: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

20 M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, II ed., Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 140.

21 *Ibid.*

22 U. COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, p. 382.

23 Per una ricostruzione critica della certezza del diritto come prevedibilità, cfr. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005. Si legga anche: M. AINIS, *La lingua del legislatore*, in S. TRAVERSA (a cura di), *Scienza e tecnica della legislazione. Lezioni*, Jovene, Napoli, 2006, p. 7 e ID., *La legge...*, etc., p. 120 ss. Ulteriori spunti nelle seguenti voci enciclopediche: S. PRADUROUX, *Certezza del diritto*, in *Digesto online*, Torino, UTET, 2014; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto online*, Torino, UTET, 1988.

24 Si veda L. CASSETTI, *Articolo 41*, in F. CLEMENTI *et al* (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna, 2018, vol. I, p. 268.

25 C. cost., sent. 58/2018, considerando in diritto 3.3.

26 M. RAMAJOLI, *op cit.*, p. 152.



titolari della libertà economica a condizionare anticipatamente l'esito dello scontro tra interesse privato e interesse pubblico rispetto al momento della formalizzazione in legge»<sup>27</sup>.

In assenza di univoci indirizzi giurisprudenziali e regolatori, la portata di tali concetti è stata precisata dalla speculazione dottrinale. A partire dalla differenza tra «pianificazione» e «programmazione», così autorevolmente descritta: «la prima coercitiva, la seconda indicativa; la prima compatibile solo con regimi economici di proprietà pubblica dei mezzi di produzione, come quello sovietico, la seconda anche con regimi ad economia mista»<sup>28</sup>. Dette categorie sarebbero da tenere distinte da un *tertium genus*, quello della regolazione, che meramente si limiterebbe «a porre le condizioni dell'agire, vale a dire a prefigurare i criteri di comportamento ai quali i destinatari si uniformano nei loro rapporti reciproci senza interferire sul contenuto o sugli scopi.»<sup>29</sup>

Da ciò deriva una conseguenza lineare: la programmazione coinciderebbe con l'eterorganizzazione dell'impresa, la definizione esterna degli scopi della medesima da parte dei pubblici poteri<sup>30</sup>. Senonché, questa constatazione, portata alle estreme conseguenze, rischierebbe di vanificare quel nucleo duro, quel portato di indissolubile libertà codificato all'art. 43, co. 1 della Carta. La Costituzione, nonostante la presenza di diverse disposizioni dal sapore antiliberista<sup>31</sup>, non si spinge a tanto<sup>32</sup>. È necessario dunque rimarcare la *non* autoritatività dell'intervento pubblico<sup>33</sup>, che si compendia – diffusamente – nella legislazione promozionale, nella contemplazione di benefici fiscali condizionati, nell'attribuzione di finanziamenti con vincolo di scopo<sup>34</sup>.

Come noto, peraltro, nel corso della Prima Repubblica, l'attività pubblicistica non si è limitata ai patti o alle collaborazioni con il mondo privato: lo Stato è entrato a gamba tesa nella realtà economica, certe volte intestandosi la gestione diretta dei servizi pubblici, certe altre

27 *Ibid.* Sul consociativismo, cfr. anche G. U. PAPI, *Limiti di una programmazione di sviluppo*, in AA.VV. *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Vallecchi, Firenze, 1969, v. 3 - Rapporti sociali e economici, p. 201.

28 S. CASSESE, *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in ID. (a cura di) *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari-Roma, 2021 p. 23.

A onor del vero, tale distinzione è da taluni ritenuta «priva di rilievo giuridico» (N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Il Mulino, Bologna, 2009, p.16).

29 *Ivi*, p. 208.

30 Cfr. A. GENTILI, *L'iniziativa economica privata*, in AA.VV., *I rapporti economici nella Costituzione. Rassegna di 40 anni di giurisprudenza sul titolo III*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 90.

31 C. BUCCI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1990, vol. V, p. 368.

32 Si legga F. GALGANO, secondo cui «la Costituzione [...] [r]espinge un modello di governo *burocratico* dell'economia, che soffoca il mercato; formula un modello di governo *democratico* dell'economia, che libera il mercato [...]. L'idea di una pianificazione centralizzata, che faccia dei privati imprenditori i meri esecutori di un piano elaborato nella sede politica, è certamente lontana dalla nostra Costituzione [...]» (ID., *op cit.*, p. 54.)

33 F. ZUELLI, *Economia (interventi pubblici nell')*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, p. 3.

34 Sulle modalità di programmazione: S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 30 ss.; N. RANGONE, *op cit.*, p. 147 ss.



interpretando in prima persona la funzione imprenditoriale. Così, nato lo Stato imprenditore e sviluppatosi il reticolo dell'interventismo, l'azione statale deviava gradualmente verso l'assistenzialismo<sup>35</sup>; il debito pubblico, di conseguenza, cresceva a spron battuto<sup>36</sup>, sino ad incappare nelle riforme degli anni Novanta.

Con l'adesione della Repubblica Italiana all'Unione Europea, il controllo pubblico dell'economia ha infatti visto una attenuazione (auto)obbligata. Ridimensionato il ruolo dello Stato, la disciplina della programmazione è andata scomparendo. La dottrina si è affrettata a celebrare il commiato dell'art. 41, co. 3 Cost., variamente definito in «progressiva disapplicazione»<sup>37</sup>, se non in «quiescenza»<sup>38</sup>.

### 3. La progressiva introduzione dell'ambiente nella Costituzione economica. Focus sull'art. 41, co. 3 Cost.

Le vicende dell'art. 41 si legano a doppio filo alle evoluzioni del diritto costituzionale dell'ambiente. Come già precisato, con la sentenza 58/2018 si sono tirate le fila di quella costruzione progressiva del valore-ambiente che per lungo tempo ha caratterizzato le pronunce della Consulta. Sicché, era ormai indubbio che nella locuzione «utilità sociale» potesse individuarsi anche l'esigenza ecologica, con la conseguenza che una «copertura» costituzionale sussisteva, a ben vedere, anche prima della L. cost. 1/2022<sup>39</sup>. Comunque sia, vi è chi rimarca il ruolo non indifferente della recente positivizzazione: essa consentirebbe di giustificare in modo più preciso ed incisivo l'intervento dello Stato ai fini ambientali,

---

35 Anche i favorevoli all'intervento pubblico rilevano questo profilo. Per E. PICOZZA, le forme costituzionali italiane «appaiono coerenti con la categoria dello Stato sociale; e idonee sia ad una sua potenziale trasformazione in "Stato socialista" sia alla degenerazione verso il modello dello "Stato corporativo-assistenziale" (come in effetti sembra essere successivamente avvenuto.» (ID., *Intervento dello Stato in economia e finalità sociali: dalla programmazione economica imperativa e per obiettivi alla dismissione dei beni e delle aziende pubbliche. Una parabola necessaria?*, in R. DI RAIMO-V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 43).

36 Per una ricostruzione storico-economica: P. BATTILANI-F. FAURI, *L'economia italiana dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 129 ss. e p. 173 ss.

37 S. BARTOLE-R. BIN, *Art. 41*, in IID. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 420.

38 R. NIRO, *op cit.*, p. 862 s.

39 Cfr., *ex multis*: L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 197; F. CORTESE, *op cit.*, p. 2.; A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2022, p. 14 ss.; F. MARCONI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e obiettivi di sostenibilità nel framework europeo: il ruolo delle Corti verso la transizione verde*, in *Ambientedititto.it*, n. 3/2022, p. 18 ss.



finalmente giuridificato in una disposizione sovra-ordinata e, quindi, blindato anche in punto di formalismo<sup>40</sup>.

La riforma, in ogni modo, interroga gli interpreti anche in relazione ad un profilo più pregnante: il bilanciamento. Nella sistematica costruita sino ad oggi dalla Consulta, la posizione di parità dei diversi diritti è stata considerata alla stregua di un assioma, atteso che – usando le parole della Corte – «l'illimitata espansione di uno dei diritti» farebbe divenire quest'ultimo «“tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»<sup>41</sup>. La revisione dell'art. 41, co. 2 avrebbe però, secondo alcuni, mutato i termini del raffronto tra le diverse posizioni e, quindi, si profilerebbe una rinnovata logica del bilanciamento, il quale potrebbe essere condotto, in futuro, con un maggiore ossequio nei confronti di un valore – quello ambientale – oggi topograficamente collocato tra i Principi fondamentali della Costituzione<sup>42</sup>.

Se la novella del comma secondo dell'art. 41 Cost. apre ad una stagione di possibili mutamenti, ciò vale ancor di più per la revisione del terzo. È stato infatti sostenuto, di recente, che la funzione programmatoria pubblica sarebbe stata nientemeno che *riesumata* grazie alla riforma<sup>43</sup>. In tal senso, secondo una tesi, avrebbe trovato posto nella Carta un primo accenno al tema dell'economia circolare; tema il cui sviluppo – in coerenza con la tradizione della norma di cui trattasi – sarebbe stato lasciato alla libera determinazione del legislatore<sup>44</sup>.

Non mancano, anche qui, opinioni dottrinali di segno opposto, volte ad evidenziare come «una funzionalizzazione delle attività economiche a fini ambientali pote[ss]e ritenersi già dotata di adeguata copertura costituzionale»<sup>45</sup>. La posizione è avallata dalla giurisprudenza costituzionale, la quale – in passato – ha avuto modo di esprimersi in materia, affermando *expressis verbis* la piena possibilità di una direzione dei processi produttivi a tali scopi<sup>46</sup>.

---

40 M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4/2022, p. 814.

41 C. cost., sentt. 85/2013 e 58/2018.

42 G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 478; A. MORRONE, *Fondata sull'ambiente*, in *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4/2022, p. 789 e s.; secondo M. CECCHETTI verrebbe in rilievo la categoria del principio supremo (ID., *La disciplina sostanziale...*, cit., p. 798).

43 M. MELI, *op cit.*, p. 6. Per M. BENVENUTI «l'ambiente arricchisce l'orizzonte teleologico a cui l'attività legislativa di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata, precedentemente correlata ai soli “fini sociali”, è attualmente preordinata.» (ID., *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2/2023, p. 70.)

44 Cfr. F. MARCONI, *op cit.*, p. 12. *Contra*: R. MONTALDO, secondo cui – tra le pecche della riforma – si rinviene proprio la mancata introduzione dello sviluppo sostenibile e dei modelli da esso implicati (ID., *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13/2022, p. 209 ss.).

45 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, p. 146.

46 C. cost., sent. 267/2016, considerando in diritto 4.1, riportato efficacemente da L. CASSETTI, *ult. op cit.*, p. 200 e s.



#### 4. Il ritorno dello Stato: quale programmazione per il XXI secolo?

Che si aderisca all'una o all'altra scuola, l'esito materiale non muta; in definitiva: è oggi possibile concepire l'ambiente «non solo come limite, ma anche come vincolo positivo dell'attività economica»<sup>47</sup>. La *ratio* di tale scelta deve essere individuata nello spirito che fonda unitariamente la riforma, ossia nell'idea di una simbiosi tra uomo e ambiente<sup>48</sup>, la quale si esplica inevitabilmente nella predisposizione di misure di *governance* del sistema produttivo. In questo senso, i fini ambientali ed i fini sociali contemplati dall'art. 41, co. 3 Cost. debbono essere considerati un tutt'uno e perseguiti in una logica olistica e coerente<sup>49</sup>.

Ciò posto, è necessario domandarsi in che termini la (nuova?) funzione programmatica dello Stato possa dirsi compatibile con il diritto europeo. È necessario evidenziare la progressiva estensione dell'intervento UE, che – in prospettiva ambientale – ha adottato un approccio sempre più espansivo<sup>50</sup>. Dimostrazione di questa sensibilità si è avuta, di recente, con il varo di due strumenti fondamentali: l'*European Green Deal*<sup>51</sup> ed il *Next Generation EU*<sup>52</sup>. Il primo – dal taglio programmatico – si sostanzia in una strategia di crescita sostenibile che mira, tra l'altro, «a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze»<sup>53</sup>. Il secondo – dal carattere pratico – prevede la corresponsione agli Stati membri di fondi caratterizzati da un vincolo di destinazione; tra gli obiettivi contemplati trova spazio – entro il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (DRR)<sup>54</sup> – la tutela dell'ambiente<sup>55</sup>. Dei fondi stanziati grazie al dispositivo possono beneficiare gli Stati che

47 V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2023, p. 21.

48 Cfr. *ivi*, p. 10 e s. *Contra*: B. BOSCHETTI, secondo cui con questa riforma si sarebbe abbandonata definitivamente la logica antropocentrica dello sviluppo economico, in favore del primato ecologico (ID., *Eco-design giuridico (trasformativo) per la "net-zero age" e la sua economia*, in *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4/2022, p. 834 ss.).

49 Scrive condivisibilmente M. CECCHETTI che «[l]e due categorie di finalità [...] non si presentano scisse l'una dall'altra, come se le attività economiche potessero essere indirizzate e coordinate liberamente verso quelle del primo tipo o verso quelle del secondo; il compito del legislatore è di perseguirle assieme, necessariamente armonizzando le une con le altre e viceversa; i fini ambientali non possono costituire un obiettivo autonomo, ma debbono essere realizzati congiuntamente ai fini sociali, assicurando che la transizione ecologica verso cui deve essere indirizzato lo sviluppo dell'economia proceda di pari passo con lo sviluppo sociale, ossia con una specifica attenzione alle esigenze di giustizia, di equità nell'allocazione dei costi e di eguaglianza sostanziale.» (ID., *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2022, p. 353). Si veda anche ID., *Virtù e limiti...*, cit., p. 147.

50 Per una ricostruzione: G. LUCHENA, *Gli aiuti alle imprese per la transizione ecologica*, in ID.-B. RAGANELLI, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, Giappichelli, Torino, p. 265 ss.

51 Approvato dalla Commissione con l'atto COM/2019/640.

52 Consiglio europeo, conclusioni del 21 luglio 2020.

53 COM/2019/640, p. 2.

54 Regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.

55 Art. 3, lett. a cit.



abbiano predisposto Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza; nel caso italiano, l'ambiente viene espressamente contemplato dalla Missione 2, efficacemente denominata «rivoluzione verde e transizione ecologica»<sup>56</sup>.

Il complesso di queste riforme integra un «cambio di paradigma» da parte delle istituzioni eurounitarie<sup>57</sup>, le quali si atteggiano oggi con un fare più morbido rispetto a quello del passato; l'UE «guardiana della spesa», a lungo tempo criticata, risulta oggi fortemente ridimensionata. Secondo alcuni, si starebbe dunque profilando un *welfare State* europeo, caratterizzato – anzitutto – da una maggiore attenzione ai temi del progresso sociale e dei diritti<sup>58</sup> e – in secondo luogo – da un legame meno marcato con le istanze del *laissez faire*, oggi stemperato dalle ragioni del solidarismo. Conseguentemente, l'«economia sociale di mercato», abbracciata dall'art. 3.3 T.U.E., starebbe finalmente entrando in una nuova stagione: quella della sua attuazione<sup>59</sup>.

Si noti: mera attuazione, non introduzione *ex novo*; a rigore, non si versa oggi in una situazione di mutamento *giuridico* del diritto originario, bensì di mutamento *politico* nella concretizzazione del medesimo; cambiamento, quest'ultimo, che si ripercuote nelle scelte di diritto derivato. Del resto, era già stata autorevolmente affermata – in tempi non sospetti – l'estraneità del «fondamentalismo di mercato» ai principi europei<sup>60</sup>, i quali non avversano sempre e comunque l'intervento pubblico, ma si limitano ad evitarne le storture. Di conseguenza, azioni più decise da parte delle istituzioni europee ben avrebbero potuto trovare spazio in altre fasi della storia economica recente, non dissimili da quella attuale. Alla luce di queste considerazioni, si può cogliere come il ritorno dello Stato<sup>61</sup> non confligga con il sistema delineato dai Trattati, ma costituisca una scelta di merito, di indirizzo politico, certamente valida ed efficace. Conseguentemente, nella modifica dell'art. 41, co. 3 Cost. si può cogliere un rinvio al nuovo corso del diritto europeo; in ultima analisi, l'ordinamento nazionale si pone in simbiosi con quello internazionale regionale e lo accosta in questa fase di transizione<sup>62</sup>.

Sicché, i recenti sviluppi del diritto dell'economia non rinnegano la logica del contenimento dell'intervento pubblico; logica cara al diritto europeo, che da sempre tutela il libero mercato e promuove la moderazione della spesa. Anche a fronte delle novità di cui si discorre, non bisogna dunque dimenticare i limiti invalicabili dell'attività statale. In altri termini: se è vero

56 Approfondimenti sono disponibili sul sito [www.italiadomani.gov.it](http://www.italiadomani.gov.it)

57 Si legga F. SCUTO, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 916 ss.

58 Cfr. A. MONTESANO, *L'art. 41 Cost. alla prova dell'emergenza da Covid-19: un'inevitabile soluzione emergenziale o un nuovo bilanciamento tra mercato e diritti della persona?*, in *Federalismi.it*, n. 3/2023, p. 112.

59 Cfr. F. SCUTO, *L'intervento...*, cit., p. 937.

60 Si leggano: G. PITRUZZELLA, *La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in *Federalismi.it*, 1° agosto 2018; ID., *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi.it*, 20 marzo 2019.

61 Per un vaglio di questo tema, cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in ID. (a cura di) *La nuova costituzione economica*, cit., p. 400 ss.

62 Su questo tema si leggano le considerazioni di F. SAIITO, *I diritti della sfera economica e l'intervento pubblico nell'economia*, in R. BIFULCO et al (a cura di), *I diritti e i doveri costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 322 e s.



che si è di fronte ad un rinnovato ruolo della programmazione e dell'intervento pubblico, è altrettanto vero che questi non potranno assumere i caratteri del passato, ma dovranno innestarsi su di un sistema di pesi e contrappesi.

Sembra dunque da rigettare la prospettiva di un ritorno alle nazionalizzazioni massive o alla decisa estensione del controllo pubblico delle società, così come non pare pensabile postulare un ruolo per gli aiuti c.d. a pioggia<sup>63</sup>. Del resto, anche i sostenitori del rinnovato rilievo degli strumenti tradizionali ben evidenziano come le applicazioni dei medesimi debbano essere sottoposte ad un vaglio di efficienza, efficacia ed economicità<sup>64</sup>. Dunque, il criterio economico (quantomeno di lungo periodo) farà sempre da contraltare alle ragioni della spesa<sup>65</sup>: solo attraverso un esame costi-benefici delle misure è infatti possibile individuare il punto di equilibrio degli interessi in gioco.

Così, scartata l'ipotesi del ritorno al passato, restano esperibili procedimenti più morbidi di finalizzazione dell'attività economica. Fatto salvo l'intervento regolatorio puro, consistente nella disciplina giuridica dell'impresa<sup>66</sup>, assume quindi un rilievo centrale lo schema degli incentivi e dei disincentivi, ossia di quella programmazione indicativa e non imperativa di cui si è già trattato *supra*<sup>67</sup>. Del resto, che il diritto eurounitario abbracci la condizionalità come via maestra di attuazione dell'indirizzo politico è più che dimostrato<sup>68</sup>.

Non fa eccezione la transizione ecologica ricercata dal PNRR, ad oggi perseguita con gli strumenti dei finanziamenti a fondo perduto ovvero a tasso agevolato. Si tratta di un modello di prevenzione c.d. di mercato<sup>69</sup>, in cui la convenienza imprenditoriale – e non la minaccia sanzionatoria dello Stato – fa da leva al progresso ecologico. Tuttavia, nonostante gli encomiabili obiettivi, il sistema non è esente da critiche. La principale si sostanzia nella sua parzialità, a fronte del fatto che una seria programmazione economica richiederebbe sforzi superiori e prospettive pluriennali qualificate<sup>70</sup>.

---

63 In questo senso anche V. DE SANTIS, per cui «il ritorno dell'intervento pubblico non si concretizza certo nella riedificazione dello Stato imprenditore.» (EAD., *op cit.*, p. 25).

64 F. SCUTO, *op cit.*, p. 927 ss.

65 Questo concetto è espresso da F. ZUELLI con riferimento alla impresa pubblica: «[i]gnorare questo, violare i limiti imposti dal criterio di economicità significa, oltre che violazione di legge, creare disfunzioni e contraddizioni non soltanto sui singoli assetti imprenditoriali, ma su interi comparti della nostra economia.» (*op cit.*, p. 6).

66 Su questo si legga M. ALLENA (*Cosa cambia con l'ambiente tutelato dalla Costituzione*, in [www.lavoce.it](http://www.lavoce.it)), la quale ritiene che ben possano essere adottati dai legislatori nazionali sistemi di *due diligence* orientati alla tutela dei diritti umani e ambientali.

67 § 2. Si legga, inoltre, V. DE SANTIS, *op cit.*, p. 27.

68 Per maggiori approfondimenti sulla condizionalità europea si legga la sezione «Dibattiti» del n. 1/2023 di *Diritto pubblico comparato ed europeo* (p. 279 ss.); *ivi*, in particolare, il contributo di M. DANI (*L'invasione condizionalità macroeconomica del dispositivo per la ripresa e la resilienza*, pp. 285-290).

69 Su questo: M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2019, p. 176.

70 Su questo punto, cfr. M. LIBERTINI, *Per una ripresa della cultura della programmazione. A proposito di PNRR e problemi di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 6.



Proprio a partire dai difetti dell'attuale sistema si possono tratteggiare le prospettive future. È stato correttamente osservato che «oggi non si tratta più di riconoscere il valore dell'ambiente, bensì di assegnare ad esso il suo posto»<sup>71</sup>. Ebbene: stante la trasversalità ed il carattere penetrante del tema, pare necessario attuare strategie di integrazione della tutela ambientale all'interno del complesso delle politiche pubbliche<sup>72</sup>. In tal senso la programmazione, non solo economica, potrebbe spiegare il proprio principale effetto positivo: agevolare il perseguimento di obiettivi strategici di lungo periodo grazie alla consapevolezza scientifica del presente<sup>73</sup>.

## 5. Alla ricerca del modello adeguato: la programmazione economico-ambientale in Banca d'Italia

La costruzione di un nuovo modello di programmazione, in cui le esigenze ambientali rivestano un ruolo significativo, non richiede esperimenti di fantasia. Non si tratta, dunque, di redigere un libro dei sogni, né di fondare *ex novo* strategie mai sperimentate. A ben guardare, il panorama italiano vede un esempio di programmazione economico-ambientale che rispetta i crismi poc'anzi enucleati. Si tratta di quella realizzata da un'istituzione di primaria importanza: Banca d'Italia.

Banca d'Italia, invero, informa le proprie azioni ad un *Documento di Politica ambientale*<sup>74</sup> sin dal 2008. Detto *Documento*, rivisto nel 2015, enuclea gli obiettivi ambientali perseguiti dall'amministrazione, dettagliandone cinque: uso sostenibile delle risorse; gestione ottimale dei rifiuti; mobilità sostenibile; acquisti verdi; cultura ambientale. È significativo notare come tale atto descriva una doppia linea d'azione dell'istituzione: una interna, consistente nel miglioramento delle proprie prestazioni ambientali; una esterna, che si integra nell'indirizzamento dei propri interlocutori verso le *best practice* del caso. Quest'ultimo profilo merita approfondimenti. In particolare, nel *Documento*, alla voce «cultura ambientale» si

71 G. AZZARITI, *Tutela dell'ambiente in Costituzione*, in *Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto*, 18 (gennaio 2022-giugno 2022), p. 188; corsivo rimosso.

72 Si legga S. MANGIAMELLI, *Il problema dell'integrazione della politica ambientale nelle politiche pubbliche*, in AA.VV., *Italdecide. Rapporto 2021 - Una fiducia sostenibile. La collaborazione tra pubblico e privato per la transizione ecologica*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 285 ss.

73 Le programmazioni, infatti, sono assistite – quantomeno in linea teorica – da una articolata fase di studio, così descritta da M. STIPO: «a) la macrofase; b) la fase intermedia; c) la microfase. Fra le tre fasi [...] esiste un'interrelazione complessa. In breve sintesi si può dire che la macrofase è la fase macroeconomica, nella quale si dà una rappresentazione aggregata del processo di sviluppo attraverso variabili quali il prodotto nazionale, gli investimenti, i consumi globali, ecc., la fase intermedia consiste in una disaggregazione del quadro macroeconomico secondo i settori e le zone geografiche, la microfase consiste, infine, nella predisposizione di un dato numero di progetti operativi». (ID., *Programmazione statale e programmazione regionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991). Da lungo tempo, nel campo della programmazione economica, si è dunque consci del valore delle «*evidence-based policy*», ossia delle politiche pubbliche realizzate «sulla base delle evidenze empiriche di cui si dispone» (G. DE BLASIO-A. NICITA-F. PAMMOLLI [a cura di], *Evidence-based policy! Ovvero perché politiche pubbliche basate sull'evidenza empirica rendono migliore l'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 7).

74 Reperibile online al sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).



individua la centralità tanto della promozione di «una maggiore attenzione alla tutela dell'ambiente da parte dei soggetti con cui la Banca interagisce»<sup>75</sup> quanto della più ampia ed indefinita cooperazione con altre istituzioni. Non solo: alla voce «acquisti “verdi”», il *Documento* evidenzia la necessaria incentivazione dei fornitori che adottino le migliori pratiche in materia ambientale e la promozione di un *favor* per quei beni e strumenti che, a parità di funzioni, siano caratterizzati da un minor impatto ambientale. Il potere contrattuale della P.A., in questo caso, diventa quindi una molla del progresso: l'attività negoziale (e non il potere d'imperio) muove le logiche del mercato e le re-indirizza.

Altro profilo di peculiare interesse è la logica fortemente programmatica a cui il *Documento* tende. Nel delineare la strategia da attuare, esso identifica sostanzialmente tre fasi: una di «pianificazione periodica di obiettivi e di azioni»<sup>76</sup>, una esecutiva, consistente nell'«adozione di soluzioni organizzative, tecniche e gestionali»<sup>77</sup> ed una di valutazione, la quale è realizzata *ex post* attraverso la «misurazione sistematica di tutti i principali indicatori ambientali», con «l'utilizzo di idonei strumenti di monitoraggio e controllo»<sup>78</sup>. A ciò si aggiunge il profilo della comunicazione esterna, che, «periodica e trasparente»<sup>79</sup>, deve dare conto «degli impegni assunti e dei risultati ottenuti»<sup>80</sup>. Ciò vale a collocare l'azione di Banca d'Italia nel quadro teorico della programmazione: le fasi di studio, esecuzione e verifica, assunte come criterio operativo basilare, restituiscono un assetto metodologico preciso, in cui l'attenzione al dato guida le attività istituzionali.

Un ultimo aspetto, assolutamente significativo, risiede nella *ratio* della descritta *Politica ambientale*. Invero, la programmazione viene dichiaratamente adottata per una consapevolezza «nei confronti della collettività e verso le generazioni future»<sup>81</sup>. Dato che, come precisato, il *Documento* in vaglio è stato aggiornato nel 2015, siamo di fronte ad una palese anticipazione della riforma dell'art. 9 Cost., che oggi contempla – del pari – l'attenzione ambientale secondo un doppio interesse, intra ed intergenerazionale<sup>82</sup>.

Esiste una ulteriore (e rilevante) attività che, svolta da Banca d'Italia, incide significativamente sull'argomento in esame. Si tratta degli investimenti che l'istituzione realizza, i quali vengono sondati anche in punto di equilibrio ecologico; nel *Rapporto annuale sugli investimenti sostenibili e sui rischi climatici* del 2023 si legge infatti che «[l]a politica di investimento della Banca integra obiettivi finanziari e di sostenibilità»<sup>83</sup>. In ultima analisi, non sono solo la redditività e la sicurezza degli investimenti a rilevare, ma anche il profilo della sostenibilità dei medesimi. Peraltro, l'uso del verbo «integra» risulta dirimente, in quanto

---

75 *Ibid.*

76 *Ibid.*; corsivo aggiunto.

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*

81 *Ibid.*

82 Su questo, cfr. L. BARTOLUCCI, *op. cit.*, p. 24.

83 BANCA D'ITALIA, *Rapporto annuale sugli investimenti sostenibili e sui rischi climatici*, 2023, reperibile sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), p. 12; corsivo aggiunto.



esplicita quella logica di compenetrazione di istanze ambientali ed economiche; compenetrazione che, come detto, potrà (e dovrà) caratterizzare – nei prossimi anni – la progettazione delle politiche pubbliche<sup>84</sup>.

A tal riguardo, la *Carta degli investimenti sostenibili della Banca d'Italia* identifica talune linee guida; nell'ambito degli investimenti del «portafoglio finanziario e delle riserve valutarie»<sup>85</sup>, l'istituzione dichiara di privilegiare le imprese che, tra l'altro, «sono attente all'utilizzo responsabile delle risorse naturali e agli effetti sugli ecosistemi»<sup>86</sup>. Ciò è dirimente, perché significa valorizzare gli attori economici attenti al dato ambientale. Di nuovo: senza l'impiego del potere unilaterale, l'istituzione concretamente indirizza le scelte imprenditoriali, favorendo le attività sostenibili.

Quanto al profilo organizzativo, Banca d'Italia vede la presenza di un Comitato Cambiamenti climatici e sostenibilità, nonché di un Nucleo Cambiamenti climatici e sostenibilità. Il primo contribuisce a «definire la strategia dell'Istituto sulla finanza sostenibile»<sup>87</sup>, mentre il secondo «segue l'evoluzione delle discussioni in materia, stimola e coordina le analisi, favorisce la condivisione delle informazioni tra i partecipanti ai diversi gruppi di lavoro nazionali e internazionali»<sup>88</sup>. Ancora una volta, il profilo operativo e quello analitico si accostano e dialogano tra loro<sup>89</sup>.

Il complesso di queste misure – inerenti tanto al funzionamento quanto all'organizzazione – si radica nell'ambito dell'Agenda 2030, dell'Accordo di Parigi sul clima e delle «strategie europee e nazionali in materia di ambiente nel loro complesso»<sup>90</sup>. La finalità di Banca d'Italia è dunque quella di osservare proattivamente gli indirizzi di politica pubblica che sono andati delineandosi negli ultimi anni. Non solo: sin dall'adozione del *Documento di Politica ambientale*, la spinta ecologica è diventata finalità istituzionale della Banca, patrimonio valoriale della medesima. All'osservanza delle regole si affianca quindi la convinzione degli operatori: la cultura istituzionale, in altri termini, accompagna l'assetto regolatorio e lo vivifica. Il concetto

---

84 V. *supra*, nota 70.

85 BANCA D'ITALIA, *Carta degli investimenti sostenibili della Banca d'Italia*, reperibile sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), p. 3.

86 *Ibid.*

87 Così la comunicazione di BANCA D'ITALIA del 9 febbraio 2022, intitolata *La Banca d'Italia rafforza la sua azione sui temi dei rischi climatici e della finanza sostenibile*, reperibile sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

88 *Ibid.*

89 Per completezza, è necessario notare che le competenze in materia di politica ambientale sono ulteriormente delineate nel *Regolamento generale*; esso precisa che la funzione di promozione della politica ambientale e di sostenibilità è compito del Servizio Organizzazione (art. 80, ult. co.). Norme più dettagliate sono previste in ordine ai servizi di produzione: al Direttore di produzione è affidata la vigilanza «sull'osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di tutela ambientale nello svolgimento dell'attività» (art. 22, co. 4), mentre il Servizio Banconote è «responsabile dell'accreditamento da parte della BCE quale stamperia autorizzata per la produzione dell'euro e delle certificazioni in conformità con gli standard internazionali per la qualità, per la tutela dell'ambiente» (art. 76, co. 4)

90 Così, testualmente, BANCA D'ITALIA, *Rapporto ambientale 2022*, reperibile sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), p. 4.



è stato ben espresso dal Direttore generale dell'istituto, il quale, dedicando un proprio intervento pubblico a *La sfida della sostenibilità*, ha avuto modo di fare leva sulla *consapevolezza* degli operatori economici, nonché di proporre – per gli anni a venire – che l'agire politico si informi a due canoni: «la razionalità e la lungimiranza»<sup>91</sup>.

Questo breve *excursus* del «modello Banca d'Italia» rende chiaro che già ora esistono – nelle mani delle pubbliche amministrazioni – concrete possibilità di programmazione; *in primis*, da realizzarsi con un oculato impiego del potere negoziale: favorire il verde nelle proprie politiche di acquisto di beni e servizi significa orientare l'azione imprenditoriale privata. Quel che l'esperienza dell'istituto insegna, inoltre, è che il profilo culturale e valoriale risulta tanto importante quanto quello giuridico. La riforma costituzionale realizzata con la L. Cost. 1/2022 ha rimarcato queste linee d'indirizzo. La sfida dei prossimi anni dovrà essere condotta nel segno della riscoperta delle buone pratiche; la valorizzazione di modelli efficaci – come quello di Banca d'Italia – non potrà che guidare questo percorso.

---

91 L. F. SIGNORINI, *La sfida della sostenibilità: transizione ecologica e finanza pubblica*, 2023, reperibile sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), p. 11.



# L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI ACCESSO NEL NOSTRO ORDINAMENTO (IN MEMORIA DI MARIO NIGRO)

Paolo Musacchio

**Abstract [It]:** il presente contributo, senza pretesa di esaustività, ripercorre l'evoluzione della trasparenza amministrativa, offrendo delle riflessioni sulla natura del diritto di accesso quale strumento democratico indispensabile per la conoscibilità dell'*agere publicum* da parte del cittadino. Tale istituto ha trovato dapprima una disciplina organica nella legge 7 agosto 1990, n. 241, voluta, prima che dal legislatore, da un insieme di giuristi, tra cui Mario Nigro, nell'ambito della Commissione di studio istituita dal Ministro della Funzione pubblica Massimo Severo Giannini («Commissione Nigro»), fortemente innovatrice nel modo di concepire l'esercizio dell'azione amministrativa. L'articolo, dunque, dopo essersi soffermato sulla vita e sulle concezioni di Mario Nigro, nell'ardito tentativo di sintesi delle diverse ricostruzioni presenti in letteratura, prosegue tratteggiando il passaggio dal *need to know* al *right to know*.

**Abstract [En]:** this contribution, without claiming to be exhaustive, traces the evolution of administrative transparency, offering reflections on the nature of the right of access as an indispensable democratic tool for citizens to know the *agere publicum*. This institute first found an organic discipline in the law of 7 August 1990, n. 241, desired, before the legislator, by a group of jurists, including Mario Nigro, within the Study Commission set up by the Minister of Public Administration Massimo Severo Giannini ("Nigro Commission"), strongly innovative in the way of conceiving the exercise of administrative action. The article, therefore, after having focused on the life and conceptions of Mario Nigro, in the daring attempt to synthesise the various reconstructions present in the literature, continues by outlining the passage from the need to know to the right to know.

**SOMMARIO:** 1. Il percorso evolutivo della trasparenza. - 2. Ricordo di Mario Nigro. - 2.1. Biografia. - 2.2. Pensiero e opera di Mario Nigro. - 3. L'accesso nella Legge 7 agosto 1990, n. 241. - 4. Il passaggio dal *need to know* al *right to know*. - 5. Conclusioni.

**1. Il percorso evolutivo della trasparenza.**



Per molti secoli il diritto pubblico è stato dominato dal conflitto Stato-cittadino, considerata la superiorità di uno sull'altro<sup>1</sup>.

La dottrina ha ricordato come, per la concezione hegeliana dello Stato – che agirebbe meglio se indisturbato – alle richieste di informazioni provenienti dai cittadini veniva opposto dall'amministrazione un doppio limite, costituito da «*le mutisme de ses agents et le secret de ses papiers*»<sup>2</sup>. Eppure, nel *Tryckfrihetsförordningen* (legge sulla libertà di espressione e sulla trasparenza amministrativa), approvato il 2 dicembre del 1766 dal re di Svezia Adolfo Federico, si rintraccia una delle prime – se non la prima – leggi europee sull'accesso ai documenti della pubblica amministrazione.

Come osservato in dottrina, con il superamento dell'assolutismo e la formazione degli Stati nazionali, si avvia il processo di "sgretolamento" della personificazione della sovranità nella figura del *princeps*, di talché prendono forma le prime assemblee parlamentari e le prime garanzie di controllo democratico sull'operato dei pubblici poteri, con la conseguente razionalizzazione legislativa delle garanzie di segretezza del potere, atteso il venir meno dell'esigenza di protezione del potere personale del *princeps*, e l'emergere della necessità di porre lo Stato al riparo da indebite influenze esterne in grado di minare l'operato dei poteri pubblici<sup>3</sup>.

Una pietra miliare del percorso evolutivo dell'accesso a documenti e informazioni dell'amministrazione è stato il *Freedom of Information Act* (Foia) statunitense<sup>4</sup>, che ha favorito in tutto il mondo la diffusione dell'istituto, originatosi dal rapporto, del 1953, "*The People's Right to Know*", dell'avvocato Harold L. Cross. Tale rapporto, commissionato dalla società americana dei giornalisti dei quotidiani, riportava una frase di Patrick Henry, uno dei padri della Rivoluzione americana, ossia «coprire con un velo di segretezza le quotidiane attività (del governo) è un abominio agli occhi di ogni uomo intelligente»<sup>5</sup>.

1 S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 602 ss.

2 F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2022, p. 96, laddove riprende L. FOUGÈRE, *Les secrets de l'administration*, in *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, n. 4, 1967, p. 21 ss.

3 A. MOLITERNI, *La trasparenza amministrativa: recenti tendenze e prospettive future*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche - Numero speciale su "I principi nell'esperienza giuridica"*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, Jovene, Napoli, 2014, p. 475-509.

4 Una copia del Foia del 1966 è consultabile sul sito web dedicato alle informazioni sul Governo degli Stati Uniti, in <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-80/pdf/STATUTE-80-Pg250.pdf>.

5 H. L. CROSS, *The People's Right to Know: Legal Access to Public Records and Proceedings*, Columbia University Press, New York, 1953.



Nel 1966 il FOIA fu adottato dal Presidente Johnson, che affermò lo scaturire di tale legislazione «da uno dei nostri più essenziali principi: la democrazia funziona meglio quando il popolo ha tutte le informazioni che la sicurezza della Nazione permette»<sup>6</sup>.

Nella prima sezione dell'atto è imposto alle agenzie governative di pubblicare alcune informazioni sul loro funzionamento, nonché di garantire il rilascio di informazioni ogni volta che ne venga fatta richiesta dagli interessati, mentre la seconda sezione identifica alcune eccezioni ovvero, ad esempio, quando si tratta di atti interni, quando le informazioni sono classificate come segreti a tutela della sicurezza nazionale o per questioni attinenti alla politica estera, quando possono ledere la privacy delle persone, quando possono compromettere segreti commerciali, ecc. ecc.

Il FOIA, con l'inversione dell'onere della prova, ha stabilito che, ove un'agenzia governativa non voglia rendere nota una determinata informazione, è tenuta a provare che la stessa rientri in una delle predette eccezioni<sup>7</sup>.

Sebbene negli Stati Uniti, considerati la "patria" del FOIA, non manchino contributi scientifici tesi ad evidenziare i problemi e le distorsioni dell'istituto, non risultano iniziative legislative finalizzate alla sua abolizione<sup>8</sup>, senonché, analoghe legislazioni furono introdotte in Australia, Canada e Nuova Zelanda tra il 1982 e il 1983, mentre in Europa a fare da "apripista" era stata la Francia, nel 1978, con una delle prime affermazioni della «*liberté d'accès aux documents administratifs*» come «*droit de toute personne à l'information*».

È stato rilevato che i FOIA, da poco più di una decina (1990), sono diventati, circa 128, nel 2020, in ragione dell'acquisita consapevolezza dell'interrelazione di fondo tra democrazia, trasparenza e libertà<sup>9</sup>.

---

6 M. SCHOENHARD, *Disclosure of Government Information Online: A New Approach From an Existing Framework*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, n. 2, 2002, p. 497. («Questa legislazione scaturisce da uno dei nostri più essenziali principi: la democrazia funziona meglio quando il popolo ha tutte le informazioni che la sicurezza della Nazione permette»).

7 V. LUBELLO, *L'Open Government negli Stati Uniti d'America tra il Freedom of Information Act e il bazar*, in *Informatica e diritto*, XXXVII Annata, Vol. XX, n. 1-2, 2011, p. 371-388.

8 M. SAVINO, *Il foia italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto amministrativo*, anno XXVII, fasc. 3, 2019, che riprende M.B. KWOKA, *FOIA, Inc.*, in *Duke Law Journal*, n. 65, 2016, p. 1361 ss., e D. E. POZEN, *Freedom of Information Beyond the Freedom of Information Act*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017, p. 1096 ss.

9 M. A. SANDULLI-L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2020, p. 401 ss., che riprende i dati indicati dal progetto "The Right to Information Rating", fondato da Access Info Europe (AIE) e dal Centre for Law and Democracy (CLD).



La dottrina ha evidenziato come, alla diffusione del modello di *open government* fondato sulla libertà di informazione, abbiano contribuito anche il diritto europeo e il diritto internazionale<sup>10</sup>.

Nel 1981 il Consiglio d'Europa stabilì che «*chiunque, all'interno della giurisdizione di uno degli Stati membri, ha il diritto di ottenere, su richiesta, le informazioni detenute dalle autorità pubbliche, escluse quelle legislative e giudiziarie*» (Raccomandazione n. 19) e che «*l'accesso all'informazione non può essere rifiutato solo a causa dell'insussistenza di un interesse specifico in capo al richiedente; deve essere assicurato nel rispetto del principio di uguaglianza; trova un limite esclusivamente nella salvaguardia degli interessi pubblici e privati; il suo rifiuto deve essere necessariamente motivato e suscettibile di impugnativa*» (Raccomandazione n. 89). Alcuni interventi di *soft law* denotavano l'esigenza di trasparenza anche a livello comunitario<sup>11</sup> e, nel 1984, il Parlamento europeo auspicò, in una Risoluzione, l'introduzione di una normativa comunitaria sulla trasparenza dell'attività di governo<sup>12</sup>.

Nel diritto dell'Unione Europea la trasparenza ha trovato espressa menzione nei Trattati a partire dal 1997, con l'introduzione dell'art. 255 TCE a opera del Trattato di Amsterdam, mentre l'accesso agli atti delle Istituzioni è stato disciplinato con il regolamento CE n. 1049/2001<sup>13</sup>.

Infine, con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza da Parlamento, Consiglio e Commissione europea, fu attribuito il carattere di diritto fondamentale all'accesso ai documenti amministrativi, collegato al diritto ad una buona amministrazione (art. 41), che riconosce, tra l'altro, «*il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale*». Di tal guisa, «*qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*» (art. 42).

Con il Trattato di Lisbona, i principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sono divenuti vincolanti e si è voluta innalzare la trasparenza a principio che regola l'azione della Commissione e di ciascuna istituzione, organo o organismo europeo<sup>14</sup>. L'art. 15, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che «*al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e*

10 M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*. DECRETO LEGISLATIVO 14 MARZO 2013, N. 33, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9, 2013, p. 795 ss.

11 G. GIANNOTTI, *Una casa di vetro: il diritto di accesso nell'esperienza giuridica italiana*, in *Cammino Diritto*, 11 agosto 2021.

12 A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Taranto, 2012, p. 118.

13 M. A. SANDULLI-L. DROGHINI, *La trasparenza*, cit., p. 401 ss.

14 Firmato in data 13 dicembre 2007, in *Gazzetta ufficiale dell'UE*, n. C 326 del 26 ottobre 2012.



*gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile» (comma 1) e che «qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo» (comma 3).*

Infine, nel 2008, si è approdati, con la Convenzione sull'accesso ai documenti ufficiali, come adottata dal Consiglio d'Europa, al primo strumento di diritto internazionale che vincola le parti a garantire «il diritto di tutti, senza discriminazioni per alcun motivo, di accedere, su richiesta, agli atti ufficiali detenuti dalle pubbliche autorità», di conseguenza, non più un accesso finalizzato a tutelare i diritti dei destinatari di un procedimento amministrativo, ma un *right to know* diretto alla conoscibilità dell'agire degli apparati burocratici delle democrazie.

Per la dottrina, tale funzione viene realizzata mediante l'*accountability*, ossia controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione, la *participation*, ossia la partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche, nonché attraverso la *legitimacy*, rappresentata dalla conseguente legittimazione del potere pubblico<sup>15</sup>.

Invero, in Italia, se oggi il principio di trasparenza costituisce un principio immanente al diritto pubblico e, in particolare, al diritto amministrativo – e di conseguenza costituisce anche uno dei parametri ermeneutici più utilizzati in sede di interpretazione dei rapporti tra amministrazione e cittadini<sup>16</sup> – il percorso evolutivo è stato simile, seppure più tortuoso. Fino alla metà del secolo XIX, infatti, la pubblica amministrazione ha identificato le sue funzioni con le prerogative “sovrane”, con la conseguenza di un rapporto di mutua alternanza e di singolare esclusione tra *pars publica* e *pars privata*, sebbene, nel tempo, non siano mancati i tentativi di dare ai cittadini la possibilità di accedere ai documenti dell'amministrazione pubblica, come dimostra, a titolo esemplificativo, la legge comunale e provinciale di Venezia del 1781, che dava la possibilità «di mostrare le Carte a chiunque del Comune le ricerchi, e darne Copie, sempre con le convenienti Mercedi»<sup>17</sup>.

D'altro canto, va segnalato anche come taluna dottrina risalente avesse affermato la necessità di affrancare l'agire dell'amministrazione statale dalla sua segretezza, affermando che «tutto prova la necessità e il diritto di un'assoluta pubblicità degli atti dell'amministrazione, della completa libertà, pubblicità e circolazione delle opinioni sulla legislazione ed amministrazione dello Stato»<sup>18</sup>.

---

15 M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 795 ss.; M. BOVENS, *Information Rights: Citizenship in the Information Society*, in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, 2002, p. 317 ss.

16 A. MOLITERNI, *La trasparenza*, cit., pp. 475-509.

17 F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M. T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi, Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1.

18 G. D. ROMAGNOSI, *La scienza delle Costituzioni*, Fratelli Canfari, Torino, 1849, p. 30.



Con l'avvento dello Stato democratico e pluriclasse si venne affermando l'esigenza di assicurare la trasparenza e la visibilità dei poteri pubblici<sup>19</sup>. Furono, poi, i Costituenti del 1948 a rielaborare il rapporto tra Stato e cittadino, con l'ingresso, tra i principi cui deve attenersi la pubblica amministrazione, dell'idea che essa sia al servizio della collettività, oltre che dello Stato. È di tutta evidenza come tale paradigma sia stato fondamentale per giungere all'accezione di "trasparenza" dell'amministrazione come strumento di partecipazione e controllo dei cittadini sull'attività del potere pubblico, nonché di deterrente contro la corruzione, eventuali atti illegittimi ed eccessi di potere.

Anche se il termine "trasparenza" è assente in Costituzione, l'art. 97, comma 2, della Carta, sancisce, *apertis verbis*, che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione». Poiché la pubblicità degli atti del potere, infatti, costituisce il discrimine tra i regimi democratici e lo stato assoluto, essendo un criterio per valutare l'imparzialità dell'agire statale, emerge la necessità che tutte le decisioni, e più in generale gli atti dei governanti, siano noti al popolo sovrano<sup>20</sup>.

Se la trasparenza pubblica è, dunque, strumento per una migliore comprensione della realtà e per la formazione di un'opinione giustificata, appare connessa anche al diritto di informazione<sup>21</sup>. Essa acquista significato «solo in una società in cui tutti siano messi in grado di conoscere i termini delle scelte e di scegliere liberamente, il consenso maggioritario, su cui si basa l'esercizio dell'autorità»<sup>22</sup>.

La Consulta, nel 1990, affermò, infatti, che «l'informazione nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto di essere informati esprime [...] una condizione preliminare (o se vogliamo un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico»<sup>23</sup>.

Va rilevato, tuttavia, che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il diritto di accesso è stato garantito, di fatto, soltanto in alcuni ambiti circoscritti poiché l'agire amministrativo è stato caratterizzato dalla regola generale del segreto d'ufficio<sup>24</sup> – cui era tenuto il dipendente

19 A. MOLITERNI, *La trasparenza*, cit., p. 475-509.

20 N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 2, 1980, p. 182; P. TESAURO, *Democrazia e informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, p. 236.

21 A. MOLITERNI, *La trasparenza*, cit., p. 475-509.

22 V. ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di Diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 119.

23 Corte cost., 11 luglio 1990, n. 348.

24 Cfr. art. 15, D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, laddove stabiliva che «L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento».



della pubblica amministrazione, per non incorrere in responsabilità – laddove dalla rivelazione di informazioni sul procedimento amministrativo potesse scaturire un pregiudizio per i terzi o per la medesima amministrazione, fermo restando il rilascio di copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento.

Nel 1985, la Commissione parlamentare per le riforme istituzionali ("Bozzi") propose di introdurre in Costituzione un art. 21-*bis* per garantire il diritto all'informazione ed all'accesso ai documenti amministrativi.

Nello stesso anno, il legislatore aveva attribuito – ai soli consiglieri comunali e provinciali e ai componenti delle assemblee delle unità sanitarie locali e delle comunità montane – «il diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati nonché di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni»<sup>25</sup>. Lo spettro di tale diritto fu ampliato dall'art. 31, comma 5, della legge 8 giugno 1990, n. 142 ("Ordinamento delle autonomie locali")<sup>26</sup>, laddove concesse ai consiglieri l'accesso a «tutte le notizie e le informazioni» utili all'espletamento del proprio mandato. Senonché, il legislatore del 2000 ribadì la sussistenza di tale diritto "informativo" dei consiglieri, riportando in maniera identica la disposizione del 1990 nel comma 2 dell'art. 43 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL, che abrogò la legge n. 142), e confermandone il carattere di diritto soggettivo pubblico funzionalizzato<sup>27</sup>, ossia finalizzato al controllo politico-amministrativo sull'Ente nell'interesse della collettività, peraltro, a prescindere dalla dimostrazione di un concreto e personale interesse relativo alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e senza obblighi di motivazione, risultando sufficiente la mera connessione dell'atto richiesto con le funzioni relative alla carica ricoperta<sup>28</sup>.

Nei primi anni Ottanta, per altro verso, la giurisprudenza amministrativa aveva iniziato a riconoscere l'esistenza di un «diritto di accesso di qualsiasi cittadino agli atti della amministrazione dello Stato»<sup>29</sup>.

Sul piano della disciplina, sebbene la legge del 1990, sull'Ordinamento delle autonomie locali, con l'art. 7, commi 3 e 4, avesse riconosciuto a tutti i cittadini un "sistematico" diritto di accesso agli atti dei Comuni e delle Province, va segnalato che fu la legge 7 agosto 1990, n. 241 – che introdusse nel nostro ordinamento l'istituto del procedimento amministrativo come

---

25 Art. 24, legge 27 dicembre 1985, n. 816 "Aspettative, permessi e indennità degli amministratori locali" (abrogata con l'adozione del T.U. Enti Locali, approvato con il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267).

26 Per i rapporti fra legge n. 142/90, legge n. 241/90 e ss.mm.ii., e le innovazioni introdotte, in tali ambiti, dalla revisione costituzionale del Titolo V, cfr. S. GAMBINO, *Il diritto di accesso. La nuova disciplina legislativa (legge n. 15/2005) alla luce della revisione costituzionale del Titolo V*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2005.

27 Cfr. TAR Puglia, Lecce, sez II, 10 agosto 1999, n. 676, ma soprattutto TAR Sardegna, 16 gennaio 2008, n. 32, nonché Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471.

28 Cons. Stato, Sez. V, 528/1996; Cons. Stato, Sez. V, 940/2000.

29 Cons. Stato, Ad. Plen., 10 giugno 1980, n. 22.



regola generale dell'agire pubblico – a intercettare definitivamente «l'indispensabilità del grimaldello dell'accesso come strumento di assicurazione democratica della trasparenza dell'agere dei pubblici poteri»<sup>30</sup>, estendendo la trasparenza amministrativa all'intera pubblica amministrazione e, di fatto, rendendola criterio di valutazione del grado di realizzazione dello Stato democratico.

Nell'art. 10 della legge *de qua*, fu disciplinato un diritto di accesso “partecipativo” o “endoprocedimentale” finalizzato alla partecipazione al procedimento e alla migliore difesa della posizione giuridicamente tutelata, che attribuisce ai «soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9» (ossia i soggetti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento e i soggetti che hanno facoltà di intervenire nel procedimento) il diritto «di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24» (la disposizione che prevede i casi di esclusione). Parimenti, nell'art. 22, comma 1, il legislatore del 1990 «al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale», introdusse nell'ordinamento un generale diritto di accesso “conoscitivo” o “esoprocedimentale”, teso a garantire un'informazione qualificata, e però riconosciuto, soltanto, «a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi».

La disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi del 1990, come si dirà nel prosieguo del presente contributo, fu tratteggiata in difformità con quanto proposto dalla *Commissione per la delegificazione e la semplificazione dei rapporti tra Stato e cittadini*, istituita nel 1984 presso la Presidenza del Consiglio e presieduta da Mario Nigro.

La Commissione non intendeva prevedere delle restrizioni soggettive all'accesso, riconoscendo tale diritto a «chiunque», senza alcuna restrizione di tipo soggettivo, mentre il legislatore optò per la previsione, per il richiedente, dell'onere di dimostrare all'amministrazione la titolarità di uno specifico interesse all'accesso. Come è possibile evincere dalla *littera legis*, pur facendo un passo importante nel riconoscimento del *need to know*, il legislatore del 1990 intese sbarrare la strada ad un'azione popolare intentabile da *quisque de populo*<sup>31</sup> e diretta al semplice controllo diffuso dell'operato dell'amministrazione che si concretizzasse in «un'azione oggettiva che ha alla base un interesse generale, comune e indifferenziato e che perciò sfugge agli ordinari criteri di legittimazione»<sup>32</sup>.

30 F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M. T. SEMPREVIVA, *L'accesso*, cit.

31 V. SARCONI, *Le novità in materia di accesso ai documenti amministrativi nel processo di riforma della l. n. 241/1990 ed i relativi riflessi sulle autonomie territoriali*, in *Rassegna sulla attuazione della riforma delle autonomie*, supplemento a *Le province*, a cura del centro V. Bachelet, Università LUISS, Roma, 15 luglio 2005.

32 In tal senso, cfr. Cass., 22 gennaio 1982, n. 427. Con particolare riferimento all'«azione popolare», D. BORGHESI, *Azione popolare*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IV, Roma, 1988, p. 10 ss.; V. CRISAFULLI, *Azione popolare*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, 1937, p. 138 ss.; S. DEL GATTO, *Nota a Cons. St.*,



Con la riforma del 2005 (legge 11 febbraio 2005, n. 15), in accordo con l'orientamento della giurisprudenza<sup>33</sup>, verrà addirittura espunto il riferimento, nel comma 1 dell'art. 22 della legge n. 241, all'accesso come strumento di trasparenza (che finirà, come si vedrà *infra*, nel nuovo comma 2), con l'affermazione, *apertis verbis* (art. 24, comma 3), dell'inammissibilità di quelle «istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni», anche perché, come ha fatto notare la dottrina, le ipotesi di «azione popolare» vigenti nell'ordinamento, sono tassativamente previste da dettagliate norme di settore<sup>34</sup>.

Ad ogni modo, con l'art. 22 della legge 241 del 1990, l'ambito di operatività del segreto amministrativo, che «da regola diviene eccezione», non è stato più collegato alla qualità del soggetto coinvolto – ossia l'Amministrazione – bensì al contenuto delle informazioni che possono essere oggetto di segreto, nella misura in cui la loro divulgazione possa provocare la lesione di determinati interessi<sup>35</sup>, attesa la finalità (dell'accesso) di consentire ai soggetti di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela della posizione giuridica qualificata di cui sono titolari<sup>36</sup>.

In dottrina si è affermato che, con la legge n. 241 del 1990, la trasparenza è andata oltre il superamento del dovere di riservatezza dei dipendenti, *disclosure* e accessibilità, poiché ha assunto autonoma valenza, nel suo essere *openness*, ossia qualità intrinseca della funzione

---

29 aprile 2002, n. 2283, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2002, p. 1406 ss., nonché Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 569, e Sez. IV, 9 dicembre 1997 n. 1359.

33 Cons. Stato, IV Sez., 24 febbraio 2000 n. 984: «il diritto di accesso ai documenti amministrativi può essere esercitato solo quando è concreta e attuale l'esigenza dell'interessato di tutelare situazioni per lui giuridicamente rilevanti, in quanto altrimenti non si sarebbe più di fronte ad un diritto all'informazione, bensì solo ad una mera esigenza di curiosità che in nessun modo potrebbe essere soddisfatta, non corrispondendo ai principi costituzionali cui deve attenersi l'azione amministrativa».

34 V. SARCONI, *La legittimazione processuale delle associazioni non riconosciute, in particolare: le organizzazioni sindacali*, nota a TAR Trentino, Sez. Bolzano, 19 settembre 2003, n. 395, in *Foro amministrativo Tar*, pp. 2904-2905.

35 M. CATRICALÀ, *Trasparenza, tutela della riservatezza e forme di Stato*, in *Giustamm.it – rivista di diritto pubblico*, n. 10, 2013, in cui è riportato il *dictum* del Cons. Stato secondo cui «la segretezza permane non come predicato soggettivo, ma come requisito oggettivo del documento», che, conseguentemente, non può essere considerato segreto per il fatto di appartenere alla pubblica amministrazione, ma per il peculiare tipo di notizie racchiuse in esso (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1997, n. 5).

36 D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2016, che riprende S. COGNETTI, «Quantità» e «qualità» della partecipazione, Giuffrè, Milano, 2000, p. 44 ss., laddove evidenzia l'intento del legislatore del 1990 di collegare la pretesa del privato ad ottenere l'esibizione degli atti richiesti non all'interesse civico di chi chiede piena trasparenza sull'operato della propria amministrazione, bensì all'interesse ad ottenere un bene idoneo a soddisfare i propri bisogni e rispetto a cui la conoscenza dell'informazione è puramente strumentale.



amministrativa e uno dei suoi fini<sup>37</sup>. È stato altresì evidenziato come il principio di trasparenza sia un fine, per il quale sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso, ma, a sua volta costituisce uno strumento per evitare elusioni del principio di concorrenza e accordi illeciti o corruttivi<sup>38</sup>, di talché, alla luce della «mutazione genetica» che ha caratterizzato l'accesso negli ultimi decenni<sup>39</sup> (ci si riferisce all'accesso civico e civico generalizzato) è ritenuto più corretto attribuire al principio di trasparenza una connotazione ben più ampia del diritto di accesso, il quale, di conseguenza costituisce soltanto uno degli elementi della trasparenza<sup>40</sup>.

Ad ogni modo, tra i vari tipi di accesso che l'ordinamento oggi garantisce, resta centrale, quale "perno" imprescindibile, quello c.d. "documentale"<sup>41</sup>, configurato, nel nostro sistema, dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, che consiste, secondo la versione attuale dell'art. 22, comma 1, nel diritto di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi, da parte di tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Peraltro, poiché l'accesso sempre ammesso ove non sia espressamente vietato, e poiché la *ratio* della legge n. 241, mira a ridurre il contenzioso tra il cittadino e la pubblica amministrazione, tale diritto è stato tratteggiato come un diritto soggettivo<sup>42</sup>.

In dottrina e giurisprudenza, però, alla luce del fatto che le norme che disciplinano l'accesso sembrano delle norme tipicamente "di azione", e sulla base del fatto che nei casi di azione avverso il diniego dell'accesso, poiché ad essere lamentato in concreto è il cattivo uso del

---

37 R. PERNA, *Accesso e trasparenza: due linee destinate ad incontrarsi?*, in *Testo dell'intervento presentato al Convegno "La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione"*, Palazzo Spada, Roma, 20 marzo 2017.

38 F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

39 F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2013.

40 R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, pp. 416 ss.; F. M. NICOSIA, *Il procedimento amministrativo. Principi e materiali. Commento alla legge 241/1990 e alla sua attuazione con i D.P.R. 300 e 352/1992*, Jovene, Napoli, 1992, p. 75.

41 Con riferimento, *amplius*, al diritto di accesso ai documenti amministrativi, cfr. F. CARINGELLA, *Compendio maior di Diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Napoli, 2023; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, Nel diritto Editore, Molfetta, 2022.

42 D. CESARO, *Diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali e profili di rilevanza amministrativa e penale del diniego*, in *Amministrativo@mente - Rivista di diritto amministrativo*, n. 1, 2013.



potere (e non già la sua carenza)<sup>43</sup>, si è fatta strada la teoria che ha inteso ricomprendere il diritto di accesso tra gli interessi legittimi riconosciuti dall'ordinamento<sup>44</sup>.

In tal senso, una linea di cesura si è avuta con la promulgazione della legge del 2005, che ha dissipato i dubbi sulla natura di tale diritto, poiché l'accesso è stato ricondotto nell'alveo dei diritti soggettivi perfetti (art. 29, comma 2-bis, legge n. 241), con conseguente devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 25, comma 5).

La *mens legis* ha voluto elevare l'importanza del diritto di accesso sino a ricomprenderlo tra i principi generali dell'attività amministrativa, affermandone l'attinenza ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali<sup>45</sup>, che costituiscono un patrimonio giuridico intangibile, non esposto a esercizio di discrezionalità amministrativa<sup>46</sup>. In special modo, mal si attaglierebbe ad una posizione di interesse legittimo l'accesso c.d. difensivo di cui all'art. 24, comma 7, legge n. 241, laddove stabilisce che «*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*».

Al contrario, la configurazione dell'accesso come interesse legittimo avrebbe prodotto il riconoscimento di un potere valutativo dell'amministrazione sulla compatibilità della richiesta con i pubblici interessi.

Da ultimo, si segnala la pronuncia del TAR di Bari, laddove si afferma che «L'accesso è oggetto di un diritto soggettivo di cui il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva. Il giudizio ha per oggetto la verifica della spettanza o meno del diritto di accesso, piuttosto che la verifica della sussistenza o meno di vizi di legittimità dell'atto amministrativo. Infatti, il giudice può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti, così sostituendosi all'amministrazione e ordinandole un *facere* pubblicistico, solo se ne sussistono i presupposti (art. 116, comma 4, Cod. proc. Amm.)»<sup>47</sup>.

Con la decisione n. 6 del 18 aprile 2006, peraltro, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in relazione alle precedenti pronunce che avevano corroborato la tesi dell'interesse legittimo, ha minimizzato l'importanza di tale contrasto giurisprudenziale.

La legge 7 agosto 1990, n. 241 scaturì dall'ambizione intellettuale di un gruppo di esperti, guidati da Mario Nigro, nell'ambito della Commissione istituita dal Ministro della Funzione

---

43 D. CESARO, *op. cit.*

44 Cfr., *ex multis*, per la giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, Cons. Stato, VI Sez., n. 1679/2005 e 2938/2003; per la dottrina, A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1995, p. 1065.

45 V. SARCONI, *Le novità*, *cit.*

46 A. MARRA, *La trasparenza degli atti amministrativi, tra diritto di accesso e tutela della privacy*, 20 febbraio 2017, in *Ratio Juris.it*.

47 Cfr., da ultimo, TAR Bari, sez. III, 16 giugno 2017, n. 677.



pubblica Massimo Severo Giannini<sup>48</sup> («Commissione Nigro»), rappresentando una forte innovazione nel modo di concepire l'esercizio dell'azione amministrativa nelle sue molteplici sfaccettature, dalla partecipazione dei privati alla "taylorizzazione" del procedimento<sup>49</sup>, non più concepito in funzione servente dell'atto che ne costituisce il prodotto<sup>50</sup>.

Prima di passare in rassegna le principali disposizioni, in materia di accesso, della legge per cui Nigro è, ai più, noto, è doveroso, per chi scrive, un ricordo dell'illustre concittadino, con il supporto dei contributi dei diversi giuristi che, dopo la sua morte, hanno rivisitato la sua vita, il suo pensiero e le sue opere.

## 2. Ricordo di Mario Nigro.

### 2.1. Biografia.

Nigro nacque il 28 novembre 1912 a San Fili, in provincia di Cosenza, a pochi chilometri dal paesino di origine di Stefano Rodotà (San Benedetto Ullano), da padre ingegnere e madre nobile, e, dopo aver compiuto la prima parte degli studi a Napoli, si trasferì a Roma per laurearsi, ancora ventunenne, presso la Facoltà di giurisprudenza nel gennaio del 1934, e dopo qualche anno, essere assistente presso l'Istituto dove insegnavano Santi Romano e Guido Zanobini<sup>51</sup>.

Nigro, che aveva iniziato a esercitare la professione presso lo studio D'Audino in Roma, condivise, in quel periodo, con altri giovani intellettuali, un percorso professionale e politico che, partendo dall'adesione convinta alle teorie del fascismo e alle conseguenti iniziative nel campo della cultura giuridica (partecipò alle attività del Gruppo Universitario Fascista (GUF) di Roma, dell'Istituto Nazionale di cultura fascista e del quotidiano Roma fascista), approdò, in un primo momento alla consapevolezza degli errori del regime e, dunque, durante la guerra, al suo rifiuto "morale" – anche per l'influenza dalle figure di Giuliano Vassalli e Massimo Severo Giannini – che si tradusse nella partecipazione alla Resistenza nelle fila dei partiti socialista e socialdemocratico, anche con ruoli rilevanti, facendo attività propagandistica in Calabria durante le elezioni del 1946.

Sul finire degli anni Quaranta Nigro diede il suo contributo scientifico al dibattito sulla "questione meridionale", termine, peraltro, da lui criticato perché nato, a suo dire, per

---

48 Lo stesso Giannini riteneva, da tempo, il diritto di accesso «un problema maturo per essere risolto», cfr. M. S. GIANNINI, *Intervento in L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Formez, Napoli, 1981, p. 169.

49 P. MEZZANOTTE, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 31, 2020, p. 147.

50 A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940.

51 A. MENICONI, *Mario Nigro. Un profilo biografico*, versione rielaborata della *Relazione tenuta al Convegno su «Mario Nigro a venti anni dalla scomparsa»*, 29 ottobre 2009, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre.

significare «non tanto una questione *dei* meridionali (popolo), ma una questione *circa* i meridionali» vista quindi con distacco dalla borghesia settentrionale<sup>52</sup>.

Come riporta Meniconi<sup>53</sup>, alcuni articoli su tale tema erano dei veri e propri saggi storici, che si preoccupavano di ricostruire attentamente e con ricchezza di citazioni le radici della disuguaglianza tra «Nord e Sud» del Paese (con evidenti riferimenti nittiani), soprattutto ispirati al pensiero socialista e riformista (Gramsci e Salvemini).

Con riguardo a quel periodo, è opportuno evidenziare, altresì, alcuni scritti di Nigro in ottica Costituente e di ricostruzione del Paese – scritti che, come affermato da Sandulli, non hanno bisogno di commenti<sup>54</sup> – in cui si staglia «l’idea di Costituzione quale pacifico «atto rivoluzionario», volto a segnare una cesura netta rispetto al passato, attraverso il disegno dello «statuto economico sociale» di uno Stato italiano «costruito dal popolo e per il popolo (...): come Weimar, oltre Weimar»».

Nigro affermava, infatti, che «La Costituente è un’esigenza presentatasi oggi con l’urgenza di una situazione indifferibile, ma maturata lentamente in tutta la storia dell’Italia unitaria. Con il fascismo, e una guerra rovinosa, i nodi sono venuti al pettine, ma non tutti i nodi sono stati creati dal fascismo. Ce ne sono e non fra i meno importanti che rimontano ad epoche più remote della nostra storia, fino al momento stesso della nostra unificazione. [...] Un esame di coscienza, insomma, che non resti pietosamente alla superficie, né si limiti ad un processo ad uomini e fatti recenti, che la cronaca ha già giudicato, ma vada in fondo a toccare i gangli vitali di tutta la nostra struttura religiosa, morale, economica, sociale, istituzionale. La Costituente: assume quindi la funzione di un vero e proprio atto rivoluzionario, in quanto chiude criticamente ottant’anni di storia unitaria e pone le premesse legislative di un nuovo periodo, che dovrebbe ereditare dal primo il meno che sia possibile di errori, di tradizioni nocive, di sedimentazioni patologiche. Ancora: la Costituente non dovrà e non potrà limitarsi alla determinazione dello schema politico costituzionale dello Stato italiano. Essa dovrà contenerne anche lo statuto economico-sociale. [...] Di questa Costituente di cui il primo vagito abbiamo inteso, dopo un periodo di trepidante gestazione, nella prima dichiarazione del governo gli Italiani debbono essere vigili tutori. Perché si faccia e perché si faccia come di dovere»<sup>55</sup>.

---

52 M. NIGRO, *Aspetti e temi della questione meridionale*, in *Socialismo*, luglio-agosto 1946, p. 179.

53 In particolare, M. NIGRO, *Il socialismo e la questione meridionale*, in *Socialismo*, novembre-dicembre 1946, p. 277 ss.; M. NIGRO, *Il partito socialista e il problema meridionale*, in *Iniziativa socialista*, 1-15 gennaio 1947; M. NIGRO, *Dramma del Mezzogiorno*, in *L’Arno. Settimanale di politica e cultura*, 7 aprile 1946. Cfr. A. MENICONI, *Mario Nigro*, cit.

54 A. SANDULLI, *Mario Nigro e l’impegno costituente*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2010.

55 A. SANDULLI, *op. cit.*, in cui viene pubblicato un articolo di Mario Nigro apparso in *Ricostruzione. Quotidiano del Partito Democratico del Lavoro* il 14 giugno 1944.

Sandulli ha rilevato che se queste parole fossero state scritte nel 1946, non avrebbero destato particolare interesse, ma, poiché, in realtà, esse furono scritte, sul quotidiano Ricostruzione, il 14 giugno 1944, cioè a pochi giorni dall'ingresso delle truppe alleate a Roma – dunque ben due anni prima che il decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98 concedesse agli italiani la facoltà di eleggere «una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato», al fine di sceglierne «le forme istituzionali» – Sandulli ha evidenziato «l'acume "vaticinante" di Mario Nigro, tipico dei grandi intelletti», nonché «lo spessore valoriale che ha guidato il suo successivo impegno di scienziato del diritto»<sup>56</sup>.

Dopo qualche tempo, Nigro fu docente incaricato in istituzioni di diritto pubblico presso l'università di Messina (1952) e libero docente (1955) in diritto amministrativo presso la Facoltà di scienze politiche di Roma (Sapienza).

Nigro, intellettuale a tutto tondo e anche esperto conoscitore di opere d'arte, oltre che attento studioso di diritto amministrativo processuale e sostanziale e cultore di diritto costituzionale, esercitò la professione di avvocato a Roma, presso la propria abitazione, nella miglior tradizione dell'avvocato otto-novecentesco<sup>57</sup>.

Soltanto nel 1961 Nigro vinse il concorso a cattedra, divenendo professore in istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Messina. La ragione di tale tardivo ingresso formale nel *gotha* del mondo accademico è da rintracciarsi, secondo Cassese, nel fatto che Nigro non abbia avuto una «scuola» di riferimento<sup>58</sup>. Secondo Piga, invece, la «sensibilità, il carattere orgoglioso e schivo, la severa visione della vita» gli resero forse difficile l'inserimento nell'ambiente accademico<sup>59</sup>, tratto, questo, confermato da Sandulli laddove ha raccontato di «un'asprezza caratteriale della persona, che tanto gli costò anche dal punto di vista delle relazioni accademiche»<sup>60</sup>.

Nel 1970 Nigro si trasferì a Firenze come ordinario di diritto processuale amministrativo e, dal 1972, di diritto amministrativo.

Nello stesso insegnamento, dal 1974 al 1983, svolse invece la sua attività alla Sapienza di Roma, occupando la cattedra accanto a Massimo Severo Giannini, Giuseppe Guarino, Aldo

56 A. SANDULLI, *Ibid.*

57 In tal senso, va segnalato quanto affermato da Romano in A. ROMANO, *Mario Nigro giurista*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 28, e cioè che Nigro «fu anche un grandissimo avvocato».

58 S. CASSESE, *Gli «Scritti giuridici» di Mario Nigro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 193. A proposito del fatto che Nigro non appartenne ad alcuna delle correnti culturali della scienza amministrativa emerse nel secolo XX, cfr. anche S. CASSESE, *Mario Nigro giurista*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 21.

59 F. PIGA, *Mario Nigro*, in *Foro amministrativo*, 1989, p. 473.

60 A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello stato democratico-sociale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2010 (Relazione tenuta al Convegno su «Mario Nigro a venti anni dalla scomparsa», 29 ottobre 2009, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre).



Piras, mentre, successivamente, e fino alla sua morte (28 febbraio 1989), Nigro si impegnò alacremente sotto il profilo istituzionale, rivestendo anche il ruolo di Presidente della Commissione ministeriale per la predisposizione della legge sul procedimento amministrativo. Meniconi ha riportato un ricordo non retorico di uno degli allievi di Nigro, Enzo Cardi, incentrato anche sul tratto umano del professore: «riservato, ma disponibile all’ascolto» rispetto ai giovani allievi; che però si accompagnava – come è stato invece sostenuto da altri – al suo modo peculiare di intendere la professione forense «in modo esigente, da sé e dagli altri»<sup>61</sup>.

A vantaggio della comprensione dei tratti della personalità di Nigro, della sua etica professionale, dei suoi valori, non si può tacere, infine, l’episodio riferito a Sandulli da suo padre Ruggiero: «Pochi giorni prima della scomparsa, Nigro discusse innanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Resosi conto che il giurista calabrese era sofferente in volto e minato nel fisico, con il cappotto calzato nelle fredde aule del Palazzaccio, mio padre, che presiedeva l’udienza, lo invitò a difendere seduto, per non affaticarsi ulteriormente. Nigro rispose, con voce ferma: «Presidente, non potrei mai assumere un atteggiamento così offensivo nei confronti alla Corte». E proferì in piedi la sua ultima difesa, nel nome di quelle Istituzioni, di quella Giustizia, di quel Diritto ai quali aveva dedicato l’intera esistenza»<sup>62</sup>.

## 2.2. Pensiero e opera di Mario Nigro.

La produzione di Mario Nigro, pur non essendo riconducibile alle scuole di pensiero del suo tempo, consta di circa centocinquanta scritti nel corso di quasi mezzo secolo di attività scientifica<sup>63</sup>, tra i quali otto studi monografici.

«Nigro non è venuto da una scuola, né ha avuto una scuola. (...) è stato una figura singolare e solitaria: ma come tutti gli ingegni superiori, ha ricostruito un proprio passato e una propria tradizione – ha creato i suoi precursori, come ogni vero studioso – stabilendo, tra l’altro, un legame con Spaventa, Gerber e Schmitt (...) e con Costantino Mortati, che ha ritenuto suo maestro, almeno suo ispiratore»<sup>64</sup>, senza dimenticare Miele e Cammeo, Capograssi e Orestano.

61 A. MENICONI, *Mario Nigro*, cit.

62 A. SANDULLI, *Mario Nigro*, cit.

63 In S. CASSESE, *Mario Nigro*, cit., p. 61, ne sono elencati 149.

64 S. CASSESE, *Gli «Scritti giuridici»*, cit., p. 193, anche in S. CASSESE, *Mario Nigro*, cit., p. 15. Cfr. anche A. SANDULLI, *Mario Nigro*, cit., in cui Sandulli ha affermato che «se, in ordine alle ascendenze, Nigro non ebbe un «padre», bensì più di uno «zio», quanto alle discendenze egli ebbe pochi «figli» (Enzo Cardi, Francesco Trimarchi e Jole Buccisano), ma tanti «nipoti», poiché sono stati numerosi i giovani studiosi che, pur facendo ufficialmente capo ad altri maestri, spesso più attivi in sede concorsuale che sul piano scientifico, hanno trovato in lui un lettore ed un ascoltatore attento, accurato, colto».



Con Mortati, Nigro condivise il forte legame con la Calabria, che egli volle sempre conservare<sup>65</sup>. Nigro nutrì, altresì, un interesse particolare (e inusuale per la giuspubblicistica) per la storia del pensiero giuridico, come dimostrano i saggi sull'opera di Spaventa, la genesi della IV sezione del Consiglio di Stato, del 1975, e il ruolo dei giuristi nello stato liberale, del 1988. Non a caso, la sete di cultura e l'esigenza di approfondimento, portarono Nigro a leggere opere inusuali – se non ignorate, come nel caso di Luhmann, che spesso citava e utilizzava – per la biblioteca di un giurista degli anni Cinquanta, periodo in cui Nigro iniziò la sua matura riflessione<sup>66</sup>.

Nella ricostruzione dell'opera nigriana fatta da Sandulli nella Relazione tenuta al Convegno su «Mario Nigro a venti anni dalla scomparsa» il 29 ottobre 2009, vi sarebbe un primo periodo della produzione del giurista, che costò soprattutto di note a sentenza, con il ricorrere di un argomento che gli stava a cuore rappresentato dall'adattamento amministrativo alle nuove coordinate costituzionali, che rompe la continuità tra l'esercizio di potere pubblico nell'amministrazione fascista e quello dello Stato democratico<sup>67</sup>.

Nigro fu tra i pochi che riuscirono a percepire e descrivere, nel secondo dopoguerra, la crescente complessità del diritto amministrativo, e non condivideva l'atteggiamento pigro della dottrina nella scelta dei temi di studio<sup>68</sup>, più attenta, a suo dire, «a taluni argomenti o aspetti di tali argomenti, per cui altri (...) sono stati o trascurati del tutto o considerati solo marginalmente o lasciati al dominio di una letteratura minore»<sup>69</sup>.

In un secondo periodo della produzione nigriana, si ravvisa sempre di più l'esplorazione di nuove aree di studio o di temi marginali o poco studiati dai giuristi, quali l'edilizia popolare, le università private, i beni culturali, vicende giuridiche, queste, apparentemente minori, ma con forti impatti sociali. Senonché Sandulli ha definito tale periodo come quello dell'incedere del "realismo nigriano", con il suo apice nel saggio, del 1957, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, contributo in cui Nigro affrontò diversi aspetti amministrativi riguardanti

65 F. PIGA, *Mario Nigro*, in *Foro amministrativo*, 1989, p. 473.

66 P. GROSSI, in *Mario Nigro giurista*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 10.

67 A. SANDULLI, *Mario Nigro, cit.*, in cui Sandulli ha ricordato, tra i tanti, un passo di una nota di Nigro sulle norme costituzionali programmatiche, relativa all'applicazione di una disposizione del 1927 che discriminava le donne per l'accesso ai pubblici impieghi.

68 A. SANDULLI, *op. cit.*

69 M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico (considerazioni generali)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 118. Sandulli ha ricordato anche che Nigro, in una breve nota sulla natura giuridica degli istituti autonomi case popolari del 1954, dopo aver spiegato le ragioni per cui, pur essendo sbagliato l'orientamento della Corte di cassazione, si augura che la Suprema Corte non produca un ennesimo révirément, «trattandosi di materia in cui l'incertezza è più dannosa dell'errore in sé stesso. (...) È evidente (...) che l'ultima parola spetta al legislatore. Ma quando si deciderà a dirla?» (M. NIGRO, *Sulla natura giuridica degli Istituti Autonomi per le Case Popolari*, in *Acque, bonifiche, costruzioni*, 1954).



l'organizzazione dell'edilizia popolare<sup>70</sup>. Successivamente, la produzione nigriana vide come elemento centrale le intersezioni tra diritto pubblico e privato, in particolare l'aspetto delle limitazioni dei privilegi dell'apparato pubblico quando questo opera *iure privatorum*<sup>71</sup>.

Lo stile, per dirla ancora con le parole di Sandulli, diventò più disteso e, al tempo stesso, più pungente, basti ricordare alcune riflessioni quali «quello sfingeo personaggio della ribalta amministrativa che è il silenzio della pubblica amministrazione non è ancora arrivato alla fine delle sue trasformazioni»<sup>72</sup> nonché «non che siano mancate voci tendenti a negare ogni valore alle cd. norme programmatiche o ad attenuare il loro valore, ma esse appaiono così isolate e deboli nel coro della prevalente dottrina che a prestar loro ascolto il Consiglio di Stato si è regolato come quel padre gesuita, ricordato da Pascal, il quale insegnava che si può fare ciò che si pensa essere permesso secondo un'opinione probabile, sebbene il contrario sia più sicuro: ed a rendere probabile una opinione basta un solo dottore!»<sup>73</sup>.

Come ricordato da Cassese, dal 1960 Nigro si dedicò agli aspetti sostanziali del diritto amministrativo, ponendo in evidenza il nesso ineludibile tra politica e amministrazione<sup>74</sup>, e ad altri studi su argomenti tradizionali (come il processo amministrativo) o più nuovi, quali l'ordinamento della giustizia amministrativa<sup>75</sup>.

Nigro, che «è stato certamente tra i protagonisti della rinascita degli studi amministrativi nel corso del terzo quarto del Novecento, assieme a Massimo Severo Giannini, Feliciano Benvenuti ed Aldo Sandulli»<sup>76</sup>, si mostrò attento ai problemi della giustizia amministrativa, trattando questioni quali i procedimenti amministrativi contenziosi o il doppio grado di giurisdizione amministrativa, per il quale cominciò a elaborare l'idea di un sistema di giustizia amministrativa in forme parallele e simili a quelle della giustizia ordinaria<sup>77</sup>.

Il volume sulla giustizia amministrativa del 1983<sup>78</sup> costituisce una silloge chiara e lineare del pensiero di Nigro sul tema, che appare ispirato nei suoi principi generali al dualismo della giurisdizione e fondato sulle medesime regole della giustizia ordinaria<sup>79</sup>. Anche se Nigro è ricordato anche come storico del pensiero giuspubblicistico, i suoi studi sulla giustizia, che investono circa la metà della sua produzione, forniscono un ritratto di Nigro come finissimo

70 A. SANDULLI, *Mario Nigro*, cit.

71 A. SANDULLI, *Ibid.*

72 M. NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi*, in *Foro italiano*, 1963.

73 M. NIGRO, *Libertà della scuola e «Università» private*, in *Foro amministrativo*, 1958.

74 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966.

75 S. CASSESE, *Ricordo di Mario Nigro*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1991, p. 191.

76 A. SANDULLI, *Mario Nigro*, cit.

77 M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953; *L'appello nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1960.

78 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983, III ed.

79 R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, a cura di R. ROLLI, Giuffrè, Milano, 2012.



processualista e come «uno tra i pochissimi amministrativisti che sia riuscito a penetrare in modo compiuto nel particolare chiuso mondo dei processualcivilisti, venendone accettato e rispettato»<sup>80</sup>.

Nigro invocò, nei suoi scritti, una riforma dell'ordinamento della giustizia amministrativa, «in modo da consentire di aggredire l'esercizio del potere, passando dall'atto al procedimento, ed abbandonando il meccanismo delle sentenze di mero annullamento, per dare ad esse forza ordinatoria»<sup>81</sup>. Secondo Nigro, la giustizia amministrativa era lacunosa e insufficiente, in special modo sotto i profili della completezza del contraddittorio, della pienezza della conoscenza del fatto da parte del giudice e dell'ampiezza e della profondità dell'istruttoria<sup>82</sup>.

In un terzo periodo, ossia dal 1966 al 1979, che Sandulli ha definito come la fase più ispirata dell'opera nigriana, per la ricchezza dei contenuti, per l'ampiezza dei temi affrontati, per la difficoltà nel cimentarsi con temi nuovi o poco sondati<sup>83</sup>, Nigro si riappropriò della prospettiva storica, quale strumento di contestualizzazione e di percezione delle trasformazioni sociali e giuridiche. In particolare, nella fase "fiorentina" di Nigro fu centrale l'elaborazione del corso della *Giustizia amministrativa*, maturato «nella scuola e per la scuola», contraddistinto dal metodo «schiettamente storicista» sapientemente sviluppato da Nigro<sup>84</sup>, che, secondo Grossi, è la pagina di Nigro che «avrebbe serbato maggiori e gratificanti sorprese».

È la giuridicità a determinare la storicità del fatto amministrativo, che «è un fatto storico perché è un fatto giuridico e, come tale, appartiene ad un dato contesto giuridico, storicamente situato e definito». Secondo Grossi, tale visione di Nigro era chiara fin dal saggio, del 1968, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, e da essa scaturì, da un lato, l'inclinazione del giurista calabrese alla comprensione dell'oggetto dei suoi studi, nonché, d'altro canto, la sua intuizione della complessità dell'universo giuridico, che per lui non è né un sistema di norme né un sistema di concetti, ma soltanto scienza dell'esperienza giuridica amministrativa, con il «rischio di sperdersi nella fattualità»<sup>85</sup>.

Il giurista non può fermarsi alla considerazione di alcune categorie formali ma deve estendere la sua osservazione all'intera esperienza amministrativa e penetrare la genesi, la sostanza, i fini dei fenomeni studiati, avvertendo la responsabilità di essere, per giunta, non semplice testimone ma protagonista di questa esperienza<sup>86</sup>. Eppure, fu proprio tale percezione nigriana della complessità a sorreggere e vigilare il discorso di Nigro, rendendo il giurista un

---

80 A. SANDULLI, *Mario Nigro*, cit.

81 S. CASSESE, *Mario Nigro*, cit.

82 S. CASSESE, *op. cit.*

83 A. SANDULLI, *Ibid.*

84 A. MENICONI, *Mario Nigro*, cit.

85 P. GROSSI, in *Mario Nigro giurista*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 5.

86 D. SORACE, in *Mario Nigro giurista*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 34, che riprende M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1968.



mediatore tra i diversi valori e tra i valori e i fatti e quindi interprete del mutamento, con un ruolo, dunque, rilevantissimo<sup>87</sup>.

Come ricordato da Sorace, nelle opere di Nigro ricorre spesso il verbo mediare, e il “giurista mediatore” prende atto che alcuni conflitti sono ineliminabili ma si impegna per attenuarli, cerca, con la fantasia, delle soluzioni di compromesso, individua gli spazi esistenti tra gli estremi inconciliabili, per inserirvisi<sup>88</sup>.

Nell’ultimo periodo della sua opera, dal 1980 al 1989, Nigro si dedicò prevalentemente alla giustizia, al procedimento e ad alcuni studi storici, senza far mancare, al diritto italiano, il suo alacre impegno riformatore, stimolato dall’esperienza forense e caratterizzato dal suo stare dalla parte del cittadino, in special modo sul piano delle tutele giurisdizionali<sup>89</sup>.

Per concludere, dunque, si può sinteticamente tratteggiare, per come ricostruito da Sandulli, il percorso nigriano, iniziato con l’idea dell’unità del diritto, che deve tuttavia avere una concezione dinamica in grado di cogliere le trasformazioni e indirizzare verso le prospettive future per il tramite dell’analisi del passato, passando per la sua storicità – vale a dire il diritto come un prodotto di un’evoluzione storico-sociale, in un esercizio, dunque, di comprensione e di ricostruzione – fino ad arrivare al realismo giuridico, che impone di sondare le vicende reali della società anche sotto il profilo politico e sociologico. Di qui, si giunge facilmente al rapporto che deve avere il giurista con le altre scienze sociali, e, quindi, al suo ruolo nella società, che Nigro reputa essenziale, poiché il diritto, in uno stato democratico-sociale, non può limitarsi ad essere servente e marginale rispetto ad altre scienze.

Il giurista, dunque, che non può venir meno a questo ruolo (come avvenuto, secondo Nigro, in età liberale, con un appiattimento sulla dogmatica), «finalmente consapevole dell’esigenza di circolazione delle idee tra le scienze sociali, è chiamato ad un compito decisivo per le sorti dello stesso ordinamento giuridico»<sup>90</sup>, considerato che la scienza giuridica è – e non può non essere – parte di una cultura più ampia, poiché il vero diritto «non costituisce la sclerosi e la forzatura di una civiltà ma una sua espressione e dimensione viva»<sup>91</sup>.

Il “giurista interprete” tratteggiato da Nigro ha coscienza del mutamento e tiene presenti i cambiamenti nel «sistema del valore e del peso di norme e principi vigenti, pur restando immutata nella sua espressione singolare la formula da interpretare»<sup>92</sup>.

---

87 P. GROSSI, in *Mario Nigro, cit.*, p. 5.

88 D. SORACE, in *Mario Nigro, cit.*, p. 42.

89 A. ROMANO, *Mario Nigro, cit.*, p. 31.

90 A. SANDULLI, *Mario Nigro, cit.*

91 P. GROSSI, in *Mario Nigro, cit.*, p. 12.

92 M. NIGRO, *L’appello nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 60.



Nigro era, altresì, convinto che il compito del giurista fosse non quello di conservare fotografie ingiallite ma quello di interrogare la realtà, sia quella affermatasi, sia quella in preparazione<sup>93</sup>.

Se si volge lo sguardo al tanto dibattuto ruolo del diritto nella regolazione della circolazione dei dati personali o dell'intelligenza artificiale, con le criticità che i meccanismi algoritmici e di profilazione portano con sé sotto il profilo dei valori etici<sup>94</sup>, appare evidente che l'impostazione e il metodo di Nigro risultano (e risulteranno) essere straordinariamente attuali. E però, Nigro, come ricordato da Romano, era «proiettato verso le evoluzioni del futuro, ma anche, e perché nutrito dalla dottrina del passato» – tanto da anticipare «una evoluzione dell'ordinamento che oggi [nel 1998] è sicuramente in atto»<sup>95</sup> – forse perché gli strumenti per comprendere “come” devono essere regolati e normati i grandi cambiamenti sociali e tecnologici, sono da rintracciare (anche) nel passato e nel bagaglio valoriale che ogni democrazia porta in seno.

Sandulli ha sottolineato come gli assiomi nigriani si riflettono anche sul suo stile, «sempre ispirato ad una dialettica nutrita di valori, di ideali, di principi, (...) attraverso il coinvolgimento delle forze sociali, in una società che si fa Stato, ma che non aspira ad operare una conquista di esso», con un ritorno al «punto di partenza, a quella integrità morale dei padri fondatori della Repubblica, profondamente rispettosi delle istituzioni e dei valori costituzionali, di cui Mario Nigro è stato certamente tra i più fulgidi esempi»<sup>96</sup>.

E i valori di Nigro sono stati, come sottolineato da Sorace, quelli della Costituzione – sempre presente, e con un ruolo preminente fin dai primi lavori, nei suoi scritti – dai diritti degli individui, all'eguaglianza formale e sostanziale, dalla democraticità dell'ordinamento, all'imparzialità dell'amministrazione al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, e, in particolare, Nigro fu appassionato da uno dei temi ricorrenti nella dottrina tedesca, ossia la discordanza tra costituzione scritta e effettività costituzionale<sup>97</sup>.

Nel suo ultimo convegno, Nigro, nel delineare le doti che dovrebbe avere un avvocato amministrativista – ovvero doti tecniche (conoscenza del diritto amministrativo, privato e processuale), doti intellettive, tra cui fantasia, doti morali – egli affermò che «l'avvocato non è un mercenario pagato per sterminare l'avversario: questa è la guerra. Invece il processo, l'attività contenziosa, l'attività che esige l'intervento dell'avvocato è dialogo, dialogo il quale presuppone che al di sotto dei dialoganti ci sia lo stesso complesso di valori e idealità. [...]

---

93 S. CASSESE, in *Mario Nigro, cit.*, p. 17.

94 L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità e sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2022.

95 A. ROMANO, *Mario Nigro, cit.*, p. 24.

96 A. SANDULLI, *Mario Nigro, cit.*

97 D. SORACE, in *Mario Nigro, cit.*, p. 37-38, che riporta alcuni passaggi di M. NIGRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969.



Oggi i valori che si muovono in questo campo sono sostanzialmente di due ordini. C'è il valore della tutela della libertà dell'individuo e del suo diritto a quelle prestazioni, da parte della cosa pubblica, che sono la sostanza di uno Stato democratico e sociale quale voluto dall'art. 3 della Costituzione. Dall'altra parte, c'è l'esigenza di un'azione tipica diretta alla tutela degli interessi di tutti nella bene intesa considerazione dell'intera collettività. Si tratta di due esigenze apparentemente contraddittorie, apparentemente contrastanti, ma di due esigenze che hanno entrambe diritto di cittadinanza. È la storia dei rapporti tra Stato ed individuo, una vecchia storia che continua e nella quale, appunto, si è sempre cercato, e si cerca, il compromesso migliore, il temperamento migliore tra due esigenze. Buona parte di questa storia, di questo contrasto, di questa necessità di temperamento passa nei tribunali, passa davanti ai giudici. Quindi anche l'avvocato amministrativista dà il suo contributo al temperamento di queste esigenze. Anche l'avvocato amministrativista si muove quindi sulla base di valori che sono comuni ad entrambi, cioè si muove nell'aspirazione verso un'Amministrazione che sia democratica e aperta, efficace ma imparziale, un'Amministrazione che riesca a custodire i valori e gli interessi della collettività senza provocare guasti agli individui»<sup>98</sup>.

### 3. L'accesso nella Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Come accennato, Nigro è conosciuto, ai più, per la legge n. 241.

D'altronde, la Commissione Nigro aspirava a trasformare l'agire amministrativo – oscuro, autoritario e farraginoso – in un'attività ispirata alla trasparenza, alla partecipazione e alla efficienza<sup>99</sup>. Nel 1980, aveva affermato che «la partecipazione procedimentale è un fenomeno di data antica ma, mentre ha avuto in passato una funzione meramente garantista, viene esplicando sempre più una funzione comunitaria»<sup>100</sup>. A metà degli anni Ottanta del secolo scorso, la Commissione terminò i propri lavori, gettando le basi della legge n. 241, che costituì la prima disciplina generale del procedimento amministrativo e stravolse i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, che, come sopra accennato, avevano fino ad allora avuto come regola generale il segreto dell'attività amministrativa<sup>101</sup>. L'obiettivo di riformare la connessione posta tra le norme sull'azione amministrativa e l'organizzazione si tradusse anche

98 M. NIGRO, *L'avvocato amministrativista*, Conferenza alla scuola forense di Roma (15 febbraio 1989), in *Mario Nigro giurista*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 56.

99 Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA), *Ricerca SNA – IRPA*, in <https://sna.gov.it/it/cosa-offriamo/iniziativeprogetti/archivio/irpa/il-procedimento-amministrativo/>.

100 M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, p. 231.

101 In tal senso, G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, vol. I, *Profili storici e sistematici*, e vol. II, *Profili teorici*, CEDAM, Padova, 1983-1984.

nello «spostamento del baricentro dell'attività amministrativa dall'atto amministrativo (...) all'iter stesso di formazione della decisione»<sup>102</sup>.

Parimenti, l'attenzione della disciplina della legge n. 241 era rivolta al procedimento, ma soltanto come strumento per trasformare profondamente lo statuto del provvedimento e nella prospettiva della tutela giurisdizionale, poiché «il dispiegarsi del procedimento si rivela strettamente funzionale alla completezza e profondità della cognizione giudiziale»<sup>103</sup>.

Secondo Nigro, la realizzazione degli articoli 24 e 97 della Costituzione passava per la costruzione di un modello – quello dell'integrazione, in una legge sul procedimento, tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale – in grado di favorire l'affermarsi non di una «legalità-legittimità», ma di una «legalità-giustizia», «perché non si tratta più soltanto di controllare e assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto e originale assetto di tali interessi»<sup>104</sup>, tenendo conto che l'amministrazione «non cala nel fatto o sul fatto un diritto prefabbricato, ma tesse per così dire una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisare l'uno attraverso l'altro e viceversa»<sup>105</sup>. Secondo Nigro, la parte essenziale del procedimento amministrativo è, infatti, quella «dietro l'atto», ovvero «negli atti e nelle operazioni che l'hanno preceduto, nei rapporti e negli apporti organizzativi»<sup>106</sup>.

Di tal guisa, l'assetto partecipativo mostra la sua intrinseca (e rilevante) vocazione strumentale che si sostanzia nell'istruttoria procedimentale e al ruolo che essa ha nel risultato legale del procedimento, visione, questa, che rispondeva, nelle intenzioni della Commissione Nigro, all'idea per cui «il dispiegarsi del procedimento si rivela strettamente funzionale alla completezza e profondità della cognizione giudiziale»<sup>107</sup>. A conferma di ciò, va ricordato che Nigro evidenziava come «il processo si trova inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa intendeva con ciò che il processo è un momento intermedio fra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa e non che il processo potesse divenire

---

102 M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI, a cura di, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio, Milano, 1990, p. 14.

103 M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Jovene, Napoli, 1981, p. 42.

104 M. NIGRO, *Procedimento*, cit., p. 33.

105 M. NIGRO, *Ibid.*, p. 33.

106 M. NIGRO, *Ibid.*, p. 41.

107 M. NIGRO, *Ibid.*, p. 42.



un improprio succedaneo del procedimento amministrativo»<sup>108</sup>, d'altronde, secondo la nota espressione dello stesso Nigro, il giudice amministrativo, fin dall'epoca liberale, utilizzava metodi «giurisprudenziali oltreché giurisdizionali». Di talché, la legge n. 241 nacque, dalla visione critica di Nigro a un modello giurisdizionale, visione, questa, che ha espresso il culmine di decenni di riflessione critica sulla teoria tradizionale dell'atto amministrativo, inteso ad affermare il carattere sostanziale dell'interesse legittimo e a consacrare il procedimento, come affermato in dottrina, quale "strumento di diluizione", ovvero sede di emersione degli interessi in gioco e strumento essenziale di garanzia del privato nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo<sup>109</sup>.

Nigro affermava che «procedimento e giurisdizione sono due specchi che si rimandano reciprocamente, ingigantendola sempre più, l'immagine dell'atto amministrativo: il modo di esercizio della giurisdizione conferma, dunque, che il procedimento serve esclusivamente a dar vita all'atto, che esso appartiene al mondo dell'atto»<sup>110</sup>.

La dottrina ha evidenziato<sup>111</sup>, allora, come l'importanza del procedimento si riveli non nel provvedimento, ma nell'istruttoria che lo sostanzia, che, verificando i fatti, consente l'identificazione, la valutazione e la comparazione degli interessi in gioco e la definizione dell'interesse pubblico, poiché la funzione del processo amministrativo non è tanto di «verificare una realtà sostanziale esterna e definita (il diritto soggettivo)», quanto di «concorrere a creare l'oggetto stesso della verifica», «fissando la regola del concreto operare dell'amministrazione in relazione all'interesse sostanziale dell'amministrato, stabilendo così il giusto rapporto tra interesse sostanziale e potere amministrativo»<sup>112</sup>.

Siffatta panoramica sulle teorie di Nigro è tanto più importante alla luce della lettura della versione originaria dell'art. 22 della legge n. 241, laddove stabiliva che «al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge». In un'intervista pubblicata pochi mesi dopo la presentazione del secondo disegno di legge (Governo Gorla) alle Camere, Nigro affermò: «con la nuova legge sarà ampliata la partecipazione dei cittadini. [...] La pubblicità dell'azione amministrativa si tradurrà appunto in questo principio del diritto di ogni cittadino ad accedere ai documenti amministrativi, quei

108 T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Seminario giuridico dell'Università di Bologna, CCCXV, Bologna University Press, 2022, p. 205.

109 M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della Legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2010.

110 M. NIGRO, *Procedimento*, cit. p. 27.

111 M. RAMAJOLI, *Lo statuto*, cit.

112 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 313.



documenti che adesso sono, in via generale, considerati coperti dal segreto d'ufficio. [...] Da un tipo di amministrazione unilaterale, esclusivamente burocratica, si passa ad un tipo di amministrazione in cui, al contributo, all'apporto della parte burocratica si aggiunge il contributo e l'apporto dei cittadini. Si va dunque verso un'amministrazione sempre più democratica»<sup>113</sup>.

In ordine alle modalità di esercizio del diritto di accesso – ossia mediante esame ed estrazione di copia (gratuiti) dei documenti amministrativi - l'art. 25 della legge *de qua*, nel comma 2, stabilì l'obbligo di motivazione della richiesta di accesso rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente, la quale può optare per il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso nei casi e nei limiti stabiliti dall'art. 24, sempre accompagnati da motivazione (comma 3). Di talché, l'art. 27, al comma 1, istituì, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, con le funzioni di (comma 5) «*vigilare affinché venga attuato il principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione*», di redigere una relazione annuale sulla trasparenza, nonché di proporre al Governo modifiche legislative e regolamentari «*utili a realizzare la più ampia garanzia del diritto di accesso*».

Con la legge 11 febbraio 2005 n. 15, ha assunto particolare rilievo la previsione di una tutela amministrativa innanzi alla Commissione, che, a tenore del nuovo art. 27, comma 5, ha la funzione di «*adottare le determinazioni previste dal nuovo articolo 25, comma 4*», disposizione che, nella sua attuale versione, disciplina i casi di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso, consentendo al richiedente di presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione e, nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, tale richiesta deve essere inoltrata alla Commissione per l'accesso di cui all'art. 27, nonché all'amministrazione resistente<sup>114</sup>.

Trasparenza e partecipazione<sup>115</sup> furono, dunque, le parole-chiave della riforma, tuttavia, il Governo e il Parlamento non si limitarono a tradurre in legge il progetto della "Commissione Nigro", ma apportarono modifiche sostanziali<sup>116</sup>, quale, a titolo esemplificativo, quella alla partecipazione ai procedimenti generali, che, pur prevista, nel testo originario, nell'ambito di

---

113 Anzitutto *trasparenza*, in *Gazzetta del Sud*, 12 marzo 1988.

114 In ordine alle funzioni della Commissione, cfr. M. OCCHIENA, *I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare la funzione giustiziale ex l. n. 241 del 1990 e d.p.r. n. 184 del 2006*, in *Giustizia Amministrativa*, 2006, p. 1243.

115 M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., p. 225.

116 P. M. VIPIANA PERPETUA, *Il procedimento amministrativo nella legge n. 241 del 1990 riformata dalla legge n. 69 del 2009*, CEDAM, Padova, 2010, p. 3 ss.



un'istruttoria pubblica, fu poi esclusa in Parlamento. Come osservato<sup>117</sup>, infatti, il percorso approvativo della legge n. 241 è stato qualificato dal contemperamento di diversi apporti dottrinali, giurisprudenziali e legislativi che hanno determinato anche delle divergenze fra l'elaborato proposto dalla "Commissione Nigro" e quello pubblicato in Gazzetta ufficiale<sup>118</sup>, non senza critiche da parte dello stesso giurista calabrese, come, ad esempio, per la soppressione, ad opera degli uffici della Presidenza del Consiglio, di una frase presente nell'articolo 1, in cui si affermava che l'attività amministrativa «si ispira al principio della libertà delle forme»<sup>119</sup>.

Tale assunto denotava la lontananza della visione di Nigro da un approccio che sottoponesse l'attività amministrativa a formalismo e tipicità bensì diretto a evitare che il provvedimento amministrativo sia vincolato da forme determinate, mentre la riforma della legge n. 241 ad opera del legislatore del 2005 (legge 11 febbraio 2005, n. 15) va nella direzione opposta, come osservato da Ramajoli<sup>120</sup>.

Altra critica di Nigro, riportata da Bonetti<sup>121</sup>, fu mossa in un suo contributo scientifico del 1989, laddove osservò che «nel disegno di legge non trova più posto l'istruttoria pubblica che il titolo III art. 7 del testo originario prevedeva per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche, che incidano in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio [...]». Considero l'eliminazione di questo precetto molto grave e priva di valide ragioni. Molto grave perché si tratta di un istituto che tende a realizzare finalità istruttorie con un metodo accentuatamente e originalmente partecipativo. Perché allora abolire l'istruttoria pubblica, tanto più che l'art. 7 del testo originario è estremamente cauteloso nel consentire il ricorso ad essa? È probabilmente l'attaccamento ad un'amministrazione segreta o aperta solo a soggetti

---

117 P. MEZZANOTTE, *Principio democratico*, cit., p. 147.

118 G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Maggioli, Rimini, 1991, p. 136, in cui si è evidenziato, ad esempio, che si sarebbe potuta conferire un'impronta più democratica prevedendo un diritto di accesso a carattere generale, collegato all'esigenza di informazione-controllo sociale dell'azione amministrativa.

119 M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 10 ss.

120 M. RAMAJOLI, *Lo statuto*, cit., («Ora, invece, la legge n. 15 si ricollega idealmente alla risalente sistematica tedesca, emanando una serie di norme di disciplina dell'efficacia, dell'esecuzione, dell'invalidità del provvedimento, nonché dei provvedimenti amministrativi di secondo grado. In questa maniera si stempera l'idea che l'atto conclusivo del procedimento abbia il carattere di un riepilogo preformato nelle considerazioni precedenti e che sia fondamentale cercare di rendere trasparente e controllabile il processo decisorio. Si riafferma inoltre l'assoluta centralità del provvedimento amministrativo quale strumento dell'agire dell'amministrazione, come dimostra il comma 4-bis dell'art. 11 che impone che la stipulazione degli accordi sia preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento»).

121 T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., p. 190.



individualmente selezionati che fa vedere male l'idea di una pubblicità così ampia quale è quella che assicura siffatta istruttoria»<sup>122</sup>.

Infine, Nigro, nel contestare i lunghi tempi dell'approvazione della legge n. 241, colse l'occasione, come riportato da Meniconi<sup>123</sup>, per attribuire la tradizionale disattenzione della politica, verso l'amministrazione, a due fattori.

Il primo, legato al fatto che «i politici conoscono poco i meccanismi della vita amministrativa, che considerano riti bizantini, i quali ostacolano, non agevolano la soluzione dei problemi della collettività», mentre, in secondo luogo, «l'indifferenza nasce dal desiderio [...] dei politici di non istituzionalizzare e irrigidire secondo competenze rigorosamente fissate [...] il rapporto con l'amministrazione, ma di lasciare largo spazio alla cosiddetta pervasività della politica, mantenendo il rapporto stesso in quella flessibilità e incertezza che consentono la più piena puntuale libertà di intervento e di ingerenza, con buona pace dei principi sanciti dalla Costituzione»<sup>124</sup>.

Senonché, nonostante le modifiche alla legge n. 241 in sede parlamentare e governativa – tanto da risultare, tale disciplina, «meno innovativa e incisiva di quel che lui desiderava»<sup>125</sup> – essa è stata definita da numerosi giuristi come una «vera e propria rivoluzione copernicana nei rapporti tra p.a. e cittadini»<sup>126</sup>, in grado di edificare nel nostro ordinamento «un nuovo sistema di valori che, ribaltando l'impostazione tradizionale ancorata al segreto amministrativo, eleva il diritto d'accesso e la pubblicità a regola dell'azione amministrativa, relegando il segreto al ruolo di eccezione»<sup>127</sup>.

Ancora, la legge n. 241 è stata rappresentata come «la più importante riforma dell'Amministrazione fatta dall'ordinamento repubblicano»<sup>128</sup>.

L'accesso è, nel tempo, divenuto un principio generale dell'attività amministrativa volto ad assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, dando forma, in tal modo, secondo la dottrina maggioritaria, ai principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica, di cui all'art. 97 della Costituzione, sebbene, per molto tempo, una parte della dottrina abbia

122 M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 10 ss. Cfr. anche S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Cedam, Padova, 1993, p. 3 ss.

123 A. MENICONI, *Mario Nigro*, cit.

124 M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 10 ss.

125 A. ROMANO, *Mario Nigro*, cit., p. 28.

126 *Ex multis*, F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M. T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti*, cit., p. 2.

127 S. CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Il codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO, Giappichelli, Torino, p. 325 ss.

128 F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (l. 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992, p. 56.



ritenuto che il diritto di accesso dei cittadini fosse da collegarsi anche al diritto di informazione, avendo trovato, nell'art. 21, il suo fondamento<sup>129</sup>.

In dottrina si è parlato della legge n. 241 come di una “terza costituzione”, che segue lo Statuto albertino e la Costituzione, una tesi, questa, definita da Cassese come volutamente enfatica, ma non fino al punto da non potersi rimarcare come la stessa cogliesse nel segno nel suo sottolineare la piena coerenza ai principi costituzionali di eguaglianza dei soggetti, del principio di partecipazione e di quello giustiziale, rimasti fino ad allora compressi<sup>130</sup>.

Si può affermare, quindi, che la trasparenza, per come disegnata nella legge n. 241 – mediante gli istituti della comunicazione dell'avvio del procedimento, della partecipazione al procedimento, della motivazione del provvedimento amministrativo, oltre che dell'accesso – sembra aver realizzato le intenzioni dei Costituenti.

In particolare, l'obbligo di motivazione, presente nell'art. 3, impone all'amministrazione di indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la sua decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, integrando, per un verso, un controllo sull'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione e sul rispetto delle regole (e l'applicazione degli istituti) procedurali per come elaborate nella medesima legge n. 241 e, d'altro canto, una stretta correlazione con il fascicolo procedimentale, di talché, gli elementi formali dell'atto amministrativo – preambolo e motivazione – sono inscindibilmente legati ai documenti del fascicolo in una corrispondenza biunivoca, che, nel tempo, con l'avvento del “digitale” è apparsa come una risorsa preziosa più che come un ostacolo<sup>131</sup>.

Né può dimenticarsi che il percorso riformatore della trasparenza amministrativa ha preso forma proprio a partire dalla legge n. 241, norma che ha conosciuto anche delle corpose modifiche nel tempo.

Tralasciando in questa sede, per motivi di spazio, le leggi “Bassanini” e i conseguenti regolamenti, la modifica più importante è stata quella operata dal legislatore del 2005 (legge 11 febbraio 2005, n. 15), che ha dettato una disciplina più organica e completa in materia di termini del procedimento amministrativo, responsabilità, tempi procedurali, ambito di

129 Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1745; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo. Parte generale*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, Monduzzi editoriale, Bologna, 2005, vol. I, p. 665; R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1987, p. 159 ss.; secondo G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, p. 780 vi sarebbe l'«esigenza elementare che la conoscenza venga prima della difesa».

130 S. GAMBINO, *Il diritto di accesso. La nuova disciplina legislativa (legge n. 15/2005) alla luce della revisione costituzionale del Titolo V*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2005.

131 B. MONTINI, *Il procedimento amministrativo e l'evoluzione del principio di trasparenza tra accessibilità totale e tutela della riservatezza*, in (a cura di) G. PENZO DORIA, *I procedimenti amministrativi delle università italiane*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2017, p. 85.



applicazione, nonché di accesso ai documenti, con la completa riformulazione degli articoli 22, 24, 27 e, in parte, 25.

Tale riforma non è andata esente dalle critiche di certa dottrina, per aver disatteso gli assiomi originari su cui la Commissione Nigro aveva basato la normativa sul procedimento amministrativo.

La legge n. 15 del 2005 «decostruisce la legge n. 241 e il suo significato ultimo, perché con il secondo comma dell'art. 21-*octies* i vizi procedurali sono dequotati al punto da ritenere che essi possano divenire irrilevanti in un giudizio sulla legittimità dell'atto amministrativo»<sup>132</sup>, laddove stabilisce che «*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento [...] qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». La riforma ha modificato la legge n. 241, riconoscendo, da un lato, nell'art. 22, comma 2, che il diritto di accesso costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorirne la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, e, d'altro canto, nell'art. 29, comma 2-*bis*, legge n. 241, che tale diritto attiene «*ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*», ossia le prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, di talché, Regioni, Province e Comuni non possono introdurre deroghe in grado di impedire o rendere più difficoltoso l'esercizio del diritto di accesso.

Come accennato, tuttavia, il legislatore del 2005 ha circoscritto la legittimazione attiva all'accesso «alla sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è chiesto l'accesso», mentre nel testo originario l'accesso era consentito «*a chiunque vi avesse interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*», ampliando, altresì, i casi di esclusione<sup>133</sup>.

La sostituzione della locuzione «*situazione giuridicamente rilevante*» con quella di «*situazione giuridicamente tutelata*» espone, altresì, al rischio di interpretazioni più restrittive della portata

---

132 *Ex multis*, M. RAMAJOLI, *Lo statuto, cit.*, (cui si rinvia anche con riferimento alle posizioni della giurisprudenza sulle norme della legge 241) laddove afferma: «Si assiste alla degradazione di molte ipotesi di violazione di legge a forme di illegittimità non invalidanti, con la conseguenza di far considerare inutile formalismo anche il rispetto di regole che hanno una valenza che va al di là della tutela degli interessi specifici di un singolo. L'esempio è proprio offerto dalla regola dell'obbligo di motivazione, che riveste un'indubbia importanza anche in termini di giustificazione sostanziale delle scelte amministrative, oltre che in termini di responsabilità dell'amministrazione di fronte a tutti i cittadini e, in definitiva, in termini di civiltà giuridica. In questa maniera si giunge a configurare uno statuto del provvedimento amministrativo diametralmente opposto rispetto a quello in origine concepito».

133 R. PERNA, *Accesso e trasparenza: due linee destinate ad incontrarsi?*, in Testo dell'intervento presentato al Convegno "La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione", Palazzo Spada, Roma, 20 marzo 2017.



della situazione legittimante l'accesso, nel senso che tale semplice cambiamento terminologico potrebbe indurre a ritenere che soltanto situazioni protette dall'ordinamento in chiave processuale possano costituire il sostrato del diritto di accesso<sup>134</sup>.

I giudici amministrativi hanno, tuttavia, affermato, in seguito, che a fondare la legittimazione all'accesso è sufficiente «la titolarità di una posizione giuridica soggettiva allo stato anche meramente potenziale»<sup>135</sup>.

D'altro canto, la giurisprudenza ha ribadito “a più riprese” l'autonomia della domanda giudiziale tesa ad ottenere l'accesso ai documenti, «sia riguardo alla sorte del processo principale nel quale venga fatta valere la situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso, sia rispetto all'eventuale infondatezza od inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti, potrebbe proporre»<sup>136</sup>.

Un'altra modifica del legislatore del 2005, che ha fatto venir meno la correlazione tra diritto di accesso e procedimento amministrativo<sup>137</sup>, è stata quella relativa all'ambito oggettivo del diritto di accesso, atteso il tenore dell'art. 22, c. 1, lettera d), che definisce documento amministrativo «ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale» mentre, nella sua versione originaria, la legge n. 241 (art. 22, comma 2), considerava documento amministrativo «ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa».

Ritornando all'importanza della legge n. 241 nell'evoluzione del nostro ordinamento giuridico, è stato altresì osservato che, tra le intenzioni originarie di tale disciplina, vi era l'elaborazione di una «legge strategica, volta a far penetrare, attraverso l'uso giurisprudenziale dei principi da essa dettati, il punto di vista dei cittadini nella disciplina dell'azione amministrativa, coniugando così garanzia per gli interessati e migliore perseguimento dell'interesse pubblico», atteso che «compito della dottrina è creare le condizioni per agevolare la spinta di sviluppo della giurisprudenza»<sup>138</sup>.

134 S. FIOREZZANO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005 n. 15: nuove regole sostanziali e giustiziali*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 472.

135 S. RUSSO, *Oggetto e funzione dell'accesso agli atti dei pubblici poteri nella l. 15/2005, suoi limiti, sua reclamabilità*, in *Giustamm – Rivista di diritto pubblico*, n. 7, 2005.

136 Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5571.

137 B. MONTINI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 85.

138 M. RAMAJOLI, *Lo statuto*, cit.



E infatti, Mario Nigro riteneva indifferibile l'esigenza di intervenire sulle regole del processo amministrativo, «non per sfiducia nei confronti della giurisprudenza o della dottrina, ma per la convinzione che solo con la legge fosse possibile “canonizzare” le conquiste della giurisprudenza e della dottrina e, nel contempo, imprimere nuovo impulso all'evoluzione del processo amministrativo»<sup>139</sup>.

Tale idea di codificazione del processo amministrativo, si è vista realizzata nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, cui seguì l'iter di formazione del Codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 7 luglio 2010 n. 104, che ha avuto un valore fortemente simbolico poiché il processo amministrativo ha adesso un proprio Codice, uno “statuto” che lo equipara al giudizio civile e penale, con la definitiva emancipazione della giurisdizione amministrativa da una disciplina che in parte era ancora risalente ad un periodo storico in cui era in discussione il carattere giurisdizionale della funzione esercitata dal Consiglio di Stato<sup>140</sup>.

In ordine alle più rilevanti novità normative correlate alla legge n. 241, si segnala altresì l'emanazione del D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, “Regolamento recante disciplina in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi”, che ha abrogato il D. P. R. 27 giugno 1992, n. 352, introducendo, tra l'altro, l'obbligo di comunicare l'avvenuta presentazione dell'istanza di accesso a tutti i controinteressati individuati dall'amministrazione, da identificarsi, secondo l'art. 22, comma 1, della legge n. 241 del 1990, nei soggetti che «*dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*» – in ossequio ai dettami del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (“Codice Privacy”) – mediante l'invio di copia a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento o per via telematica.

Ne discende che, entro 10 giorni dalla ricezione di tale comunicazione, il controinteressato può presentare opposizione alla richiesta di accesso e, soltanto decorso tale termine, accertata l'effettiva conoscenza da parte del controinteressato dell'istanza, l'Amministrazione può provvedere sulla richiesta.

#### **4. Il passaggio dal *need to know* al *right to know*.**

Per proseguire l'*excursus* normativo sulla trasparenza<sup>141</sup>, va evidenziato il passaggio interlocutorio avutosi con il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. decreto Brunetta),

---

139 R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo a dieci anni dalla approvazione del Codice*, in *L'amministrativista.it*, 1° luglio 2020, <https://lamministrativista.it/articoli/focus/il-processo-amministrativo-dieci-anni-dalla-approvazione-del-codice>, che riprende M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 249.

140 R. CHIEPPA, *op. cit.*

141 Per una panoramica completa sul sistema delle fonti della trasparenza, si rinvia a T. TESSARO-M. BERTIN, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, 2019, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, p. 31 ss.

che ha declinato la trasparenza come «*accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni*», con la finalità di «*favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*», e con la conseguente costituzione, in capo a ciascun cittadino, una posizione giuridica qualificata ad ottenere le informazioni pubbliche, diretta a favorire quel controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni espressamente escluso dalla previsione ex art. 24, comma 3, della legge n. 241<sup>142</sup>.

Si segnala anche l'art. 1, comma 30, della legge 6 novembre 2012, n. 190, laddove ha stabilito l'obbligo, delle amministrazioni, nel rispetto della legge n. 241 del 1990, «*di rendere accessibili in ogni momento agli interessati, tramite strumenti di identificazione informatica di cui all'articolo 65, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, le informazioni relative ai provvedimenti e ai procedimenti amministrativi che li riguardano, ivi comprese quelle relative allo stato della procedura, ai relativi tempi e allo specifico ufficio competente in ogni singola fase*».

Di tal guisa, si è giunti al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, a mente del quale la trasparenza è stata intesa come «*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni*» allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (art. 1, comma 1, del decreto n. 33, come modificato dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016). Ovviamente, sul piano ordinamentale, l'accesso in quanto posizione qualificata dalla connessione tra il richiedente e il dato che egli vuole conoscere, non può operare laddove quel dato sia pubblico perché accessibile all'intera collettività<sup>143</sup>.

Con la norma che introduce, nel nostro ordinamento, l'accesso civico, il legislatore sembra aver «*chiuso il cerchio*», garantendo il *right to know* in corrispondenza degli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge. L'art. 5, comma 1, infatti, stabilisce che «*l'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*»<sup>144</sup>.

142 D. U. GALETTA, *Accesso civico*, cit.

143 F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza*, cit.

144 Nell'evoluzione della legislazione italiana in materia di accesso ha avuto un ruolo anche l'adozione, il 31 ottobre 2003, della Convenzione di Merida da parte dell'Assemblea generale dell'ONU (ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116) in cui sono stabiliti obblighi, per gli Stati, di adottare efficaci politiche di prevenzione della corruzione, con diverse misure e meccanismi istituzionali, quali la creazione di uno specifico organo anticorruzione, codici di condotta e politiche favorevoli al buon governo, allo stato di diritto, alla trasparenza e alla responsabilità.



In dottrina è stato affermato che la «peculiare via italiana alla trasparenza si fonda sulla centralità degli obblighi di pubblicazione, rispetto ai quali il diritto del singolo all'informazione è meramente strumentale»<sup>145</sup>, difatti, per l'utente, deve essere possibile rintracciare, nel sito web di ciascuna amministrazione, tutte le informazioni inerenti all'attività e all'organizzazione dell'ente, senza la necessità di autenticarsi o essere in qualche modo identificato<sup>146</sup>.

Come in quasi tutti gli ordinamenti, dunque, si è inteso affiancare, alla c.d. *reactive disclosure*, forme di *proactive disclosure*, attraverso la previsione di obblighi o facoltà di pubblicazione concernenti informazioni e documenti di interesse pubblico<sup>147</sup>.

Di tal guisa, l'obbligo di trasparenza risulta soddisfatto mediante la pubblicazione periodica nella sezione "Amministrazione Trasparente" del sito web, attività che compete al "Responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza", soggetto chiave preposto all'attività di controllo degli adempimenti prescritti per le amministrazioni pubbliche, nonché all'aggiornamento del Piano Triennale per la prevenzione della corruzione e trasparenza<sup>148</sup>. Egli segnala all'organo di indirizzo politico, all'Organismo indipendente di valutazione (OIV), all'Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina, i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione<sup>149</sup>, casi, questi, per i quali l'art. 47 del decreto legislativo n. 33 del 2013 prevede sanzioni amministrative di tipo pecuniario (anche per il Responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza) e pone la pubblicazione di un atto come condizione per la sua efficacia<sup>150</sup>.

Infine, l'art. 5, comma 2, dello stesso decreto n. 33 – introdotto, però, dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 "in raccordo" alle disposizioni emanate dal Consiglio d'Europa nella richiamata Convenzione sull'accesso ai documenti ufficiali – ha sancito una *full disclosure* dei documenti amministrativi, riconoscendo l'accesso civico (generalizzato) «ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis» a chiunque, «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul

---

145 M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 795 ss.

146 D. U. GALETTA, *Accesso civico*, cit.

147 M. A. SANDULLI-L. DROGHINI, *La trasparenza*, cit., p. 401 ss.

148 In tal senso, si rinvia a T. TULLIO, *La Sezione "Amministrazione Trasparente" del sito web istituzionale e la "Sezione Trasparenza" del PTPCT*, in G. CONTESSA-A. UBALDI, in *Manuale dell'anticorruzione e trasparenza*, La Tribuna, Piacenza, 2022, p. 923 ss.

149 In tal senso, si rinvia a A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione e le specifiche misure di trasparenza*, in G. CONTESSA-A. UBALDI, in *Manuale dell'anticorruzione e trasparenza*, La Tribuna, Piacenza, 2022, p. 939 ss.

150 M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 795 ss.



*perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico».*

È opportuno ricordare che l'Autorità nazionale anticorruzione, nell'allegato 1 alla delibera n. 1310/2016 ("Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. n. 33/2013 come modificato dal d.lgs. n. 97/2016"), emanata per recepire le modifiche intervenute con il d.lgs. n. 97/2016, ha pubblicato una tabella ricognitiva degli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013, che di fatto, ha rimpiazzato l'allegato A del medesimo decreto<sup>151</sup>. Di talché, nel 2016, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che «il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico, ma costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione»<sup>152</sup>. L'Adunanza Plenaria si rifà alla famigerata frase pronunciata da Turati il 17 giugno 1908 in Parlamento "Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro"<sup>153</sup>. Siffatte definizioni della trasparenza si attagliano perfettamente all'accesso civico e all'accesso civico generalizzato, introdotti nel nostro ordinamento anche come strumenti di lotta alla corruzione<sup>154</sup>.

Il cambio di paradigma è palpabile nello stesso comma 2, dell'art. 1, del decreto legislativo n. 33, laddove stabilisce che «la trasparenza concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino». Secondo la dottrina, l'intera evoluzione della nozione di trasparenza è affidata «alla dialettica tra questa, pubblicità e accessibilità»<sup>155</sup>.

151 V. VARONE, "Amministrazione trasparente" al banco di prova della nuova Governance della trasparenza: verso una Piattaforma unica, in *Federalismi.it*, n. 5, 2023, p. 256.

152 Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, p. 22.6.

153 F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962.

154 S. TOSCHEI, *Trasparenza e accesso (documentale e civico) nel sistema di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2022.

155 A. PAJNO, *Il principio di trasparenza, alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2015, p. 227.



Il percorso riformatore è stato sorretto anche dalle decisioni dei Tribunali amministrativi e delle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato, cosicché si è giunti ad un vero e proprio diritto di tutti i cittadini a conoscere l'assetto organizzativo e l'azione amministrativa dei pubblici Uffici<sup>156</sup>.

Più in generale, con riferimento al percorso evolutivo della trasparenza – non scevro da alcuni “rallentamenti” rilevati in dottrina<sup>157</sup> – il Consiglio di Stato, riprendendo il *dictum* della Corte costituzionale<sup>158</sup>, ha affermato che «l'evoluzione della visibilità del potere è la storia del lento cammino verso la democrazia e, con il progressivo superamento degli *arcana imperii* di tacitiana memoria, garantisce la necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica». Non si può negare che le innovazioni amministrative, avute negli anni Duemila, sulla base dei due assiomi della semplificazione e della trasparenza dell'azione amministrativa, abbiano determinato una profonda trasformazione e un ammodernamento delle amministrazioni pubbliche, anche se sarebbe utile fare – ciò non è possibile in questo contributo, per ragioni di spazio – delle riflessioni sull'efficacia dell'attuazione delle varie discipline sull'accesso, che si sono succedute e integrate nel nostro ordinamento fino al “FOIA italiano”<sup>159</sup>, in un processo che ha segnato il passaggio dal “*need to know*” dell'accesso di cui alla legge n. 241/1990, al “*right to know*” dell'accesso civico di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33<sup>160</sup>.

## 5. Conclusioni

Come è stato osservato in dottrina, l'accesso documentale ha costituito la strada scelta dal legislatore del 1990 per rendere l'Amministrazione una “casa di vetro”, eppure tale strumento, per diverse ragioni, anche strutturali, ha finito per fungere, pur contribuendo ad attuare la trasparenza, da rimedio all'assenza di pubblicità<sup>161</sup>, delineando un nuovo modo di esercizio

---

156 F. LORÈ, *La trasparenza amministrativa, tra conoscibilità e tutela dei dati personali*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2021.

157 V. VARONE, “*Amministrazione trasparente*”, *cit.*, p. 252.

158 Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, punto 22.5, che riprende Corte cost., 7 maggio 2002, n. 155.

159 Cfr., in tal senso, M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto amministrativo*, anno XXVII, fasc. 3, 2019; M. A. SANDULLI-L. DROGHINI, *La trasparenza*, *cit.*, p. 401 ss.; G. GARDINI, M. MAGRI, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019.

160 A. AMODIO, *Il principio di trasparenza e il procedimento amministrativo: dal diritto di accesso documentale al diritto di accesso civico*, in *Amministrativo@mente - Rivista di diritto amministrativo*, n. 1-2, 2018, p. 18, che, nel suo contributo, riprendendo le parole di Turati, descrive l'evoluzione da “palazzo” a “casa”, non solo di “vetro”, ma addirittura di “cristallo”.

161 C. CUDIA, *Appunti sulla trasparenza amministrativa e diritto alla conoscibilità*, in *Giustamm.it – rivista di diritto pubblico*, n. 12, 2016.



dei pubblici poteri nello Stato liberaldemocratico e rappresentando uno degli snodi essenziali per l'evoluzione in senso pari ordinato dei rapporti fra cittadini e pubbliche amministrazioni, in un processo che ha portato, da una concezione rigida e autoritativa del rapporto tra amministrazione e cittadino, a una loro "pari dignità"<sup>162</sup>.

Cosicché, tentando di sintetizzare al massimo il percorso tratteggiato, si può affermare che si è passati dalla regola ottocentesca del segreto dell'azione amministrativa, alle "precocissime" intuizioni della Commissione Nigro, innestate (solo parzialmente) nella versione originaria dell'art. 22, che consentì l'accesso per finalità di trasparenza «*a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*», all'"arretramento" della riforma del 2005, che ha reso inammissibili le «*istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*», per giungere, infine, alla nuova espansione operata dal legislatore del 2009 – accessibilità totale delle informazioni e forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità – e del 2013, ma, soprattutto, del 2016, con l'introduzione della *full disclosure* dell'accesso civico generalizzato.

In tale percorso, è stato decisivo il processo di digitalizzazione del comparto pubblico che ha attraversato il nostro Paese negli ultimi decenni e che probabilmente sarà rinvigorito con i fondi stanziati nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), con l'obiettivo, in particolare, della "PA Digitale 2026". Tuttavia, si è osservato che, a fronte del proliferare dei dati, la trasparenza sembra continuare a "scontare" una certa anarchia diffusa, per l'assenza di una regia unitaria, essendo ancora le singole le amministrazioni titolari dei dati a dotarsi, quasi sempre di propria iniziativa, di portali e piattaforme e ad aumentare i soggetti che intervengono nella regolazione (AgID, Dipartimento per la funzione pubblica, ANAC), e, se così è, la sfida consiste nel far dialogare regole tecniche e regole giuridiche all'interno di una piattaforma unica della trasparenza, in grado di produrre dati rapidi, immediati e centralizzati<sup>163</sup>.

Ciò appare ancor più decisivo se si volge lo sguardo al futuro, poiché si può scorgere la fase "eccentrica" che attende lo sviluppo della digitalizzazione e della trasparenza, nonché dello stesso diritto amministrativo, considerato che in molte nazioni il pubblico potere ha iniziato ad adottare sistemi di intelligenza artificiale (IA) nei procedimenti amministrativi. Tuttavia, l'eventuale mancanza di *transparency* dei dati utilizzati per addestrare i sistemi di IA – la qualità dei dati è importantissima per l'*equity* dell'IA<sup>164</sup> – oppure di *explainability* del modo in

<sup>162</sup> G. GIANNOTTI, *Una casa di vetro*, cit.

<sup>163</sup> V. VARONE, "Amministrazione trasparente", cit., p. 273.

<sup>164</sup> Cfr. in tal senso, *ex multis*, S. WACHTER-B. MITTELSTADT-C. RUSSELL, *Why fairness cannot be automated: bridging the gap between EU non-discrimination law and AI*, in *Computer Law & Security Review*, n. 41, 2021; H. TAMAYO-SARVER-S. W. HINZE-R. K. CYDULKA-D. W. BAKER, *Racial and ethnic disparities in emergency department analgesic prescription*, in *Am J Public Health*, n. 93, 2003, p. 2067 ss.; G. CAPUZZO, "Do Algorithms



cui l'algoritmo prende una decisione<sup>165</sup> – integrerebbe una «incomprensibilità dell'algoritmo» che renderebbe «incomprensibile l'attività istruttoria compiuta per giungere alla decisione», integrando, così, la violazione dei principi del giusto procedimento e, di conseguenza, inficiando la validità dell'atto<sup>166</sup>, senza dimenticare la cogenza, in materia di trattamento dei dati personali, dell'art. 15, par. 1, lettera h), del Regolamento (UE) 2016/679 (*General Data Protection Regulation*, "GDPR"), in base al quale l'interessato (ovvero, nel caso dell'IA utilizzata nella decisione amministrativa, il cittadino) «ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso ai dati personali» e di conoscere «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

La dottrina ha già cominciato a interrogarsi sulla possibilità di utilizzare gli strumenti di trasparenza amministrativa, e in particolare gli obblighi di pubblicazione e l'accesso, al fine di assicurare una maggiore conoscibilità e comprensibilità delle stesse, accrescendo la fiducia dei cittadini nell'utilizzo delle tecnologie informatiche e in particolare nei sistemi algoritmici<sup>167</sup>.

È stata anche caldeggiata l'introduzione della tecnologia *Blockchain*, in un'ottica di accelerazione nella digitalizzazione delle procedure di affidamento e atto a incrementare l'utilizzo dell'*e-procurement* da parte delle Stazioni Appaltanti, favorendo il rispetto del principio di trasparenza, imparzialità e buon andamento, e riducendo, di conseguenza, il rischio di corruzione nel settore degli appalti pubblici<sup>168</sup>.

In tale scenario, vi è stata l'irruzione dell'art. 30 ("Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici") del nuovo codice appalti<sup>169</sup>, che per la prima volta, ha dato un

---

*dream about Electric Sheep?" Percorsi di studio in tema di discriminazione e processi decisori algoritmici tra le due sponde dell'Atlantico*, in *MediaLaws*, n. 3, 2020.

165 Cfr. in tal senso, *ex multis*, B. GOODMAN-S. FLAXMAN, *European Union Regulations on algorithmic decision making and a "right to Explanation*, In *Association for the Advancement of Artificial Intelligence*, 2016; S. WACHTER-B. MITTELSTADT-L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International data privacy laws*, n. 7, 2017.

166 P. DEL VECCHIO-V. BIGNOLI, *Le responsabilità amministrative da algoritmo e intelligenza artificiale. La responsabilità da provvedimento algoritmico sia ai fini del risarcimento del danno in sede civilistica che in sede contabile come responsabilità erariale*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Vol. II, Il Mulino, Bologna, 2022.

167 A. CORRADO, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2023, p. 175 ss.

168 A. SAPORITO, *L'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo: il sistema della tecnologica blockchain*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 4, 2021.

169 Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici".



chiaro segnale di apertura all'utilizzo di algoritmi nell'agire amministrativo. A mente del comma 1, infatti, «per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia», mentre il terzo comma della disposizione *de qua* stabilisce che ogni operatore economico ha diritto «a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata». Difatti, nel quinto comma, è sancito anche l'obbligo, per le pubbliche amministrazioni, di pubblicare sul sito istituzionale, nella sezione «Amministrazione trasparente», l'elenco delle soluzioni tecnologiche utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività, incluse l'intelligenza artificiale e la *blockchain*.

Sulla scorta di quanto sin qui rappresentato, si rileva un movimento “concentrico” fino all'art. 3-bis della legge n. 241 (introdotto con la legge 11 settembre 2020, n. 120) laddove stabilisce che «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». Per quanto esposto, la trasparenza appare, realisticamente, come un processo tutt'altro che concluso, ma destinato a essere (e a rimanere, con i continui e celeri progressi tecnologici) ancora *in fieri*.

Se quanto descritto nel presente contributo ha indotto la dottrina ad affermare la realizzazione anche nel nostro ordinamento, mediante l'accesso disciplinato nel 1990, del «passaggio dal principio al diritto»<sup>170</sup>, va pur sempre ricordato, per dirla con le parole di Mario Nigro, che qualsivoglia garanzia accordata ai cittadini, in una democrazia, necessita, che «l'amministrazione abbia un elevato senso di giustizia (e si consideri essa la prima fonte di tale giustizia), il cittadino piena coscienza dei suoi diritti, e, a custodia di tutti (amministrazione compresa), operi un giudice indipendente»<sup>171</sup>.

---

170 M. A. SANDULLI-L. DROGHINI, *La trasparenza, cit.*, p. 401 ss.

171 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 86.



# L'INTERPRETAZIONE FAVOREVOLE ALL'ACCUSATO NEL DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE: UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E USA<sup>1</sup>

Mario Caterini

**Abstract [It]:** Di fronte alle incriminazioni in tema di ambiente sovente caratterizzate da deficit di determinatezza, la pur necessaria tutela dello stesso bene superindividuale non dovrebbe comunque determinare un arretramento delle garanzie costituzionali poste a favore dell'accusato, come invece spesso avviene. Il principio di legalità richiede al giudice di scegliere, tra più opzioni interpretative plausibili, quella più favorevole all'autore del fatto, precludendo l'ampliamento della portata delle fattispecie per via interpretativa, sconfinando altrimenti il potere giudiziale in scelte di politica criminale riservate costituzionalmente al solo legislatore. Anche nella materia penale ambientale, tuttavia, la giurisprudenza sembra favorire un'attuazione del principio di legalità in chiave 'efficientista', disattendendo l'altra accezione del principio secondo una declinazione più 'garantista'. La rule of lenity, criterio ermeneutico utilizzato nel sistema statunitense, offre importanti spunti di riflessione nell'ottica del necessario rispetto dei principi costituzionali – tanto italiani quanto americani – che tutelano l'accusato da un potere giurisdizionale che può assumere i caratteri dell'arbitrarietà.

**Abstract [En]:** *In the face of environmental crimes characterized by lack of clarity, the necessity of protecting the super individual legal good of the environment should not implicate a decrease of the constitutional guarantees established to the defendant, as it often happens. The principle of legality requires the judge to choose the interpretation more favorable to the defendant among the many plausible interpretations by preventing wide interpretations that extend the meaning of the criminal law to preserve the role of the legislator in making choices of criminal policy. Despite of, even in environmental criminal law, judges seem to neglect the defendant's guarantees grounded on the principle of legality, choosing wide interpretations of the criminal laws. The rule of lenity, a meta-canon applied in the American criminal law system, gives important prompts in order to the necessity to respect the constitutional principles- as Italian as American- that protect the indicted from arbitrary judicial power.*

**SOMMARIO:** 1. Il 'ragionevole dubbio ermeneutico' nelle fattispecie penali-ambientali; – 2. Le ragioni dell'adozione della *rule of lenity* ai reati ambientali nel sistema penale statunitense; – 3. Il diritto penale dell'ambiente tra la (im)prevedibilità

---

1 Intervento svolto nel convegno *Ecomafie: crimine organizzato, business e ambiente*, tenutosi il 18 e 19 novembre 2022 nell'Università degli studi di Bergamo, Facoltà di Giurisprudenza, con alcuni adattamenti alla forma scritta e l'aggiunta di minime note.



della decisione e gli ‘sconfinamenti’ interpretativi *in malam partem* ad opera della giurisprudenza italiana: qualche esempio offerto dalla prassi applicativa; – 4. La criminalizzazione delle ecomafie nel diritto ‘vivente’ tra antichi e nuovi dubbi ermeneutici; – 5. Qualche riflessione conclusiva.

### 1. Il ‘ragionevole dubbio ermeneutico’ nelle fattispecie penali-ambientali.

Tenterò di dare il mio modesto contributo alla discussione occupandomi di una particolare regola ermeneutica, la *rule of lenity*, adoperata negli Stati Uniti anche nel diritto penale dell’ambiente<sup>2</sup>.

L’attenzione crescente del legislatore verso il bene-ambiente ha condotto, purtroppo, verso una legislazione penale, in Italia come negli USA, caratterizzata da fattispecie incriminatrici dai contorni spesso sfumati e dalle formulazioni stridenti con il carattere tassativo che dovrebbe segnare la norma penale<sup>3</sup>. Come se il legislatore abbia voluto delegare alla magistratura molte scelte di politica criminale, anche nella tutela dell’ambiente.

La giurisprudenza in Italia, dal canto suo, lungi dall’assumere un atteggiamento di *self-restraint* ogni volta in cui si trova ad avere a che fare con una norma penale di contenuto poco intellegibile, o comunque ambiguo e per questo capace di prestarsi a più interpretazioni plausibili, asseconda le istanze punitive anche mediatiche e di un legislatore diciamo frettoloso, un po’ sciatto e che sceglie spesso una terminologia vaga, oscura, equivoca. In questi casi, la giurisprudenza tendenzialmente opta per l’interpretazione che amplia sfavorevolmente l’ambito applicativo della norma<sup>4</sup>.

Vorrei, però, porre ora al centro della riflessione l’esperienza statunitense, che

---

2 Negli Stati Uniti, però, l’orientamento giurisprudenziale forse tendenzialmente prevalente in tema di illeciti penali ambientali è nel senso dell’esclusione della *rule of lenity*, in ragione di uno specifico criterio ermeneutico che dovrebbe guidare l’interpretazione delle fattispecie penali-ambientali ambigue e, segnatamente, la *remedial purpose doctrine*, secondo cui tali norme, che rientrano nei c.d. *public welfare statutes*, vanno interpretate in senso ‘elastico’, al fine di massimizzare le finalità di tutela sottese alla regolamentazione dell’*Authority*. Sul punto, cfr. *United States v. Johnson & Towers*, U.S. Court of Appeals for the Third Circuit - 741 F.2d 662 (3d Cir. 1984); *United States v. MacDonald & Watson Waste Oil Co.* 933 F.2d 35 (1st Cir. 1991); *United States v. Hayes International Corporation* 415 F.2d 1038 (5th Cir. 1969).

3 Ad esempio, con riferimento alle nuove fattispecie d’inquinamento e di disastro ambientale, di danno e di pericolo concreto, come archetipi d’indeterminatezza, cfr. M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell’ambiente*, Napoli, 2017, 340 ss. Sullo stesso tema, si vedano, inoltre, T. PADOVANI, *La legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente*, in *Guida dir.*, 2015, n. 32, 11; P. PATRONO, *I nuovi delitti contro l’ambiente: il tradimento di un’attesa riforma*, in *Legisl. pen.*, on line, 11 gennaio 2016, 10; L. MASERA, *I nuovi delitti contro l’ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, on line, 17 dicembre 2015, 4 ss.; G. ROTOLO, *‘Riconoscibilità’ del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell’ambiente*, Torino, 2018, *passim*.

4 In questo senso, già M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell’ambiente*, cit., 271.



dimostra come le istanze di tutela dei beni giuridici, anche di natura super-individuale come l'ambiente, dovrebbero cedere di fronte al principio del *favor rei* quando sfruttano norme poco chiare. Anche il sistema penale-ambientale statunitense, come ho già anticipato, è, infatti, segnato da fattispecie dalla formulazione ambigua o basate su violazioni di provvedimenti amministrativi ovvero ancora sul superamento di soglie, indipendentemente da un disvalore intrinseco della condotta. Nel caso di norme dalla dubbia portata, la giurisprudenza statunitense più attenta al rispetto dei principi costituzionali, applica il canone dell'interpretazione che definisco favorevole all'incolpato, meglio conosciuta come la *rule of lenity*, per garantire interpretazioni conformi al principio di legalità<sup>5</sup>.

Nel caso di 'ragionevole' dubbio sull'ambito applicativo di una norma, quando non sia possibile pervenire a un univoco significato della stessa mediante l'uso dei tradizionali canoni d'interpretazione, la *rule of lenity* afferma che i casi dubbi, ragionevolmente dubbi, vadano risolti *pro reo* e non *pro republica*. L'esigenza di temperare le istanze punitive nella materia ambientale con le garanzie di libertà, quando il legislatore fallisce – spesso consapevolmente – nella descrizione puntuale della condotta vietata e, perciò, lascia il destino dell'accusato alla mercé del giudicante, secondo la *rule of lenity* va affrontata con una risoluzione del ragionevole dubbio 'ermeneutico' in favore dell'accusato. Negli USA, dunque, in qualche modo il ragionevole dubbio viene usato non solo per il fatto, ma anche per il diritto, per la *quaestio iuris*<sup>6</sup>. Anzi, proprio nella materia penale-ambientale – anche negli Stati Uniti

---

5 Sulla tutela approntata dalla *rule of lenity* ai principi costituzionali statunitensi, sia consentito il rinvio a M. CATERINI, D. ZINGALES, *La benignior interpretatio nel diritto penale della miseria: una comparazione italo-statunitense in tema di immigrazione*, in M. CATERINI, A. CAVALIERE, J. SIMON, E.R. ZAFFARONI (a cura di), *Diritto penale della miseria, miseria del diritto penale*, Pisa, 2022, 105 ss.

6 Vi sarebbe, infatti, una sostanziale coincidenza tra la *ratio* della *rule of lenity* e quella posta a base delle regole sulla prova del fatto storico: in entrambi i casi, la sanzione penale incide sulla libertà personale, bene costituzionale la cui tutela richiede necessariamente il raggiungimento di uno *standard* dimostrativo particolarmente rigoroso che dovrebbe estendersi anche al significato della fattispecie: per tali considerazioni, nella dottrina statunitense si rinvia a G. LAWSON, *Proving the Law*, in *Northwestern University Law Review*, vol. IV, 86, 891; R.J. ALLEN, M.S. PARDO, *The Myth of the Law-Fact Distinction*, in *Northwestern University Law Review*, vol. XCVII, 2002, 1792-1793, secondo cui l'unica differenza consiste nella rilevanza giuridica degli elementi utilizzati per ricostruire il senso di una fattispecie rispetto a quelli fattuali alla base della prova, appunto, sul fatto. La *rule of lenity* è anzi considerata una *clear-statement rule*, ovvero una delle poche regole che nel sistema giuridico statunitense fissano uno *standard* probatorio in ordine agli elementi 'normativi' di una fattispecie astratta, che dunque non può essere applicata al caso concreto se il significato di tali elementi non risulti dimostrato secondo regole non dissimili a quelle che disciplinano la prova degli elementi fattuali. In tal senso, G. LAWSON, *Proving the Law*, cit., 888: «*under certain conditions, propositions of law should be accepted by decisionmakers only if they are unmistakably compelled by the relevant admissibility and significance rules and evidence sets*». In tema e sulla identità di *rationes*, rispettivamente, della *rule of lenity* e della presunzione di innocenza secondo



caratterizzata da una pluralità di fonti normative penali ed extrapenali e da norme ambigue – la *rule of lenity* sopperisce al fallimento del legislatore nel redigere in modo preciso la norma penale.

## 2. Le ragioni dell'adozione della *rule of lenity* ai reati ambientali nel sistema penale statunitense.

Il fondamento costituzionale della *rule of lenity* statunitense si scopre nei principi di legalità (*legality*)<sup>7</sup> e del giusto processo (*Due process*)<sup>8</sup>, e viene rinsaldato dal principio di separazione dei poteri (*separation of powers*)<sup>9</sup>, poiché anche in America, in seguito all'avvento di un diritto penale più 'codificato' e non meramente consuetudinario (*common law crimes*), al giudice pare essere precluso 'creare' diritto<sup>10</sup>.

La seconda *ratio* della *rule of lenity* si rinviene nel necessario rispetto del *fair warning*, ovvero del 'giusto avvertimento' – corollario dei principi di *legality* e *Due process* – che richiama quello di conoscibilità del precetto penale e prevedibilità della sanzione penale. La dottrina statunitense afferma che nel diritto penale ambientale il *fair warning* risulta minato, per un verso, dall'ambiguità di alcuni elementi di fattispecie<sup>11</sup> e dalla

---

un'impostazione della dottrina statunitense, cfr. M. CATERINI, D. ZINGALES, *Le radici illuministiche della rule of lenity nella common law*, in di V. MONGILLO, F. MUÑOZ CONDE, F. TENORIO TAGLE, A. SLOKAR (a cura di), *Radici illuministe e prospettive neoilluministe nella costruzione e interpretazione del diritto penale*, vol. n. 6 dei *Quaderni dell'Istituto di studi penalistici "Alimena"*, Pisa, in corso di pubblicazione. Per una definizione delle *clear-statement rules* si vedano A. SCALIA, B.A. GARNER, *Reading Law: the Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, 2012, *Appendix B*: «A doctrine holding that a legal instrument, esp. a statute, will not have some specified effect unless that result is unquestionably produced by the text». Sulla sostanziale natura di *clear-statement rule* della *rule of lenity*, anche S. HOPWOOD, *Restoring the Historical Rule of Lenity as a Canon*, in *New York University Law Review*, vol. XCV, 2020, 734.

7 Art. 1, § 9, 10 *US Constitution*.

8 XIV *Amendment, Section 1, US Constitution*: «[...] nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws». La disposizione, ratificata nel 1868, garantisce il giusto processo all'interno dei singoli Stati, richiamando il medesimo principio sancito sul piano federale dal XV *Amendment*.

9 Artt. 1, 2, 3, *US Constitution*

10 Sul piano federale, il principio della *legislative supremacy* preclude alle Corti americane di creare *common law crimes*: *United States v. Bass*, 404 U.S. 336, 348 (1971): «legislatures and not courts should define criminal activity». In dottrina, tra gli altri, S. HOPWOOD, *Restoring the Historical Rule of Lenity as a Canon*, in *New York University Law Review*, vol. XCV, 2020, 933 ss. Per una diversa impostazione, secondo cui la 'creatività giurisprudenziale' è divenuta "semplicemente non necessaria" a causa dell'abbondanza di leggi penali scritte, si veda J.C. JEFFRIES, *Legality, vagueness, and the construction of penal statutes*, in *Virginia law review*, vol. LXXI, 1985, 201-203.

11 Tra gli altri, R.J. LAZARUS, *Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law*, in *Georgetown Law Journal*, 1995, 2473.



complessità del linguaggio spesso caratterizzato da estremo tecnicismo<sup>12</sup>, il tutto esacerbato da un impianto normativo nel quale coesistono norme amministrative e penali e per cui l'attività interpretativa è demandata a giudici e autorità pubbliche, con possibili contraddizioni, con l'ulteriore effetto di compromettere l'efficacia dissuasiva della sanzione penale<sup>13</sup>. Dall'altro verso, il principio del 'giusto avvertimento' risulta pregiudicato da quelle norme penali che sanzionano mere violazioni di divieti o di *standards* previsti in un provvedimento amministrativo, qualificate *mala prohibita* poiché in genere si risolvono in 'condotte innocenti', che, anzi, postulerebbero, in quanto tali, un più rigoroso *fair warning* rispetto a quello richiesto per le condotte dotate di uno specifico disvalore intrinseco, i *mala in se*<sup>14</sup>. Ne sono esempio alcuni reati basati sulla violazione di permessi, come quelli in materia di rifiuti non pericolosi previsti dal *Clean Water Act*, che proprio perché basati su violazioni formali e, peraltro, non immediatamente intellegibili, nei casi dubbi rendono opportuno il ricorso alla *rule of lenity*<sup>15</sup>.

L'applicazione della *rule of lenity* può svolgere, ancora, una funzione 'propulsiva', di stimolo, inducendo il legislatore all'utilizzo di una terminologia più puntuale, così evitando descrizioni normative vaghe che – in quanto foriere di più significati – potrebbero essere interpretate in un senso diverso da quello magari voluto dal Congresso<sup>16</sup>. In sostanza, se il legislatore vuole raggiungere taluni risultati punitivi, lo deve fare con formulazioni estremamente chiare, altrimenti il giudice, secondo la *rule of lenity*, per via interpretativa deve ridurre l'ambito applicativo dell'incriminazione. Nei casi in cui, infatti, non è possibile un'interpretazione univoca, questo criterio ermeneutico suggerisce che non sia il giudice a farsi carico della tutela dei beni giuridici, ma che egli debba piuttosto preferire un atteggiamento più cauto, più prudente, implementando con la propria decisione il *favor rei* piuttosto che il *favor societatis*<sup>17</sup>.

---

12 Cfr. T.M. EPSTEIN, J. HAMMET, *Law Enforcement Response to Environmental Crime*, in *National Institute of Justice*, 1995, 13-14; R.J. LAZARUS, *Meeting the Demands*, cit., 2428 ss

13 R.J. MARZULLA, *Lenity: An Essential Rule for Interpreting Environmental Crimes Statutes*, in *The Journal of the Federalist Society Practice Groups*, 2012, 65 ss.

14 J.D. YOUNT, *The Rule of Lenity and Environmental Crime*, in *University of Chicago Legal Forum*, 619-620, disponibile all'indirizzo [www.chicagounbound.uchicago.edu](http://www.chicagounbound.uchicago.edu); Cfr. D.M. KANAN, *Lenity and Federal Common Law Crimes*, in *Supreme Court Law Review*, 1995, 345 ss.

15 L.K. SACHS, *Strict Construction of The Rule of Lenity in the Interpretation of Environmental Crimes*, in *New York University Environmental Law Journal*, 1996, 609.

16 Z. PRICE, *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, in *Fordham Law Review*, 2004 915; S. HOPWOOD, *Clarity in Criminal Law*, in *American criminal law review*, 2017, 732.

17 Evidenzia che nei casi di norme dalla dubbia portata si sollevi l'interrogativo se occorra prediligere il *favor societatis* o il *favor rei*, anche A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 350. L'Autrice rileva, tra l'altro, che



In effetti, lì dove il legislatore descriva in modo puntuale la condotta incriminata, non vi sarebbe la necessità di ricorrere alla *rule of lenity*, e questo veniva esplicitato negli Stati Uniti nei lavori preparatori della Commissione nazionale delegata alla riforma del Codice penale federale, già negli anni '70<sup>18</sup>.

Uno dei casi più celebri negli USA riguardanti un illecito penale ambientale, è quello di *Plaza Health*<sup>19</sup>, che riguardava il responsabile di un laboratorio di analisi del sangue a Brooklyn, che per più volte aveva scaricato numerose fiale di sangue umano in un fiume, condotta che era stata sanzionata per la violazione del *Clean Water Act*<sup>20</sup>. L'imputato ricorreva in appello adducendo che la norma sanzionava una condotta di scarico di sostanze inquinanti proveniente da una 'specifica fonte', concetto che non poteva, dunque, riguardare la condotta umana, ovvero azioni di scarico che derivano da atti individuali di esseri umani: la norma, sosteneva l'imputato, era ambigua. La Corte d'appello lo ha assolto proprio in forza della *rule of lenity*<sup>21</sup>, rilevando l'ambiguità della fattispecie e la conseguente violazione del *fair warning* a tutela dell'imputato<sup>22</sup>.

---

dovrebbe prediligersi l'interpretazione orientata al *favor rei* anche alla luce della tutela della libertà personale garantita dall'art. 13 Cost., che imporrebbe al legislatore di esprimere le scelte di politica criminale utilizzando formulazioni chiare. In tal senso, con ulteriori argomenti, cfr. M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in P.B. HELZEL, A. KATOLO (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, 2012, 118 ss.

18 *Working paper of the National Commission on reform of federal criminal laws*, vol. I, Washington, 1970, 5.

19 *United States v. Plaza Health*, 3 F.3d, 647 (2d Cir.1993).

20 Più precisamente, del *Clean Water Act*, 33 U.S.C.S., §§ 1251 e seguenti.

21 La maggioranza dei giudici della Corte, infatti, concludeva che né il criterio interpretativo testuale né quello storico consentivano di pervenire ad una condanna perché nella locuzione '*point of source*' contenuta nella fattispecie incriminatrice non poteva ricomprendersi l'essere umano, essendo invece riferita a fonti di inquinamento industriale: *Plaza Health*, cit., 646. Secondo la *dissenting opinion* di uno dei giudici, invece, la *rule of lenity* non avrebbe dovuto trovare spazio nel caso di specie, poiché il ricorso a criteri ermeneutici quali quello testuale e storico avrebbe dovuto essere esteso ad altri canoni interpretativi a disposizione dell'interprete, tra cui quelli di *policy*, che avrebbero dovuto determinare un'interpretazione 'elastica' della fattispecie: *United States v. Plaza Health*, 656. Per un commento più esteso della pronuncia, si veda D.E. FILIPPI, *Unleashing the Rule of Lenity: Environmental Enforcers Beware!*, in *Environmental Law*, vol. XXVI, 3, 1996, 927 ss. Più in generale, il ricorso alla *rule of lenity* da parte dei giudici penali statunitensi dipende dal 'rango' che le si attribuisce nell'ambito della gerarchia dei criteri ermeneutici utilizzabili dal giudice: in tema, M. BIANCHI, "*The tie must go to the defendant*". *La rule of lenity nel sistema penale statunitense*, in *Ind. pen.*, 2020, 242; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità*, cit., 333 ss.; M. CATERINI, D. ZINGALES, *Le radici illuministiche della rule of lenity nella common law*, cit. Nella letteratura penalistica americana, si rinvia, tra gli altri, a Z. PRICE, *The rule of lenity as a Rule of Structure*, cit., 889-890.

22 *Plaza Health*, cit., 649. È opportuno notare che nell'impianto normativo ambientale statunitense, la cui disciplina è di natura amministrativa, quando sono previste sanzioni penali in aggiunta a quelle civili o amministrative, la legge assume carattere 'ibrido' e la risoluzione del dubbio ermeneutico dovrebbe comunque essere deferita alle autorità amministrative secondo la *Chevron doctrine*, secondo cui il giudice



### 3. Il diritto penale dell'ambiente tra la (im)prevedibilità della decisione e gli 'sconfinamenti' interpretativi *in malam partem* ad opera della giurisprudenza italiana: qualche esempio offerto dalla prassi applicativa.

La difficile conoscibilità del precetto nella materia penale-ambientale e le discutibili tecniche di redazione della legge, dunque, già di per sé giustificerebbero il ricorso al canone dell'interpretazione c.d. "favorevole" come limite al potenziale arbitrio giudiziale. E che nel diritto penale dell'ambiente – *a fortiori* nell'ambito di fenomeni di criminalità organizzata – debbano porsi limiti all'attività interpretativa nell'ottica di una tutela dei diritti di libertà e, più in generale, dei diritti umani dell'accusato, è stato di recente ricordato anche dalle Nazioni Unite nella «Guida per le buone pratiche legislative sui reati di traffico illecito di rifiuti», stipulata a Vienna<sup>23</sup>. In questo documento si fa riferimento all'importanza del rispetto del principio di determinatezza, esortando i legislatori nazionali all'utilizzo di una terminologia estremamente chiara e puntuale, nonché a evitare ambiguità, che potrebbero vanificare l'efficacia della legge penale o l'esercizio dell'azione penale<sup>24</sup>.

Orbene, la farraginosità e non immediata intellegibilità dei precetti penali ambientali, rappresenta un elemento quasi caratterizzante la materia, in cui sono costanti i richiami a norme amministrative, spesso non agevolmente comprensibili o

---

dovrebbe delegare a queste ultime la 'decifrazione' delle disposizioni amministrative ambigue. L'esigenza di rispettare i principi costituzionali che caratterizzano la materia penale riemerge però proprio quando la disposizione preveda una sanzione penale, ritenendosi che neppure le aspirazioni di tutela di un bene super-individuale come quello dell'ambiente non dovrebbero giustificare una compromissione delle tutele costituzionalmente garantite all'individuo: sul punto, J.D. YOUNT, *The Rule of Lenity and Environmental Crime*, cit., 624. In generale, sulla *Chevron deference*, si veda *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Un'analitica esplicazione delle argomentazioni a supporto dell'applicabilità della *rule of lenity* ai reati ambientali è contenuta anche nella *dissenting opinion* di cinque giudici nel caso *United States v. Weitzenhoff* 35 F.3d 1275 (9th Cir. 1993), in materia di violazione di autorizzazioni per lo smaltimento delle acque reflue. L'impostazione secondo cui la natura delle fattispecie penali ambientali non giustifica eccezioni alla generale applicabilità della *rule of lenity* nella materia penale, anche alla luce della severità del trattamento sanzionatorio che caratterizza il quadro del diritto penale dell'ambiente negli USA, è sostenuta dalla giurisprudenza anche in *United States v. Borowski* 977 F.2d 27 (1st Cir 1992). Per una trattazione più ampia di tali aspetti e sui possibili criteri di composizione dei conflitti tra i canoni interpretativi nel caso di statuti 'ibridi', caratterizzati dall'intersezione tra disciplina penale e amministrativa, in Italia cfr. M. CATERINI, D. ZINGALES, *L'interpretazione 'favorevole' nel diritto penale dell'ambiente: una comparazione con il sistema statunitense*, in *Foro Italiano. Gli Speciali*, n. 4, 2021, c. 189 ss.; nella dottrina statunitense, si vedano S.R. MILLER, L.C. LEVINE, *Recent developments in corporate criminal liability*, in *Santa Clara Law Review*, vol. XXIV, 1, 1984, 1424 ss.

<sup>23</sup> *Combating Waste Trafficking: A Guide to Good Legislative Practices*, United Nations, Vienna, 2022.

<sup>24</sup> Nella Guida si esortano inoltre i legislatori nazionali a redigere le norme prestando attenzione alla normativa interna, per evitare contraddizioni del sistema normativo.



almeno ben conoscibili dall'operatore neppure assolvendo all'onere d'informazione, il quale appare sovra-esposto al rischio di subire una condanna.

Le due accezioni del principio costituzionale di legalità – quella più 'efficientista' a tutela di una supposta maggiore certezza del diritto e l'altra più 'garantista' a protezione dell'individuo contro gli arbitrii dello Stato – richiedono un necessario contemperamento attraverso la prevedibilità degli esiti ermeneutici, da un lato, e, dall'altro, il *favor rei* quale criterio ispiratore di una direzione ermeneutica univoca che garantisca anche tale prevedibilità<sup>25</sup>. Negli illeciti penali ambientali il 'diritto vivente', in Italia, sembra invece orientato verso un'idea più efficientista che garantista.

Un esempio di questo *trend* giurisprudenziale è rappresentato dalle contraddittorie pronunce della giurisprudenza italiana che vertono in materia di autorizzazione amministrativa: nel caso in cui manchi l'autorizzazione o il diniego sia reputato illegittimo, il giudice ravvisa il bene giuridico nella funzione amministrativa indipendentemente da una valutazione sull'offesa della condotta in relazione al bene giuridico sotteso alla funzione amministrativa. Quando, invece, l'autorizzazione esiste, ma è reputata illegittima dal giudice penale, il bene giuridico viene individuato in quello sostanziale e sottostante alla funzione amministrativa stessa e il reato si considera integrato in forza di un procedimento – a mio avviso – di natura analogica in *malam partem*, celato dietro una diversa ricostruzione della c.d. oggettività giuridica<sup>26</sup>. È questo un atteggiamento 'strabico' della giurisprudenza, che individua il bene giuridico oggetto della stessa norma in maniera diversa e tale da 'spremere' il massimo di punibilità. Bisogna allora capire – anche attraverso l'aiuto della comparazione con gli Stati uniti ove è stata elaborata la *rule of lenity* – quanto questa 'spremitura' sia compatibile con gli assiomi del diritto penale.

In materia penale-ambientale, com'è noto, il principio di prevedibilità della decisione vacilla ancor più. Sono note le questioni sollevate in particolare da talune

---

25 M. RONCO, *Il principio di legalità, Commentario sistematico al codice penale*, diretto da Ronco, vol. I, *La legge penale*, Bologna, 2006, 80. Sulla legalità intesa come 'scudo' o come 'spada', G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford, 1998, *Grammatica del diritto penale*, trad. it. di Papa, Bologna, 2004, 324 ss.; M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 118 ss.

26 Tra gli esempi più eclatanti, le sentenze in materia di gestione di rifiuti non autorizzata ex art. 256 TUA., che ricalcano schemi argomentativi già consolidati per i reati edilizi: v. Cass. 15 dicembre 2006, n. 13676, Lovato, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Ambiente (tutela dell')*, n. 144. Su questi aspetti v. diffusamente A.R. DI LANDRO, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Torino, 2018, 33 ss.; M. CATERINI, *Responsabilità penali in tema di rifiuti*, in Aa.Vv., *Diritto e gestione dei rifiuti urbani*, Rende-Roma, 2011, 307 ss. Evidenti interpretazioni in *malam partem* si rilevano, ancora, in quelle pronunce in tema di lottizzazione abusiva nelle quali si afferma la sussistenza del reato in caso di cambio di destinazione d'uso di complessi residenziali: v. Cass. 11 aprile 2019, T., in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 259; 7 marzo 2008, Basile, *ivi*, Rep. 2009, voce *Beni culturali, paesaggistici e ambientali*, n. 201.



fattispecie incriminatrici, anche di recente introduzione. Basta pensare ai reati d'inquinamento e di disastro ambientale, sebbene, anche qui, la giurisprudenza registri una sostanziale indifferenza verso il problema dell'indeterminatezza di talune locuzioni, e, anzi, nelle sue sentenze valorizzi la funzione interpretativa che sarebbe utile a sciogliere, in genere *in malam partem*, i dubbi ermeneutici su norme che, comunque, sarebbero, sempre secondo la giurisprudenza, sufficientemente precise. Si afferma, piuttosto, per esempio in una recente sentenza della Cassazione in materia d'inquinamento ambientale, che non vi sarebbe alcuna violazione del principio di legalità quando il legislatore si avvalga di, testualmente, «espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero [...] di clausole generali»<sup>27</sup>. Del resto, se mal non ricordo, questo è concetto ripreso dalla giurisprudenza costituzionale<sup>28</sup>.

Il rischio d'interpretazioni in *malam partem* non risulta arginato neppure quando il legislatore abbia voluto imprimere alla norma un contenuto abbastanza univoco, che non dovrebbe lasciare spazio a 'specificazioni' ad opera della giurisprudenza. Posso ad esempio ricordare quell'orientamento in riferimento all'art. 318-*bis* ss. TUA<sup>29</sup>: questa disposizione, com'è noto, prevede un procedimento di estinzione di alcune fattispecie di reati ambientali basato sull'adempimento delle prescrizioni impartite dell'organo accertatore e sul pagamento di una somma di danaro. Sebbene la norma si riferisca, in generale, a tutte le contravvenzioni, nella prassi si è arrivato alla conclusione che, invece, detta norma sarebbe applicabile unicamente alle contravvenzioni sanzionate con la sola ammenda. Un'interpretazione di tale genere è, senza dubbio, in *malam partem*, nonostante un linguaggio chiaro adottato dal legislatore, e, pur non riguardando direttamente una norma incriminatrice, non si pone in linea non solo con il principio di determinatezza, ma nemmeno con quello di prevedibilità della decisione giudiziale, e nemmeno con il principio di uguaglianza nelle sue declinazioni di 'ragionevolezza' e 'proporzionalità'<sup>30</sup>.

Altre forme d'interpretazioni sistematiche o analogiche in *malam partem*, nonostante la formulazione delle norme delimiti abbastanza chiaramente l'ambito

27 Cass. pen., Sez. III, 30 gennaio 2020, n. 10469, in *DeJure*, in materia di inquinamento ambientale. Tra i primi commenti in chiave critica sulla terminologia utilizzata dal legislatore nella fattispecie di inquinamento ambientale, si veda C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati: commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino, 2015.

28 Corte cost., *ex plurimis*, sentenze n. 25 del 2019, n. 327 del 2008, n. 5 del 2004; n. 34 del 1995, n. 122 del 1993, n. 247 del 1989; ordinanze n. 395 del 2005, n. 302 e n. 80 del 2004

29 L'art. 318-*bis* del "Codice dell'ambiente" stabilisce espressamente che: «Le disposizioni della presente parte si applicano alle ipotesi contravvenzionali in materia ambientale previste dal presente decreto che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette».

30 A. MELCHIONDA, *La procedura di sanatoria dei reati ambientali: limiti legali e correzioni interpretative in malam partem*, in *www.lexambiente.it*, n. 1, 2021, 16.



dell'incriminazione, sono per esempio quelle vertenti sull'attività di gestione di rifiuti non autorizzata sanzionata dall'art. 256 TUA<sup>31</sup>. Oppure, questa volta, però, in presenza di disposizioni normative meno precise, quella sull'art. 187 sempre del TUA, che vieta la 'miscelazione' di "rifiuti aventi differenti caratteristiche di pericolosità ovvero rifiuti pericolosi con rifiuti non pericolosi"<sup>32</sup>. Non è ovviamente questa la sede per scendere nei dettagli di quel diritto vivente che in genere spreme il massimo della punibilità dalle norme, con operazioni interpretative spesso ardite.

#### 4. La criminalizzazione delle ecomafie nel diritto 'vivente' tra antichi e nuovi dubbi ermeneutici.

Anche in riferimento alle ecomafie, il delicato punto di equilibrio tra repressione e legalità, tra efficienza e garanzia, nella prassi si risolve il più delle volte in favore delle prime. Si può fare riferimento, ad esempio, a quella giurisprudenza sul concorso materiale tra associazione a delinquere e attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti realizzata da più persone. Alla luce delle pronunce in materia, il *discrimen* tra le due ipotesi sembra essere esclusivamente quello relativo alla durata del programma criminoso: indeterminato nell'associazione a delinquere, a differenza dell'altra fattispecie dove può esaurirsi in un arco temporale più limitato<sup>33</sup>. Più incerti appaiono,

---

31 Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 2017, n. 35779, in *DeJure*, che ha annullato la sentenza di assoluzione emessa dal Tribunale di Cuneo. Adottando un'interpretazione ampia della fattispecie, i giudici di legittimità hanno sancito l'erroneità dell'affermazione in diritto contenuta nella decisione impugnata, secondo la quale il "conferimento" di rifiuti non rientra nella fattispecie di gestione abusiva di cui all'art. 256, comma 1, lett. a), TUA, perché non espressamente tipizzata.

32 A fronte di quell'orientamento espresso da Cass. pen., Sez. III, 10 settembre 2013, n. 37099, in *DeJure*, secondo cui la miscelazione non è integrata dal semplice deposito o stoccaggio indifferenziato di rifiuti pericolosi oppure non pericolosi che, tuttavia, rimangono fisicamente e chimicamente separati, ma richiede che «i diversi rifiuti vengano diluiti oppure tra loro confusi in modo da rendere difficile o impossibile la loro separazione oppure da dare origine addirittura a un prodotto diverso dalle due fonti originarie», si contrappone l'impostazione seguita da Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 2009, n. 19333, *ivi*, che amplia la rilevanza penale della miscelazione estendendola alle operazioni consistenti «nella mescolanza, volontaria o involontaria, di due o più tipi di rifiuti aventi codici identificativi diversi in modo da dare origine ad una miscela per la quale invece non esiste uno specifico codice identificativo».

33 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2022, n. 1348, in *Ambiente Diritto*, on line. Nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno concluso per la configurazione del delitto di associazione per delinquere motivando, tra le altre argomentazioni, che l'associazione criminale non esaurisce la sua attività nel trafficare rifiuti, ma è dedita anche ad altri reati (reati-fine, e nello specifico reati tributari e di autoriciclaggio), pur collegati a quello di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p. Gli associati, secondo i giudici, non si sarebbero limitati a fornire un contributo causale alla realizzazione del traffico illecito di rifiuti, ma sarebbero stati accomunati da un *pactum sceleris* «nel garantire una costante disponibilità all'esecuzione di un numero indeterminato di trasferimento di rottami, la ricerca di partners nazionali e stranieri con cui scambiare merci o fatture con cospicue movimentazioni di somme di denaro da tesaurizzare e



invece, gli elementi utili a integrare entrambe le fattispecie senza il rischio di violazioni del *ne bis in idem*. La giurisprudenza ritiene che l'associazione a delinquere potrebbe essere costituita al solo scopo di commettere il reato di cui all'art. 452-*quaterdecies*, e si configurerebbe il delitto di cui all'art. 416 c.p. in luogo del concorso di persone se «più persone si associano proprio per svolgere tale attività, apportando ciascuna di esse un contributo materiale che non necessariamente deve integrare la condotta (o parte della condotta) specificamente sanzionata dall'art. 452-*quaterdecies* c.p.»<sup>34</sup>. Si lascia, però, in secondo piano l'individuazione degli elementi di fatto dai quali si dovrebbe ricavare l'affiliazione alla consorteria criminale. E se, di per sé, l'attività di gestione di rifiuti deve essere necessariamente caratterizzata da un'organizzazione<sup>35</sup>, alla luce delle applicazioni giurisprudenziali non sembra così remoto il rischio di ravvisare un'associazione per delinquere finalizzata alla realizzazione del delitto di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p. ogniqualvolta siano coinvolte più persone e la commissione del reato non abbia carattere puramente episodico, ciò anche a causa del tradizionale *deficit* di determinatezza che riguarda in generale la condotta associativa<sup>36</sup>. D'altronde, la

---

reinvestire, costituendo, sostanzialmente, una struttura stabile e perdurante nel tempo a disposizione degli associati».

34 Cass. pen., Sez. III, 3 agosto 2022, n. 30612, in *DeJure*, che si è pronunciata, dichiarandolo infondato, sul ricorso dell'imputato le cui doglianze riguardavano, tra gli altri motivi, la duplice imputazione di una medesima condotta ai sensi delle due diverse fattispecie (art. 416 e art. 452-*quaterdecies* c.p.).

35 Recentemente si veda R.E. OMODEI, *Spunti di riflessione in materia di reati di gestione e traffico di rifiuti. Le necessità di un ripensamento normativo*, in *Sist. pen.*, on line 30 maggio 2023, che ha messo in dubbio la natura di reato abituale della fattispecie ex art. 452 *quaterdecies*, al momento dominante in dottrina e giurisprudenza, in favore di una lettura incentrata sul requisito organizzativo. Già sotto la vigenza dell'art. 260 TUA, che configurava la medesima condotta come contravvenzione, e in relazione al quale era dunque preclusa la configurabilità del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., la giurisprudenza poneva l'accento sul carattere 'organizzativo' quale elemento caratterizzante la tipicità della condotta del reato di traffico illecito di rifiuti, che infatti già si riferiva ad un'attività 'organizzata', «vale a dire connotata da idonea predisposizione di mezzi e sufficiente impiego di persone che rendano possibile l'esercizio professionale, come tale non episodico, dell'attività medesima»; si veda Cass. pen., sez. III n. 30847 del 23 luglio 2008, in *DeJure*. In senso conforme, affermando che il reato si perfeziona attraverso «la predisposizione di una, pur rudimentale, organizzazione professionale di mezzi e capitali, che sia in grado di gestire ingenti quantitativi di rifiuti in modo continuativo», tra le altre, Cass. pen., Sez. III, 28 giugno 2017, n. 53136, *ivi*.

36 In generale, tra gli altri, G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1998, 385 ss. R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1996, 568 ss. Rileva come l'art. 452-*quaterdecies* c.p. rappresenti una fattispecie monosoggettiva, ma comprenda un elemento proprio dell'associazione a delinquere, quale il carattere organizzato e strutturato delle attività, anche R.E. OMODEI, *Il traffico di beni culturali: un caso studio delle distorsioni e dei limiti nel contrasto ai traffici illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2021, 891. Sulle criticità sollevate dalla tipizzazione delle fattispecie associative, si veda inoltre G. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in*



giurisprudenza in qualche modo lo ammette implicitamente quando si spinge ad affermare che la prova dell'esistenza del *pactum sceleris* sarebbe deducibile dalla realizzazione del reato di traffico illecito di rifiuti quale unico reato-fine<sup>37</sup>, e che la condotta associativa ex art. 416 c.p. è necessariamente atipica rispetto al delitto di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p., precisando che il contributo dell'affiliato all'associazione al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti può concretizzarsi in una condotta diversa da quella tipizzata dalla norma. Seguendo questo schema argomentativo, però, si richiama un elemento proprio della stessa partecipazione in concorso ai sensi degli artt. 110 ss. c.p., che, infatti, dà luogo a una fattispecie diversa da quella monosoggettiva sul piano della tipicità.

La necessità di 'contenere' la *vis expansiva* della *law in action* per mezzo di un canone interpretativo 'di garanzia' per l'incolpato, risulta poi ancora più stringente nei delitti ambientali, perché ravvisare un'associazione a delinquere in luogo del concorso di persone significa applicare l'aggravante di cui all'art. 452-*octies* c.p., co. 1: si ripropongono così le tradizionali preoccupazioni in punto di (in)determinatezza della fattispecie associativa, esacerbate dalle conseguenze sanzionatorie particolarmente severe collegate alla realizzazione di un delitto ambientale da parte di quella che si considera una consorceria criminale<sup>38</sup>.

Non può non sollevarsi, peraltro, qualche perplessità anche in merito alla stessa introduzione di tale aggravante sotto il profilo della proporzionalità e ragionevolezza della risposta sanzionatoria: prevedendo, infatti, una circostanza aggravante *ad hoc* nel caso in cui il delitto ambientale sia commesso da un'associazione criminale, potrebbe configurarsi una situazione per cui verrebbero puniti in forma più grave, in ragione dell'aggravante, le associazioni finalizzate a realizzare delitti ambientali, la cui pena edittale potrebbe, tuttavia, essere meno grave rispetto ad altri delitti più gravi commessi dalle consorzerie criminali<sup>39</sup>.

Anche in ragione di ciò, allora, torna a proporsi il complesso aspetto dell'individuazione del *discrimen* tra concorso di persone e associazione a delinquere e, soprattutto, dei requisiti 'minimi' che devono sussistere per contestare la condotta

---

*attività mafiosa*, in Cass. pen., 11, 1996, 3487 ss.; G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 16 ss.

37 Cass. pen., Sez. III, 25 maggio 2022, n. 30612, cit.: «la piena sovrapposibilità delle condotte costituisce argomento non persuasivo, sul piano giuridico, perché è evidente che quando l'associazione per delinquere è diretta in via esclusiva allo scopo di commettere il delitto di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p., la proiezione esterna dell'accordo si materializza proprio nell'esecuzione dell'unico reato-fine che costituisce, ad un tempo, anche prova dell'esistenza del sodalizio».

38 Soprattutto se di stampo mafioso, considerando l'aumento della pena prevista dall'art. 452-*octies*, co. 2, c.p.

39 M. PALMISANO, *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 1, 2018, 102.



associativa, a fronte di quella giurisprudenza ormai granitica nell'affermare che è sufficiente anche un'organizzazione 'minima' è idonea a porre in pericolo il bene, etereo, dell'ordine pubblico<sup>40</sup>. Se, dunque, le esigenze repressive delle ecomafie potrebbero condurre ad esempio a legittimare una condanna per associazione a delinquere finalizzata a delitti ambientali per il solo fatto di una formale partecipazione, il rischio di arbitrii giudiziari a scapito dei diritti dell'individuo dovrebbe invece far preferire un'opzione ermeneutica più indulgente, alla luce della quale solo un modello di partecipazione 'forte', ovvero esternatasi in un contributo eziologicamente significativo all'associazione, può dar luogo ad una condanna<sup>41</sup>.

### 5. Qualche riflessione conclusiva.

A differenza dello strabismo *in peius* della giurisprudenza che ho richiamato prima, proporrei uno 'strabismo' in tutt'altro senso, volto se non proprio a elidere la creatività giurisprudenziale, cosa impossibile, quantomeno a contenerne le forme più eclatanti *in peius*; ossia quelle espressioni più ardite della *law in action* che attualmente non trovano efficaci limiti. Non è questa la sede per ripercorrere compiutamente precedenti ricerche volte a teorizzare più efficaci argini alla creatività giurisprudenziale<sup>42</sup>. Si può comunque dire che seguendo tale tesi il giudice penale, allorché tenda tra i possibili risultati ermeneutici verso quelli più sfavorevoli, dovrebbe adottare una filosofia interpretativa rigida, sterile, per nulla creativa, limitando il senso delle norme al loro nucleo di significanza testuale, evitando opzioni ermeneutiche elastiche capaci di ampliare la risposta punitiva. Diversamente, quando l'ermeneutica, anche in base a principi sovraordinati, può volgere verso esiti idonei a minimizzare l'area della punizione, l'attività del giudice dovrebbe aprirsi a opzioni interpretative più flessibili, più duttili, più feconde, che si possono proiettare pure oltre il nucleo di significanza testuale della singola norma per aprirsi anche verso opzioni metatestuali suggerite da principi e norme formalmente o comunque assiologicamente superiori.

La comparazione con la *rule of lenity* statunitense conforta e sorregge la soluzione tracciata, perché si ragiona in termini di principi generali e fondamentali, che

40 Da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2022, n. 1348, cit.

41 Cfr. M. CATERINI, «Osso, Mastrosso e Carcagnosso»: *l'affiliazione rituale alle associazioni di tipo mafioso alla prova dei principi di offensività, proporzione e ragionevole dubbio interpretativo*, in *Arch. pen.*, 2021, fasc. 3, p. 18 ss.

42 Per maggiori argomentazioni a supporto della tesi qui accennata, cfr. M. CATERINI, *Il ruolo «politico» del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del «diritto vivente»*, in *Pol. dir.*, 2016, 509 ss.; ID., *Il giudice penale come Ianus bifrons: un auspicabile "strabismo" interpretativo*, ivi, 2017, 163 ss.; argomenti in tal senso ancor prima in ID., *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit. 99 ss.



accomunano e guidano sia i sistemi di *civil law* sia quelli di *common law*<sup>43</sup>. Se così è, i canoni dell'interpretazione favorevole all'imputato e della *rule of lenity* condividono lo scopo di garantire l'incolpato, in sé 'debole', contro possibili arbitri giudiziari, anche in riferimento al ragionevole dubbio ermeneutico.

---

43 Proprio perché espressione dell'esigenza di tutela di valori fondamentali, qual è la libertà personale contro incriminazioni contenute in leggi penali ambigue, la *rule of lenity* è considerata una *criminal clear-statement rule* di natura valoriale (*value statement*): S. HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity*, cit., 734. La strumentalità della regola rispetto all'attuazione dei principi costituzionali dovrebbe peraltro indurre a considerarla quale principale *clear-statement rule* tra quelle vigenti nel sistema giuridico americano, come osserva ID., *Clarity in criminal law*, cit., 711 e 713 ss. Sul punto, M. CATERINI, D. ZINGALES, *Le radici illuministiche della rule of lenity nella common law*, cit.



# LA FORMAZIONE NEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI: LA STRATEGIA PROFESSIONALIZZANTE E IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

**Remo Morzenti Pellegrini**

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Bergamo*

**Abstract [It]:** il presente contributo concerne la tematica della formazione nell'ambito dell'amministrazione pubblica ed in particolare lo sviluppo delle competenze, anche alla luce delle previsioni di cui al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Particolare attenzione è dedicata alla formazione del personale che opera nell'ambito dei contratti pubblici e dunque alla qualificazione delle stazioni appaltanti ed alla c.d. "Strategia professionalizzante" in tema di appalti pubblici.

**Abstract [En]:** this contribution concerns the issue of training in the public administration and in particular the development of skills, also in the light of the provisions of the National Recovery and Resilience Plan (PNRR). Particular attention is dedicated to the training of personnel working in the field of public contracts and therefore to the qualification of the contracting stations and to the c.d. "Professionalizing strategy" in the field of public procurement.

**SOMMARIO:** 1. Premessa: formazione e qualificazione. – 2. Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e la strategia professionalizzante. – 3. La formazione e la qualificazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici. – 4. La rilevazione statistica dei *gap* formativi e le iniziative di formazione anche ai fini dell'accreditamento.

## 1. Premessa: formazione e qualificazione

La questione della formazione investe l'amministrazione pubblica in modo trasversale ed assume un ruolo fondamentale per lo sviluppo delle competenze, non solo manageriali, necessarie ad un'azione amministrativa che possa essere efficace, tempestiva e corretta<sup>1</sup>.

---

1 Sugli obiettivi della formazione v. già S. CASSESE, *A che serve la formazione dei dipendenti pubblici?*, in *Pol. dir.*, 1989, 432. Si veda anche F. DE LEONARDIS, *La formazione: una sfida ai tre nemici dell'amministrazione*, in C. CERRUTI, D. BINCI (a cura di), *Pubbliche amministrazioni in cambiamento: casi, esperienze e progetti*, Macerata, Eum, 2007, 11 ss.



Per questo il legislatore ha puntato in modo crescente nella formazione individuando in essa uno dei più formidabili strumenti del “fare”, di crescita e di rilancio: ciò porta con sé il progetto di una nuova valorizzazione del personale, di ogni qualifica e livello, perché attraverso il sistema di qualificazione delle persone che operano nella pubblica amministrazione si perseguono obiettivi di riqualificazione del sistema-Paese<sup>2</sup>.

Questo è uno dei presupposti, come noto, su cui poggia il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che individua nel personale pubblico il motore del cambiamento e dell’innovazione nella Pubblica amministrazione, anche considerando le principali direttrici delle riforme amministrative, quali la semplificazione e la digitalizzazione, che inevitabilmente passano attraverso lo sviluppo di competenze, generali e specifiche, dei pubblici dipendenti<sup>3</sup>.

La transizione amministrativa, dunque, richiede un grande investimento sul capitale umano<sup>4</sup>.

In questo contesto generale, un particolare rilievo assume la formazione del personale che opera nell’ambito dei contratti pubblici, quale settore cruciale nel percorso di rilancio e sviluppo. Assicurare la qualificazione delle stazioni appalti significa perciò garantire la capacità di gestire le procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture secondo criteri di qualità, efficienza e professionalità e nel rispetto di tutti i principi che governano l’attività amministrativa (come l’economicità, l’efficacia, la trasparenza) e, in particolare, che devono essere osservati nelle procedure di gara (risultato, qualità, fiducia, non discriminazione, massima partecipazione e accesso al mercato).

In questi termini appare significativo che il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) abbia formalizzato nel suo primo articolo il principio di risultato; già dalla collocazione può desumersi che per il legislatore è prioritario il conseguimento degli obiettivi

---

2 Significativamente il Piano strategico adottato dalla Presidenza del Dipartimento della funzione pubblica (10 gennaio 2022) è intitolato “*Ri-formare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese*”. Si tratta di un programma straordinario di formazione e aggiornamento rivolto ai 3,2 milioni di dipendenti pubblici che si articola in due parti: il primo mira ad accrescere le conoscenze e le competenze dei dipendenti pubblici agevolando, attraverso la collaborazione con la CRUI (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane), l’iscrizione a corsi di laurea e master presso tutte le Università italiane; il secondo prevede l’avvio di programmi formativi specifici per sostenere le transizioni previste dal PNRR.

3 Da ultimo, si può vedere la Direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 24 marzo 2023, avente per oggetto “*Pianificazione della formazione e sviluppo delle competenze funzionali alla transizione digitale, ecologica e amministrativa promosse dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*”.

4 Affronta il tema del depauperamento del capitale umano e della crisi delle competenze S. BATTINI, *Il riformismo e la burocrazia: eredità del passato e prospettive per il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 2, 735. Con particolare riferimento alla crisi delle competenze tecniche v. S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 1 ss. e L. SALTARI, *Che cosa resta delle strutture tecniche nell’amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 249.



“nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea”, da intendersi come acquisizione della prestazione migliore, in termini di rapporto qualità-prezzo, in modo tempestivo, corretto e semplice ma anche in quanto il momento dell’acquisto pubblico di forniture, servizi e opere è indispensabile passaggio per la realizzazione dei progetti e dei programmi dell’amministrazione.

Questa previsione pone un ulteriore tassello nel contesto della normativa di riforma, generale e puntuale, volta ad incentivare l’azione delle amministrazioni, il fare, il conseguimento dei fini, contro l’inazione, l’inadempimento e il ritardo quali fattori che impediscono o rallentano la crescita e lo sviluppo<sup>5</sup>. Si noti che l’Unione Europea, sin dalla raccomandazione della Commissione del 3 ottobre 2017, ha riconosciuto che la professionalizzazione degli appalti pubblici è un aspetto fondamentale per la modernizzazione del sistema degli appalti a sostegno di ogni politica di sviluppo dei Paesi membri.

A parte la normativa specifica posta dal Codice dei contratti pubblici relativamente al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (v. *oltre*), sono varie le disposizioni codicistiche che presuppongono la gestione degli acquisti pubblici da parte di personale qualificato o altamente qualificato dal punto di vista tecnico. Si pensi, ad esempio, che il contratto pubblico di appalto è anche uno strumento di politica ambientale e, dunque, di transizione ecologica che richiede conoscenze e competenze specifiche in materia ambientale: il PNRR ha destinato circa 70 miliardi di euro alla specifica missione denominata “Rivoluzione verde e transizione ecologica” e ha ribadito l’importanza del Green public procurement (GPP), prevedendo il finanziamento dell’attività di accompagnamento ed assistenza delle pubbliche amministrazioni nella conversione ecologica dei contratti<sup>6</sup>.

Per quanto premesso, si deve ritenere che il legislatore nazionale abbia ora acquisito piena consapevolezza che la conclusione di appalti pubblici efficienti, efficaci, competitivi dipende in buona misura dall’attuazione di una strategia professionalizzante capace di rafforzare la capacità di spesa delle stazioni appaltanti. La formazione e la gestione delle carriere del personale coinvolto a vario titolo nel settore degli appalti pubblici sono funzionali a rafforzarne *expertise*, qualificazione e motivazione, nonché a ricostruire un clima di legalità e

---

5 Come è noto, il legislatore degli ultimi anni ha cercato in vario modo di sollecitare le amministrazioni all’azione; tale esigenza è divenuta ancora più urgente durante il periodo pandemico da Covid-19 e successivamente per garantire la realizzazione dei programmi e progetti finanziati nell’ambito del PNRR.

6 Sulla problematica della formazione del personale in relazione al GPP si rinvia a G. CREPALDI, R. MICALIZZI, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, in *Federalismi.it*, 2023, 13, 61 ss.; F. LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 779.



di fiducia che aumenti la professionalità del settore, circoscriva condotte di amministrazione difensiva e riduca l'impatto del contenzioso in materia.

## 2. Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e la strategia professionalizzante

Il Codice dei contratti pubblici e delle concessioni adottato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, aveva previsto in termini innovativi<sup>7</sup> all'art. 38 il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti<sup>8</sup>, quale procedimento di attestazione del possesso di capacità organizzativa e professionale necessaria a bandire le procedure di gara, a selezionare i contraenti e a gestire l'esecuzione di appalti di lavori, servizi e forniture per importi, settori merceologici ed aree territoriali diverse. A questo scopo è stata altresì prevista l'istituzione presso l'ANAC dell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, comprese le centrali di committenza, con validità di cinque anni. A partire dall'entrata in vigore del sistema di qualificazione, solo le stazioni appaltanti avrebbero potuto procedere mentre quelle non ancora qualificate avrebbero dovuto ricorrere alle centrali di committenza qualificate. Con ciò la disciplina ha dimostrato di voler perseguire, oltre all'obiettivo della professionalizzazione, anche l'obiettivo della riduzione del numero di stazioni appaltanti per arginare la frammentazione della domanda.

La previsione codicistica è tuttavia rimasta priva di concreta attuazione<sup>9</sup>.

E' stata la necessità di dare attuazione al PNRR a rendere necessaria ed improcrastinabile l'individuazione delle stazioni appaltanti in possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti dal Codice dei contratti pubblici<sup>10</sup>.

Perciò, innanzitutto, si è proceduto alla sottoscrizione di un Protocollo di intesa tra l'ANAC e la Presidenza del Consiglio dei Ministri (17 dicembre 2021), a cui è seguita l'emanazione delle

<sup>7</sup> L'aggregazione degli acquisti (art. 37) e il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 38) sono stati definiti "uno dei profili di maggiore innovazione che caratterizzano la nuova disciplina dei contratti pubblici, risultante dalle direttive del 2014 e dal nuovo codice dei contratti pubblici, adottato con il decreto legislativo n. 50 del 2016, che le ha recepite" (B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforma. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017, 220).

<sup>8</sup> Fra i vari commenti alla disposizione v. A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Tipologia e qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2019, 359 ss. Si veda anche M. MACCHIA, *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, 50.

<sup>9</sup> Il d.p.c.m. attuativo previsto dal comma II dell'art. 38 del Codice non è stato adottato. Perciò ha trovato applicazione, l'art. 216, comma X, del medesimo Codice che prevedeva che fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, i requisiti di qualificazione erano da ritenere soddisfatti mediante l'iscrizione all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA). Con ciò, è stato sufficiente procedere all'iscrizione per concludere contratti di appalto senza limiti di importo.

<sup>10</sup> Sull'impatto del PNRR nell'attuazione dell'art. 38 del Codice del 2016 si rinvia a E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 667 ss.



*Linee guida ANAC sulla qualificazione delle stazioni appaltanti in attesa della riforma della disciplina dei contratti pubblici. E' stata così avviata una prima fase di attuazione del sistema di qualificazione con l'emanazione delle Linee guida di cui alle delibere ANAC del 30 marzo 2022, n. 141 e 28 settembre 2022, n. 441 rubricate «attuazione – anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici».*

Il protocollo di intesa e le linee guida hanno cercato di allestire un sistema in grado di adempiere agli obiettivi certamente sfidanti stabiliti nel PNRR (*Milestone M1C1-71*) laddove si stabilisce che almeno il 35% del personale delle pubbliche amministrazioni attivamente coinvolto nei processi di approvvigionamento pubblico dovrà essere complessivamente formato entro il 2024<sup>11</sup>.

Un tassello fondamentale per la realizzazione del progetto formativo complessivo è stata l'elaborazione, nell'ambito delle attività della *Cabina di regia* per il coordinamento della contrattualistica pubblica, della "*Strategia professionalizzante*"<sup>12</sup> in tema di appalti pubblici, che ha previsto una formulazione e ristrutturazione dell'offerta formativa (anche al fine di evitare una eccessiva frammentazione), l'attivazione di percorsi formativi differenziati per *target* di riferimento, standard di qualità certificati all'interno di un sistema di accreditamento e una valutazione specifica dell'impatto formativo a valle dell'intervento<sup>13</sup>.

La Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA), in particolare, ha partecipato attivamente all'elaborazione della strategia professionalizzante, coordinando il gruppo di lavoro interistituzionale che ha prodotto il documento.

---

11 Il dato percentuale tiene conto del totale del personale attivamente coinvolto nei processi di approvvigionamento pubblico, ossia 100.000 acquirenti pubblici registrati al 30 aprile 2021 nel Sistema Nazionale di e-Procurement gestito da CONSIP.

12 Allegato n. 3 approvato dalla Cabina di Regia di cui all'art. 212 del d.lgs. n. 50/2016 nella seduta del 3 dicembre 2021.

13 Le *Linee guida ANAC del 2022*, con riferimento al requisito di qualificazione relativo "*al sistema di formazione e aggiornamento del personale*", hanno stabilito l'attribuzione di un peso pari a 20 punti su 100. Per poter valutare tale requisito è stato ritenuto necessario acquisire informazioni sul livello di formazione raggiunto. Per numero di ore di formazione e attestato conseguito nell'ultimo triennio. A tal fine si è fatto riferimento alle indicazioni contenute nella "*Strategia professionalizzante e piani di formazione in tema di appalti pubblici*" adottata dalla Cabina di regia di cui all'art. 212 del Codice del 2016. Sulla base delle informazioni raccolte è stata prevista l'attribuzione di un punteggio (fino a 20) che tiene conto di specifici *benchmark* di riferimento elaborati attraverso l'analisi dei dati. I punteggi sono attribuiti in modo proporzionale al variare del numero ore di formazione sulle tematiche indicate nella Strategia e del numero dei dipendenti dedicati alla struttura. Perciò, ad esempio, le stazioni appaltanti conseguono un punteggio crescente in base all'aumentare del numero di personale formato e delle ore di formazione ricevute.

La strategia professionalizzante ha, pertanto, lo scopo di valorizzare quanto già avviato e puntare verso lo sviluppo degli ambiti di intervento descrivendo le direttrici principali che devono caratterizzare la formazione.

La strategia specifica come la formazione deve essere strutturata: in più parti del documento strategico viene sottolineata l'esigenza di evitare una eccessiva frammentazione, anche in termini di impegno orario, dell'offerta formativa e la necessità di prevedere sistemi di valutazione alla fine dell'intervento formativo.

La formazione si deve inoltre declinare in percorsi differenziati al livello di *expertise* professionale e al ruolo decisionale rivestito da personale e deve essere altresì correlata al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, non solo al fine di motivare i partecipanti (che ottengono attestati, *badge* o crediti) ma anche le stazioni appaltanti ad affrontare il costo della formazione (anche solo in termini di tempo impegnato).

Inoltre, è necessario un approccio interdisciplinare degli interventi formativi; sono essenziali per assicurare il buon esito del processo di *procurement* conoscenze economiche, manageriali e, in certi casi, anche ingegneristiche, ad integrazione delle tradizionali conoscenze di base di tipo giuridico.

La strategia punta altresì sulla promozione dello scambio di informazioni e di esperienze tra pubblica amministrazione e privati, sulla circolazione del *know how*, favorendo l'apertura alla realizzazione di procedure più flessibili come il ricorso alle diverse forme (tipiche e atipiche) di partenariato pubblico-privato, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali<sup>14</sup>.

In termini più generali, la strategia mira a formare e consolidare una cultura improntata alla riduzione al minimo degli oneri amministrativi e burocratici a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, rafforzando la specializzazione professionale dei *buyer* pubblici e dei commissari di gara interni alle amministrazioni, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità e delle specificità dei settori ai quali afferiscono i contratti pubblici.

---

<sup>14</sup> La valorizzazione dei modelli di partenariato pubblico privato, disciplinati per la prima volta in via generale dal Codice del 2016, è richiesta anche per soddisfare esigenze di riequilibrio della finanza pubblica, ancor più sentite nello Stato della crisi. La scarsità di risorse pubbliche ha reso necessaria la ricerca di nuove capacità di finanziamento tra i privati, limitando contestualmente i rischi economici a carico delle pubbliche amministrazioni committenti. Si rinvia a F. DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 482. Sul partenariato nel nuovo Codice si rinvia a M. BALDI, *Partenariato pubblico-privati e concessioni*, in *Urb. e appalti*, 2023, 3, 285.



Lo sviluppo di conoscenze più solide in tema di contratti pubblici attraverso la strategia professionalizzante costituisce altresì lo strumento più efficace per arginare i fenomeni di cd. “*amministrazione difensiva*”<sup>15</sup> e “*paura della firma*”<sup>16</sup>.

### 3. La formazione e la qualificazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Le previsioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, entrato in vigore lo scorso 1° luglio 2023, si sono poste in linea di continuità con il sistema degli interventi sulla formazione e sulla qualificazione sinora delineato.

Il Codice ribadisce l'importanza della formazione già nella parte dedicata ai *Principi*<sup>17</sup>: l'art. 2, nell'affermare il principio di fiducia con lo scopo di valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei pubblici funzionari e favorire valutazioni e decisioni secondo il principio del risultato, prevede il rafforzamento delle capacità professionali dei dipendenti attraverso la realizzazione dei piani di formazione di cui all'articolo 15, comma VII. Tale disposizione dispone l'adozione del piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure di acquisto di lavori, servizi e forniture.

Anche tra i principi della *Digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti* (Parte II) è stabilito che, a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali, le stazioni appaltanti debbano assicurare la formazione del personale addetto, garantendone il costante aggiornamento (art. 19, comma V). Oltre a ciò, sempre in tema di informatizzazione, l'art. 45

15 Sulla c.d. burocrazia difensiva si rinvia a M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.; F. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 357 ss.

16 Si noti che il decreto Semplificazioni (16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120), proprio per incentivare all'azione e superare le situazioni di indecisione e di inerzia, ha cercato di arginare il problema della paura della firma attraverso l'intervento sull'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, limitandolo al dolo per le sole condotte attive. Con ciò è stata prevista la non perseguibilità davanti alla Corte dei conti delle condotte attive dei dipendenti e dei funzionari amministrativi connotate da colpa grave. La disposizione è stata prorogata più volte. Da ultimo v. il d.l. 22 aprile 2023, n. 44 (*Disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche*), convertito in legge 21 giugno 2023, n. 74, che ha posticipato il termine di efficacia del c.d. “*scudo erariale*” al 30 giugno 2024 (art. 1, comma 12, *quinquies*). Sul tema, si può rinviare all'attenta analisi di L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente “spuntata”*. *Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *federalismi.it*, n. 30/2020, e L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2021.

17 Per l'esame dei *Principi* previsti nel nuovo Codice si rinvia a M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, *Commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, Giuffrè, 2023, 7 ss. e G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 287.



regola gli incentivi alle funzioni tecniche e prevede che una parte delle risorse stanziata sia destinata a finanziare le attività di formazione per l'incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione delle rispettive attività e per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche.

La qualificazione delle stazioni appalti e delle centrali di committenza è regolata agli artt. 62 e 63 del Codice<sup>18</sup> mentre la procedura e i requisiti di qualificazione con i relativi punteggi sono stabiliti nell'Allegato II.4, che assolve ad una funzione attuativa<sup>19</sup>.

Innanzitutto, la qualificazione è necessaria per le procedure di gara di importo superiore a 500.000 € per i lavori e 140.000 € per servizi e forniture; perciò se la stazione appaltante non è qualificata deve ricorrere a strumenti di acquisto di altre stazioni appaltanti o a centrali di committenza qualificate<sup>20</sup>. Ciò conferma che l'obiettivo di riduzione delle stazioni appaltanti non è fine a sé stesso e non tende a penalizzare quelle che non sono in grado di qualificarsi: l'obiettivo è di concentrare le attività in un numero adeguato di amministrazioni in grado di disporre di personale preparato e qualificato, con riferimento alle competenze non solo amministrative, bensì tecniche e digitali, nonché di procedure efficienti per gestire l'intero ciclo di vita dell'appalto<sup>21</sup>. Perciò il sistema di qualificazione è strettamente legato al principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice (v. *retro* Par. 1).

Il Codice delinea un sistema aperto a domanda<sup>22</sup>: perciò tutte le pubbliche amministrazioni che presentano i requisiti di professionalità e capacità amministrativa possono ottenere la qualificazione.

Sono previsti tre diversi livelli di qualificazione: qualificazione di primo livello (base), per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro e per lavori fino a 1 milione di euro;

---

18 Per un primo commento si rinvia a M. NUNZIATA, *Le stazioni appaltanti e il RUP*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 311.

19 Il comma IV dell'art. 62 prevede però che l'Allegato possa essere integrato con la previsione di ulteriori misure organizzative, nonché per il coordinamento, che spetta all'ANAC, dei soggetti aggregatori.

20 Le stazioni appaltanti non qualificate rivolgono la domanda di svolgere la procedura di gara alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza qualificate indicate nel sito istituzionale dell'ANAC. La domanda è accolta se non riceve risposta negativa nei dieci giorni successivi alla ricezione. In caso di risposta negativa, l'ANAC procede all'assegnazione d'ufficio.

21 In base ai dati forniti dall'ANAC, al 1° luglio 2023 su 26.000 stazioni appaltanti solamente 2.404 hanno inviato la domanda ai fini dell'iscrizione nell'elenco dei soggetti qualificati e solo 1.571 sono state qualificate, mentre altre 286 sono state iscritte con riserva.

22 In questi termini, v. M. MACCHIA, *Contratti sottosoglia e sottosoglia e qualificazione delle stazioni appaltanti: le novità della Riforma Appalti*, in *Il quotidiano giuridico*, 2 maggio 2023.



qualificazione di secondo livello (intermedia), per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di rilevanza europea (stabilita all'art. 14); qualificazione di terzo livello (avanzata), senza limiti di importo.

La qualificazione riguarda tre differenti ambiti: la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure; la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura; la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, *ivi* incluso il collaudo e la messa in opera.

Fra i requisiti di qualificazione per la progettazione e l'affidamento sono indicati quelli che attengono alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane *“ivi incluso il sistema di reclutamento e la adeguata formazione del personale”*.

A sua volta, l'allegato II. 4 stabilisce i requisiti e i punteggi distinguendo quelli riferiti ai lavori e quelli riferiti a servizi e forniture; in entrambi i casi è prevista l'attribuzione di un punteggio (fino a 20 punti) al sistema di formazione e aggiornamento del personale proprio della stazione appaltante o della centrale di committenza che domanda l'iscrizione.

Con riferimento al requisito della formazione, l'art. 63, comma X, del nuovo Codice ha affidato alla SNA la definizione dei requisiti per l'accreditamento delle istituzioni pubbliche o private che, senza finalità di lucro, svolgono attività formative. La SNA, sul punto specifico, deve allestire il sistema per l'accreditamento degli enti formatori.

Il 27 maggio 2023 l'ANAC ha pubblicato un comunicato contenente le prime indicazioni utili per l'avvio del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti. Con l'avvio del sistema di qualificazione è intervenuto il blocco del rilascio del CIG per le stazioni appaltanti non qualificate<sup>23</sup>, come previsto dall'art. 62, comma II, del Codice.

#### **4. La rilevazione statistica dei *gap* formativi e le iniziative di formazione anche ai fini dell'accreditamento**

---

23 Al fine di agevolare l'avvio del sistema ed evitare disservizi, l'ANAC ha ritenuto opportuno consentire la presentazione della domanda di iscrizione all'elenco delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza qualificate sin a partire dal 1° giugno, ferma restando la decorrenza degli effetti dell'iscrizione dal 1° luglio 2023. Oltre a ciò, in via di prima applicazione, l'elenco sarà aggiornato trimestralmente per consentire l'adeguamento costante della platea dei soggetti abilitati a svolgere gare d'appalto in proprio e per conto di altre stazioni appaltanti, ferma restando la validità biennale dell'eventuale iscrizione intervenuta.



Il presupposto indispensabile per l'elaborazione della strategia di professionalizzazione è l'individuazione e la definizione di un quadro di riferimento unitario delle competenze su cui ciascun operatore degli appalti pubblici dovrebbe essere formato, in termini generali o specialistici.

Le stazioni appaltanti devono partire da una effettiva rilevazione dei *gap* di competenze e quindi intervenire con la rimodulazione del Piano strategico dei fabbisogni così come previsto dal nuovo Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO) delle pubbliche amministrazioni. Ad esempio, la digitalizzazione dell'intero ciclo dell'appalto deve necessariamente comportare un rafforzamento delle competenze digitali, a tutti i livelli e per tutto il personale coinvolto.

In relazione a questo aspetto sono state condotte analisi in base alla matrice delle competenze previste da ProcurCompEU, adattata al contesto italiano attraverso il coinvolgimento dei diversi *stakeholder* impegnati nel processo di approvvigionamento. In particolare, si può fare riferimento all'indagine dell'Osservatorio RUP (Responsabile Unico Procedimento) che la SNA insieme a ITACA (Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale) e la Fondazione IFEL (Istituto per la finanza e l'economia locale), nell'ambito della convenzione con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIT), ha elaborato all'esito della rilevazione di circa 10.000 questionari compilati su criticità, soluzioni e fabbisogni formativi dei RUP.

Questi dati sono stati raccolti e pubblicati nel Rapporto "*Osservatorio RUP 2023 - criticità, soluzioni e fabbisogni formativi*"<sup>24</sup>. Dal Rapporto emerge innanzitutto che i problemi e le criticità riscontrate dai RUP sono tendenzialmente comuni e non dipendono dalle aree geografiche in cui operano. Le difficoltà riguardano principalmente l'eccessivo numero e susseguirsi di adempimenti previsti per ciascuna fase della gara d'appalto, anche in relazione alla necessità di possedere competenze tecniche specifiche.

Particolare interesse assumono i dati relativi ai fabbisogni formativi rilevati dall'indagine: emerge l'esistenza di rilevanti lacune formative con particolare riferimento ai BIM<sup>25</sup>, ai CAM<sup>26</sup>,

<sup>24</sup> Si può leggere in <https://www.fondazioneifel.it>.

<sup>25</sup> *Building Information Modeling*: è una metodologia che consente di creare una rappresentazione digitale 3D di ogni tipologia di edificio o di opera civile, sviluppando rapidamente varie opzioni progettuali. Attraverso questo sistema è possibile generare documenti di costruzione e produzione, valutare le *performance* del progetto, pianificare le fasi di realizzazione e stimare i costi. Il BIM gestisce in modo digitale tutte le informazioni rilevanti, garantendo l'aggiornamento e consentendo l'accesso a tutti gli utenti.

<sup>26</sup> Criteri Ambientali Minimi (CAM): sono requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore dal punto di vista ambientale tenendo conto dell'intero ciclo di vita. I CAM sono stati previsti dal Piano per la sostenibilità ambientale dei consumi del settore della pubblica amministrazione e sono adottati con Decreto del Ministero della Transizione Ecologica (<https://gpp.mite.gov.it/CAM-vigenti>). I CAM sono obbligatori (nei



alla gestione delle riserve, alla revisione dei prezzi e alla gestione del contenzioso, nonché carenze in tema di formazione manageriale e di *project management*<sup>27</sup>.

Si tratta certamente di materie caratterizzate da complessità e da tecnicità, ma se si considera che le criticità evidenziate possano essere dovute (anche) a conoscenze e preparazione inadeguata è probabile che l'erogazione di formazione specifica possa risultare particolarmente efficace.

Sono coerenti con questa considerazione i dati della formazione ricevuta<sup>28</sup>.

Infatti, se per un verso è emerso che il 75% dei RUP ha fruito di corsi di formazione di base in modalità totalmente asincrona (*e-learning*) superiori a 4 ore, la formazione sincrona e specialistica ha registrato percentuali molto contenute: con riferimento all'ultimo anno, solo il 22% ha svolto corsi di formazione specialistica di oltre 30 ore e appena il 2% ha svolto corsi per un numero totale superiore alle 60 ore.

Il 94% non ha partecipato a corsi di formazione avanzata (master II livello/diplomi).

Le rilevazioni contenute nel Rapporto "*Osservatorio RUP 2023 - criticità, soluzioni e fabbisogni formativi*" per un verso confermano carenze a cui occorre rispondere con il sollecito avvio dei percorsi formativi e per altro verso costituiscono delle indicazioni di assoluta rilevanza per la definizione degli stessi.

L'analisi dei fabbisogni formativi, la ricognizione della domanda di formazione individuale e la definizione di quella aggregata espressa dalle amministrazioni aggiudicatrici costituiscono un'attività indispensabile per approntare l'offerta di formazione, dirigerla in modo mirato, sia come contenuti che come destinatari e, per questa via, porre le condizioni per il buon esito dell'intervento formativo che è quello di fare in modo che gli operatori (tutti e non solo coloro che operano in strutture più complesse e organizzate) abbiano gli strumenti e le competenze necessarie per affrontare una procedura di appalto sino all'esaurimento del suo ciclo di vita.

Le percentuali di personale da coinvolgere nella formazione entro le rispettive scadenze temporali previste nel PNRR non possono essere intese solo in termini quantitativi ma devono

---

settori merceologici in cui sono stati definiti) e perciò tutte le stazioni appaltanti devono recepirli. Si rinvia a E. BELLOMO, *Appalti verdi in urbanistica ed edilizia: i criteri ambientali minimi (nota a sent. Cons. Stato sez. V 18 marzo 2019 n. 1748)*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, 143; A. FEZZA, G. LOMBARDO, *I criteri sociali e ambientali minimi (CSM e CAM) nella contrattualistica pubblica. Possibili premialità per iniziative ad impatto sociale e ambientale*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1085.

<sup>27</sup> In questo senso si può vedere già G. BARBETTA, *La selezione e la formazione della dirigenza pubblica in ottica comparata e lo sviluppo delle competenze manageriali*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2013, 5, 875.

<sup>28</sup> Per un quadro dei punti di forza e delle criticità del sistema di formazione nelle pubbliche amministrazioni si rinvia a D. AGUS, B. ARGOLAS, G. CICCARELLI, B. CIMINO, E. D'ALTERIO, A. GIURICKOVIC DATO, B.G. MATTARELLA, G. RIVELLINI, S. SCREPANTI, A. TONETTI, *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 4, 1255 ss. Fra i punti di debolezza si rileva quello quantitativo riguardante gli investimenti per la formazione e l'aggiornamento dei pubblici dipendenti, soprattutto se rapportato a quello di altri paesi dell'Unione europea.



essere orientate verso un coinvolgimento intelligente e diversificato delle risorse professionali operanti nel settore, tenendo conto anche delle dimensioni delle stazioni appaltanti e delle loro effettive esigenze per favorire una celere realizzazione degli investimenti pubblici.

Ebbene, nel quadro delineato e nell'architettura della strategia professionalizzante la stessa Scuola nazionale dell'Amministrazione (SNA) assume un ruolo rilevante e, in particolare, si pone quale ente formatore diretto e altresì quale regista del sistema di accreditamento.

Come si è già anticipato (v. *retro* Par. 3), infatti, la SNA dovrà definire i requisiti per l'accREDITamento delle istituzioni pubbliche o private che svolgono attività formative senza finalità di lucro. Oltre a ciò, la SNA procederà alla verifica della sussistenza dei requisiti realizzando le conseguenti attività di accREDITamento ovvero di revoca nel caso di accertamento della sopravvenuta carenza dei requisiti.

Con riferimento alla formazione, l'impegno della SNA si evidenzia già attraverso una prima analisi dei numeri registrati nel primo anno di attuazione della strategia professionalizzante (2022): la SNA ha contribuito a formare oltre 10.500 unità di personale in termini di formazione di base e oltre 1.300 in termini di formazione specialistica e avanzata.

Il programma delle attività formative – PAF – di base e specialistiche si rivolge alla generalità dei dipendenti pubblici. Per l'anno 2023 sono stati calendarizzati 8 corsi con 18 edizioni, con una previsione di almeno 1.400 partecipanti complessivi. Tutte le edizioni sono via via aggiornate nei contenuti e nei programmi in relazione alle novità introdotte nella normativa di settore.

La SNA è impegnata anche nell'ambito della Convenzione MIT – SNA – IFEL – ITACA che ha preso il nome di PNRR Academy, mirata all'aggiornamento professionale dei RUP; per questa linea di attività sono previste quattro tipologie di intervento (Unit1: formazione di base in FAD; Unit2: formazione specialistica; Unit3: alta formazione in collaborazione con Università selezionate con bando pubblico; Unit4: formazione formatori).

In particolare, già dal 31 luglio 2023 PNRR Academy eroga sia il percorso in *e-learning*, sia moduli formativi specialistici sui temi afferenti al nuovo Codice degli appalti. Alla formazione on line sono affiancate anche attività formative in presenza organizzate in tutte le Regioni italiane. La stima in merito alla partecipazione a questa iniziativa di formazione asincrona e sincrona è di 10.000 unità per la formazione base e 1000 unità per quella specialistica e avanzata. Questa direttrice del progetto è supportata anche da *Osservatorio RUP* che, come si è riportato più sopra, ha già prodotto il *report* su criticità, soluzioni e fabbisogni formativi.

È attivo anche un progetto speciale di formazione specialistica dedicata alle stazioni appaltanti, nato dal confronto con i componenti del gruppo di lavoro costituito dal Comitato di indirizzo presso la Cabina di Regia della Presidenza del Consiglio dei Ministri per il coordinamento della contrattualistica pubblica, con il coinvolgimento di rappresentanti delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e delle stazioni appaltanti. In questo



caso l'obiettivo non è una formazione generalizzata di tutte le risorse, come quello che caratterizza la formazione di base, quanto piuttosto quello di accompagnare il personale già esperto nel percorso di riforma, analizzando gli istituti maggiormente critici sotto l'aspetto dell'immediata operatività nelle varie fasi del ciclo dell'appalto, con un approccio interdisciplinare e di taglio operativo, volto a fornire ai partecipanti gli strumenti per tradurre in concreto i principi su cui si fonda il nuovo codice, quali, tra gli altri, la semplificazione e digitalizzazione delle procedure, la responsabilità energetica ed ambientale, l'attenzione alle politiche pubbliche (parità di genere, inclusione, politiche giovanili, etc.).

Il valore di questo secondo tipo di formazione, che ha già visto la calendarizzazione e lo svolgimento di alcuni incontri, è la multidisciplinarietà delle competenze anche attraverso la selezione di un eterogeneo corpo docente in modo da assicurare la provenienza da profili professionali diversi: ciò assicura che la formazione non sia solo teorica e sia in grado di trasmettere esperienze di buone pratiche, visione e motivazione.

Gli *Osservatori regionali dei contratti pubblici*<sup>29</sup> supportano questo progetto nella selezione delle classi per lo svolgimento di 20 edizioni previste al fine di raggiungere le 1000 unità di personale specializzato delle stazioni appaltanti.

In merito all'attività svolta si può constatare il conseguimento degli obiettivi intermedi programmati: al 31 dicembre 2022 risultavano formate 10.579 unità di personale con formazione di base; 1.297 con formazione specialistica; 92 con formazione avanzata.

Gli interventi formativi per l'anno 2023 coinvolgono circa 10.000 unità di personale per la formazione base e circa 4.000 unità di personale per la formazione specialistica; la formazione avanzata riguarderà circa 150 unità di personale (considerando le edizioni del Diploma della SNA e le borse di studio finanziate dal MIT).

In conclusione, la formazione riveste un ruolo strategico per la piena attuazione del PNRR e per un effettivo rafforzamento della capacità amministrativa degli enti aggiudicatori e in generale per tutte le stazioni appaltanti. Naturalmente, la realizzazione della strategia professionalizzante ha richiesto e richiede la massima collaborazione e la sinergia tra tutti i

---

29 Prima ancora della costituzione dell'Osservatorio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, diverse Regioni hanno istituito un proprio Osservatorio regionale di lavori pubblici. Con l'approvazione del Protocollo generale in sede di Conferenza Stato-Regioni (1999), è stato avviato l'Osservatorio nazionale dei lavori pubblici articolato in una sezione centrale presso l'Autorità ed in sezioni regionali. L'attività degli Osservatori è di supporto nell'attività di monitoraggio e informativa con l'obiettivo di rendere più efficiente e qualificato l'intero sistema contratti pubblici. Con il Protocollo d'intesa approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e sottoscritto il 28 aprile 2021, è stata costituita la *Rete degli Osservatori regionali dei contratti pubblici* per realizzare una rete di sistemi informativi regionali (nodi regionali) per la raccolta delle informazioni, garantendo l'interoperabilità tra le banche dati sia in ambito centrale che regionale. ITACA ha assunto il ruolo di nodo di coordinamento e segreteria di supporto della Rete.



soggetti coinvolti (enti formatori, stazioni appaltanti, operatori) per conseguire gli obiettivi stabiliti dal PNRR ed evitare che gli obblighi formativi vengano percepiti come mero adempimento formale.



# LA NOVELLA DEGLI ARTT. 9 E 41 COST.: SPUNTI SISTEMATICI TRA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE E LIMITI ALLA REVISIONE COSTITUZIONALE\*

Filippo Vari\*\*

**ABSTRACT [ITA]:** Il procedimento amministrativo di verifica dell'interesse culturale presenta tuttora numerosi limiti, vieppiù sottesi a rilevanti criticità. Anzitutto e oggigi, 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)<sup>1</sup>, l'ordinamento giuridico italiano contempla due distinti procedimenti finalizzati all'attribuzione del carattere culturalistico ad una determinata cosa<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> \*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.

<sup>2</sup> M. TIMO, *La disciplina dei beni culturali. Tendenze attuali ed aspetti problematici*, Pisa, 2017, p. 153.

<sup>3</sup> Sul punto: TAR Liguria, Sez. I, 19 maggio 2014, n. 787.



risorse economiche indispensabili per l'attuazione degli interventi di tutela e valorizzazione dei beni culturali.

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 i

**Abstract [It]:** lo studio analizza la recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost. in materia di ambiente. In particolare, sottolinea come essa costituisce un superamento del metodo delle riforme a "colpi di maggioranza", avendo raggiunto un ampio consenso nelle Camere. La modifica costituzionale appare anche un abbandono del miraggio della "grande riforma". L'analisi verte, poi, sulle ragioni per le quali la modifica della Carta fondamentale, da un lato, rispetta i limiti alla revisione costituzionale tracciati dalla giurisprudenza del giudice delle leggi e, dall'altro, ha comunque una grande importanza per la protezione dell'ambiente nell'ordinamento italiano.

**Abstract [En]:** the paper analyses the recent reform of Articles 9 and 41 of the Italian Constitution concerning the environment. It points especially out how this constitutional revision constitutes an overcoming of the usual method of reforms by "majority blows". In fact, it managed to obtain a broad consensus in the Parliament. It also defeated the vision – and illusion – of the "great" constitutional reform, by proceeding with little amendments of single provisions. The analysis then focuses on the reasons why the reform, on the one hand, respects the limits to constitutional revision traced by constitutional jurisprudence and, on the other, is nonetheless of great importance for the protection of the environment in the Italian legal system.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione; 2. I profili formali della riforma ...; 3. ... e quelli sostanziali; 4. L'importanza della novella; 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Questo intervento intende analizzare la recente modifica degli artt. 9 e 41 Cost., evidenziando, anzitutto, sul piano formale alcuni profili d'interesse della l.c. 11 febbraio, 2022, n. 1. Successivamente, quanto al piano sostanziale e, dunque, al merito della riforma, verranno illustrati i motivi per i quali essa può essere considerata "codificare" le conclusioni raggiunte in tema di ambiente dalla giurisprudenza costituzionale. Saranno, poi, esaminate le ragioni per le quali la novella della Costituzione riveste notevole importanza, anche sul piano culturale. Infine, s'accennerà alla necessità di un'ulteriore riflessione, anzitutto della dottrina, su come migliorare la riforma.

## 2. I profili formali della riforma ...



Partiamo dal primo profilo, quello formale. In proposito va da subito evidenziato che la l.c. n. 1 del 2022, che ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost., è stata approvata rasentando l'unanimità.<sup>4</sup>

In dettaglio, in prima deliberazione, nel giugno 2021, al Senato ci sono stati 224 voti favorevoli, nessuno contrario e 23 astensioni; alla Camera, quattro mesi più tardi, a ottobre dello stesso anno, 412 voti favorevoli, 1 contrario e 16 astenuti. Ancor più soverchianti i numeri nella seconda deliberazione: a novembre 2021, al **Senato** 218 voti favorevoli, nessun contrario e 2 astenuti; tre mesi più tardi alla Camera, nel febbraio 2022, **si sono registrati** 468 voti favorevoli, 1 contrario e 6 astenuti.

Il grandissimo consenso suscitato dalla riforma già di per sé è un dato positivo. Esso, infatti, può essere il sintomo del superamento di un male che dall'inizio di questo secolo affligge il nostro Paese, e cioè l'affermazione del metodo delle c.d. riforme della Costituzione a colpi di maggioranza.<sup>5</sup> Tale metodo, com'è noto, è stato seguito per la prima volta in occasione della riforma costituzionale del Titolo V della Parte II della Costituzione, avvenuta con la l.c. 18 ottobre 2001, n. 3. È opportuno, per inciso, ricordare che quest'ultima ha inserito nella Carta i termini "ambiente ed ecosistema", in relazione alla ripartizione di potestà legislativa tra Stato e Regioni.<sup>6</sup>

Com'è noto, fino a tale momento storico, le forze politiche maggiori si erano invece riconosciute un diritto di veto reciproco sulle modifiche costituzionali. Esso si fondava sull'idea, emersa fin dai lavori dell'Assemblea costituente, che la Costituzione fosse la casa comune – per riprendere una bella espressione di Giorgio La Pira<sup>7</sup> – in cui edificare il futuro

---

<sup>4</sup> Il testo riprende, con aggiunta di note, l'intervento tenuto dall'autore il 2 dicembre 2022 nel Convegno di studi internazionali Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali, svoltosi a Salerno nei giorni 1-3 dicembre 2022 ed è in corso di pubblicazione nei relativi Atti, curati dal prof. Armando Lamberti. Lo scritto riprende e amplia le riflessioni formulate dall'Autore in F. Vari, Prime note sulla riforma costituzionale in materia di ambiente, in AA.VV., *Il Diritto del lavoro nell'interesse delle nuove generazioni*, a cura di A.M. Battisti – S. Cassar – M.C. Cataudella – A. Pileggi, Supplemento a n. 11-12/2022 di Lavoro e Previdenza Oggi.

<sup>\*</sup> *Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Europea di Roma*

Cfr. al riguardo 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 AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno annuale della Associazione Aidambiente, svoltosi a Roma il 28 gennaio 2022, Napoli, 2022, 49 s.

<sup>5</sup> Sul tema v. ora i rilievi di A. RUGGERI, *Fine-vita (problemi e prospettive)*, in *Consulta OnLine*, 2023, 118 ss.

<sup>6</sup> V. art. 117, comma secondo, lett. s). Al riguardo v. G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in AA.VV., *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 7 ottobre 2021, a cura di P. PANTALONE, in *Dir. econ.*, 2021, 163 s.

<sup>7</sup> G. LA PIRA, Atti Assemblea Costituente, seduta pom. dell'11 marzo 1947, 1981 ss. (disponibile su Internet, nel sito della Camera dei deputati, all'indirizzo [http://legislature.camera.it/\\_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed058/sed058nc.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed058/sed058nc.pdf)). Al riguardo v. U. DE SIERVO, *Giorgio La Pira e l'elaborazione della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Tradizione romanistica*



del popolo italiano. Al contrario, a partire per la prima volta dalla riforma costituzionale del 2001, si è scelto di intervenire incisivamente sulla Carta anche senza il consenso dell'opposizione. Tale metodo ha, poi, segnato i due tentativi di riforma della parte organizzativa della Costituzione, prima a opera del centro-destra nel 2006 e, poi, del centro-sinistra dieci anni dopo, nel 2016. Entrambi i tentativi, come tutti ricordiamo, sono naufragati contro lo scoglio del referendum popolare, previsto dall'art. 138 Cost.

La riforma del 2022 è, invece, il frutto di scelte condivise tra i maggiori attori politici. In tal modo si è evitato di trasformare la Carta fondamentale in espressione di decisioni della maggioranza politica occasionale, che prima o poi, in un futuro comunque non troppo lontano, avrebbero potuto essere messe in discussione da una nuova e diversa maggioranza.

I numeri amplissimi a sostegno della l.c. n. 1 del 2022 suscitano anche un'altra riflessione. Essi fanno sorgere dei dubbi, infatti, sui molteplici richiami spesso fatti all'inerzia del legislatore e, in generale, della politica per affidare le scelte che scuotono la collettività alla decisione dei giudici, chiamati a creare, anziché applicare, la norma.<sup>8</sup> In altri termini, il

---

*e Costituzione*, diretto da L. LABRUNA, a cura di M.P. BACCARI - C. CASCIONE, Napoli, 2006, 81 ss.; P. CATALANO, *Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira*, *ibid.*, 107 ss.

<sup>8</sup> Criticamente al riguardo v. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1644 ss., nonché su Internet, nel sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo Internet [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old\\_sites/sito\\_AIC\\_2003-2010/materiali/anticipazioni/costituzionalismo\\_irenico/index.html](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html) per il quale "una comunità politica ha la responsabilità di *decidere* sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può sempre scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione dei problemi". Critici sulla possibilità per i giudici di partecipare alla creazione del diritto anche A. VIGNUDELLI, *Interpreti vs. legislatore. La contesa del primato sulla produzione del diritto alla luce della Carta costituzionale repubblicana*, in *Rass. Parl.*, 2012, p. 541 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La nuova frontiera della regola giurisdizionale e i rischi della competizione normativa fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in M. ESPOSITO – A. LOIODICE – I. LOIODICE – V. TONDI DELLA MURA, *Temi di diritto costituzionale*, Torino, 2012, 247 ss.; G. VALDITARA, *Giudici e legge*, Roma, 2015; R. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione*, in *Rivista AIC*, 2019, 136 ss. In senso opposto v., invece, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, *passim*; P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 2013, 27 ss. È interessante, sul tema, il passaggio contenuto nella recente Corte cass., SS.UU. civ., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162, su Internet nel sito del Centro Studi Livatino, all'indirizzo <https://www.centrostudilivatino.it/wp-content/uploads/2023/01/Cass.-SS.UU-n.-38162-2022.pdf> (sulla quale a prima lettura v. D. BIANCHINI, *Sezioni Unite della Cassazione: la maternità surrogata offende la dignità umana anche se è gratuita*, *ibid.*, alla pagina <https://www.centrostudilivatino.it/sezioni-unite-della-cassazione-la-maternita-surrogata-offende-la-dignita-umana-anche-se-gratuita/>). Nella pronuncia, in tema di surrogazione di maternità, al §. 7 dei *Motivi della decisione* si riconosce, infatti, che "anche quando non si trova al cospetto di un enunciato normativo concepito come regola a fattispecie, ma è investito del compito di concretizzare la portata di una clausola generale come l'ordine pubblico internazionale, che rappresenta il canale attraverso cui l'ordinamento si confronta con la pluralità degli ordinamenti salvaguardando la propria coerenza interna, o di un principio, come il migliore interesse del minore, in cui si esprime un valore fondativo dell'ordinamento, il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa. La



grande consenso con cui è stata approvata la riforma dimostra che quando la coscienza sociale - concetto tanto pericoloso, quanto frequentemente invocato<sup>9</sup> - è veramente pronta, tale maturazione può tradursi agevolmente in una riforma addirittura della Costituzione, finanche dei *Principi fondamentali* e della Parte I della stessa, come avvenuto con la l.c. n. 1 del 2022.

Sempre sul piano formale vale la pena, infine, formulare un ultimo rilievo. Le novelle della Costituzione in materia di ambiente, insieme alle altre leggi costituzionali approvate durante la XVIII Legislatura, possono indurre ad affermare che i maggiori attori politici hanno finalmente scelto la strada della “manutenzione costituzionale”,<sup>10</sup> seguita nell’ordinamento tedesco, superando, invece, una visione mitica, palingenetica delle grandi opere dell’ingegneria costituzionale, a vantaggio di “riforme mirate e circoscritte” relative a singoli articoli della Costituzione, ritenuti bisognosi di ammodernamento.<sup>11</sup>

### 3. ...e quelli sostanziali

Quanto, poi, al secondo punto di questa riflessione, e cioè il merito della riforma costituzionale, è opportuno ricordare che per la prima volta nella storia repubblicana si è novellato il testo dei *Principi* della Carta fondamentale. In realtà, già era intervenuta una modica sugli stessi, senza però formalmente alterarne la lettera, in virtù della l. c. 21 giugno 1967, n. 1: essa, com’è noto, stabilisce che “l’ultimo comma dell’art. 10 della Costituzione”, che prevede il divieto di estradizione dello straniero per reati politici, non si applica “ai delitti di genocidio”.

Proprio per aver “toccato” la parte sui *Principi* della Costituzione, alcuni autori hanno ipotizzato che la l.c. n. 1 del 2022 sia illegittima.<sup>12</sup> Essi ritengono, infatti, che si sia verificata

---

valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l’assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto”.

9 Sul tema sia consentito rinviare a F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, I, Bari, 2008, 59 e ss.

10 Richiama l’espressione A. D’ATENA, *Le regioni, tra crisi e riforma*, in AA.VV., *Quale dei tanti federalismi*, Atti del Convegno internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università “La Sapienza”, Roma, 31 gennaio – 1° febbraio 1997, a cura di A. PACE, Padova, 1997, 12 s. ora in A. D’ATENA, *L’Italia verso il “federalismo”*, *Taccuini di viaggio*, Milano, 2001, 117. Sul punto cfr. anche A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 44 ss., il quale ritiene che uno degli argomenti per criticare la tesi dell’art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta deriva dalla preoccupazione “che la costituzionalizzazione surrettizia (e disorganizzata) di diritti non desumibili – neppure per implicito – dal testo costituzionale possa da un lato pregiudicare la possibilità del legislatore ordinario di disciplinare compiutamente e organicamente tali nuovi diritti (se del caso, anche con limitazioni «solidaristiche» che gli stessi diritti, se creati non su basi legislative, ovviamente non hanno, né possono avere), dall’altro disincentivare l’integrazione del catalogo costituzionale dei diritti mediante il procedimento *ex art. 138 Cost.*” (p. 44).

11 L. CASSETTI, *Riformare l’art. 41 della Costituzione: alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Il costituzionalismo multilivello del terzo millennio: scritti in onore di P. Bilancia*, nella rivista *Federalismi.it*, 2022, 189.

12 In tal senso v. G. SEVERINI – P. CARPENTIERI, *Sull’inutile, anzi dannosa modifica dell’articolo 9 della Costituzione*, in *Giustizia insieme*, 22 settembre 2021, all’indirizzo Internet <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1945-sull-inutile-anzi-dannosa-modifica-dell-articolo-9-della-costituzione>.



un'alterazione dell'insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e diritti inviolabili della persona sottratti alla revisione costituzionale, secondo una oramai consolidata giurisprudenza costituzionale.<sup>13</sup> Per gli autori ora richiamati, in particolare, la novella della Costituzione si tradurrebbe in una modifica dei principi sanciti dalla Carta fondamentale che finirebbe per "dequotare senz'altro, in pratica vanificare, il rilievo del paesaggio e della sua protezione di fronte a nuove opere che si assumono di difesa dell'ambiente-quantità".<sup>14</sup>

Questa posizione è rimasta finora minoritaria, nonostante l'eccezione da essa sollevata sia degna della massima considerazione. Essa, infatti, si pone il problema della protezione del "nucleo duro" del nostro ordinamento,<sup>15</sup> sottratto a modifiche *in peius* da parte di ogni potere costituito. La tesi è, pertanto, sorretta da nobili intenti. Nondimeno essa sembrerebbe non considerare adeguatamente il fatto che la modifica costituzionale qui in esame finisce per codificare le conclusioni cui è giunta da tempo la giurisprudenza costituzionale in relazione alla protezione dell'ambiente. La novella, dunque, può essere considerata avere valore ricognitivo di quanto già affermato dal giudice delle leggi, come evidenziato da Cecchetti.<sup>16</sup>

Da un canto, infatti, la giurisprudenza costituzionale consolidata considera, da decenni, la protezione dell'ambiente "un valore primario", riconducendo la sua protezione agli artt. 9 e 32 Cost.<sup>17</sup>; e, d'altro canto, biodiversità ed ecosistemi, termini utilizzati nella novella dell'art. 9 Cost., sono concetti che rientrano in quello più generale d'ambiente.

---

13 Al riguardo cfr., in particolare, Corte cost. sent. 29 dicembre 1988, n. 1146. È bene ricordare, inoltre, la sent. 22 ottobre 2014, n. 238, in cui il giudice delle leggi ha compiuto uno sforzo sistematico con riferimento al nucleo immutabile della Carta fondamentale. In particolare, nel §. 3.2. del *Considerato in diritto*, si evidenzia come "i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988)". Su tale pronuncia sia consentito il rinvio a F. VARI, *Crimini internazionali e responsabilità degli Stati nell'età del costituzionalismo multilivello*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, t. III, 2493 ss. Per un quadro d'insieme sulla tematica dei limiti alla revisione costituzionale v., nella vasta dottrina, A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, II ed., Bologna, 2022, 111 ss. Sulla problematica v. ora le riflessioni di A. RUGGERI, *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine*, 2022, 580 ss.

14 G. SEVERINI – P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica*, cit.

15 Per tale espressione cfr. AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino 2006 e, più recentemente, A. RUGGERI, *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, cit., 580.

16 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Cor. Sup. Sal.*, 2022, 143.

17 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica*, cit., 130.



Analogo ragionamento può essere svolto con riferimento alla codificazione dei limiti alla libertà d’iniziativa economica nell’art. 41 Cost., secondo comma. Anche sotto questo profilo si può ritenere che la revisione costituzionale costituisca la ricognizione di norme già vigenti nell’ordinamento italiano.<sup>18</sup> A confermare questi rilievi si può richiamare, ad esempio, la nota decisione della Corte costituzionale del 2013 nel caso Ilva,<sup>19</sup> dunque una pronuncia di quasi dieci anni prima della novella della Costituzione: in essa, nonostante nella motivazione manchi un’esplicita analisi relativa all’art. 41 Cost.,<sup>20</sup> è chiaro il rilievo che assume l’ambiente come limite alla libertà d’iniziativa economica.

Oltretutto va evidenziato che la tesi qui criticata finisce per provare troppo, ove si consideri che, ad accoglierla, si dovrebbe sostenere che, per non pregiudicare il suo “nucleo duro”, la Costituzione italiana impedisca qualsiasi modifica relativa alla protezione dell’ambiente.

Dunque, pur essendo assai rilevante la questione relativa alla necessità di non intaccare la parte immodificabile della Costituzione, essa può essere superata considerando la riforma costituzionale come la codificazione, il momento della scrittura, di quanto già affermato in via “pretoria” dalla giurisprudenza costituzionale. Se così stanno le cose, si potrebbe, addirittura, ricondurre la l.c. n. 1 del 2022 all’esigenza, evidenziata da una risalente ed eminente dottrina, che la codificazione costituzionale, salvi casi eccezionali, abbia un valore ricognitivo. È nota, infatti, la tesi di Santi Romano, secondo il quale “una carta costituzionale, tranne il caso specialissimo che essa rappresenti l’epilogo di una convulsione rivoluzionaria, non può avere che il compito proprio di tutte le leggi, di raccogliere e dichiarare il diritto quale si è venuto lentamente e spontaneamente elaborando”.<sup>21</sup>

Peraltro, sempre in senso contrario all’ipotesi di una violazione dei limiti alla revisione costituzionale, vale la pena dare conto, pur non essendo questa la sede per una sua approfondita analisi, dell’autorevolissima dottrina secondo la quale le modifiche costituzionali *de quibus* costituiscono un esempio di attuazione e di svolgimento dei principi già presenti nella Carta costituzionale. Questi ultimi necessitano “di potersi rigenerarsi e far valere al meglio di sé”, richiedendo “anche corposi adattamenti della loro trama normativa, al fine di fugare il rischio che si affermino e ulteriormente diffondano ... modifiche tacite a finalità riduttiva o distorsiva... ovvero che si consolidino pratiche giuridiche comunque in considerevole misura discoste dal testo costituzionale”.<sup>22</sup>

#### 4. L’importanza della novella

18 Al riguardo v. M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica*, cit., 140; L. CASSETTI, *Riformare l’art. 41 della Costituzione*, cit., 196.

19 C. cost. sent. 9 maggio 2013, n. 85.

20 Cfr. al riguardo E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la “tensione” tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 15 del 2013, 25.

21 S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, 1907, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 265. Sullo “scetticismo di Romano verso le costituzioni scritte” v. C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell’età repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2/2012, 2. Sul tema v. anche F. PEDRINI, *Santi Romano e l’interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico*, in *Jura Gentium*, XV (2018), 297.

22 A. RUGGERI, *I principi fondamentali*, cit., 588.



È interessante notare che sulla stampa e, in generale, sugli altri mezzi di comunicazione di massa la riforma costituzionale in materia di ambiente è stata celebrata come epocale. Mi limito a citare il Corriere della Sera.<sup>23</sup> Il Ministro della transizione ecologica Cingolani ha definito “una giornata epocale” quella dell’approvazione definitiva della l.c. n. 1 del 2022, essendosi di fronte a un “cambiamento grazie al quale la nostra Repubblica” avrebbe introdotto “la tutela dell’ambiente tra i valori fondanti”.

In effetti, nonostante quanto sostenuto nel precedente paragrafo, anche in riferimento al suo contenuto la l.c. n. 1 del 2022 rappresenta un passaggio particolarmente significativo nella storia repubblicana.

In proposito, a ragione Cecchetti ha evidenziato la sua importanza, da un lato, nel garantire la certezza del diritto, codificando i punti d’approdo della giurisprudenza; e, dall’altro, nell’impedire, così, pericolosi arretramenti di eventuali successive pronunce, in particolare del giudice delle leggi.<sup>24</sup>

A tali profili, si può aggiungere che il rilievo della riforma è legato anche alla peculiare funzione che hanno nel sistema le norme costituzionali. La Costituzione mira, infatti, secondo la nota analisi di Rudolf Smend, “all’integrazione e alla fondazione dell’unità”,<sup>25</sup> giacché le norme costituzionali “proclamano un determinato sistema di valori, un sistema culturale, destinato a essere il senso della vita statale costituita dalla nazione”.<sup>26</sup> Dunque, la proclamazione espressa del valore dell’ambiente negli artt. 9 e 41 Cost. ha anche un significato di natura simbolica e culturale.

Non trascuriamo l’incidenza di tale fattore. Essa non solo emerge alla luce del rilievo che la riforma è avvenuta per “l’esigenza di mostrare all’Europa che la gestione in ambito nazionale dei fondi del piano Next Generation EU, elaborato per reagire ai costi elevati e ai danni economici e sociali della pandemia, si impernerà attorno alla consapevolezza della assoluta priorità delle questioni ambientali”,<sup>27</sup> ma può essere colta anche grazie al contributo della dottrina sociale della Chiesa cattolica. Infatti, quest’ultima, riprendendo l’apporto di altre confessioni cristiane, ha richiamato “l’attenzione sulle radici etiche e spirituali dei problemi ambientali, che ci invitano a cercare soluzioni non solo nella tecnica, ma anche in un cambiamento dell’essere umano, perché altrimenti affronteremmo soltanto i sintomi”.<sup>28</sup> Proprio per tale cambiamento, dunque, da operare anzitutto sul terreno culturale, la riforma costituzionale può avere grande importanza. Non è un caso che dopo l’approvazione della legge cost. n. 1 del 2022, ad esempio, molte scuole abbiano organizzato incontri sulla protezione dell’ambiente.

---

23 Corriere della Sera, 9 febbraio 2022, p. 17.

24 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica*, cit., 129.

25 R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928, trad. it. di F. FIORE E J. LUTHER, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1998, 276.

26 R. SMEND, *Costituzione*, cit., 246.

27 L. CASSETTI, *Riformare l’art. 41 della Costituzione*, cit., 192.

28 Papa FRANCESCO, Lettera enciclica *Laudato si’*, §. 9, riprendendo il pensiero del Patriarca ecumenico Bartolomeo.



Infine, ultimo profilo, ma anch'esso di rilievo particolare, la riforma<sup>29</sup> può avere come effetto quello di rafforzare il peso della protezione dell'ambiente nel bilanciamento tra quest'ultimo e contrari interessi costituzionali con cui esso può trovarsi a confliggere.<sup>30</sup>

In altri termini, esclusi il bianco e il nero della protezione esclusiva di uno dei due interessi in conflitto, che come tale finirebbe, in contrasto con i requisiti del bilanciamento enucleati dalla giurisprudenza, per distruggere uno dei beni in contrapposizione, i toni di grigio intermedi su cui, prima della riforma, avrebbero potuto attestarsi le scelte del legislatore e il successivo controllo della Corte costituzionale, possono essere considerati compressi, ridotti, limitati, in senso più favorevole all'ambiente, dalla modifica costituzionale: in sostanza, le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. valgono a limitare, a vantaggio della protezione dell'ambiente, le "diverse possibilità di concretizzazione" tra i "valori fondanti"<sup>31</sup> previsti dalla Carta fondamentale, assottigliando lo spettro, già determinato dalla Costituzione nella sua formulazione originaria, di bilanciamenti possibili tra valori antitetici.

## 5. Conclusioni

Se, dunque, l'analisi sopra svolta è corretta, per concludere, occorre chiedersi se per alcuni profili la riforma sia migliorabile in futuro.

Problemi ad esempio si pongono, ma non è questa la sede per affrontarli, sulla questione degli animali, in relazione ai quali l'art. 9 Cost. stabilisce che "La legge dello Stato disciplina i modi e le forme" della loro "tutela".

Al di là di tale aspetto, però cosa manca in generale? Come evidenziato da Marcello Cecchetti,<sup>32</sup> sarebbe stata opportuna la predisposizione di una normativa più dettagliata rispetto alle generali affermazioni contenute nelle modifiche della Costituzione. È utile in proposito richiamare una disposizione sostanzialmente costituzionale come l'art. 191 del TFUE,<sup>33</sup> che ne apre il Titolo XX, dedicato appunto all'ambiente. Siamo di fronte a una

29 Ringrazio l'amico e collega Francesco De Leonardis per l'aiuto a mettere a fuoco l'argomento.

30 Al riguardo cfr. A. RUGGERI, *I principi*, cit., 595.

31 Così con riferimento al bilanciamento A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, II ed., Bologna, 2022, 92 s.

32 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica*, cit., 148 ss.

33 "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,



disciplina alquanto analitica, in grado di porre limitazioni stringenti all'operato del legislatore eurounitario e, soprattutto, a eventuali giudizi in merito della Corte di giustizia.<sup>34</sup>

Diversamente, il Parlamento italiano ha intrapreso una strada che lascia molta più discrezionalità all'organo rappresentativo e dà, conseguentemente, parametri meno stringenti al controllo del giudice delle leggi sull'operato del primo. Si tratta di una scelta in linea con alcune caratteristiche del nostro ordinamento, nel quale per esempio anche il controllo di proporzionalità a fatica si va lentamente affermando nella giurisprudenza costituzionale a fronte di esperienze in cui invece esso è ben saldo e strutturato.<sup>35</sup> Nondimeno, come giuristi siamo chiamati a compiere un arduo sforzo: individuare la via per un'ulteriore precisazione e rafforzamento della tutela dell'ambiente nel nostro Paese, senza però andare a intaccare i limiti alla revisione costituzionale. È un sentiero stretto, molto stretto. L'importanza della questione, però, è tale, che vale la pena impegnarsi a riflettervi a fondo. Ne va dell'interesse – ciò che nel diritto romano è chiamato *utilitas*<sup>36</sup> – nostro, dei nostri figli, dei nostri nipoti e, più in generale, per riprendere ancora il testo della novella costituzionale, delle "future generazioni".

---

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".

34 Cfr. M. CECCHETTI, *loc. ult. cit.*

35 Nel 2013 M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana*, Relazione per la Conferenza trilaterale della Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, nel sito della Corte costituzionale all'indirizzo [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf), pag. 6 del dattiloscritto, evidenziava come fosse "del tutto estraneo all'esperienza italiana" l'affinamento "di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità, così diffuso in altre esperienze"; significativi passi avanti sono stati fatti, tuttavia, da allora dal giudice delle leggi italiano e per l'evoluzione più recente della giurisprudenza v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, 2020, 127 ss.

36 Su tale concetto v. M.P. BACCARI VARI, *Contro gli astrattismi. Lo "ius naturale": per il "bene comune" o per la "utilitas singulorum" (e l'"utilitas nostra")? A proposito di D. 1,8,2, in AA.VV., Terre, acque, diritto. Forme delle società antiche*, Atti del Convegno organizzato dall'Università di Salerno e dall'Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli nei giorni 30 novembre-1° dicembre 2020, a cura di M. DEL TUFO – F. LUCREZI – F. FASOLINO, Napoli 2021, 23 ss.



# LA PROCEDURA ABILITATIVA SEMPLIFICATA PER IMPIANTI FER: DALLE ESIGENZE DI SEMPLIFICAZIONE AI DUBBI APPLICATIVI

Giuseppe La Rosa\*

*Abstract [it]* Il lavoro ha ad oggetto l'analisi della Procedura abilitativa semplificata, quale strumento amministrativo di semplificazione volto al maggiore sviluppo degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, con l'obiettivo di verificarne i limiti applicativi. In tale contesto, in particolare, il lavoro si prefigge l'obiettivo di proporre un inquadramento dogmatico della PAS, utilizzando gli istituti generali dell'ordinamento, così facendone discendere le conseguenze sul piano applicativo. Seguendo tale approccio di analisi, dunque, l'analisi giunge a una profonda revisione di alcuni snodi procedurali, normativamente previsti, ritenuti non del tutto aderenti con la proposta natura dell'istituto.

*Abstract [eng]* The essay aims at analysing the simplified authorization procedure, as an administrative simplification tool provided for the development of plants fuelled by renewable sources. In this context, in particular, the analysis aims to propose a dogmatic framework for the PAS, using the general references of administrative law, and, as a consequence, specific elements for its interpretation have been proposed. Following this analytical approach, therefore, the analysis reaches a deep revision of some procedural items, as they are considered as not entirely consistent with the proposed nature of the institute.

**SOMMARIO:** 1. Cenni sulla politica energetica e sull'evoluzione dei regimi autorizzativi. - 2. La disciplina della PAS: ambito di applicazione. - 3. *Segue:* cenni sui principali profili procedurali. - 4. L'incerta natura giuridica della PAS: la posizione della giurisprudenza. - 5. La riconducibilità della PAS alla SCIA e ridefinizione dei moduli procedurali. - 6. Gli obiettivi di certezza sulla stabilità della PAS e il comma 7-bis dell'art. 6: una necessaria rilettura. - 7. Considerazioni conclusive.

## **1. Cenni sulla politica energetica e sull'evoluzione dei regimi autorizzativi.**

La disciplina italiana in materia di fonti di energia rinnovabile ha subito una consistente evoluzione, anche sotto la costante spinta dell'ordinamento europeo<sup>1</sup>, in cui il settore dell'energia è trattato secondo una duplice e concorrente prospettiva: da un lato, viene in

---

<sup>1</sup> \* Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università Telematica San Raffaele Roma.

Invero, il fenomeno pone le sue radici a livello internazionale: per una sintesi sulla evoluzione della normativa a livello internazionale, si v. T. SCOVAZZI, *Dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. giur. ambiente*, 2021.



rilievo la valenza strategica assunta dalle fonti rinnovabili, in relazione alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico, tema il cui interesse è stato rinverdito a seguito delle note ripercussioni, anche sul versante europeo, del conflitto russo-ucraino<sup>2</sup>; dall'altro lato, il settore energetico svolge un ruolo determinante quale fattore di sviluppo sostenibile, nella dimensione eminentemente ecologica e ambientale. In particolare, la lettura coordinata delle molteplici disposizioni poste nel TFUE consente di rilevare come la massima diffusione delle energie rinnovabili rientri tra gli obiettivi della politica dell'Unione europea, in relazione alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico e alla lotta ai cambiamenti climatici (art. 191, TFUE); nel settore dell'energia, l'Unione detiene una competenza concorrente con quella degli Stati membri (art. 4, par. 2, TFUE), sicché, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, essa interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri (art. 5, par. 3, TUE).

Sempre a livello europeo, gli obiettivi della neutralità climatica entro il 2050, con l'intermedio abbattimento delle fonti fossili ad almeno il 45% entro il 2030<sup>3</sup>, sono stati affermati nell'ambito del c.d. *Green Deal europeo*, cui, invero, si è giunti a seguito di una più complessa e risalente normazione, i cui principali pilastri, possono essere sinteticamente<sup>4</sup> rintracciati nei seguenti atti: la direttiva 2001/77/CE (RED I), che ha dettato le prime disposizioni comuni sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità; la comunicazione della Commissione europea del 30 novembre 2016 "Energia

2 Per una compiuta analisi del governo dell'energia nella prospettiva della sicurezza di approvvigionamento e nel bilanciamento dei diversi valori costituzionali, si v. A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 2013, ove, con evidente lungimiranza confermata dalle conseguenze del recente conflitto russo-ucraino, veniva evidenziato come la sicurezza dell'approvvigionamento energetico rappresenti un interesse pubblico da soddisfare in sé e per sé, anche atteso che il suo deficit può determinare a sua volta rischi per la salute umana. Ancora recentemente, A. BARONE, *Introduzione al convegno Politiche ambientali ed emergenza bellica in Europa*, organizzato da AIDambiente e Università Catania, il 18 novembre 2022, che, in modo condivisibilmente critico, ha rilevato come il tema della sicurezza dell'approvvigionamento energetico sia stato scarsamente affrontato dal nostro ordinamento, anche in ragione dell'attuale assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, di cui all'art. 117 Cost., che mal si concilia con la materia che richiederebbe di essere esclusivamente attratta a livello centrale.

3 Sul *Green Deal europeo*, si v. D. BEVILACQUA, *Lo Sviluppo sostenibile e il Green New Deal: tratti comuni, differenze, problematiche*, in *rgaonline*, 20 maggio 2021; E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2/2021; P. CUCUMILE, *Il "Green Deal Europeo"*, in *AmbienteDiritto*, 1/2021. Più in generale, sull'evoluzione della normativa europea, si v. N. BERTI, A. BONAITI, *Aspetti e problemi delle recenti riforme in tema di realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *AmbienteDiritto* 1/2023; F. GUELLA, *Modelli di disciplina delle energie rinnovabili a livello sovrastatale. Dagli obiettivi programmatici del diritto internazionale alla regolamentazione "dettagliata" nell'integrazione europea*, in F. CORTESE- F. GUELLA- G. POSTAL (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale*, Padova, 2013, 27 ss.

4 Per una più ampia descrizione dell'evoluzione del quadro normativo eurounitario, si v. N. BERTI, A. BONAITI, *Aspetti e problemi delle recenti riforme in tema di realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, cit.



pulita per tutti gli europei”, che ha dato luogo a una serie importante di misure adottate tra la fine del 2018 e l’inizio del 2019 (c.d. “*Clean energy package*” o “*Winter package*”), tra cui – per quanto qui più interessa – la direttiva 2018/2001/UE; il Regolamento 2018/1999/UE, che ha istituito una nuova governance dell’Unione dell’energia, fondata su cinque dimensioni tra cui energia e che si attua attraverso i Piani nazionali integrati per l’energia e il clima (PNIEC); il Regolamento UE 2021/1119 del 30 giugno 2021, con cui è stato sancito l’obiettivo della neutralità climatica al 2050 e il traguardo vincolante dell’Unione in materia di clima per il 2030 che consiste in una riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra (emissioni al netto degli assorbimenti) di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030.

Nel contesto euro-unitario appena tracciato, l’ordinamento italiano ha fissato i propri obiettivi energetici e climatici, presentando, nel gennaio 2020, il “*Piano nazionale integrato per l’energia ed il clima 2021-2030*” (PNIEC)<sup>5</sup> e, adottando, nell’aprile 2021, il “*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*” (PNRR), che identifica concretamente “*Missione*” e “*Componenti*”, come settori specifici cui le risorse finanziarie europee devono essere allocate. L’evoluzione normativa nazionale, che ha visto nel d.l. 31 maggio 2021 n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, e nel d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 importanti fasi di regolazione, è stata costantemente orientata verso la semplificazione dei regimi autorizzativi necessari per la realizzazione di

---

<sup>5</sup> Le versione definitiva del Piano, presentato nel dicembre 2019, dopo aver recepito le osservazioni della Commissione UE, è stata predisposta dal Ministero dello Sviluppo Economico (MISE), dal Ministero dell’Ambiente e della Protezione del Territorio e del Mare (poi Ministero della Transizione Ecologica-MITE, ora Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica- MASE) e dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (poi “Ministero delle Infrastrutture sostenibili e delle Mobilità” – MIMS, ora di nuovo “Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti”). Per ciò che rileva in questa sede, la quota di energia proveniente da fonti rinnovabili sul totale dei consumi finali lordi nazionali è stata prevista in aumento del 30% (fino al 2% nel settore specifico dei trasporti), mentre nei consumi per riscaldamento e raffreddamento si prevede un aumento annuo indicativo del contributo delle energie rinnovabili del 1,3%. Per una sintesi dell’assetto ordinamentale previgente sulla pianificazione energetica nazionale, che – da ultimo- ruotava attorno alla “*Strategia Energetica Nazionale*”, v. L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell’energia 2019. La strategia energetica nazionale: “governance” e strumenti di attuazione*, Bologna, 2019.



impianti alimentati da fonti rinnovabili<sup>6</sup>. All'obiettivo di semplificazione amministrativa<sup>7</sup>, infatti, sono stati concordemente rivolti gli interventi legislativi che si sono susseguiti nel tempo e che sono stati sostanzialmente tesi verso la riduzione dell'ambito di applicazione dei regimi autorizzativi, ampliando specularmente le ipotesi di assenso fondato su atti dichiarativi privati e a forme di edilizia libera, così ampliando il regime di liberalizzazione, nonché verso la riduzione dei termini procedurali e la concentrazione delle decisioni.

Originariamente, in attuazione della Direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili, il d.lgs. n. 387/2003 prevedeva, quale principale regime di autorizzazione, l'autorizzazione unica<sup>8</sup>, individuando altresì

---

6 Sulla disciplina amministrativa delle fonti rinnovabili analizzata precipuamente dalla prospettiva degli obiettivi di semplificazione, cfr. S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 1/2023, 59-95; Id., *Le energie rinnovabili: semplificazione amministrativa e compiti delle autonomie locali*, in *Gior. dir. amm.*, 5/2022, 634-645; G. BUCCI, *Regimi abilitativi degli impianti da fonti rinnovabili: il "punto" sulla giurisprudenza costituzionale più recente*, in *AmbienteDiritto*, 1/2022; F. LUISO, *I sistemi di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile. Una valutazione critica dei diversi modelli disponibili e sperimentati*, in G.D. COMPORI, S. LUCATTINI (a cura di) *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, Napoli, 2020, 143-152; S. AMOROSINO, «Nobiltà» (dei proclami politici) e «miseria» (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2020, 255-263; A. MASSONE, *Impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili e disciplina del paesaggio nelle aree contermini* (commento a Consiglio di Stato, sez. IV, 18 marzo 2019, n. 1729), in *Riv. giur. urb.*, 1/2020, 166-175; C. PELLEGRINO, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di supplezza ermeneutica*, in *Le Regioni*, 3/2019, 843-854.

7 Sulla semplificazione amministrativa la dottrina è alluvionale. Tra i principali contributi, cfr. F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 3-4, 335; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, 324 e 345; E. CASETTA, *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, 342.

8 Sull'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. 387/2003 si v. E. BELLUARDO, *Autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e misure compensative*, in *Riv. giur. urb.*, 1/2019, 161-172; C. MARI, *L'autorizzazione unica per l'esercizio di impianti eolici tra vicende modificative e tentativi di semplificazione*, in *GiustAmm.it*, 12/2018; G.A. PRIMERANO, *La doverosità amministrativa sulla domanda di autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Foro amm.*, 2/2015, 458-482; M.T. RIZZO, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Amministrativ@mente*, 9-10/2014; A. CARBONE, *Autorizzazione unica per la costruzione di impianti eolici e conferenza di servizi: sul valore procedimentale del dissenso qualificato*, in *federalismi.it*, 22/2012; A. MARZANTI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 499 ss.; F. ARECCO, *Autorizzazione di impianti di produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili*, in F. ARECCO, G. DALLÒ (a cura di) *Energia sostenibile e fonti rinnovabili*, Milano, 2012, 355 ss.; F. DI DIO, *D.Lgs. 28/2011: il nuovo regime «speciale» delle autorizzazioni per impianti da fonti rinnovabili*, in *Amb.&Svil.*, 2011, 564 ss.; C. VIVIANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urb. app.*, 2011, 775 ss.; G. PIZZANELLI, *Gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: organizzazione e procedimenti alla luce del*



specifici progetti per i quali non era richiesta alcun atto di assenso, essendo sufficiente una mera comunicazione<sup>9</sup>. Il quadro è stato modificato, dapprima, a opera del Decreto del Ministero dello Sviluppo economico 10 settembre 2010, recante le “*Linee guida per l’autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*”<sup>10</sup> che, accanto al regime autorizzatorio, ha previsto specifiche ipotesi per le quali si sarebbe applicato il regime della DIA e, successivamente, con il d.lgs. n. 28/2011. In particolare, l’art. 4 del d.lgs. n. 28/2011 ha previsto che l’attività di costruzione e l’esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili fosse soggetta a procedure amministrative «semplificate, accelerate, proporzionate e adeguate, sulla base delle specifiche caratteristiche di ogni singola applicazione», introducendo, accanto al regime - generale - dell’autorizzazione unica, quello della procedura abilitativa semplificata (PAS) e della comunicazione relativa alle attività in edilizia libera.

Tra il 2020 e il 2023, si sono succeduti numerosi interventi normativi che hanno profondamente innovato il settore, introducendo, da un lato, innovativi regimi autorizzativi (ci si riferisce, ad esempio, alla dichiarazione inizio lavori asseverata, la cui disciplina è stata posta all’art. 6-*bis* d.lgs. n. 28/2011) e, dall’altro, incrementando significativamente le ipotesi in cui la realizzazione di progetti è assentibile attraverso modalità liberalizzate, quali la PAS e la comunicazione di edilizia libera, non mancando di introdurre altresì sistemi di semplificazione procedimentale. Il riferimento è, innanzitutto, al d.l. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, con cui, oltre che strumenti di semplificazione generale dei procedimenti amministrativi<sup>11</sup>, sono state introdotte disposizioni in materia di energia, volte, da un lato, a prevedere meccanismi di liberalizzazione per alcuni progetti, quali la DILA per i progetti di modifiche e varianti ovvero la riconduzione degli impianti di accumulo quali opere connesse, prevedendone specifici *iter* autorizzativi e, dall’altro, a introdurre significative limitazione ai poteri di controllo e

---

*principio di integrazione*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010, 85 ss.

<sup>9</sup> Il riferimento era agli impianti di cui all’art. 2, comma 2, lettere b) e c) della medesima legge. Successivamente, l’art. 2, comma 158, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, modificando il testo originario della norma, ha previsto che «all’installazione degli impianti di fonte rinnovabile di cui di cui all’articolo 2, comma 1, lettere b) e c) per i quali non è previsto il rilascio di alcuna autorizzazione, non si applicano le procedure di cui ai commi 3 e 4. Ai medesimi impianti, quando la capacità di generazione sia inferiore alle soglie individuate dalla tabella A allegata al presente decreto, con riferimento alla specifica fonte, si applica la disciplina della denuncia di inizio attività di cui agli articoli 22 e 23 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni».

<sup>10</sup> Tale decreto, adottato in ragione di quanto previsto dal comma 10 dell’art. 12 d.lgs n. 387/2003, è stato qualificato dalla Corte costituzionale (si v. sentenza n. 11 del 15 gennaio 2014) quale atto avente valore regolamentare, costituente un corpo unico con la disposizione legislativa che lo prevede, di guisa che debba intendersi quale norma interposta, la cui violazione determina un’indiretta lesione della legge statale di principio.

<sup>11</sup> Si pensi, ad esempio, alla inefficacia del provvedimento adottato dopo termini (comma 8-*bis* dell’art. 2 l.241/1990); al silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, anche in materia di interessi sensibili (art. 17-*bis* l. 241/90); alle accelerazioni in caso di riadozione annullata per vizi di atti ivi rilasciati (21-*decies*) e del procedimento in conferenza di servizi). Il medesimo atto normativo ha altresì introdotto significativi strumenti di semplificazioni specifici.



decadenza del GSE, a maggiore tutela della stabilità delle decisioni amministrative e del sistema incentivante<sup>12</sup>.

Quindi, con il d.l. 77/2021, conv. l. 108/2021, tra l'altro, sono stati ridotti i termini per la VIA ed è stato previsto un primo importante ampliamento dei progetti assentibili attraverso la PAS. Successivamente, il d.lgs. n. 199/2021 ha introdotto regimi di sostegno per le comunità energetiche rinnovabili, ha previsto ulteriori semplificazioni procedurali, introducendo le c.dd. aree idonee, e ha posto l'obbligo di dotare di impianti fotovoltaici i tetti di nuovi edifici. Infine, il d.l. n. 152/2021, conv. in l. 233/2021, e il d.l. 17/2022, conv. in l. 34/2022, hanno ulteriormente ampliato le ipotesi di applicazione della PAS e della DILA, nonché il novero delle aree idonee. Infine, ulteriori modifiche sono state introdotte con il d.l. 21/2022, conv. in l. 51/2022, il d.l. 36/2022, conv. in l. 79/2022 e il d.l. 50/2022, conv. in l. 91/2022 e, da ultimo, con il d.l. n. 13/2023, conv. in l. n. 41/2023.

Decampano da una analisi puntuale delle singole modifiche normative, che non è consentita dall'economia del presente contributo, è possibile rilevare come, nella complessiva evoluzione normativa, l'ordinamento abbia costantemente ritenuto di ridimensionare gli ambiti di intervento rimessi all'esercizio di amministrazione attiva (cheché semplificata), quali l'autorizzazione unica, verso forme di liberalizzazione, ove l'atto di assenso si forma sulla base di una comunicazione, segnalazione o dichiarazione dell'interessato, salvo i poteri inibitori e di controllo successivi. Si è dunque assistito a un tendenziale arretramento del potere amministrativo, che da autorizzativo/preventivo è divenuto di controllo/successivo, rispetto all'avvio dell'attività, assentita sulla base di mere autodichiarazioni rese dal privato<sup>13</sup>.

## 2. La disciplina della PAS: ambito di applicazione.

Nel descritto contesto di progressiva riduzione del potere autorizzatorio riveste un ruolo centrale, per il settore che qui ci occupa, la PAS, il cui ambito di applicazione è stato progressivamente esteso, fino a riguardare un consistente numero di progetti, assai eterogenei per caratteristiche, fonte, tipologia e potenza.

La PAS fu introdotta nel 2011, con il d.lgs. n. 28/2011, e originariamente, trovava applicazione unicamente con riferimento a specifiche tipologie di impianti ed entro determinate soglie di potenza. In particolare, la PAS era (ed è) utilizzabile con riferimento agli impianti eolici, di potenza fino a 60 kW, fotovoltaici, fino a 50 kW, idraulici, di potenza fino a 100 kW, biomasse, di potenza fino a 200 kW, e Gas di discarica, gas residuati dai processi di

---

12 In argomento, sia consentito il rinvio a G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, in *AmbienteDiritto*, 1/2021.

13 Sui rischi che tale sistema determina in capo ai privati, in relazione alla stabilità dei titoli così formati e alle questioni sottese alla estensione del potere di controllo della pubblica amministrazione, si v. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 181 s.s.; con specifico riferimento alla materia degli incentivi per impianti alimentati da fonti rinnovabili, G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, cit.



depurazione e biogas, con potenza fino a 250 kW<sup>14</sup>, salva la possibilità – prevista dall’art. 6, comma 9, d.lgs. n. 28/2011 - che tali soglie fossero aumentate fino a 1 Mw dalle Regioni e Province Autonome<sup>15</sup>. Inoltre, essa trovava applicazione con riferimento alle modifiche da realizzare sugli impianti fotovoltaici, idroelettrici ed eolici esistenti, a prescindere dalla potenza nominale, che non comportano variazioni delle dimensioni fisiche degli apparecchi, della volumetria delle strutture e dell’area destinata ad ospitare gli impianti stessi, né delle opere connesse<sup>16</sup>. Nell’ambito del processo di semplificazione (*rectius*, liberalizzazione) che ha

---

14 Il riferimento è all’art. 12, comma 5, d.lgs. n. 387/2003 e relativa Tabella A, siccome modificato dall’art. 2, comma 158, lett. g), l. n. 244/2007, che ha previsto che agli impianti FER sotto le soglie della Tabella A si applicasse la DIA di cui agli articoli 22 e 23 del DPR 380/2001, oggi SCIA. Tale disciplina è poi confluita al punto 12.2, lett. b, del DM 10 settembre 2010, che ha confermato che gli impianti sotto le soglie della Tabella A sono realizzabili mediante DIA. Quindi, l’art. 6, comma 1, d.lgs. n. 28/2011 ha stabilito che agli impianti di cui ai punti 11 e 12 del DM 10 settembre 2010 (originariamente sottoposti a DIA) deve applicarsi la PAS.

15 Dal rapporto di aggiornamento datato al 31 dicembre 2021 del GSE sulla regolazione regionale in materia di PAS, pubblicato sul sito istituzionale del GSE, si evince che le Regioni e le Province Autonome che hanno esteso la soglia della PAS fino ad 1 MW per tutte le fonti di energia (*i.e.* biomasse, biogas, eolico, fotovoltaico, geotermico ed idrogeno) sono: Bolzano, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Abruzzo, Campania, Basilicata, Calabria. La Puglia ha esteso le soglie della PAS per tutte le fonti ad 1 MW (ad eccezione dell’eolico per cui la soglia è posta a 200 Kw), seppur con alcune limitazioni che riguardano principalmente caratteristiche tecniche in relazione alla fonte rinnovabile (in particolare, per biomasse, l’impianto deve essere alimentato da biocombustibili liquidi diversi dagli oli vegetali puri tracciabili; per biogas, l’impianto deve essere alimentato da gas di scarico e gas residuati da processi di depurazione; per fotovoltaico, l’impianto deve essere realizzato su aree già degradate: cave e discariche). Trento ha esteso le soglie della PAS per tutte le tipologie di energia ma fino ad 1 MW solo per biomasse e biogas. La Valle d’Aosta ha alzato sino ad 1 MW la soglia della PAS solo per quanto concerne il geotermico. Invece, il Veneto ha alzato sino ad 1 MW la soglia della PAS solo per fotovoltaico (a condizione che l’impianto non ricada nella fattispecie di “parco solare fotovoltaico” di cui all’ Allegato B della D.R.G. n. 827/2012). La Lombardia ha aumentato le soglie della PAS per eolico, fotovoltaico ed idrogeno. Tuttavia solo per quest’ultimo è stato esteso sino ad 1 MW (a condizione che l’impianto sia realizzato su fognature o acquedotti). La Sicilia, invece, ha esteso le soglie della PAS fino ad 1 MW per quasi tutte le fonti di energia (ad eccezione dell’eolico). La Liguria ha alzato la soglia della PAS fino ad 1 MW solo per l’eolico e solo nel caso di ampliamento di impianti esistenti. L’Emilia Romagna ha esteso la soglia della PAS sino ad 1 MW solo per fotovoltaico a condizione che l’impianto sia ubicato su discariche esaurite. L’Umbria ha esteso la soglia della PAS solo fino a 200 KW per il fotovoltaico. La Sardegna ha esteso la soglia della PAS per eolico, fotovoltaico, geotermico ed idrogeno. Tuttavia solo per fotovoltaico sino ad 1 MW a condizione che si trattino di “serre fotovoltaiche”. Per le altre fonti fino a 200 KW. Infine, Piemonte, Toscana, Marche, Molise non hanno esercitato la facoltà *ex* art. 6 comma 9 del d.lgs. 28/2011.

16 Il riferimento è al testo originario del comma 3 dell’art. 5 del d.lgs. n. 28/2011. In argomento, si consideri, altresì, Corte cost., 2 dicembre 2020, n. 258, che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 11 l. reg. Puglia 23 luglio 2019, n. 34 , impugnato per asserita violazione dell’art. 117, comma 3, Cost., in relazione all’art. 5, comma 3, d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, laddove stabilisce che le modifiche non sostanziali degli impianti assentiti con procedure semplificate non possono sottoporsi alla PAS se, come effetto dell’intervento, si ottiene un impianto di potenza



caratterizzato l'evoluzione legislativa in materia nel triennio 2020-2023, cui si è sopra fatto riferimento, il primo intervento ha riguardato proprio i progetti di modifica su impianti autorizzati. A partire dal 2020, in aderenza ai principi generali di cui all'art. 4 d.lgs. n. 28/2011, gli interventi di modifica sono stati suddivisi in sostanziali e non sostanziali, prevedendo solo per i primi il regime autorizzativo e sottoponendo i secondi ai regimi della comunicazione di edilizia libera, DILA e PAS, a seconda di ulteriori sotto-distinzioni qualitative. Nel dettaglio, sono realizzabili previa mera comunicazione di edilizia libera gli interventi da realizzare sui progetti e sugli impianti fotovoltaici ed idroelettrici che, anche se consistenti nella modifica della soluzione tecnologica utilizzata, non comportano variazioni delle dimensioni fisiche degli apparecchi, della volumetria delle strutture e dell'area destinata ad ospitare gli impianti stessi, né delle opere connesse a prescindere dalla potenza elettrica risultante a seguito dell'intervento; nonché, gli interventi da realizzare sui progetti e sugli impianti eolici, nonché sulle relative opere connesse, che a prescindere dalla potenza nominale risultante dalle modifiche, vengono realizzati nello stesso sito dell'impianto eolico e che comportano una riduzione minima del numero degli aerogeneratori rispetto a quelli già esistenti o autorizzati.

Sono assentibili con la DILA le modifiche apportate su impianti esistenti o autorizzati, ivi inclusi quelli consistenti nella modifica della soluzione tecnologica utilizzata, che, senza incremento di area occupata dagli impianti e dalle opere connesse e a prescindere dalla potenza elettrica risultante a seguito dell'intervento, ricadono nelle seguenti categorie: (a) con riferimento agli impianti eolici, interventi consistenti nella sostituzione della tipologia di rotore che comportano una variazione in aumento delle dimensioni fisiche delle pale e delle volumetrie di servizio non superiore in ciascun caso al 20 per cento e interventi che comportano una riduzione di superficie o di volume, anche quando non vi sia sostituzione di aerogeneratori; (b) con riferimento agli impianti fotovoltaici a terra, interventi che, anche se consistenti nella modifica della soluzione tecnologica utilizzata, mediante la sostituzione dei moduli e degli altri componenti e mediante la modifica del layout dell'impianto, comportano una variazione dell'altezza massima dal suolo non superiore al 50 per cento; (c) con riferimento agli impianti fotovoltaici con moduli su edifici, interventi di sostituzione dei moduli fotovoltaici su edifici a uso produttivo, nonché, per gli edifici a uso residenziale, interventi che non comportano variazioni o comportano variazioni in diminuzione dell'angolo tra il piano dei moduli e il piano della superficie su cui i moduli sono collocati; (d) con riferimento agli impianti idroelettrici: interventi che, senza incremento della portata derivata, comportano una variazione delle dimensioni fisiche dei componenti e della volumetria delle strutture che li

---

superiore a 1 MW. Secondo la Corte, in particolare, non si riscontra la violazione dei principi fondamentali in materia di energia, poiché la normativa regionale è volta a far osservare tutti i limiti stabiliti a tal proposito dalla legge statale. Infatti, se, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2011, le Regioni possono prevedere che la realizzazione di impianti eolici e fotovoltaici sia assentita con PAS solo se l'impianto produce una potenza nominale complessiva non superiore a 1 MW, il legislatore pugliese introduce una precisazione avente funzione antielusiva del quadro regolatorio e con lo stesso pienamente compatibile.



ospitano non superiore al 15 per cento<sup>17</sup>. È altresì utilizzabile la DILA per la realizzazione delle opere connesse rispetto a interventi di modifica non sostanziale che determinino un incremento della potenza installata e la necessità di ulteriori opere connesse senza incremento dell'area occupata.

Alla PAS, invece, è stato riservato un ruolo residuale, prevedendo che tale regime trovi applicazione per le modifiche non sostanziali che non rientrino nelle ipotesi riconducibili alla comunicazione di edilizia libera o alla DILA, come sopra richiamate<sup>18</sup>. In altre parole, le modifiche sostanziali sono soggette ad autorizzazione unica, mentre quelle non sostanziali a PAS, ad eccezione delle specifiche ipotesi di modifiche non sostanziali per le quali la legge espressamente prevede la comunicazione di edilizia libera o la DILA. Senonché, l'apprezzabile intento semplificatorio sotteso al richiamato quadro normativo si scontra con l'incompletezza del quadro regolamentare di riferimento. Infatti, la distinzione tra modifiche sostanziali e non sostanziali è stata demandata alla fonte regolamentare, prevedendo l'art. 5, comma 3, già nel testo originario, che gli interventi di modifica sostanziale degli impianti da assoggettare ad autorizzazione unica fossero individuati con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Tuttavia, nonostante siano già trascorsi dodici anni dalla previsione, alcun decreto è stato adottato<sup>19</sup>, così rendendo la disposizione, a dispetto del suo intento semplificatorio, foriera di evidenti incertezze applicative.

La PAS trova, inoltre, applicazione con riferimento agli impianti agro-voltaici, aventi le caratteristiche di cui all'art. 65, comma 1-*quater* del decreto-legge n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito in legge con modificazioni, dalla legge n. 27 del 24 marzo 2012<sup>20</sup> che distino non più di 3 km da aree a destinazione industriale, commerciale e artigianale<sup>21</sup>; nonché, nell'ambito

---

17 Si consideri che la DILA è altresì utilizzabile per la installazione di nuovi impianti fotovoltaici con moduli collocati sulle coperture di fabbricati rurali, di edifici a uso produttivo e di edifici residenziali, nonché per i progetti di nuovi impianti fotovoltaici i cui moduli sono installati in sostituzione di coperture di fabbricati rurali e di edifici su cui è operata la completa rimozione dell'eternit o dell'amianto, purché al di fuori delle zone A di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, e ad esclusione degli immobili tutelati ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

18 Il riferimento è all'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 28/2011, sostituito dall'art. 56, comma 1, lett. b), d.l. n. 76/2020, conv. in l. 120/2020 e successivamente modificato dall'art. 32, comma 1, lett. a), d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021, e dall'art. 9, comma 01, lett. a), d.l. n. 17/2022, conv. in l. n. 34/2022.

19 Invero, questo non è certo un caso isolato. Si pensi ad esempio al decreto controlli GSE, il cui attuale testo non è stato ancora adeguato alle modifiche che hanno interessato l'art. 42 d.lgs. 28/2011 a seguito del d.l. n. 76/2020, conv. in l. 120/2020.

20 Tale disposizione fa riferimento agli impianti agro-voltaici che adottino soluzioni integrative innovative con montaggio dei moduli elevati da terra, anche prevedendo la rotazione dei moduli stessi, comunque in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale, anche consentendo l'applicazione di strumenti di agricoltura digitale e di precisione.

21 Cfr. art. 6, comma 9-*bis*, d.lgs. n. 28/2011, inserito dall'art. 31, comma 2, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, sostituito dall'art. 9, comma 1-*bis*, d.l. 1 marzo 2022, n. 17, conv. dalla



delle aree classificate idonee ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, ivi comprese le aree di cui al comma 8 dello stesso articolo 20, ai progetti di nuova costruzione di impianti fotovoltaici e alle relative opere connesse, di potenza da 1 MW fino a 10 MW<sup>22</sup> e ai progetti di potenziamento, rifacimento e integrale ricostruzione di impianti fotovoltaici esistenti e delle opere connesse, senza variazione dell'area interessata, di potenza da 1 MW fino a 10 MW<sup>23</sup>. La PAS è altresì prevista per gli impianti solari fotovoltaici di potenza fino a 10 MW, comprese le opere funzionali alla connessione alla rete elettrica, collocati in modalità flottante sullo specchio d'acqua di invasi e di bacini idrici su aree pubbliche o demaniali, compresi gli invasi idrici nelle cave dismesse o in esercizio, o installati a copertura dei canali di irrigazione, ad esclusione degli impianti collocati nelle aree previste all'articolo 136 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, delle aree naturali protette di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394, o di siti della rete Natura 2000<sup>24</sup>.

Oltre che per gli impianti alimentati da fonti rinnovabili, la PAS è stata estesa dal legislatore anche con riferimento agli impianti di accumulo elettrochimico, sia c.dd. *stand-alone*, che da esercire in combinato con impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili<sup>25</sup>.

---

1. 27 aprile 2022, n. 34 e modificato dall'art. 7-*quinquies*, comma 1, d.l. 21 marzo 2022, n. 21, conv. dalla l. 20 maggio 2022, n. 51. Successivamente, modificato dagli artt. 7, comma 3-*ter*, e 11, comma 1-*bis*, d.l. 17 maggio 2022, n. 50, conv. dalla l. 15 luglio 2022, n. 91. Infine, modificato dall'art. 47, commi 3-*ter* e 11-*ter*, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, conv. dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

22 Cfr. art. 4, comma 2-*bis*, inserito dall'art. 12, comma 1-*bis* del d.l. 17/2002, convertito dalla l. n. 34/2022 e art. 6, comma 9-*bis* d.lgs. n. 28/2011 (inserito dall'art. 31, comma 2, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, sostituito dall'art. 9, comma 1-*bis*, d.l. 1 marzo 2022, n. 17, conv. dalla l. 27 aprile 2022, n. 34 e modificato dall'art. 7-*quinquies*, comma 1, d.l. 21 marzo 2022, n. 21, conv. dalla l. 20 maggio 2022, n. 51. Successivamente, modificato dagli artt. 7, comma 3-*ter*, e 11, comma 1-*bis*, d.l. 17 maggio 2022, n. 50, conv. dalla l. 15 luglio 2022, n. 91. Infine, modificato dall'art. 47, commi 3-*ter* e 11-*ter*, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, conv. dalla l. 21 aprile 2023, n. 41).

23 Art. 4, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 28/2011, inserito dall'art. 12, comma 1-*bis* del d.l. 17/2002, conv. dalla l. 34/2022.

24 Art. 9-*ter* d.l. n. 17/2022, conv. in l. n. 34/2022, inserito dalla legge di conversione 27 aprile 2022, n. 34 e modificato dall'art. 7, comma 3-*quinquies*, d.l. 17 maggio 2022, n. 50, conv. dalla l. 15 luglio 2022, n. 91. Successivamente, sostituito dall'art. 4, comma 4-*bis*, d.l. 14 aprile 2023, n. 39, conv. dalla l. 13 giugno 2023, n. 68.

25 Si v., rispettivamente, art. 1, comma 2-*quater*, lett. a) d.l. n. 7/2002, conv. dalla l. n. 55/2002, come modificata dall'art. 9, comma 1-*sexies*, lett. a), d.l. 1 marzo 2022, n. 17, conv. dalla l. 27 aprile 2022, n. 348 (impianti di accumulo elettrochimico *stand-alone* funzionali alle esigenze del settore elettrico, ivi inclusi i sistemi di conversione di energia di energia, i collegamenti alla rete elettrica e ogni opera connessa e accessoria, ubicati all'interno di aree ove sono situati impianti industriali di qualsiasi natura, anche non più operative o in corso di dismissione, o ubicati all'interno di aree ove sono situati impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonte rinnovabile o da fonte fossile che abbiano potenza inferiore ai 300 MW termici in servizio, o ubicati presso aree di cava o di produzione e trattamento di idrocarburi liquidi e gassosi in via di dismissione, i quali non comportino estensione delle aree stesse, né aumento degli ingombri in altezza rispetto alla situazione esistente, né richiedano variante agli



### 3. *Segue: cenni sui principali profili procedurali.*

I profili procedurali della PAS sono contenuti all'art. 6, cit., il cui comma 2 prevede che il proprietario dell'area interessata dall'impianto e dalle opere connesse, o chi ne ha comunque la disponibilità<sup>26</sup>, presenta al Comune una dichiarazione accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che attestino la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti e la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie, allegando, altresì, gli elaborati tecnici per la connessione redatti dal gestore della rete. Tale dichiarazione deve essere resa almeno trenta giorni prima rispetto all'effettivo inizio dei lavori.

La formazione del titolo, tuttavia, varia a seconda che la realizzazione del progetto necessiti o meno di ulteriori atti di assenso nelle materie di cui al comma 4 dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241<sup>27</sup> e che tali atti siano allegati o meno alla dichiarazione. In particolare, se non sono richiesti ulteriori atti di assenso nelle materie sensibili ovvero se tali ulteriori atti di assenso, pur richiesti, sono allegati alla dichiarazione, il titolo si forma decorso il termine di trenta giorni, salvo che il Comune abbia frattanto adottato gli atti inibitori di cui è titolare. Diversamente, se, pur richiesti, gli ulteriori atti di assenso non sono allegati alla dichiarazione, il procedimento diverge a seconda che gli stessi siano o meno di competenza comunale. Nel primo caso, il Comune provvede a renderli tempestivamente e, in ogni caso, entro il termine per la conclusione del relativo procedimento; nel secondo caso, l'amministrazione comunale

---

strumenti urbanistici adottati) e art. 1, comma 2-*quater*, lett. c), n. 3) d.l. n. 7/2002, conv. dalla l. n. 55/2002, sostituito dall'art. 31, comma 1, lett. a), d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108. Successivamente, sostituito dall'art. 47, comma 3-*bis*, lett. b), n. 2), d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, conv. dalla l. 21 aprile 2023, n. 41 (impianti di accumulo elettrochimico da esercire in combinato con impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili -che in tale caso sono considerati opere connesse ai predetti impianti-, se l'impianto di produzione di energia elettrica alimentato da fonti rinnovabili è in esercizio ovvero autorizzato, ma non ancora in esercizio).

26 A tal proposito, si consideri che la giurisprudenza amministrativa ha individuato tra i titoli di disponibilità idonei e legittimi dell'immobile a tali fini anche i contratti preliminari (compravendita, diritto di superficie, etc), registrati presso la competente Agenzia delle Entrate, secondo cui «la pretesa del Comune di presentare i contratti definitivi per la costituzione del diritto (di superficie) non è sostenibile, in quanto l'art. 6 del Decreto Romani contempla solo la "disponibilità" degli immobili interessati. Pertanto, si deve ritenere che per la presentazione della PAS sia sufficiente l'esibizione del contratto preliminare, anche perché le imprese del settore FER prudentemente stipulano contratti definitivi solo dopo la conclusione delle relative procedure amministrative» (Cons. Stato n. 3112/2014. In termini, cfr. Cons. Stato n. 3113/2014 e TAR Potenza n. 630/2014).

27 Il riferimento è agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.



provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. In tali casi, il termine di trenta giorni è sospeso fino all'acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento all'esito della conferenza di servizi. Su tale ultimo modulo procedimentale si tornerà *infra*.

Il comma 7, quindi, specifica che la sussistenza del titolo è provata con la copia della dichiarazione da cui risulta la data di presentazione della stessa, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari.

A seguito delle ultime modifiche che hanno riguardato il testo dell'art. 6 in esame, è stato altresì previsto che, una volta che sia decorso il termine di trenta giorni, l'interessato alla realizzazione dell'intervento trasmette la copia della dichiarazione per la pubblicazione sul Bollettino ufficiale regionale alla Regione sul cui territorio insiste l'intervento medesimo, che vi provvede entro i successivi dieci giorni. Viene, quindi, specificato che dal giorno della pubblicazione ai sensi del primo periodo decorrono i termini di impugnazione previsti dalla legge.

#### **4. L'incerta natura giuridica della PAS: la posizione della giurisprudenza.**

Uno dei principali nodi interpretativi relativi alla PAS attiene alla sua natura giuridica, ossia se la stessa sia riconducibile nell'alveo delle mere dichiarazioni di parte – condividendo, dunque, la medesima natura della DIA/SCIA -, ovvero se sia piuttosto configurabile quale forma di silenzio assenso. La questione, lungi dall'aver rilievo meramente dogmatico e teorico, riveste evidentemente indubbio interesse pratico, atteso che dalla diversa qualificazione giuridica discendono diverse conseguenze quanto alla tutela dei terzi e alla corrispondente stabilità del titolo. Infatti, mentre il silenzio-assenso, tenendo luogo del provvedimento amministrativo, di cui condivide lo statuto giuridico, è direttamente contestabile dai terzi, mediante un'ordinaria azione di annullamento, della SCIA, essendo qualificabile come mero atto di parte, non è consentita la impugnazione diretta a opera dei terzi.

Sul punto, come noto, riconosciuta alla DIA natura di atto soggettivamente e oggettivamente privato, non provvedimentale, il dibattito si è concentrato sugli strumenti di tutela attivabili dal terzo che si ritenesse pregiudicato da un'attività con la stessa assentita. Secondo un orientamento<sup>28</sup>, il terzo che si riteneva leso dall'atto privato avrebbe potuto esperire la sola azione di accertamento (atipica) volta alla verifica, negativa, dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività segnalata. Secondo diversa impostazione<sup>29</sup>, l'azione di

---

28 In dottrina, aderisce a questo orientamento L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'adunanza plenaria del consiglio di stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 215. Per la giurisprudenza, si v. Cons. Stato n. 5161/2015, n. 5513/2013, n. 5751/2012, n. 2139/2010, n. 2139, n. 717/2009.

29 In dottrina, si v. G. CREPALDI, *Le prospettive di tutela del terzo nell'ambito della scia*, in *Dir. econ.*, 2013, 279. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato n. 948/2007, n. 4453/2002.



accertamento non avrebbe potuto esperirsi direttamente ma il terzo avrebbe dovuto dapprima sollecitare, mediante istanza-diffida, l'intervento dell'Amministrazione e solo in caso di inerzia agire avverso il silenzio-inadempimento, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. In questa prospettiva, il vaglio giurisdizionale non avrebbe avuto a oggetto diretto i presupposti della SCIA, ma unicamente l'obbligo di provvedere scaturente dall'istanza. Tale dibattito è stato sopito, almeno parzialmente, dalla sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen, 29 luglio 2011, n. 15, che, con riferimento alla posizione del terzo, ha precisato che il decorso del termine per l'esercizio dei poteri inibitori dava luogo a un silenzio significativo, *sub specie* di silenzio diniego, direttamente impugnabile da parte del terzo con ordinaria azione di annullamento. Più precisamente, a seguito del decorso del termine per l'esercizio dei poteri di verifica spettanti all'Amministrazione, al terzo era data la possibilità di esperire un'azione idonea a far cessare l'attività lesiva del privato segnalante, attraverso l'azione di annullamento avverso il provvedimento tacito, l'azione di condanna, esperibile a corredo di quella di annullamento, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., e l'azione di accertamento negativo dei presupposti della SCIA, nelle more della formazione del provvedimento tacito, non potendosi ammettere «un periodo morto ... in cui un interesse rimanga privo di tutela».

Successivamente, il d.l. n. 138/2011 ha modificato il comma 6-ter dell'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, prevedendo che «la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e a dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare le verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso, di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1,2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2000 n. 104». Di conseguenza, il Legislatore ha inteso riconoscere al terzo una sola azione (in tal senso l'avverbio *esclusivamente*), consistente nella tutela avverso il silenzio-inadempimento a fronte della sollecitazione del privato ad attivare i poteri inibitori<sup>30</sup>.

Tornando alla natura giuridica della PAS, la questione – nell'apparente silenzio della dottrina – è oggi al centro di una serrata contrapposizione giurisprudenziale. Infatti, accanto a una prima impostazione<sup>31</sup>, secondo cui la PAS sarebbe riconducibile nell'alveo della SCIA, si sta delineando un diverso indirizzo interpretativo<sup>32</sup>, ancora recentemente confermato<sup>33</sup>, tendente a individuare la PAS quale forma di silenzio assenso. In base a questo indirizzo, la differenza fra un provvedimento amministrativo tacito formatosi con il silenzio assenso e un atto privato come la SCIA è data dalle modalità di formazione dell'assenso a seconda della fattispecie prevista dalla disciplina positiva: nel senso che si è in presenza di un

---

30 In questa sede non è possibile ripercorrere il consistente dibattito in ordine allo spettro di azione che viene riconosciuta al terzo e ai sottesi termini entro cui lo stesso può esercitare la facoltà sollecitatoria. Per una accurata ricostruzione, si v. M.A. SANDULLI, *La segnalazione di inizio attività (SCIA) (artt. 19 e 21 l n. 241 del 1990 s.m.i.)*, cit., 261.

31 Cons. Stato n. 130/2023; Cons. Stato n. 7357/2021; TAR Basilicata n. 415/2021; Cons. Stato n. 5715/2018; Cons. Stato n. 3154/2017; TAR Calabria n. 1533/2016; Cons. Stato n. 3112/2014.

32 TAR Sicilia, Catania, n. 542/2022; Cons. Stato n. 4690/2022; Cons. Stato n. 2526/2019; Cons. Stato n. 4383/2020; TAR Puglia, Lecce, n. 1051/2020; Cons. Stato n. 2420/2019; TAR Calabria, Catanzaro, n. 1541/2018.

33 TAR Lazio, Latina, nn. 202 e 203/2023; Cons. Stato n. 1754/2022.



provvedimento tacito, formatosi, quindi, per silenzio assenso, se il privato che formula la relativa istanza non può iniziare l'attività di cui si tratta se non dopo il decorso di un termine, entro il quale l'amministrazione può negare quanto richiesto; si è, invece, al cospetto di un atto privato se l'interessato può immediatamente iniziare l'attività, salvo che un atto di controllo - in senso ampio - dell'amministrazione intervenga a inibirla. L'art. 6, cit., quindi, ad eccezione della peculiare ipotesi di cui al comma 11, in cui la realizzazione dell'impianto è consentita a seguito di mera comunicazione dell'interessato, disciplinerebbe una tipica fattispecie di silenzio assenso, in cui il silenzio dell'amministrazione assume appunto rilievo giuridicamente significativo, determinando il mero decorso del tempo la formazione di un provvedimento amministrativo (tacito). Secondo questa prospettazione, dunque, anche rispetto alla PAS l'attribuzione del bene della vita discenderebbe comunque dall'esercizio del potere amministrativo, con la caratteristica che quest'ultimo può manifestarsi anche in forma tacita.

Questa tesi, peraltro, sembrerebbe, a tutta prima, trovare ulteriore conferma a seguito del d.l. 24 febbraio 2023 n. 13, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune», conv. in l. n. 41/2023, che ha introdotto il comma 7-bis all'art. 6 del Decreto Romani. Tale disposizione, prevedendo che «decorso il termine di cui al comma 4, secondo periodo, l'interessato alla realizzazione dell'intervento trasmette la copia della dichiarazione di cui al comma 7 per la pubblicazione sul Bollettino ufficiale regionale alla Regione sul cui territorio insiste l'intervento medesimo, che vi provvede entro i successivi dieci giorni. Dal giorno della pubblicazione ai sensi del primo periodo decorrono i termini di impugnazione previsti dalla legge», sembra sottendere – pur mancando di recare qualsiasi espressa qualificazione sostanziale, come appresso si dirà *amplius* - la natura provvedimentale della PAS e, quindi, la sua diretta impugnabilità.

### 5. La riconducibilità della PAS alla SCIA e ridefinizione dei moduli procedurali.

A dispetto del delineato orientamento giurisprudenziale, si ritiene che la PAS, concretandosi nell'unilaterale dichiarazione di parte, rappresenti una forma di liberalizzazione (e non di mera semplificazione), rientrando nel paradigma dogmatico della SCIA di cui condivide il regime giuridico.

A questa lettura militano plurime e concorrenti ragioni. Innanzitutto, viene in rilievo un dato di natura sistematica. Come visto, la PAS è stata introdotta a opera dell'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011, il cui comma 1 ha previsto che la stessa trovasse applicazione con riferimento agli impianti alimentati da fonti rinnovabili di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida di cui al D.M. del 2010, ossia a quei progetti per i quali era previsto il regime della DIA, così ponendosi in continuità rispetto alla precedente regolamentazione. A dispetto dell'utilizzo del termine *procedura*, l'istituto in esame si fonda proprio sulla *dichiarazione* della parte, con cui viene manifestata l'intenzione di realizzare ed esercire l'impianto alimentato da fonte rinnovabile, allegando all'uopo la documentazione richiesta e attestando la sussistenza dei presupposti normativamente previsti. La dinamica di formazione dell'assenso è, dunque, del tipo norma-fatto-effetto, non venendo in rilievo, nella fase abilitativa delle attività, l'esercizio di alcun potere amministrativo.



L'amministrazione, invero, è chiamata ad esercitare esclusivamente un potere, avente natura vincolata, volto a verificare l'effettiva sussistenza dei presupposti e requisiti di legge. In particolare, il Comune, a fronte della dichiarazione di parte, dovrà verificare (i) la sussistenza dei presupposti normativi per la PAS, ossia che il progetto rientri in una delle ipotesi tassative per le quali è possibile procedere con la PAS e (ii) la sussistenza delle condizioni normative, ossia che il progetto sia compatibile con gli strumenti urbanistici approvati e con i regolamenti edilizi vigenti, e non sia in contrasto con gli strumenti urbanistici adottati, nonché che esso sia rispettoso delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. Nel dettaglio, per la verifica della compatibilità urbanistica ed edilizia, il potere del Comune è scindibile in tre tipologie di sub-attività da esercitare nel termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione<sup>34</sup>: (a) poteri di controllo (sulla dichiarazione, la relazione del progettista e gli elaborati progettuali); (b) poteri inibitori (con l'ordine motivato di non effettuare l'intervento); (c) conformativi (con l'indicazione delle modifiche e integrazioni necessarie per rendere la dichiarazione conforme alla normativa urbanistica ed edilizia).

Non si ritiene che possa avere alcuna effettiva valenza in punto di qualificazione giuridica la circostanza, pure addotta in giurisprudenza, secondo cui nel caso della PAS l'attività non sarebbe assentita al momento della presentazione della dichiarazione, ma unicamente decorso il termine di trenta giorni, senza che l'Amministrazione abbia opposto l'ordine di non avviare l'intervento. Invero, il regime della DIA/SCIA a efficacia differita non è una novità sul piano generale. L'originaria formulazione dell'art. 19 prevedeva che fosse rimessa a un regolamento l'indicazione delle attività per le quali trovava applicazione il regime della DIA, con la precisazione che allo stesso regolamento era altresì demandata l'individuazione dei «casi in cui all'attività può darsi inizio immediatamente dopo la presentazione della denuncia, ovvero dopo il decorso di un termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità degli accertamenti richiesti». A seguito delle modifiche introdotte con la l. 24 dicembre 1993, n. 537, l'art. 19, decampando dal richiamo al regolamento, ha previsto che, per tutti i casi assentibili con la DIA l'attività potesse essere avviata contestualmente alla dichiarazione, prevedendo che il potere di controllo si svolgesse entro sessanta giorni successivi dall'avvio dell'attività. Con le ulteriori modifiche apportate a opera dell'art. 3, comma 1, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, è stato introdotto un meccanismo di DIA a efficacia differita, prevedendo che «l'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente». Solo con le modifiche introdotte dall'art. 49, comma 4-bis, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 è stata reintrodotta la previsione dell'avvio contestuale dell'attività alla data di presentazione della SCIA (che frattanto ha sostituito la DIA)<sup>35</sup>. In sostanza, la previsione circa il momento dell'avvio - immediato o differito -

<sup>34</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 7357/2021.

<sup>35</sup> Per una ricostruzione storica dell'istituto si vedano: A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività e silenzio dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 22; N. PAOLANTONIO, *Denuncia di inizio attività e consenso tacito dell'amministrazione*, *GiustAmm.it*, 2004; M. E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzativi ed all'inerzia dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 1843; A. TRAVI, *voce Dichiarazione inizio attività (diritto*



dell'attività a fronte della dichiarazione del privato ha interessato lo stesso istituto generale della DIA/SCIA, senza, tuttavia, che tale elemento potesse effettivamente incidere sulla qualificazione della stessa quale strumento di liberalizzazione.

Del resto, spostando l'attenzione sulla legislazione speciale, non può sfuggire come una forma di SCIA ad efficacia differita sia tutt'ora prevista a opera dell'art. 23 d.p.r. n. 380/2001, che, nel disciplinare la SCIA alternativa al permesso di costruire, pone una regolamentazione che risulta del tutto omologa, quanto ai presupposti, alle modalità procedurali e, per quanto qui rileva, alle modalità di effettuazione dei controlli amministrativi alla PAS<sup>36</sup>. Ora,

---

*amministrativo*), in Enc. dir., Milano, 2008, 344; ID., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1245.

36 Si ricordi, infatti che l'art. 23, cit., prevede: «1. Il proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per presentare la segnalazione certificata di inizio attività, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, presenta allo sportello unico la segnalazione, accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. 1-bis. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché' di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di tecnici abilitati relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge, dagli strumenti urbanistici approvati o adottati e dai regolamenti edilizi, da produrre a corredo della documentazione di cui al comma 1, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti. 1-ter. La denuncia, corredata delle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché' dei relativi elaborati tecnici, può essere presentata mediante posta raccomandata con avviso di ricevimento, ad eccezione dei procedimenti per cui è previsto l'utilizzo esclusivo della modalità telematica; in tal caso la denuncia si considera presentata al momento della ricezione da parte dell'amministrazione. 2. La segnalazione certificata di inizio attività è corredata dall'indicazione dell'impresa cui si intende affidare i lavori ed è sottoposta al termine massimo di efficacia pari a tre anni. La realizzazione della parte non ultimata dell'intervento è subordinata a nuova segnalazione. L'interessato è comunque tenuto a comunicare allo sportello unico la data di ultimazione dei lavori. 3. Nel caso dei vincoli e delle materie oggetto dell'esclusione di cui al comma 1-bis, qualora l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela compete, anche in via di delega, alla stessa amministrazione comunale, il termine di trenta giorni di cui al comma 1 decorre dal rilascio del relativo atto di assenso. Ove tale atto non sia favorevole, la denuncia è priva di effetti. 4. Nel caso dei vincoli e delle materie oggetto dell'esclusione di cui al comma 1-bis, qualora l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela non compete all'amministrazione comunale, ove il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela non sia allegato alla segnalazione, il competente ufficio comunale convoca una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il termine di trenta giorni di cui al comma 1 decorre dall'esito della conferenza. In caso di esito non favorevole, la



non può non evidenziarsi come, sebbene il meccanismo di funzionamento, quanto all'efficacia della SCIA alternativa, sia differente rispetto al regime generale previsto dal ridetto art. 19 - che, come noto, prevede l'efficacia immediata della segnalazione -, non sembra siano sorti consistenti dubbi circa la pacifica riconduzione della SCIA alternativa nell'alveo delle attività liberalizzate, applicando alla stessa il regime previsto dalla disciplina generale per la SCIA, anche quanto al regime di contestazione da parte del terzo<sup>37</sup>.

Né, si ritiene, potrebbe diversamente opinarsi, dal momento che l'art. 20, comma 8, d.p.r. n. 380/2001 prevede la formazione del silenzio-assenso a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione nei confronti dell'istanza di permesso di costruire. Orbene, se la SCIA di cui all'art. 23, cit. è ontologicamente *alternativa* al permesso di costruire, per il quale la legge prevede, come detto, il meccanismo del silenzio-assenso, non può che derivarne come tale alternatività non possa che presupporre anche una *alterità* quanto alla natura giuridica dei due regimi amministrativi.

Nell'ottica del regime liberalizzato, quindi, quale che sia il momento in cui è consentito l'avvio dell'attività, non ci si muove sul piano dell'atto abilitativo, bensì sul piano dell'inibizione alla continuazione per mancanza di requisiti<sup>38</sup>, per l'assorbente considerazione che l'esercizio dell'attività liberalizzata fonda il suo presupposto legittimante nella legge. Sebbene alla pubblica amministrazione sia conferito un potere il cui esercizio si colloca cronologicamente e funzionalmente prima che l'attività possa essere intrapresa, non può sfuggire come tale potere non rivesta alcun margine di discrezionalità, consistendo, piuttosto, in una attività - del tutto vincolata - di controllo circa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni perché possa procedersi con la stessa.

Da diversa concorrente prospettiva, il silenzio-assenso rappresenta un istituto generalmente previsto quale conseguenza (eventuale e finanche patologica) all'inerzia della

---

segnalazione è priva di effetti. 5. La sussistenza del titolo è provata con la copia della segnalazione certificata di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della segnalazione, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari. 6. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 1 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza. È comunque salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia. 7. Ultimato l'intervento, il progettista o un tecnico abilitato rilascia un certificato di collaudo finale, che va presentato allo sportello unico, con il quale si attesta la conformità dell'opera al progetto presentato con la segnalazione certificata di inizio attività'. Contestualmente presenta ricevuta dell'avvenuta presentazione della variazione catastale conseguente alle opere realizzate ovvero dichiarazione che le stesse non hanno comportato modificazioni del classamento. In assenza di tale documentazione si applica la sanzione di cui all'articolo 37, comma 5».

37 Si v., ad esempio, Cons. Stato. n. 7037/2021; TAR Campania n. 4730/2020; TAR Lombardia n. 1303/2020.

38 Cfr. V. DE MICHELE, V. DI CAPUA, A. ESPOSITO, G. PASSARELLI DI NAPOLI, G. SVAMPA, *Temi di diritto amministrativo*, 2016.



pubblica Amministrazione, che non avvia o comunque non conclude l'attività procedimentale entro i tempi prescritti. La regola, dunque, resta sempre l'adozione del provvedimento espresso, nell'esercizio del potere attribuito all'amministrazione, salva la formazione, appunto, del silenzio-assenso in caso di inerzia. Il modello previsto dall'art. 6 qui in commento, invece, esclude in radice l'eventualità che la pubblica Amministrazione si pronunci con un atto assentivo espresso, prevedendo esclusivamente poteri inibitori volti a impedire l'avvio delle attività.

Le considerazioni che precedono non sembra siano suscettibili di modifica a seconda che l'attività di che trattasi sia assentibile unicamente in base alla dichiarazione ovvero se siano necessari ulteriori atti di assenso a tutela degli interessi sensibili di competenza dell'amministrazione comunale o di altre amministrazioni, per i quali l'art. 6, come visto, prevede il concorso di procedimenti amministrativi tradizionali. In particolare, qualora siano necessari atti di assenso nelle materie di cui al comma 4 dell'art. 20 l. n. 241/1990, il privato può ottenerli (autonomamente) prima della presentazione della dichiarazione e, quindi, allegarli a questa una volta ottenuti. In questa ipotesi, l'efficacia della dichiarazione non subisce alterazioni rispetto al paradigma ordinario, atteso che il termine di trenta giorni decorre comunque dalla presentazione della stessa. Diverso è il caso in cui, invece, gli atti di assenso, comunque necessari, non siano allegati alla dichiarazione. In questa ipotesi, la norma prevede che l'interessato alleghi gli elaborati tecnici richiesti dalle norme di settore per il rilascio dei rispettivi atti di assenso e questi vengano rilasciati dal Comune, se rientrano nella sua competenza, ovvero siano dal Comune acquisiti d'ufficio ovvero convocando, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. In questo caso, il termine di trenta giorni è sospeso fino all'acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 6-bis, o all'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 14-quater, comma 3, della medesima legge 7 agosto 1990, n. 241.

La dinamica procedimentale richiamata – e, in particolare, il rinvio alle generali disposizioni sul funzionamento della conferenza di servizi – si ritiene, però, necessiti di una rimediazione che tenga conto, da un lato, della ritenuta natura della PAS quale strumento di liberalizzazione e, dall'altro, dell'evoluzione del quadro di sistema a cui la norma del 2011 deve essere necessariamente adeguata. A tacere della considerazione che il richiamo all'art. 14-ter, comma 6-bis, non è più attuale, essendo stato il testo normativo modificato a opera dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, il riferimento alla conferenza di servizi decisoria e, in particolare, alla determinazione conclusiva della stessa quale atto che tiene luogo di ogni atto di assenso per la realizzazione del progetto si ritiene si appalesi in modo del tutto distonico rispetto alla natura della PAS e, segnatamente, ai poteri riconosciuti al Comune. Quest'ultimo, infatti, per come visto, nell'ambito della PAS è titolare di un potere (vincolato) volto a riscontrare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di legge perché il progetto possa essere realizzato mediante questa procedura. E, a ben vedere, non vi sono indici che fanno ritenere come il suddetto potere muti la sua natura e i suoi confini allorché l'attività, oltre che della mera dichiarazione, necessiti del previo rilascio degli atti di assenso da parte di



terze amministrazioni. Di guisa che l'individuazione del Comune quale Amministrazione procedente, nell'ambito della conferenza di servizi, determina non indifferenti alterazioni di ordine dogmatico, giungendo finanche a mutare profondamente i parametri del potere amministrativo allo stesso attribuito dalla legge. Infatti, il richiamo dell'art. 6 cit. alle disposizioni generali in materia di conferenza di servizi, comporterebbe l'attrazione dell'intera disciplina nell'ambito della PAS. Pertanto, nello spettro dell'art. 14, comma 2, l. n. 241/1990, secondo cui «la conferenza di servizi decisoria è sempre indetta dall'amministrazione procedente quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici», trovano applicazione altresì gli artt. 14-*bis*, commi 3, 4 e 5, e 14-*quater*, da cui si desume che l'Amministrazione procedente adotta la determinazione conclusiva della conferenza di servizi, che tiene luogo di tutti gli atti di assenso, sulla base delle posizioni prevalentemente espresse e, in particolare, finanche sulla base dei silenzi assenti formati anche da parte delle Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili.

In termini generali, il ricorso alla conferenza di servizi mira a consentire all'insieme degli organi deputati a curare gli interessi pubblici coinvolti dalla singola procedura di autorizzazione un dialogo tra le pubbliche amministrazioni che conduce ad una valutazione contestuale e globale in modo da determinare l'interesse pubblico che l'azione coordinata delle amministrazioni coinvolte deve curare con il minor sacrificio possibile degli interessi dei privati<sup>39</sup>. Va evidenziato, quindi, che il Legislatore ha inteso ricondurre le complesse procedure amministrative ed in particolare l'esame degli interessi sensibili da parte delle amministrazioni preordinate alla loro tutela in un'unica sede<sup>40</sup>, quella della conferenza di servizi, che ha innovato le modalità attraverso le quali le pubbliche amministrazioni determinano la loro volontà provvedimentale modificando le tradizionali regole di esercizio dei poteri discrezionali; in altre parole, il meccanismo della conferenza di servizi - la cui attivazione peraltro sembra essere rimessa a una scelta discrezionale del Comune («l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio *ovvero* convoca» la conferenza dei servizi) - giungerebbe finanche ad alterare profondamente il ruolo del Comune e i suoi poteri: esso, all'origine vincolato, diverrebbe quindi altamente discrezionale, ponendosi finanche a tutela di interessi sensibili mettenti capo ad altre amministrazioni.

39 Cfr. F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1149; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 226. Ancora, più recentemente, per un'analisi approfondita sui problemi di coordinamento tra i diversi istituti di semplificazione, tra cui la conferenza di servizi, e la tutela degli interessi sensibili, si v. A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 699. Si consideri, sul punto, anche Corte cost., n. 62/1993, ove si afferma che l'istituto mira «non tanto ad eliminare uno o più atti del procedimento, quanto a rendere contestuale quell'esame da parte di amministrazioni diverse che, nella procedura ordinaria, sarebbe destinato, invece, a svolgersi secondo una sequenza temporale scomposta in fasi distinte».

40 In tal senso, Cons. Stato n. 4400/2012; L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, 675 ss.



A parere di chi scrive, dunque, il riferimento alla conferenza di servizi è alquanto disarmonico e non aderente alla natura della PAS nel cui ambito l'istituto si innesta, dovendosi piuttosto ascrivere l'ipotesi che qui ci occupa nel diverso alveo di applicazione dell'art. 19-bis, comma 3, l. n. 241/1990, il quale prevede che «nel caso in cui l'attività oggetto di SCIA è condizionata all'acquisizione di atti di assenso comunque denominati o pareri di altri uffici ed amministrazioni, ovvero all'esecuzione di verifiche preventive, l'interessato presenta allo sportello di cui al comma 1 la relativa istanza», dalla quale decorre il termine di convocazione della conferenza di servizi di cui all'art. 14 e l'inizio dell'attività resta subordinato al rilascio degli atti medesimi, di cui lo sportello dà comunicazione all'interessato. In tale ipotesi, dunque, si verifica una concorrenza tra diversi livelli amministrativi (o, come risulta dalla rubrica della disposizione in parola, una *concentrazione* tra regimi amministrativi, chiaramente diversi), ove la dinamica di formazione dell'assenso è diversamente regolata.

La scelta dell'ordinamento di contemplare questo modulo procedimentale per l'acquisizione di intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche ha come principale finalità quella di accelerare e semplificare l'attività amministrativa mediante una concentrazione in un unico contesto delle competenze decisionali di una pluralità di amministrazioni, il cui assenso è necessario ai fini dell'adozione del provvedimento finale. La SCIA condizionata è una vicenda del tutto autonoma in cui l'inizio dell'attività resta subordinato al rilascio degli atti medesimi, di cui lo sportello dà comunicazione all'interessato. Tale dinamica, tuttavia, è assai diversa da quella sottesa alla tipica conferenza di servizi decisoria, che si ritiene non possa essere applicata al caso oggetto del presente studio<sup>41</sup>. La conferenza decisoria, difatti, rappresenta un modulo procedimentale caratterizzata dalla circostanza che essa viene gestita dall'Amministrazione procedente, la quale, nell'evidente esercizio di attività discrezionale, assume una determinazione finale, che tiene luogo di tutti gli assensi, sulla base delle determinazioni prevalenti emerse nella conferenza e, finanche, considerando come acquisiti gli assensi delle amministrazioni che gestiscono interessi sensibili e che non abbiano manifestato il proprio motivato dissenso entro i termini prescritti.

Diversamente, il modulo di cui all'art. 19-bis, cit. resta un modulo di mera concentrazione, avendo il riferimento alla conferenza un contenuto non strettamente qualificatorio, come dimostra la circostanza che la medesima disposizione fa riferimento «al rilascio degli atti medesimi, di cui lo sportello dà comunicazione all'interessato», venendo meno, adunque, quel momento unificante e giuridicamente sostitutivo rappresentato dalla decisione conclusiva

---

41 A sostegno della tesi qui condotta, circa la non pertinenza del modulo procedimentale della conferenza di servizi decisoria rispetto alla PAS, viene in rilievo il parere del Consiglio di Stato n. 890/2016, reso sullo schema del d.lgs. n. 127/2016 per il riordino della disciplina in materia di conferenza dei servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124. In tale parere, il Consiglio di Stato colloca la conferenza di servizi dal lato opposto rispetto alle attività liberalizzate oggetto di SCIA, poiché la conferenza si riferisce alle attività che richiedono provvedimenti di assenso, comunque denominati, più complessi, caratterizzati da ampia discrezionalità amministrativa e dalla presenza di molteplici amministrazioni coinvolte, con interessi pubblici in dialettica tra loro.



della conferenza di servizi<sup>42</sup>. In altre parole, pur quando siano necessari ulteriori atti di assenso di competenza di altre Amministrazioni, il riferimento alla conferenza di servizi di cui all'art. 6 deve essere inteso non già quale conferenza di servizi decisoria, ma quale conferenza di servizi *ex art. 19-bis*, nei limiti di quanto sopra detto, ossia quale meccanismo di mera concentrazione di regimi amministrativi, i quali, tuttavia, restano giuridicamente e cronologicamente distinti.

Ne consegue che pure nell'ipotesi ora in esame la dichiarazione di parte non perde la sua rilevanza giuridica, venendo "assorbita" dalla decisione finale della conferenza di servizi, ma essa semplicemente concorre con gli altri titoli amministrativi, il cui rilascio rappresenta una precondizione affinché le conseguenze legali sottese alla presentazione della stessa producano efficacia. Tale soluzione, oltre che rappresentare il necessario corollario dell'inquadramento qui proposto, sembra trovare conferma al comma 7 dell'art. 6, ove, senza distinzione tra il caso in cui rilevino o meno ulteriori atti di assenso, viene previsto che «la sussistenza del titolo è provata con la copia della dichiarazione da cui risulta la data di ricevimento della dichiarazione stessa, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari».

## **6. Gli obiettivi di certezza sulla stabilità della PAS e il comma 7-bis dell'art. 6: una necessaria rilettura.**

Le considerazioni che precedono - quanto alla natura giuridica della PAS e alla ritenuta necessaria applicabilità dell'art. 19-bis l. 241/1990, in luogo del tradizionale meccanismo della conferenza di servizi decisoria di cui agli artt. 14 ss. l. n. 241/1990 - inducono a meglio definire lo spettro applicativo del comma 7-bis dell'art. 6, a tenore del quale «decorso il termine di cui al comma 4, secondo periodo», ossia trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione, «l'interessato alla realizzazione dell'intervento trasmette la copia della dichiarazione di cui al comma 7 per la pubblicazione sul Bollettino ufficiale regionale alla Regione sul cui territorio insiste l'intervento medesimo, che vi provvede entro i successivi dieci giorni. Dal giorno della

---

<sup>42</sup> Sul punto, il Consiglio di Stato, con parere n. 839/2016, sullo schema del d.lgs. 126/2016 in materia di SCIA (c.d. SCIA 1), osserva che, come opzione regolatoria sull'uso del modulo procedimentale della conferenza di servizi per l'ipotesi in cui l'efficacia della SCIA sia subordinata all'acquisizione di atti autorizzatori, pareri o verifiche preventivi, si suggerisce di prevedere un meccanismo per l'ottenimento dell'autorizzazione 'a cura dell'amministrazione ricevente', rinviando però l'avvio dell'attività al momento dell'ottenimento di tale atto (trasformando di fatto, in questi casi, la 'segnalazione di inizio di attività' in una 'richiesta di inizio di attività', un modello complementare rispetto a quello della 'SCIA pura'). Tale opzione regolatoria, resa nel parere, è stata quella poi accolta dal legislatore prevedendo un modulo di mera concentrazione dei procedimenti amministrativi, in cui l'onere di richiedere l'autorizzazione viene spostato sullo sportello, tenuto ad attivare le amministrazioni competenti al rilascio dei provvedimenti condizionanti il legittimo esercizio dell'attività, per mezzo della conferenza di servizi. Da questo punto di vista, per maggiore chiarezza, si veda la Risoluzione MISE n. 550441 del 19 dicembre 2017, la quale illustra che il d.lgs. 222/2016 (c.d. SCIA 2) non ha comportato alcun trasferimento di competenza al rilascio del titolo abilitativo, ma si limita ad introdurre un sistema di raccordo tra le amministrazioni imperniato sull'individuazione di un interlocutore unico.



pubblicazione ai sensi del primo periodo decorrono i termini di impugnazione previsti dalla legge».

Tale disposizione, dunque, con l'obiettivo di apprestare uno strumento volto a garantire maggiore certezza circa la stabilità del titolo formatosi con la PAS, ha inteso fornire la necessaria *interpositio legislatoris* affinché il *dies a quo* per la proposizione dell'azione di annullamento contro l'atto assentivo l'inizio dell'attività decorra dalla data in cui la pubblicazione è stata effettuata nel bollettino ufficiale della regione, così escludendo, a tal fine, la rilevanza della piena conoscenza da parte dei terzi, la quale non potrebbe che determinarsi in un momento cronologicamente successivo, indeterminato e, finanche incerto<sup>43</sup>.

La norma, tuttavia, suscita non poche perplessità, oltre che per l'apparente antinomia rispetto al regime generale posto dall'art. 41, comma 2, c.p.a., anche per quanto attiene al suo ambito di applicazione e al concreto spettro di operatività, specie in ragione delle analizzate questioni sostanziali circa l'inquadramento dogmatico della PAS.

Quanto al primo profilo, sebbene non possa essere affrontato adeguatamente nell'economia del presente lavoro, si ritiene comunque necessario rilevare come la disposizione in esame introduca un regime sulla rilevanza della pubblicazione nel bollettino ufficiale regionale ai fini del decorso del termine, che si manifesta non del tutto in armonia rispetto al precetto generale di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a., il quale dispone che «qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato [...] entro il termine previsto dalla legge, decorrente [...] per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge». Ebbene, se l'apparente antinomia tra il *giorno della pubblicazione* (a cui fa riferimento il

---

43 Ai fini della decorrenza del termine di impugnazione di un titolo edilizio da parte di terzi rileva la percezione dell'effetto lesivo, la quale a sua volta si atteggia diversamente a seconda che si contesti l'illegittimità del titolo per il solo fatto che esso sia stato rilasciato (ad esempio, per contrasto con l'inedificabilità assoluta dell'area) ovvero in relazione al suo contenuto specifico (ad esempio, per eccesso di volumetria assentita o per violazione delle distanze minime tra fabbricati). Nel dettaglio, la giurisprudenza amministrativa (si v., *ex multis*, Cons. Stato n. 4390/2019, n. 3875/2018, n. 3067/2017, n. 5754/2017, n. 4830/2017, che si conformano sostanzialmente all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 15/2011, sviluppandone i logici corollari) ha precisato che la *piena conoscenza*, ai fini del decorso del termine di impugnazione, va individuata nella data in cui ha inizio l'attività edificatoria, ove si sostenga che nessun manufatto poteva essere edificato sull'area di interesse ovvero, laddove si contesti il *quomodo* (distanze, consistenza ecc.), nel loro completamento e grado di sviluppo, tali da rendere palese l'esatta dimensione, nonché la finalità dell'erigendo manufatto. Tale inquadramento, peraltro, non esclude che il terzo possa avere effettivamente acquisito la piena conoscenza dell'intervento anche in data anteriore rispetto all'effettivo inizio delle attività, come avverrebbe nel caso in cui, ai sensi del combinato disposto degli artt. 20, comma 6, e 27, comma 4, t.u. edilizia, fosse stato apposto in loco il cartello dei lavori, specie se munito di "*rendering*" e indicazione puntuale del titolo edilizio. In sostanza, laddove si contesti il *quomodo* dell'edificazione, può essere necessaria l'effettiva conoscenza del provvedimento, che ordinariamente s'intende avvenuta al completamento dei lavori, a meno che sia data prova di una conoscenza anticipata da parte di chi eccepisce la tardività del ricorso anche a mezzo di presunzioni semplici; invece, l'inizio dei lavori segna il *dies a quo* per la tempestiva proposizione del ricorso, laddove si contesti l'*an* dell'edificazione.

comma 7-bis dell'art. 6) e il giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione (a cui si riferisce il comma 2 dell'art. 41 c.p.a.) sembra, invero, essere giustificata dalla circostanza che il procedimento di pubblicità rispetto al bollettino regionale si considera perfezionato all'atto della pubblicazione stessa, non essendo rilevante la consumazione di un ulteriore termine, a differenza, ad esempio, della pubblicazione nell'albo pretorio dei comuni<sup>44</sup>, non possono tacersi perplessità in relazione alle modalità attraverso le quali della dichiarazione si fornisce pubblicità legale nell'ambito della previsione di cui al comma 7-bis. Infatti, la pubblicazione della dichiarazione, lungi dall'essere prevista come obbligatoria *dalla legge* o da un atto amministrativo generale o regolamentare, *in base alla legge*, è prevista come mera facoltà rimessa a una scelta del tutto potestativa dell'interessato; facoltà, peraltro, il cui esercizio effettivo non è solo incerto nell'*an*, ben potendo l'interessato decidere di non dare mai corso alla pubblicazione, ma anche nel *quando*, mancando la norma di prevedere un termine entro il quale tale facoltà deve essere esercitata.

La questione, a ben vedere, non sembra potersi giustificare con il rilievo secondo cui la mancata o intempestiva pubblicazione della dichiarazione avrebbe conseguenze circoscritte in capo al soggetto interessato all'intervento, il quale, appunto, in tali evenienze, non "beneficerebbe" del meccanismo di certezza e anticipazione del termine per contestazioni giudiziali da parte di terzi. Essa, invero, si intreccia con considerazioni di più ampio sistema, dal momento che finisce con il determinare una situazione di intollerabile incertezza in capo ai terzi. A fronte di una mera facoltà, temporalmente illimitata, di richiedere la pubblicazione della dichiarazione, rimessa alla mercé dell'interessato, non può non dubitarsi circa l'effettiva tenuta costituzionale di un sistema di pubblicità legale, fondato sulla facoltatività e non sulla doverosità. In questo contesto, infatti, vengono meno quelle ragioni in base alle quali può considerarsi giustificato l'onere del terzo di acquisire la conoscenza degli atti attraverso la consultazione dei bollettini ufficiali: all'onere dei terzi di consultare le fonti ufficiali di pubblicità non può che corrispondere l'obbligo che di tali atti si dia doverosa pubblicità attraverso unicamente quelle fonti, diversamente determinandosi un sistema ibrido, che mal si concilia con le esigenze di certezza e chiarezza, che il diritto costituzionale di piena tutelabilità delle posizioni giuridiche impone. In questa prospettiva, dunque, si ritiene che la pubblicazione dei titoli, affinché possa assurgere a momento di legale conoscibilità, debba piuttosto avvenire in via obbligatoria, su iniziativa del comune (e non del privato), anche ampliando il meccanismo di informativa comune-regione che già il comma 9 dell'art. 6, d.lgs. n. 28/2011, conosce, prevedendo che «le Regioni e le Province autonome stabiliscono altresì le modalità e gli strumenti con i quali i Comuni trasmettono alle stesse Regioni e Province autonome le informazioni sui titoli abilitativi rilasciati, anche per le finalità di cui all'articolo 16, comma 2».

Quanto al suo ambito di applicazione, non sembra pleonastico domandarsi se il comma 7-bis si riferisca unicamente al caso in cui l'attività sia assentita mediante la mera dichiarazione ovvero si estenda anche alla diversa ipotesi in risulta altresì necessaria l'acquisizione di

---

<sup>44</sup> Si v. l'art. 124, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, secondo cui «Tutte le deliberazioni del comune e della provincia sono pubblicate mediante pubblicazione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni di legge».



ulteriori atti di assenso. Infatti, sembrerebbero militare verso la prima soluzione due ragioni: da un lato, il riferimento espresso al solo termine di cui al comma 4 (che attiene alla prima fattispecie), e, dall'altro, la circostanza che ciò che è oggetto di pubblicazione sembra essere unicamente la *dichiarazione*, la quale, tuttavia, sarebbe "assorbita" nella diversa determinazione conclusiva della conferenza di servizi, laddove si accedesse alla dinamica procedimentale formalmente prevista dal comma 5, che, come detto, si riferisce espressamente alla decisione della conferenza di servizi decisoria. Si ritiene, tuttavia, che tale aporia interpretativa debba essere disambiguata prendendo le mosse dalla qualificazione dogmatica qui proposta e, in particolare, dalla circostanza secondo cui, pure nelle ipotesi disciplinate dal comma 5, la PAS non muta la sua natura giuridica, continuando la dichiarazione a rappresentare il titolo giuridico legittimante l'intervento, salva ovviamente la concorrente rilevanza degli ulteriori atti di assenso il cui rilascio rappresenta la condizione perché la stessa possa produrre effetti. Seguendo tale direttrice interpretativa, dunque, sembrano potersi superare i ridetti dubbi interpretativi verso la soluzione estensiva. Infatti, anche nelle ipotesi di cui al comma 5, la dichiarazione non sarebbe giammai assorbita nel modulo della conferenza e, quindi, nella sua determinazione conclusiva, continuando a mantenere autonoma rilevanza giuridica, rappresentando, appunto, il titolo per lo svolgimento dell'attività, la cui efficacia è semplicemente subordinata alla acquisizione degli ulteriori atti di assenso (come si è sopra detto – par. 5 – mediante il meccanismo di cui all'art. 19-*bis*, comma 3, l. n. 241/1990): in questo senso, sul piano normativo, si ritiene abbia rilievo il comma 7 dell'art. 6, che, senza alcuna distinzione tra le ipotesi di cui al comma 4 e al comma 5, conferma che la sussistenza del titolo è provata con la copia della dichiarazione da cui risulta la data di ricevimento della dichiarazione stessa, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari.

Così delineato il suo ambito di applicazione, resta quindi ora da analizzare la concreta portata del comma 7-*bis* e, quindi, se esso in effetti possa conseguire il sotteso obiettivo di garantire maggiore certezza sulla stabilità del titolo, consentendo di ritenere che in tutti *dies a quo* affinché i terzi interessati possano avanzare contestazioni giurisdizionali decorra dalla data di pubblicazione nel BUR.

Si ritiene che a tale questione debba darsi risposta negativa, dovendo necessariamente rintracciare il punto risolutivo nell'inquadramento dogmatico della PAS qui proposto. Infatti, la riconducibilità della PAS agli strumenti di liberalizzazione, determina, come logica e necessaria conseguenza, che alla stessa si applichi il regime previsto, in via generale, per la SCIA e, in particolare, il comma 6-*ter* della art. 19 l. n. 241/1990<sup>45</sup>, secondo il quale il terzo che

---

45 Il comma 6-*ter*, prevede che «la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104». Prima della sua introduzione, la giurisprudenza amministrativa aveva enucleato nell'azione impugnatoria di cui all'art. 29 c.p.a. un legittimo dispositivo di tutela del terzo, in forza di un provvedimento per *silentium* della P.A., in risultato dell'inerzia palesata dalla P.A. nel mancato esercizio del potere inibitorio. Una volta ottenuto l'annullamento, il privato era tenuto poi ad esperire l'azione di



si ritenga leso dall'esercizio dell'attività del segnalante, può solo sollecitare la P.A all'esercizio delle verifiche spettanti per il potere inibitorio-repressivo ed in caso di inerzia agire contro il silenzio-inadempimento non oltre 12 mesi ai sensi dell'art. 31 c.p.a.<sup>46</sup>; ne deriva allora che, nel caso di specie, solo qualora siano trascorsi 12 mesi dalla scadenza dei trenta giorni dal ricevimento della PAS, la situazione soggettiva dell'operatore economico si consolida definitivamente; è, dunque, pacificamente esclusa la impugnabilità diretta del titolo conseguito nell'ambito della PAS. In tale contesto, deve essere ricondotto a sistema il comma 7-bis dell'art. 6, che, facendo riferimento alla data di decorrenza dei termini di impugnazione, sembrerebbe presupporre la qualificazione della PAS quale provvedimento amministrativo (sebbene tacito). A tale disposizione, la cui portata è chiaramente di ordine processuale, non può essere riconosciuto alcun effetto volto a porre la disciplina sostanziale dell'istituto in

---

esatto adempimento, al fine di conseguire un provvedimento inibitorio nei confronti del segnalante. Successivamente, il Legislatore ha tuttavia ritenuto di dover disciplinare diversamente la fattispecie; in considerazione del fatto che la SCIA non costituisce un provvedimento tacito direttamente impugnabile, i terzi che si ritengano lesi possono solo sollecitare la P.A a compiere le verifiche loro spettanti e, in caso di inerzia, esperire "esclusivamente" l'azione avverso il silenzio dell'amministrazione ex art. 31 c.p.a. L'Amministrazione, di fronte a una denuncia da parte di un terzo, ha, quindi, l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo, verificando, oltre alla legittimità dell'attività posta in essere dal privato, anche la sussistenza degli ulteriori presupposti necessari per l'esercizio del potere di autotutela. Decorso i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Ciò in quanto se al terzo venisse riconosciuto il potere di chiedere i poteri inibitori senza limiti temporali e con la sola giustificazione della tardiva conoscenza, verrebbero rese vane le ragioni della liberalizzazione alla base della SCIA, ma anche dell'affidamento dell'esercente l'attività economica. Si consideri che la norma nulla dice circa la legittimazione attiva e ciò lascia intendere come l'azione avverso il silenzio non sia proponibile unicamente dal soggetto nei cui confronti il provvedimento produrrà i propri effetti, ma anche da altri soggetti che ne abbiano interesse. Ancora, in relazione all'oggetto del giudizio instaurato dal terzo avverso l'inerzia amministrativa, si è giustamente evidenziato in dottrina e giurisprudenza che il comma 6-ter dell'art. 19 richiama anche il comma 3 dell'art. 31 c.p.a., secondo il quale «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione». Ciò provoca che, qualora il privato abbia sollecitato l'esercizio dei poteri ordinari di controllo dell'Amministrazione, il giudice potrà svolgere un sindacato pieno, rilevando la fondatezza della pretesa e, quindi, in caso di illegittimità della SCIA, ordinare all'amministrazione l'adozione di provvedimenti conformativi o inibitori.

<sup>46</sup> Il TAR Catania, in tema di limiti di ricorso da parte di terzi, con sentenza n. 739/2023 ha dichiarato anzitutto l'inammissibilità del gravame affermando principi innovativi in punto di interesse al ricorso; nello specifico, il TAR ha affermato che i terzi, per impugnare i titoli autorizzativi rilasciati per la realizzazione di impianti FER, devono dimostrare «lo specifico pregiudizio che il progetto provoca alla propria attività imprenditoriale, non potendo essere portatrice di interessi diffusi o generali propri degli enti esponenziali e degli enti locali».



questione, con la conseguenza che essa pone piuttosto un problema di coordinamento con l'inquadramento dogmatico che si è sopra offerto. Invero, si ritiene che nel contesto sopra tracciato la portata della novella, se non irrilevante, è comunque assai marginale. Essa, infatti, ben lungi dal determinare una generale regola applicabile a qualsiasi procedura di PAS che, dunque, consentirebbe di conferire certezza circa la stabilità del titolo, deve essere applicata tenendo conto del regime sostanziale regolante la specifica fattispecie. Per tale via, dunque, nelle ipotesi in cui la PAS consista nella mera dichiarazione, la pubblicazione della stessa nel BUR non potrebbe affatto determinare l'applicazione della seconda parte del comma 7-bis, ossia la decorrenza dei "termini di impugnazione previsti dalla legge" e ciò per la semplice e assorbente ragione che la legge applicabile alla fattispecie (ossia, l'art. 19, comma 6-ter) esclude espressamente la impugnazione della dichiarazione, non potendo trovare luogo, adunque, la decorrenza di alcun termine per la impugnazione, il cui spirare determinerebbe il consolidamento del titolo.

In questa prospettiva, dunque, la disposizione trova un più circoscritto spettro applicativo nelle ipotesi in cui la dichiarazione non sia sufficiente per la realizzazione del progetto, richiedendo l'adozione di atti di assenso comunque denominati, rilasciati tanto dal Comune quanto da pubbliche amministrazioni diverse, nel quale caso, come sopra si è dimostrato, non vi sarà alcuna determinazione conclusiva della conferenza di servizi, quanto piuttosto singoli atti rilasciati nell'ambito della concertazione di cui all'art. 19-bis, comma 3. Ebbene, in questo contesto, la pubblicazione del titolo, il quale ai sensi del comma 7 è costituito dalla «copia della dichiarazione da cui risulta la data di ricevimento della dichiarazione stessa, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché' gli atti di assenso eventualmente necessari», comporta che in sede di pubblicazione si faccia riferimento non già unicamente alla dichiarazione, ma anche – laddove necessari – agli ulteriori atti di assenso il cui rilascio fosse previsto al fine di consentire la realizzazione del progetto. Unicamente nei confronti di questi provvedimenti amministrativi, dunque, il comma 7-bis potrà esplicare la sua piena funzione di garanzia e certezza circa la conoscibilità ai terzi e, quindi, la stabilità del titolo. In altre parole, laddove il terzo volesse contestare la realizzazione del progetto, per vizi degli atti di assenso, esso dovrà articolare la contestazione giudiziale entro il termine previsto per l'azione di annullamento che decorrerà propriamente dalla pubblicazione, così superando la diversa individuazione del *dies a quo*, per come individuata in via giurisprudenziale, in ragione del momento di percezione della lesione<sup>47</sup>. Se, diversamente, il terzo volesse contestare i presupposti e le condizioni per procedere con la dichiarazione, allora esso non potrà che attivare i poteri officiosi previsti in capo al Comune, per i quali, tuttavia, la data di pubblicazione nel BUR non assume alcuna rilevanza, atteso che in tale fattispecie non vi è alcun provvedimento da impugnare e che la sollecitazione del privato impinge quantunque nell'ambito del potere previsto in capo al Comune per l'espletamento delle previste attività di controllo ovvero per l'adozione dei necessari provvedimenti di autotutela<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Si v. nota 43.

<sup>48</sup> In relazione al doveroso riscontro del Comune alla segnalazione della parte e ai connessi aspetti di tutela, anche dopo lo spirare del termine per l'effettuazione dei controlli ordinari, sia consentito rinviare



## 7. Considerazioni conclusive

La consistente evoluzione normativa che ha interessato il settore negli ultimi anni manifesta come il Legislatore abbia costantemente cercato di favorire lo sviluppo di impianti FER introducendo e ampliando misure di semplificazione amministrativa, intesa quale arretramento del potere pubblico a vantaggio di forme di liberalizzazione. Dal potere amministrativo autorizzativo (necessariamente preventivo) si è progressivamente passati verso un consistente ampliamento delle ipotesi ricondotte nell'alveo delle forme di liberalizzazione, rispetto alle quali il potere amministrativo assume un più marginale ruolo di controllo postumo. In questo ambito, appunto, assume un rilievo centrale proprio l'istituto della PAS che da strumento eccezionale e, come tale, applicabile in limitatissime ipotesi, ha oggi acquisito un'evidente centralità, trovando ora applicazione per progetti assai eterogenei tra loro e anche di consistenti dimensioni.

Tuttavia, la semplificazione amministrativa, intesa quale semplificazione procedimentale, è destinata a mancare gli obiettivi alla stessa sottesi, se non è accompagnata da una semplificazione legislativa, volta non solo come migliore coordinamento delle fonti – di diverso rango – che disciplinano la materia, ma come obiettivo di evitare, attraverso previsioni espresse, le aporie interpretative che, diversamente, la disciplina di aspetti puntuali, disancorati da una attenta riconduzione sistematica, è destinata a determinare. L'istituto oggetto del presente studio rappresenta proprio la chiara evidenza di questa antinomia tra la volontà legislativa di consentire un maggiore sviluppo degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile, per ciò prevedendo forme di elevata semplificazione amministrativa (*rectius* liberalizzazione), e i limiti che a tale obiettivo vengono frapposti dalla difficoltosa applicazione di istituti speciali, la cui disciplina, tuttavia, è posta senza adeguata considerazione dei profili sistematici.

Il dibattito sulla natura giuridica della PAS, manifestato dai richiamati contrasti giurisprudenziali, e la conseguente incertezza circa il momento in cui il titolo non è più soggetto a impugnazione e/o a contestazione di terzi e, dunque, acquisisce stabilità sul piano dell'ordinamento giuridico, non può certo essere risolto con un limitato intervento

---

a G. LA ROSA, E. BONSIGNORI, *Scia e tutela del terzo dopo la Corte cost. n. 45/2019*, in *Urb. e app.*, 4/2019, 480 ss. In giurisprudenza (cfr. Cons. Stato n. 2371/2023), ancora recentemente, è stato affermato che «l'autotutela di cui al comma 4 dell'art. 19 l. n. 241/1990 si diversifica sul piano ontologico dal modello generale declinato dall'art. 21-*nonies*, innanzi tutto per il fatto che essa non incide su un precedente provvedimento amministrativo, conseguendo piuttosto ad un procedimento di primo grado e non di secondo. Inoltre, mentre di regola il potere di autotutela è ampiamente discrezionale nell'apprezzamento dell'interesse pubblico che può imporne l'esercizio - al punto che la p.a. non ha neanche l'obbligo di rispondere a eventuali istanze con cui il privato ne solleciti l'esercizio - nel caso di cui all'art. 19, comma 4, cit., l'Amministrazione ha l'obbligo di rispondere ad un eventuale sollecito, sicché la discrezionalità risulta piuttosto relegata alla verifica in concreto della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies*».



legislativo, quale è quello rappresentato dal comma 7-bis, più volte citato. E ciò perché una norma del genere, avendo natura prevalentemente processuale, incidendo sulla individuazione del *dies a quo* per la proposizione delle azioni di annullamento, in mancanza di una contestuale revisione della disciplina sostanziale dell'istituto, determina gli esiti a cui qui si è fatto riferimento. Ossia, da un lato, tale disposizione, appunto per la natura processuale che la caratterizza, non è idonea a fornire definitivi elementi di qualificazione sostanziale dell'istituto; dall'altro, posta in un contesto di forte incertezza non potrà certamente conseguire il sotteso obiettivo di conferire maggiore chiarezza circa il momento in cui il titolo formatosi attraverso la PAS diviene inoppugnabile, così cristallizzando i suoi effetti.

# LA SCISSIONE TRA AMANTEA E CAMPORA SAN GIOVANNI: IL CONSIGLIO DI STATO ED IL TAR CATANZARO DICONO CHE “IL RITORNO ALLE ORIGINI DI TEMESA” PUÒ ATTENDERE. NOTE ALLA SENTENZA DEL TAR DI CATANZARO SEZ. I, 13/07/2023, N. 1035

Tiziana Salvino\*

**Abstract [It]:** l'articolo esaminerà la recente sentenza del TAR Catanzaro, che fa seguito alla sospensione del referendum consultivo chiesto dai cittadini di Campora San Giovanni e Serra Aiello, al fine di unirsi nel Comune di Temesa. Si cercherà di comprendere le motivazioni che lo hanno indotto a lasciare intatti i confini di Amantea, analizzando, in particolare, la normativa costituzionale alla base della sentenza.

**Abstract [En]:** the article will examine the recent judgement of the Administrative Court of Catanzaro, which follows the suspension of the consultative referendum required by the citizens of Campora San Giovanni and Serra Aiello, in order to unite in the municipality of Temesa. We will try to understand the reasons to keep intact Amantea's borders, analyzing, in particular, the constitutional legislation at the basis of the sentence.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: l'Unione dei Comuni nel quadro normativo di riferimento 2. Il referendum consultivo quale strumento di partecipazione democratica diretta 3. Il peculiare caso della fusione della frazione di Campora San Giovanni ed il Comune di Serra D'Aiello: può una frazione comunale creare una unione non coinvolgendo nella consultazione referendaria il comune di appartenenza? La risposta del Tar Catanzaro e del Consiglio di Stato 4. Conclusioni

## 1. Introduzione: l'Unione dei Comuni nel quadro normativo di riferimento

Una analisi circa l'unione e fusione dei comuni non può prescindere da una disamina normativa, costituzionale e giurisprudenziale del Comune come ente. L'unione e fusione di comuni è stata normata, per la prima volta, attraverso la legge 8 giugno 1990, n. 142, poiché fino a quel momento la sua disciplina era contenuta, in maniera pressoché esclusiva nel regio decreto 383 del 1934, il quale, invero, normava un'unica forma di associazione, rappresentata da consorzi.

Come è noto, è solo a partire dal 1977, in pieno periodo di regionalizzazione, che interviene un'ulteriore norma, il d.p.r. n. 616 del 1977, attraverso il quale si demandava alle regioni, fra



l'altro, il compito di promuovere la cooperazione entro i comuni, al fine di gestire, in particolare servizi sociali e sanitari<sup>1</sup>.

La legge 8 giugno 1990, al contrario, ha riguardato la materia in maniera più dettagliata, individuando diverse forme associative. Accanto ai consorzi (art. 25), già presenti nell'ordinamento, vengono introdotte le convenzioni (art. 24), le unioni di comuni (art. 26) e gli accordi di programma (art. 27). Per ciò che alla trattazione interessa, dunque le unioni dei comuni, il legislatore nazionale le aveva individuate come prodromiche a successive fusioni<sup>2</sup>. Tuttavia, la fusione tra comuni uniti veniva resa obbligatoria entro dieci anni dalla sua costituzione ed è probabilmente ascrivibile a tale carattere coercitivo della norma se le unioni dei comuni sono state poco utilizzate negli anni Novanta<sup>3</sup>.

Tuttavia, dopo un decennio, qualcosa ha iniziato a cambiare, poiché successivamente all'introduzione dell'elezione diretta del sindaco, ex legge 25 marzo 1993, n. 81, non soltanto si è avvertita una maggiore vicinanza all'ente locale da parte del cittadino, ma, altresì, veniva concessa ai comuni una innegabile e maggiore autonomia<sup>4</sup>. In effetti, il ruolo del sindaco si è espanso, ponendo le basi per un nuovo governo locale. Peraltro, a seguito dell'entrata in vigore della legge c.d. Napolitano-Vigneri, 3 agosto 1999, n. 265, "*Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142*" che all'art. 6, fra l'altro, ha modificato l'istituto dell'Unione di comuni, determinandolo come fattispecie di gestione associata di funzioni e non più come modello organizzativo necessariamente prodromico alla fusione di Comuni<sup>5</sup>. Dunque, le unioni di comuni sono divenute dei veri e propri strumenti di cooperazione intercomunale, guadagnando, altresì, il riconoscimento di ente locale, eliminando i vincoli imposti dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, in particolare l'obbligatorietà della fusione a seguito della costituzione dell'unione dei comuni.

Malgrado il legislatore non sia più intervenuto sulla questione, in particolare negli anni Duemila, appare innegabile che il varo di talune norme e riforme abbiano toccato in maniera diretta la questione delle unioni e fusioni comunali. In effetti, il TUEL, approvato nel 2000 ha riordinato tutte le norme in materia di enti locali fino a quel momento riconosciute. Il

1 PhD Diritto Pubblico UNICAL (DISPES).

Cfr. M. FEDELE, G. MOINI, "*Cooperare conviene? Intercomunalità e politiche pubbliche*", in *Rivista di politiche pubbliche*, n. 7, 1.

2 Cfr. S. BOLGHERINI, M. CASULA, M. MAROTTA, "*Il dilemma del riordino. Unione e fusioni dei comuni italiani*", Bologna, 2018, p. 54 e ss.

3Cfr. L. BOBBIO, "*I governi locali nelle democrazie contemporanee*", Roma-Bari, 2002; M. MAROTTA, "*L'associazionismo obbligatorio delle funzioni dei piccoli comuni calabresi*", in *Amministrare*, 45, 1.

4 Cfr. A. DI VIRGILIO, "*Il sindaco elettivo: un decennio di esperienze in Italia*" in M. CACIAGLI, A. DI VIRGILIO (a cura di), "*Eleggere il sindaco. La nuova democrazia locale in Italia e in Europa*", Torino, 2005; V. ANTONELLI, "*L'associazionismo comunale nel quadro dei principi europei sulle autonomie locali*", in Atti del seminario di studi dedicato a "*L'attuazione della legge 56/2014: problemi applicativi e prospettive di riforma*" 30 novembre, 1° dicembre 2017, LUISS, Roma; A. MAGNAGHI, "*Dalla partecipazione all'autogoverno delle comunità locali*", in *Democrazia e diritto*, n. 3/2006.

5 Cfr., in particolare il bel saggio di G. SILVESTRI, "*Unione e fusione dei Comuni: forme di cambiamento nella gestione comunale alla luce delle principali novità legislative e pronunce giurisprudenziali*", in *Ratio Iuris*, Maggio 2019.



riconoscimento normativo contenuto nell'articolo 3 TUEL definisce il Comune quale *"ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo"*. Tale norma conferisce ai comuni autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria, in altri termini, costituisce la base normativa per qualsiasi determinazione amministrativa con riferimento alla gestione dei servizi o al governo della collettività locale<sup>6</sup>.

L'ordinamento italiano, alle origini fortemente accentrato secondo il modello napoleonico, ha visto mutare il suo aspetto con l'approvazione della Costituzione del 1948, divenendo una Repubblica che, ad oggi, riconosce le autonomie locali e che per la prima volta si riparte in regioni, province e comuni, ciò risulta ancor più veritiero a seguito della Revisione del Titolo V della Costituzione, attraverso la legge costituzionale 3/2001, poiché successivamente a questa, l'ordinamento italiano pone all'apice della sua struttura il principio generale della tutela e della promozione delle autonomie locali<sup>7</sup>, la Costituzione, inoltre, richiama l'ente comunale all'articolo 114<sup>8</sup> del titolo V della Costituzione, parificando la posizione di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, sancendo la fine della supremazia statale. È, dunque il concetto di autonomia che determina l'essenza stessa della Repubblica e costituisce il nuovo modo di organizzare e strutturare i rapporti istituzionali<sup>9</sup>. Peraltro, pare necessario ricordare che la disciplina statale delle gestioni associate delle funzioni e dei servizi comunali trova riconoscimento nel TUEL e, in ambito europeo, nella Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, adottata nell'ambito dei Paesi aderenti al Consiglio d'Europa<sup>10</sup>.

La fusione di comuni, dunque, è normativamente prevista dall'art. 15 del TUEL, secondo il quale *"a norma degli articoli 117 e 133 della Costituzione, le Regioni possono modificare le circoscrizioni territoriali dei Comuni sentite le popolazioni interessate, nelle forme previste dalla legge regionale"*. L'articolo 133 della Costituzione, ed in particolare il suo secondo comma, ha, in qualche misura, costituzionalizzato, ciò che la legge ordinaria già prevedeva, atteso che, secondo il suo dettato *"La Regione, sentite le popolazioni interessate, può con sue leggi*

6 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *"Lineamenti del diritto amministrativo"*, TORINO, 2021.

7 Art. 5 Cost. *"La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo, adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento"*.

8 *"La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento"*.

9 Cfr. M. CALAMO SPECCHIA, *"Le variabili istituzionali del "multilevel system of government": tendenze devolutive in alcune esperienze dell'Europa occidentale"*, in Atti del Convegno *"Regioni ed enti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione fra attuazione e ipotesi di ulteriore revisione"*, Caserta, 10 e 11 aprile 2003.

10 Nell'ampia bibliografia, in particolare V. COCUCCHI, *"Nuove forme di cooperazione territoriale transfrontaliera: il Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale"*, in Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario, 2008, pp. 891 ss.; R. DICKMAN, *"Appunti sulle prospettive della cooperazione transfrontaliera fra enti locali infraregionali"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2006; M. CARTABIA, *"La cooperazione transfrontaliera delle Regioni e delle Province Autonome nei rapporti con le istituzioni comunitarie"*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico comunitario, 1998, p. 210.



istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni". Dunque, a norma del dettato costituzionale, il procedimento di modificazione del territorio si apre su iniziativa dei comuni interessati, che in seguito a questo cambiamento verrebbero a trovarsi in un ambito territoriale diverso da quello in cui erano collocati precedentemente. È, inoltre, necessario il parere della regione coinvolta nelle variazioni dell'assetto del territorio. L'istituzione di nuovi comuni o la modificazione di quelli esistenti, avviene con legge regionale. Quest'ultima deve rispettare i principi fondamentali e stabiliti dalle leggi statali. Per i comuni viene consultata la popolazione interessata mediante *referendum*. Lo scopo di tale norma è quello di consentire una razionale suddivisione del territorio regionale che sia in grado di svolgere l'attività amministrativa necessaria e dare attuazione alle esigenze della popolazione locale. Per questo motivo, l'articolo 133 Cost. ha riconosciuto agli enti territoriali la possibilità di modificare l'originaria ripartizione del territorio in base a sopravvenute necessità, ad esempio di ordine economico, che potrebbero consigliare una diversa dislocazione dei comuni. Negli ultimi anni si è registrata una tendenza di segno contrario, ma il legislatore ne ha preso atto e, nelle leggi di riforma sulle autonomie locali, ha previsto forme di associazione e di unione di comuni per consentire iniziative congiunte dell'interesse reciproco di tali enti.

Dunque, l'art. 133, comma 2 Cost. conferisce alle regioni la potestà di istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni. Tale potestà viene esercitata, come confermato dalla più risalente giurisprudenza costituzionale, sulla base di una espressa riserva di legge regionale che si traduce in una legge-provvedimento regionale caratterizzata da un aggravamento procedurale, essendo obbligatoriamente richiesto ai Consigli regionali di acquisire il parere delle popolazioni interessate, quale principio "connaturato all'articolato disegno delle autonomie in senso pluralista" e diretto a tutelare "l'autonomia degli enti minori nei confronti delle stesse Regioni per evitare che queste possano addivenire a compromissioni dell'assetto preesistente senza tenere adeguato conto delle realtà locali e delle effettive esigenze delle popolazioni direttamente interessate".<sup>11</sup>

Tale procedimento, solo accennato nel testo costituzionale<sup>12</sup>, deve essere disciplinato a sua volta con legge regionale, secondo quanto previsto dall'art. 15, comma 1, del d.lgs. 267/2000, TUEL. Le Regioni hanno, quindi, individuato quale strumento per l'acquisizione del parere delle popolazioni interessate il *referendum* consultivo, identificato dai giudici costituzionali come la modalità necessaria per assicurare l'assolvimento dell'obbligo di consultazione di cui all'art. 133 comma 2 Cost.<sup>13</sup>

L'unione di comuni viene, peraltro, definita al primo comma dell'art. 32 del TUEL come l'"ente locale costituito da due o più comuni, di norma contermini, finalizzato all'esercizio associato di funzioni e servizi", con una formulazione che mantiene il disposto normativo già inserito nella legge n. 142/1990. Analogamente, il comma 4 dell'articolo della legge 7 aprile

11 Cfr. sent. Corte cost. 453/1989.

12 B. VIMERCATI, "Le recenti modifiche al referendum consultivo (?) nell'ambito delle variazioni territoriali ex art. 133 co. 2 Cost. nella L.R. 20 dicembre 2022, n. 26, Piemonte" in OsservatorioSullefonti.it, (1/2023)

13 *Ex plurimis*, Corte cost. n. 204 del 1981, n. 107 del 1983, n. 279 del 1994, n. 94 del 2000, n. 237 del 2004 e n. 214 del 2010.



2014, n. 56 c.d. Legge Delrio, di cui si dirà in maniera più approfondita, definisce le Unioni di comuni come «enti locali costituiti da due o più Comuni per l'esercizio associato di funzioni o servizi di loro competenza». All'ampliarsi del novero di funzioni da esercitare, ovvero al diverso assetto organizzativo assumibile nella gestione delle medesime, corrisponde un proporzionale incremento della spesa pubblica.

Il quadro normativo di riferimento trova il suo completamento con le principali novità introdotte dalla legge 7 aprile 2014, n. 56, "*Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*", la c.d. legge Delrio, il cui fulcro consiste nel riconoscere ai comuni un ruolo di assoluta centralità nel sistema dei poteri locali, mediante l'introduzione di misure volte a salvaguardare l'autonomia dei piccoli comuni, con un rafforzamento dei fenomeni associativi. Siffatta impostazione trova la sua giustificazione nell'art. 118, comma 1 Cost., che attribuisce ai comuni le funzioni amministrative, salvo quelle che per esigenze di esercizio unitario debbano essere conferite alle province, alle città metropolitane, alle regioni e allo Stato, in base ai principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. In tal senso il comune beneficerebbe, dunque, di una posizione prioritaria rispetto a quella delle province e delle città metropolitane, atteso che il conferimento di funzioni a queste ultime rappresenta un'ipotesi derogatoria rispetto alla regola generale della spettanza comunale<sup>14</sup>.

## **2. Il peculiare caso della fusione della frazione di Campora San Giovanni ed il Comune di Serra D'Aiello: può una frazione comunale creare una unione non coinvolgendo nella consultazione referendaria il comune di appartenenza? La risposta del Tar Catanzaro e del Consiglio di Stato.**

In virtù di quanto precede ed al fine di osservare l'attuazione della normativa, giova ricorrere all'esempio che la trattazione si propone di analizzare. La vicenda prende le mosse dall'accoglimento, da parte del Consiglio di Stato, del ricorso presentato dal Comune di Amantea avverso il *referendum* consultivo, previsto per il 22 gennaio 2023, che avrebbe decretato la scissione dalla frazione di Campora San Giovanni e la conseguente unione di questa con il Comune di Serra d'Aiello. L'accoglimento del ricorso da parte di Palazzo Spada fa seguito a due rigetti da parte del TAR e decreta la sospensiva del *referendum de qua*, lasciando la parola al TAR Catanzaro.

La problematica posta alla base del ricorso appariva di difficile soluzione, atteso che solo ad una parte dei cittadini era stata concessa la partecipazione alla consultazione referendaria, escludendo la popolazione di Amantea e, paradossalmente, al contrario dei cittadini residenti in altre frazioni. La questione è apparsa da subito di peculiare rilievo, poiché, nelle more della nascita del nuovo Comune, dalla fusione della frazione di Campora San Giovanni ed il Comune di Serra d'Aiello, denominato Temesa, i confini di Amantea si sarebbero ridotti notevolmente, fermandosi alla foce del fiume Oliva, ma tutto ciò sarebbe avvenuto nel forzato silenzio dei cittadini di Amantea.

Tuttavia, quanto sopra descritto, ha determinato il sorgere di più complesse questioni, poiché ci si è legittimamente domandato se la norma regionale su cui poggia la consultazione

14 G. SILVESTRI, "*Unione e fusione dei Comuni: forme di cambiamento nella gestione comunale alla luce delle principali novità legislative e pronunce giurisprudenziali*", in *Ratio Iuris*, cit.



referendaria fosse realmente rispettosa della Costituzione e della cornice normativa riguardante la materia. Inoltre, pare esservi un ulteriore elemento di rilievo nella questione, determinato dalle dotazioni infrastrutturali collocate proprio nella frazione di Campora San Giovanni, quali il porto turistico, finanziato attraverso il Programma di Insediamenti Produttivi (PIP), al quale aveva partecipato il Comune di Amantea e non già la frazione di Campora. Tali elementi hanno indotto i giudici di Palazzo Spada ad accogliere il ricorso, dando, successivamente voce al TAR di Catanzaro, pronunciatosi il 13 luglio u.s.

Si cercherà, dunque, pur nella brevità della trattazione, di analizzare le sentenze del Consiglio di Stato e del TAR Catanzaro, cogliendo le motivazioni che hanno indotto a lasciare intatti i confini di Amantea, soffermandoci sulle questioni costituzionali alla base di entrambe le pronunce e quelle più puramente tecniche, riguardanti le dotazioni infrastrutturali e la disciplina che si pone alla base dell'unione dei comuni, con particolare riguardo alla normativa contenuta nel D.lgs 267/2000, TUEL.

In data 16 gennaio 2023, il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (V Sezione) ha pronunciato l'ordinanza n. 103, a seguito del ricorso presentato dal Comune di Amantea contro la Regione Calabria e nei confronti del Comune di Serra d'Aiello e dell'Associazione "Ritorno alle origini di Temesa", avverso l'indizione del *referendum* consultivo regionale obbligatorio per la modifica dei confini territoriali dei Comuni di Serra d'Aiello e Amantea della provincia di Cosenza.

L'attenta lettura delle motivazioni poste alla base del ricorso solleva dubbi e perplessità circa la formulazione della legge regionale n. 54/12 di iniziativa del consigliere Graziano. I giudici di Palazzo Spada hanno rilevato, in effetti, "che vanno necessariamente affrontate per la loro complessità, le questioni poste dai motivi di ricorso, *in primis* quella concernente l'individuazione degli elettori interessati (o *a contrario* di alcuni gruppi di elettori residenti sul territorio dei comuni interessati privi di un interesse qualificato secondo l'ordito normativo)", dunque la legge regionale 54/12. Il Consiglio di Stato rileva, altresì, che la questione concernente l'ordito normativo "Non può prescindere da una lettura costituzionalmente orientata e, pertanto, dalla compiuta valutazione nel merito degli articolati profili di censura, concernenti la carenza, l'inadeguatezza e l'irragionevolezza delle motivazioni, nonché il difetto di un approfondita istruttoria che vizierebbero gli atti impugnati"<sup>15</sup>.

Appare, dunque, chiaro che i giudici della V Sezione del Consiglio di Stato evidenzino serie perplessità circa l'impianto della l.r. 54/12, la quale pare manifestare gravi e pericolose lacune riguardo ai principi costituzionali, oltre a gravi carenze di motivazioni, essendo quelle addotte del tutto inadeguate e discendenti da una mal approfondita istruttoria. Peraltro, *l'iter* procedurale, quindi, la formulazione della legge e la sua istruttoria in Commissione, con successiva approvazione della delibera del Consiglio regionale del 6 giugno 2022, n. 82, si sono collocate, temporalmente, in un periodo in cui il Comune di Amantea si trovava nella peculiare situazione di commissariamento, poiché sciolto *ex art.* 143 TUEL, per infiltrazioni mafiose.

Ciò non appare essere elemento di secondaria importanza, atteso che alla guida del Comune non vi era un rappresentante dei cittadini, rendendo, perciò stesso, l'ente più debole, soprattutto se si considera che la terna commissariale ha approvato gli atti ad essa presentati

---

<sup>15</sup> Consiglio di Stato, sede giurisdizionale, V Sezione ordinanza, 16 gennaio 2023, n. 103.



ad appena sei giorni dal suo insediamento e dimostrandosi 'sorda' circa le regioni *ad opponendum*. Ne è discesa un'azione lesiva tanto degli interessi del Comune, quanto dei cittadini, oltre che del dettato normativo, secondo il quale la terna commissariale dovrebbe circoscrivere la sua attività alla normale amministrazione<sup>16</sup>, rilevandosi, invece, un eccesso di potere. È singolare, in effetti, notare come rappresentanti di una guida prefettizia abbiano accettato, supinamente e senza opposizione alcuna, l'esclusione di Amantea da un *referendum* che avrebbe rivisto e ridotto i suoi confini. Invero, anche tale aspetto è stato stigmatizzato da Palazzo Spada. Appare, peraltro, opportuno ricordare che secondo il dettato normativo *ex art. 8 comma a) del DPR 5 aprile 1951, n. 203* "Si procede al rinnovo del consiglio comunale quando, in conseguenza di una modificazione territoriale si sia verificata una variazione di almeno un quarto della popolazione del comune". Questione non presa in considerazione dalla terna commissariale.

Appare, utile, poi, mettere in luce che il Comune di Amantea ha inteso collocare le sue opere più importanti proprio nella frazione di Campora San Giovanni. Ci si riferisce, in particolare al porto turistico, che ha concesso alla frazione stessa un ruolo di cruciale importanza nello scenario amministrativo, riconoscendo ed istituendo, *iure condito*, un Consorzio di Frazione, sebbene di mera funzione consultiva. La scissione comunale avrebbe, dunque arrecato grave danno economico alla comunità di Amantea, vedendosi sottrarre, senza consulto alcuno, talune delle sue dotazioni infrastrutturali. Diviene, altrettanto necessaria la constatazione secondo la quale, *ex art. 15 TUEL* e secondo i dettami della Legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56, non è possibile dar vita ad unioni di Comuni sotto i diecimila abitanti.

La c.d. legge Delrio ha innanzitutto affidato alle regioni il compito di individuare misure idonee per il finanziamento dell'unione dei comuni sul territorio, incrementando in questo modo le risorse finanziarie disponibili per incentivare i comuni a dar vita a questi nuovi enti. Contestualmente, tuttavia, è stata individuata una dimensione minima pari a diecimila abitanti per la creazione di nuove unioni dei comuni, salvo affidare alle regioni la possibilità di poter intervenire in deroga a questo limite sulla base di specifiche caratteristiche culturali o geomorfologiche dei propri territori. È stata, peraltro, sensibilmente rivista la normativa relativa agli organi delle unioni dei comuni non soltanto non prevedendo alcun compenso economico per i membri dei consigli e delle giunte, ma anche introducendo una serie di regole che contribuiscono sempre più a configurarle come ente sostitutivo dei comuni<sup>17</sup>. L'*iter* di creazione delle unioni dei comuni è stato semplificato prevedendo che l'unico modello organizzativo da adottare al fine di dar vita a questi enti debba essere quello previsto dall'*art. 32 TUEL*, facendo pertanto venir definitivamente meno il modello di Unione speciale ideata precedentemente per i comuni con una popolazione inferiore ai 10000 abitanti. Si tratta, ad ogni buon conto, di un sistema in evoluzione nel sistema giuridico italiano, al quale, tuttavia, si fa ricorso al fine di perseguire la riduzione del numero dei comuni<sup>18</sup>. Di tal guisa, tuttavia, appare necessario mettere in luce che la fusione entro la frazione di Campora San Giovanni e

<sup>16</sup> Artt, 141, 142 e 143 TUEL.

<sup>17</sup> Cfr. L. VENDELLI, "Il governo locale", Bologna, 2000; S. BOLGHERINI, M. CASULA, M. MAROTTA, "Il dilemma del riordino. Unione e fusioni dei comuni italiani", *op. cit.*

<sup>18</sup> *Ibidem*.



del Comune di Serra d’Aiello pare essere viziata, poiché lesiva dell’art. 32 TUEL, atteso che la loro popolazione, ancorché uniti, non arriverebbe alla soglia dei diecimila abitanti previsti dalla norma *de qua*. Si tratta, con ogni evidenza, di un ulteriore elemento di perplessità circa siffatta unione, poiché non capace di considerare la normativa entro la quale si agisce ed i divieti da questa previsti.

Come necessario e prevedibile, alla sospensiva del *referendum*, dichiarata dall’ordinanza del Consiglio di Stato, ha fatto seguito la decisione del TAR Catanzaro, che ha emesso la pronuncia, Sezione I, 13 luglio 2023 n. 1035, annullando la deliberazione del Consiglio regionale del 6 giugno 2022, scaturita dalla legge regionale 54/12, aventi ad oggetto l’"Effettuazione di un *referendum* consultivo obbligatorio sulla proposta di legge n. 54/12, di iniziativa del consigliere regionale Graziano, recante modifica dei confini territoriali di Serra d’Aiello ed Amantea della provincia di Cosenza"; della delibera di giunta regionale n. 568 del 3 novembre 2022 concernente l’ "Indizione *referendum* consultivo obbligatorio"; del decreto del Presidente della Regione n. 109 del 9 novembre 2022 anch’esso relativo alla modifica dei confini territoriali.

La legge regionale 54/12 prevedeva, in particolare, all’articolo 1, la modifica dei confini territoriali tra i comuni di Serra d’Aiello ed Amantea della provincia di Cosenza, mediante distacco della frazione di Campora San Giovanni dal Comune di Amantea ed aggregazione della stessa al Comune di Serra d’Aiello, al fine di dar vita ad un nuovo comune, denominato Temesa. L’indizione del *referendum* consultivo, prodromico alla nascita del nuovo ente locale, ha, come si diceva, escluso i cittadini di Amantea. È singolare, pertanto, notare che nella l.r. 54/12 e nella deliberazione 6 giugno 2022, n. 82 si dibatte delle dotazioni infrastrutturali della frazione di Campora San Giovanni, senza, tuttavia, rilevare che siffatte dotazioni sono frutto di investimenti destinati al Comune di Amantea, cui la frazione appartiene. Pare, in prima battuta, potersi rilevare le contraddizioni di fondo, su cui si basa l’intero impianto della deliberazione regionale, poiché, se da un lato si mette in luce la comunanza, per caratteristica storico-culturale<sup>19</sup> entro Campora San Giovanni e Serra d’Aiello, dall’altro si omette, in maniera del tutto illogica, che le dotazioni infrastrutturali, non appartengono esclusivamente alla frazione di Campora, ricadendo nel suo territorio per mere motivazioni logistiche. Pertanto, la Regione, nell’escludere il Comune di Amantea dal *referendum* ha decretato, al contempo, che si escludessero gli abitanti delle frazioni di Coreca e Marinella, che, insieme al Comune capofila, costituiscono la maggioranza dei residenti. Un *referendum*, dunque che esclude dalla decisione la maggioranza degli elettori e che mette in luce una particolarità, risiedente nella volontà di Campora di creare una unione con un comune dell’entroterra, distante

---

<sup>19</sup> "La frazione di Campora San Giovanni presenta una conurbazione con il Comune di Serra d’Aiello per dotazione infrastrutturale e funzioni territoriali e risulta integrata con Serra d’Aiello per caratteristiche storico-culturali, di costume e tradizione; b) la consultazione referendaria può essere limitata ai soli residenti nella frazione di Campora San Giovanni del Comune di Amantea e ai cittadini residenti in Serra d’Aiello, quali popolazioni interessate dalla modifica dei confini territoriali e dalla denominazione del comprensorio territoriale risultante, cui verrà attribuito -a seguito di modifica del confine individuato tra il fiume Oliva ed il torrente Torbido- il nome di Temesa", TAR CZ, Sez. V, 13 luglio 2023, n.1035.

geograficamente, pur insistendo essa sul territorio di Amantea, dal quale è separato esclusivamente da una galleria di nuova costruzione, la c.d. galleria di Coreca.

Prima di addentrarci nella disamina delle sentenze e della normativa che la determinazione della Regione Calabria pare ledere, è appena il caso di ricordare che le opere realizzate con fondi pubblici e privati sarebbero ricadute nel costituendo Comune di Temesa, per tale ragione, anzi, anche solo per questa, sarebbe stata necessaria la consultazione dei cittadini di Amantea.

Tuttavia, ciò che preme sottolineare è, come si accennava, la pressoché totale mancanza di aderenza della l.r. 54/12 ai dettami costituzionali, dunque con le interpretazioni della Consulta. Il primo paradosso che si rinviene pare richiamare alla mente un passo dell'Eneide, "*Timeo Danaos et dona ferentes*"<sup>20</sup>, poiché la Regione Calabria pare essere così avvezza alle censure della sua normativa da parte delle Corti, da non essere in grado di cogliere il significato dell'art. 133, comma 2, Cost.<sup>21</sup>, in particolare il concetto di "popolazioni interessate", neppure quando la sua interpretazione giocherebbe a favore dell'indizione del tanto agognato *referendum* consultivo. In effetti, le sentenze mal interpretate divengono cavallo di Troia, come in questo caso, in cui si è aperta una (ancor) lunga discussione fra Corti.

Invero, è tutto l'impianto della l.r. 54/12 ad apparire carente quanto di nozioni di diritto costituzionale, tanto di diritto degli enti locali, poiché anche ad un lettore poco attento parrebbe assolutamente chiaro che, sin dalle prime battute, dunque nel suo Preambolo, la norma *de qua*, si focalizza su contesti storico-culturali, sociologici, quali la cadenza dialettale *et similia*, che non paiono essere solide basi su cui fondare una normativa, ancorché regionale. Tuttavia, se è possibile, il prosieguo appare ancor più carente, atteso che si diletta in una interpretazione piuttosto fantasiosa delle sentenze della Corte costituzionale circa l'art. 133, comma 2 Cost., del quale non si rinviene alcun richiamo esplicito nella legge regionale. Diviene, in effetti, irragionevole richiamare l'interpretazione e non già l'articolo interpretato, poiché questo dovrebbe costituire sostrato normativo nella emanazione della legge stessa. Peraltro, giova premettere che, secondo l'interpretazione dell'art. 133, comma 2, Cost. resa dalla Corte costituzionale, in caso di variazione territoriale "la consultazione dell'intera popolazione dei Comuni coinvolti non è il principio, ma è l'eventuale risultato di una valutazione degli interessi esistenti nel caso di specie. L'art. 133, secondo comma, Cost., non si riferisce, infatti, né ai Comuni quali enti esponenziali di tutti i residenti, né alla totalità dei residenti stessi nei Comuni coinvolti dalla variazione, ma, appunto, alle "popolazioni interessate", affidando, perciò, o al legislatore regionale, attraverso una legge che detti criteri generali, oppure al competente organo regionale, caso per caso, la delimitazione del perimetro delle popolazioni da consultare nel singolo procedimento di variazione"<sup>22</sup>. La Consulta, sottolinea, poi, che, come "mette in luce la giurisprudenza successiva, pur senza dimenticare il *favor* per il massimo

20 Nella traduzione accolta, "Temo i greci anche quando recano doni", Virgilio, Eneide II, 49.

21 "Il mutamento delle circoscrizioni provinciali e la istituzione di nuove province nell'ambito d'una regione sono stabiliti con leggi della Repubblica, su iniziativa dei Comuni, sentita la Regione. La Regione, sentite le popolazioni interessate, può con le sue leggi istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni.

22 Corte costituzionale, sent. 25 settembre 2019, n. 214, punto 5 Considerato in diritto.



coinvolgimento possibile delle popolazioni, in nome del principio della loro necessaria consultazione (da ultimo, sentenza n. 123 del 2019), risulta insomma maggiormente aderente al significato dell'art. 133, secondo comma, Cost., la rinuncia a una definizione predefinita e "fissa" di popolazioni interessate, necessariamente coincidente con la totalità dei residenti nei Comuni coinvolti dalla variazione. E ne rispecchia assai meglio la *ratio* l'idea che la "perimetrazione", o delimitazione, dell'ambito degli elettori da consultare vada compiuta sulla base di una valutazione, guidata o meno da criteri legali preventivi, relativa alle specifiche esigenze del caso concreto, avendo particolare attenzione agli elementi idonei a fondare ragionevolmente una valutazione di sussistenza o insussistenza di un interesse qualificato a essere consultati sulla variazione territoriale (sentenza n. 47 del 2003)".

Il Giudice delle leggi ha, poi, evidenziato che "è sempre costituzionalmente obbligatoria la consultazione delle popolazioni residenti nei territori che sono destinati a passare da un Comune preesistente ad uno di nuova istituzione, ovvero ad un altro Comune preesistente"<sup>23</sup>.

È rilevante osservare, inoltre, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, poiché questa ha superato in via definitiva la regola della necessaria partecipazione, eccezionalmente derogabile, dell'intera popolazione dei comuni interessati dalla variazione territoriale, sancita nella precedente pronuncia n. 433/1995, per accedere ad un approccio interpretativo che consente l'individuazione delle "popolazioni interessate" sulla scorta dei profili caratterizzanti che contraddistinguono il singolo caso concreto<sup>24</sup>. L'esatta individuazione delle "popolazioni interessate" alla consultazione referendaria è, in sostanza, una diretta proiezione del principio democratico, che opera non solo qualora si ravvisi un interesse qualificato al voto in capo a tutti i cittadini residenti nel comune toccato dalla variazione territoriale, ma anche laddove tale interesse qualificato involga in modo limitato ed esclusivo i soli abitanti della porzione di territorio comunale destinata al distacco, i quali sul piano numerico sono inferiori alla restante popolazione e pertanto potenzialmente destinati a soccombere in caso di consultazione referendaria estesa all'intero comune<sup>25</sup>.

Dunque, secondo la Consulta, gli unici limiti costituzionalmente imposti, in base all'art. 133, secondo comma, consistono, da un lato e in negativo, nell'impossibilità di escludere a priori l'integrità della popolazione dei comuni toccati dalla variazione e, dall'altro lato e in positivo, nella necessità che i casi di esclusione previsti dalla legge regionale si correlino a situazioni di autonoma caratterizzazione sul piano sociologico e territoriale delle popolazioni toccate, oltre che di contenuta estensione rispetto all'ente in cui esse sono inquadrare dal punto di vista amministrativo. Ciò significa, dunque, che il legislatore regionale, nel regolare in via legislativa la materia, non può discostarsi da questi criteri, pena l'illegittimità per contrasto con la citata disposizione costituzionale, oltre al primo comma dell'art. 117 Cost, il quale impone al legislatore tanto nazionale, quanto regionale, di rispettare, fra gli altri, i vincoli discendenti dalla Costituzione, allorquando legifera.

---

23 Corte costituzionale, sent. 13 febbraio 2003, n. 47, punto 6, Motivi della decisione.

24 TAR CZ, Sez. V, 13 luglio 2023, n.1035.

25 *Ibidem*.

Invero, gli articoli che paiono subire una lesione dalla l.r. 54/12 sono numerosi e non ascrivibili ai soli citati<sup>26</sup>. In definitiva le sentenze della Consulta, di cui la norma avrebbe voluto farsi scudo, al fine di giustificare l'indizione del *referendum*, divengono, nella sua lettura, nient'altro che terreno scivoloso, oltre a viziare la norma di una probabile incostituzionalità. Non solo e non tanto per la carenza della base normativa, cui una fonte regionale, sottordinata, è tenuta al necessario rispetto, quanto, piuttosto, per l'interpretazione delle sentenze della Consulta, che il legislatore regionale 'usa' per il suo interesse escludendo dal *referendum* taluni cittadini richiamando le sentenze della Corte che asseriscono il contrario e che, peraltro, potrebbero far nascere una responsabilità degli organi, oltre che una violazione della Costituzione e per il tramite degli articoli 133, comma 2, 153 e 117, comma 1, Cost.

La sentenza *de qua*, dunque, sebbene non ancora definitiva, poiché impugnabile dinanzi al Consiglio di Stato, appare di particolare importanza circa la partecipazione al *referendum* consultivo obbligatorio sul distacco di Campora San Giovanni da Amantea, al fine di dar vita, insieme al Comune di Serra d'Aiello, al Comune di Temesa. La pronuncia ha messo in luce, in maniera inequivocabile, un clamoroso errore della Regione Calabria, 'rea' di aver sbagliato l'istruttoria, escludendo il Comune di Amantea dalla consultazione referendaria. Se è vero che l'istruttoria potrà essere riproposta e che la sentenza *de qua* potrebbe essere impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, è ancor più vero che la soluzione del "doppio binario", secondo la quale Amantea e Campora potrebbero spartirsi equamente le dotazioni infrastrutturali, appare impraticabile, poiché non farebbe altro che ingigantire un problema preesistente.

Qualora divenisse necessaria una scissione tra Campora ed Amantea, questa dovrebbe avvenire secondo i dettami normativi, quindi, coinvolgendo la cittadinanza di Amantea, che, chissà, potrebbe voler rinunciare alla frazione di Campora, anche se ciò comporterebbe una perdita in investimenti infrastrutturali ed in termini di popolazione, e, giova ricordarlo, permane un divieto, *ex art. 15 TUEL* di dar vita a "nuovi comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti o la cui costituzione comporti, come conseguenza, che altri comuni scendano sotto tale limite"<sup>27</sup> e che, probabilmente, il 'ritorno alle origini', attraverso l'istituzione del Comune di Temesa, stante siffatto quadro normativo, diviene strada impraticabile. *Dura lex sed lex*.

### 3. Il *referendum* consultivo quale strumento di partecipazione democratica diretta.

Si è molto discusso, nel precedente paragrafo e nella disamina della normativa circa l'unione dei comuni dell'istituto del *referendum* consultivo, tanto da rendere necessario un suo approfondimento concettuale, partendo dall'art. 75 Cost.<sup>28</sup>. Il *referendum* è un istituto di

26 Artt. 3, 13, 15, 42 TUEL per vizio di incompetenza; Artt. 133, comma 2, 153 e 117, comma 1 Cost.

27 Secondo l'art. 15 TUEL "A norma degli articoli 117 e 133 della Costituzione, le regioni possono modificare le circoscrizioni territoriali dei comuni sentite le popolazioni interessate, nelle forme previste dalla legge regionale. Salvo i casi di fusione tra più comuni, non possono essere istituiti nuovi comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti o la cui costituzione comporti, come conseguenza, che altri comuni scendano sotto tale limite."

28 "È indetto *referendum* popolare per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali.



democrazia diretta. Con tale espressione si vuole intendere che attraverso questo strumento i cittadini possono esprimere il loro parere in merito ad una legge, senza la normale mediazione dei parlamentari. Si tratta, dunque, di un'importante occasione per partecipare alla creazione di norme che incidono sulla vita della collettività.

La locuzione, invero, dapprima designava "l'interpellazione che i delegati eletti dovevano fare ai loro elettori quando nelle assemblee cui partecipavano sorgevano questioni che non erano comprese nel mandato imperativo conferito ai delegati stessi. Costoro, appunto perché legati alle istruzioni impartite, dovevano portare la questione "ad referendum"<sup>29</sup>. Tuttavia, l'art. 75 Cost. non si riferisce al *referendum* consultivo, quanto, piuttosto, al *referendum* abrogativo, per cui, il *referendum* consultivo trova la sua copertura costituzionale nell'art. 132 Cost., poiché è attraverso questo tipo di consultazione popolare che il legislatore si propone di conoscere il parere delle popolazioni interessate sulla proposta di fusioni o creazione di nuovi enti territoriali.

Come è noto, dunque, esistono nell'ordinamento diversi tipi di *referendum*, ma, per quello che alla trattazione interessa, ci si focalizzerà su quello consultivo, invero il meno vincolante. In effetti, attraverso il *referendum* il cittadino partecipa attivamente alla decisione politica, la integra, la modifica, la abroga, o esprime comunque un parere su un determinato tema. Con il *referendum* il cittadino, oltre ad essere più attivo e partecipe, acquisisce responsabilità e consapevolezza diventando protagonista del processo democratico del proprio Paese. Il *referendum* consultivo è la tipologia meno vincolante di *referendum*. Con questo strumento il cittadino è chiamato ad esprimere un parere su una determinata questione. Il risultato di questo *referendum* non è però vincolante per il legislatore, il quale può non tener conto dell'esito della consultazione senza che vi siano conseguenze giuridiche derivanti da tale scelta<sup>30</sup>. Tuttavia, tale affermazione appare particolarmente generica, poiché nel caso di creazione di nuovi territori, la consultazione referendaria appare essere vincolante, oltre che obbligatoria, ex art. 133, comma 2 Cost. In effetti, sovente tale *referendum* viene definito "territoriale", pur essendo una consultazione dei cittadini di un determinato territorio. In altre parole, e per maggiore chiarezza, si può sottolineare che la previsione costituzionale, di cui agli artt. 132 e 133, comma 2 Cost. disciplina quel tipo di referendum che interviene nei procedimenti di ridefinizione delle circoscrizioni territoriali delle Regioni e degli enti locali, cioè, espressamente, per le modifiche riguardanti i Comuni e le Province. Dunque, stando alla

---

Non è ammesso il *referendum* per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali.

Hanno diritto di partecipare al *referendum* tutti i cittadini chiamati ad eleggere la Camera dei deputati.

La proposta soggetta a *referendum* è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi.

La legge determina le modalità di attuazione del *referendum*.

29 C. MORTATI, "Istituzioni di Diritto Pubblico", Tomo II, Padova, 1976, p. 837. Per Mortati, il *referendum* è uno "strumento di arresto", volto a temperare l'arbitrio delle maggioranze e a condizionare il successivo esercizio del potere legislativo delle Camere, che su quella materia non possono più porsi in contraddizione con la volontà popolare.

30 In <https://www.riformeistituzionali.gov.it/it/i-referendum/>



lettera dell'art. 132, comma 1, la consultazione della popolazione, che coinciderebbe con quella residente nel territorio delle Regioni che intendono fondersi, o in quello della Regione dalla quale Province e Comuni intendono staccarsi per formare una Regione a sé stante, è obbligatoria e vincolante. Infine, come già richiamato in precedenza, a norma dell'art. 133, comma 2, occorre "sentire le popolazioni interessate" quando con legge regionale si intende istituire nuovi Comuni o modificarne denominazioni o circoscrizioni. "In questo caso, quindi, la consultazione referendaria delle "popolazioni interessate" è soltanto obbligatoria, ma il suo esito non è giuridicamente vincolante, mentre lo è senz'altro dal punto di vista politico"<sup>31</sup>.

#### 4. Conclusioni

In realtà quando si scrive di fusione e unione dei comuni, temi in continua evoluzione legislativa, una vera conclusione non esiste. Indubbiamente la legge n. 56 del 2014 non ha evidentemente risolto il problema, poiché sono ancora molti i fattori che continuano a ostacolare il percorso attuativo, tra cui, in primo luogo, una scarsa chiarezza nella ripartizione delle competenze dei singoli comuni, il timore di perdere l'identità territoriale, la creazione di divisioni interne fra le forze politiche o tra i singoli rappresentanti di Comuni diversi e resistenze del personale.

Tuttavia, nel caso analizzato non paiono essere queste le problematiche, quanto, piuttosto, relative alla scarsa competenza della Regione Calabria ad interfacciarsi con la normativa nazionale e, in particolare, con le sentenze della Consulta. Come si diceva, la legge regionale attraverso la quale si intendeva dar vita ad una unione tra comuni appare estremamente carente quanto a nozioni di diritto degli enti locali e diritto costituzionale<sup>32</sup>.

Ciò si evince, in prima battuta, dal suo Preambolo, il quale, lungi dal richiamare il quadro normativo all'interno del quale l'unione dei comuni si colloca, fa riferimento ad argomentazioni sociologiche, antropologiche, spingendosi, addirittura, a prendere in considerazione la cadenza dialettale, quale elemento in grado di giustificare un'unione tra comuni. Appare peculiare, in effetti, dedicarsi alla disamina, non già delle norme che legittimano l'unione dei Comuni, quanto delle motivazioni che, a parere di chi scrive, appaiono del tutto marginali. Certo, la vicenda presa in esame non si concluderà con la pronuncia del TAR Catanzaro, atteso che si potrebbe ricorrere al Consiglio di Stato, ovvero far ripartire l'iter regionale relativo alla suddetta unione. Tuttavia, pare legittimo domandarsi come e perché la Regione Calabria si addentri in una interpretazione fantasiosa della

31 In <https://www.altalex.com/guide/referendum-regionali-e-territoriali>

32 B. VIMERCATI, *op. cit.*, mette in luce come la Regione Piemonte abbia disciplinato in maniera chiara l'utilizzo dell'istituto: "la l.r. 26/2022 è intervenuta sul referendum consultivo nell'ambito del procedimento di variazioni territoriali dei Comuni ex art. 133 comma 2 Cost., recando due essenziali modifiche: in primo luogo, è stata introdotta la previsione secondo cui il quesito sottoposto a referendum consultivo deve essere dichiarato accolto qualora si raggiunga, in ogni comune interessato dal referendum, la maggioranza dei voti validi favorevolmente espressi, dovendosi diversamente ritenere il quesito come respinto (art. 36 comma 3). In secondo luogo, si è stabilito che il procedimento legislativo si debba ritenere concluso a fronte dell'esito sfavorevole del referendum in almeno uno dei comuni interessati (art. 38 comma 2)".



giurisprudenza costituzionale in merito, tanto da desumere che quel concetto di “popolazioni interessate” di cui all’art. 133, comma 2 Cost., non comprendesse il Comune di Amantea, di cui Campora San Giovanni non è che una frazione. Peculiare è notare che la legge regionale *de qua*, nel corso della sua istruttoria, non si sia mai domandata su quale sostrato normativo poteva poggiare una fusione entro una frazione di Comune ed un Comune già costituito, poiché di siffatto ragionamento non v’è traccia alcuna.

Probabilmente, però, l’errore più grossolano, che non ci si aspetta da un legislatore, ancorché regionale, risiede in una interpretazione completamente differente da quella che la Consulta rende nelle decisioni esaminate circa l’art. 133, comma, 2 Cost. In altre parole, appare completamente fuorviante ciò che il legislatore regionale desume dalle pronunce costituzionali, tanto da escludere dalla consultazione referendaria i cittadini di Amantea, dunque la maggioranza.

Se, quindi, la Costituzione e la Corte costituzionale tendono ad individuare e a porre l’accento in maniera inequivoca sul significato di “popolazioni interessate”, da consultare nel caso di modifica territoriale, la Regione Calabria, nelle vesti del suo legislatore, si discosta da qualsivoglia logica interpretazione, ritenendo razionale l’esclusione dal *referendum* consultivo della maggioranza degli elettori. Un caso di studio che, con ogni probabilità, difficilmente ci si sarebbe aspettati di trovarsi davanti.

Tuttavia, nelle more di ulteriori sviluppi della questione, ciò di cui si può dar conto è che sovente la Regione Calabria cade nella trappola della censura della sua normativa, non tentando, tuttavia, di porre rimedio a tale annosa questione che si traduce, formalmente, in quel che pare essere una totale disattenzione verso la normativa statale e, addirittura, verso la Costituzione, che pur dovrebbe orientarne l’attività legislativa, *ex art. 117, comma 1 Cost.*

# LA TUTELA PENALE DELL'AMBIENTE MARINO NEL QUADRO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Giulia Rizzo Minelli

*Abstract:* In ragione dei sempre più frequenti casi di inquinamento e disastro ambientale causati dalle immissioni di sostanze tossiche nelle acque del mare, riconducibili alle attività di impresa ed alla navigazione, il presente contributo intende esaminare la disciplina penalistica rilevante a livello sovranazionale nel caso di offesa – effettiva o potenziale – dell'ambiente marino.

*Abstract [Eng]:* the article aims to examine the criminal provisions established at a supranational level that could be relevant in the event of a marine waters' offense, actual or potential. The analysis is significant due to the increasingly frequent cases of environmental pollution and disasters caused by the discharge of toxic substances into marine waters by companies and ships.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. La tutela internazionale dell'ambiente marino: un inquadramento preliminare. 2.1. Da una disciplina settoriale alle convenzioni generali sulla tutela del mare. Una disamina dell'evoluzione della normativa a protezione delle risorse marine. 3. Il ricorso al diritto penale internazionale, quale possibile strumento per sanzionare i comportamenti maggiormente incidenti, in termini di disastro, sull'ambiente (anche marino). 4. Il ruolo del diritto comunitario nel contrasto all'inquinamento provocato da navi. 4.1. I più recenti interventi europei volti a tutelare dell'ambiente marino attraverso sanzioni penali. 4.2. Possibili spazi per una riforma europea del sistema penale ambientale: la Proposta di Direttiva 2021/0422/COD. 5. L'affermazione convenzionale del diritto ad un ambiente salubre. 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

La presa di coscienza circa l'estrema corruttibilità delle risorse naturali, fino ad un recente passato considerate inesauribili, ha progressivamente posto al centro degli interessi globali l'esigenza di tutelarle, atteso che la loro effettiva difesa non può (e non deve) dipendere solo dalla mera capacità di un singolo Stato di implementare un'efficace normativa tutoria a



garantirne la salvaguardia e di introdurre specifiche sanzioni in caso di loro aggressione, ma necessita di un intervento proveniente dall'intera comunità internazionale, maggiormente in grado di adottare politiche normative volte tanto a disciplinare la materia con riguardo a determinati settori o a specifiche cause di inquinamento quanto ad enunciare programmi e principi di carattere generale. Ed invero, se l'ambiente é progressivamente divenuto un valore fondamentale della comunità internazionale, la sua salvaguardia – che costituisce interesse di ciascuno Stato, al pari di altre esigenze primarie dell'intera umanità – implica riconoscere, sul piano oggettivo, la stretta correlazione tra i diversi interessi meritevoli di tutela, i quali confluiscono nell'unico complesso "bene ambiente" e, sul piano soggettivo, il carattere collettivo degli interessi medesimi, che presuppongono il coinvolgimento di una pluralità di Stati ed hanno carattere mondiale. E se ciò vale, genericamente, per ogni risorsa naturale, il problema si accentua con riguardo all'ambiente marino, che incide sul 70% della superficie terrestre e provvede al sostentamento di milioni di persone in termini di nutrimento, energia, lavoro e trasporto<sup>1</sup>.

In questo contesto si inserisce il presente scritto che intende incentrare la propria linea interpretativa sulla tutela penale offerta all'ambiente marino, proponendosi di porre attenzione alla dimensione internazionale ed europea del fenomeno ed ai suoi autori, soffermandosi, altresì, sui sempre più frequenti casi di inquinamento e disastro ambientale causati dalle immissioni di sostanze tossiche nelle acque marine e sulle tecniche di tutela impiegate per proteggerle<sup>2</sup>.

Le sollecitazioni ad analizzare siffatta tematica provengono dalla prassi – alla luce della mutata realtà socioeconomica e del costante incremento dei traffici marittimi –, dal palesarsi di antichi e nuovi fenomeni criminosi – connessi alla attività di impresa da un lato ed alla navigazione dall'altro e che esigono una adeguata regolamentazione –, dall'esponenziale, ma controverso, intervento del legislatore in materia ambientale – chiamato a normare un settore fino ad un recente passato sprovvisto di qualsivoglia tutela – e della giurisprudenza – nazionale, europea ed internazionale – che sempre più spesso è stata invocata per dirimere complesse vicende, concernenti l'ambiente marino, che hanno destato notevole interesse nell'opinione pubblica globale.

## 2. La tutela internazionale dell'ambiente marino: inquadramento preliminare

Se per lungo tempo le acque marine ed oceaniche sono state sottoposte al principio seicentesco della libertà dei mari, il quale limitava essenzialmente i diritti e la giurisdizione

---

1 A. Merialdi, S. Trevisant, *La protezione dell'ambiente marino*, in A. Fodella, L. Pineschi (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2010, p. 315.

2 Si segnala, e rappresenta uno dei pochi interventi penalistici in materia, il contributo di L. Ramacci, *La tutela dall'inquinamento delle acque marittime e costiere*, in *Riv. trim. Lexambiente*, 2, 2019, p. 2 e ss..



delle nazioni su di esse ad una stretta striscia di mare lungo le coste nazionali, lasciando la parte restante libera da qualsivoglia vincolo di proprietà<sup>3</sup>, con conseguente ed indiscriminato sfruttamento delle risorse presenti negli spazi marini di loro giurisdizione<sup>4</sup>, in tempi recenti, segnati dal rapido progredire delle tecnologie e della civiltà industrializzata, la minaccia all'equilibrio ecologico dei mari ha assunto proporzioni e gravità imprevedute<sup>5</sup> – che sono andate poi acuendosi con il verificarsi di importanti disastri<sup>6</sup> – ed ha portato all'approvazione di Trattati e Convenzioni internazionali per arginare la “questione ambientale”. La protezione

---

3 Nell'ambito della vasta letteratura a riguardo, si segnalano in questa sede, *ex multis*, G. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990, *passim*; L. SCHIANO DI PEPE, *La questione della nazionalità delle navi dinanzi al Tribunale internazionale per il diritto del mare*, in *Riv. dir. int.*, 2002, pp. 329 e ss.; T. SCOVAZZI, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002, pp. 65 e ss.; R. GARABELLO, *La Convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, Milano, 2004, pp. 151 e ss.; G. CATALDI, *L'Italia e la delimitazione degli spazi marini. Osservazioni sulla prassi recente di estensione della giurisdizione costiera nel Mediterraneo*, in *Riv. dir. int.*, 2004, pp. 321 e ss.; ID, *Mare (dir. int.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, pp. 3587 e ss.; D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge, 2009, pp. 21 e ss.; G. ANDREONE, *La zona ecologica italiana*, in *Dir. maritt.*, 2007, pp. 3 e ss.; G. ANDREONE, G. CATALDI, *Regards sur les évolutions du droit de la mer en Méditerranée*, in *AFDI*, 2010, pp. 1 e ss.; T. TREVES, *Law of the Sea*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2011, *passim*; B. CONFORTI, *In tema di giurisdizione penale per fatti commessi in acque internazionali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, IV, Napoli, 2014, pp. 2619 e ss..

4 Simili libertà trovano affermazione nelle motivazioni della sentenza resa dalla Corte permanente di arbitrato nel 1928 sul caso *Isola di Palmas*, ove al riconoscimento di competenze esclusive agli Stati negli spazi in cui esercitano poteri giurisdizionali e di governo essa ha corrisposto la necessaria assunzione da parte dei medesimi di specifici obblighi nei confronti degli altri. Con particolare relazione al tema dell'inquinamento transfrontaliero, afferma la sentenza, nessuno Stato ha il diritto di usare gli spazi sottoposti alla sua sovranità, o di permetterne l'uso, in modo da provocare danno ad altri, essendo, invece, permesse condotte di sfruttamento che non arrechino un pregiudizio oppure che siano state autorizzate o anche solo tollerate dagli Stati, pur se suscettibili di alterare l'ecosistema marino. Cfr. Sentenza arbitrale del 4 aprile 1928 (*Stati Uniti c. Paesi Bassi*).

5 In questo senso, G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo, parte prima*, vol. I, Milano, 1987, p. 577.

6 Tale situazione ha persistito fino al XX secolo, fino a quando, cioè, gli Stati non hanno progressivamente accresciuto le proprie pretese sulle risorse dell'alto mare e manifestato l'esigenza di addivenire ad una codificazione che potesse garantirne un uso equilibrato e condiviso, intraprendendo – attraverso le organizzazioni internazionali – varie iniziative in tal senso. Una prima Conferenza venne riunita all'Aia nel 1930, all'esito della quale – però – non si giunse ad alcuna convenzione in ragione delle divergenze riscontrate tra i Paesi partecipanti sul *quantum* di ampiezza da riconoscere al mare territoriale. Ad essa ha fatto seguito il c.d. “proclama Truman” del 1945, atto con il quale gli Stati Uniti rivendicarono il diritto esclusivo di sfruttare le risorse naturali situate al di là del mare territoriale, asserendo che fosse giusto e ragionevole per lo stato costiero – situato quindi nella posizione migliore per adottare misure concernenti l'utilizzazione delle risorse – estendere la propria giurisdizione anche su quelle poste oltre i confini territoriali, restando, tuttavia, impregiudicato il carattere di alto mare delle acque sovrastanti la piattaforma e il diritto alla loro libera navigazione da parte di tutti gli Stati. Così E. DU PONTAVICE, *La pollution des mers par les hydrocarbures*, Parigi, 1968, *passim*.



del mare è divenuta, invero, effettivo oggetto di attenzione da parte dei giuristi solo sul finire degli anni '60, in seguito ad alcuni gravissimi casi di inquinamento – tra cui quello della petroliera liberiana *Torrey Canyon*, affondata nel 1967 a largo delle coste della Cornovaglia<sup>7</sup>, della nave *Sea Star*, incendiatasi nel 1972 nel Golfo dell'Oman<sup>8</sup>, della *Amoco Codiz*, distruttasi davanti alle coste bretoni nel 1972<sup>9</sup>, della nave *Urquiola*, incagliatasi a largo della città di A Coruña nel 1976<sup>10</sup> oppure della *Exxon Valdes*, che urtò una scogliera nel Golfo dell'Alaska nel 1989<sup>11</sup> – che hanno scosso l'opinione pubblica internazionale ed i rispettivi Governi, facendo sorgere una coscienza ecologica la quale ha rappresentato, e tuttora rappresenta, il principale motore che muove i governanti a proteggere l'ambiente marino sia convenzionalmente – tramite la stipulazione di accordi internazionali successivamente al verificarsi dei suddetti incidenti – sia mediante comportamenti unilaterali degli Stati, consistenti tanto in interventi legislativi quanto in pronunce giurisprudenziali relative alla salvaguardia dell'ambiente marino<sup>12</sup>.

In questo contesto, la progressiva codificazione del diritto del mare ha tenuto conto – data l'esigenza di garantire il necessario bilanciamento tra il principio della libertà dei mari e quello

---

7 A.J. O'SULLIVAN, A.J. RICHARDSON, *The Torrey Canyon Disaster and Intertidal Marine Life*, in *Nature*, 1967, pp. 241 e ss.; M. SPINEDI, *Problemi di diritto internazionale sollevati dal naufragio della Torrey Canyon*, in *Riv. dir. int.*, 1967, pp. 653 e ss.; E. BROWN WEISS, *Environmental Disasters in International Law*, in *An. Jur. Interam*, vol. 81, 1986, pp. 141 e ss.; G. HANDL, *International Responsibility for Man-Made Disasters*, in *Am.Soc.Int.Law Proc.*, 1987, vol. 81, p.330; J. PFEIL, *The Torrey Canyon*, in *Oxford Public International Law*, 2006, pp. 2 e ss.; A. BOYLE, J. HARRISON, *Environmental Accidents*, in *Oxford Public International Law*, 2008, pp. 6 e ss.

8 N.M. HOOKE, *Shipping Disasters 1963-1987*, Londra, 1987, *passim*.

9 M.H. MARCHAND, *The Amoco Cadiz oil spill. Distribution and evolution of hydrocarbon concentrations in seawater and marine sediments*, in *Environment International*, vol. 4, n. 5-6, 1980, pp. 421-429.

10 J. ZAMORA TERRES, *Urquiola la verdad de una catástrofe*, Valencia, 1977, *passim*.

11 A. HALLIDAY, *23 years after one of history's worst oil spills, Exxon Valdez 'rests' in Gujarat*, in *Indian Express*, 2 agosto 2012.

12 Sul tema, in generale, G. TESAURO, *L'inquinamento marino nel diritto internazionale*, Milano, 1971, *passim*; L.A. TECLAFF, *International Law and the Protection of the Oceans from Pollution*, in *Fordham Law Review*, vol. 40, n. 3, 1972; V. STARACE, F.A. PANZERA, *La protezione internazionale del mare contro l'inquinamento*, Milano, 1979, *passim*; G. CAMARDA, *Ambiente, ambiente marino e danno ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, *passim*; U. LEANZA, *Il sistema regionale per la protezione del Mediterraneo contro l'inquinamento*, in *Dir. mar.*, 1986; I. CARACCILO, *La responsabilità internazionale dello Stato per l'inquinamento marino*, in *Dir. mar.*, 1991; G. CAMARDA, *L'evoluzione della normativa internazionale comunitaria e nazionale vigente in materia di sicurezza della navigazione e prevenzione dell'inquinamento marino*, in *Riv. giur. amb.*, vol. 5, 2001, *passim*; S.M. CARBONE, *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento: sviluppi e prospettive*, in *Dir. mar.*, 2001; L. SCHIANO DI PEPE, *Inquinamento marino da navi e poteri dello stato costiero* Torino, 2007, *passim*; A. MERIALDI, S. TREVISANT, *La protezione dell'ambiente marino*, cit.; Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, Cambridge, 2015, *passim*; A. LANCIOTTI, *La tutela del mare*, in R. GIUFFRIDA, F. AMARILLI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, pp. 97 e ss.



della sovranità degli Stati sulle zone marine adiacenti alle sue coste – del fatto che alcune attività, tra cui il trasporto marittimo di idrocarburi o di altre sostanze, l'esplorazione delle acque e dei fondali, lo sfruttamento delle risorse ittiche e gli scarichi da agricoltura intensiva, possono generare danni all'ecosistema marino, determinando, da un lato, la ripartizione della giurisdizione sulle diverse zone di mare fra lo Stato costiero e gli altri Stati, e, dall'altro lato, l'introduzione di una serie di obblighi di tutela ambientale esplicitati in alcune convenzioni internazionali, a loro volta riferite a singole aree geografiche marine oppure a specifiche fonti di inquinamento<sup>13</sup>.

La progressiva attenzione che il diritto internazionale ha rivolto all'ambiente marino si è manifestata prevalentemente sul piano del diritto convenzionale attraverso la creazione di accordi internazionali (c.d. *Multilateral Environmental Agreements*)<sup>14</sup>, caratterizzati dal superamento della visione tradizionale secondo cui l'ambiente marino interessa il diritto internazionale nella esclusiva visuale dei diritti e dei doveri interstatali<sup>15</sup>, ed entro il limite della intangibilità della sfera di *domestic jurisdiction* di ciascuno stato<sup>16</sup>, ed al cui interno sono previsti non solo obblighi per ogni destinatario delle norme<sup>17</sup>, ma anche poteri di prevenzione e repressione dei fenomeni di inquinamento dell'ambiente marino, che va tutelato «*in quanto tale*», dal momento che in esso «*gli interessi di tutti i cittadini del mondo sono intrecciati inestricabilmente*»<sup>18</sup>.

---

13 G. BADIALI, *La tutela internazionale dell'ambiente*, Napoli, 1996, pp. 61 e ss.; A. LANCIOTTI, *La tutela del mare*, cit., p. 163.

14 L'artefice del considerevole numero di normative pattizie internazionali che – unitamente ad importanti iniziative unilaterali di alcuni Stati e ad interventi da parte di organi privati (come le compagnie petrolifere) – hanno contribuito alla formazione di strumenti idonei a scongiurare il pericolo di inquinamento marino, o quantomeno ad arginarne le conseguenze, è l'*Intergovernmental Maritime Organization* (meglio conosciuta come IMO), Agenzia delle Nazioni Unite specializzata in campo marittimo e nata – nella sua veste di organizzazione internazionale – durante la Conferenza tenutasi a Ginevra nel marzo del 1948, il cui ambito di operatività – inizialmente relativamente circoscritto – venne progressivamente ampliato, da ultimo nel 1977, per includervi «*l'incoraggiamento all'adozione dei più alti standards nelle materie relative [...] alla prevenzione ed al controllo dell'inquinamento marino da navi; ed alla trattazione dei suddetti problemi di carattere legale*».

15 U. VILLANI, *Gli strumenti giuridici internazionali di tutela dell'ambiente*, in *La tutela del paesaggio e la protezione dell'ambiente marino-costiero nell'azione del Consiglio d'Europa*, Napoli, 2001, *passim*.

16 M. FASCIGLIONE, *La protezione penale dell'ambiente marino nel sistema dei Multilateral Environmental Agreements (MEAs)*, in *Rivista sull'ambiente e il territorio*, n. 3, 2006, pp. 47 e ss.

17 In argomento, K. VON MOLTKE, *On Clustering International Environmental Agreements*, in G. WINTER (a cura di), *Multilevel Governance of Global Environmental Change: Perspectives from Science, Sociology and the Law*, Cambridge, 2006, *passim*; D. FRENCH, *Multilateral Environmental Agreements: Legal Status of the Secretariats*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 23, 2011, pp. 155 e ss.; P. SANDS, J. PELL, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2012, *passim*.

18 Per uno sguardo d'insieme si veda C. WEERAMANTRY, *Environmental Law Symposium*, Melbourne, 2002, pp. 503 e ss.; N.A. MARTINEZ GUTIERREZ, *Limitation of Liability*, in AA.VV., *International Maritime*



## 2.1. Da una disciplina settoriale alle convenzioni generali sulla tutela del mare. Una disamina dell'evoluzione della normativa a protezione delle risorse marine

La prima disciplina "settoriale" internazionale volta alla prevenzione dell'inquinamento marino è stata rappresentata dalla *International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil* (c.d. Oilpol) adottata a Londra il 12 maggio 1954, avente precipuamente ad oggetto il divieto di scaricare volontariamente ed in specifiche zone marine (*prohibited zones*) idrocarburi o loro miscele in seguito ad operazioni di lavaggio delle cisterne o di carico e scarico<sup>19</sup>, per la cui sanzione si demanda allo stato di immatricolazione della nave il quale può ricorrere, stando alla previsione convenzionale, anche allo strumento penale<sup>20</sup>.

Grazie, invece, alla *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter*, aperta alla firma a Città del Messico, Londra, Mosca e Washington il 29 dicembre 1972, ed entrata in vigore nell'agosto del 1975<sup>21</sup>, integrata poi da un successivo Protocollo del 1996<sup>22</sup>, l'ordinamento internazionale<sup>23</sup> ha inteso eliminare, o – quantomeno – ridurre e controllare le immersioni volontarie in mare di rifiuti, definiti dalla Convenzione stessa come quelle sostanze – diverse da quelle prodotte nelle normali operazioni delle navi –

---

*Conventions. The relationship between global limitation conventions and particular liability regimes*, Londra - New York, 2011, pp. 210-216; con riferimento al Mar Mediterraneo si veda, recentemente, T. SCOVAZZI, *The Mediterranean guidelines for the determination of environmental liability and compensation: the negotiations for the instrument and the question of damage that can be compensated*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 13, 2009, pp. 183 e ss. Si rimanda anche a U. VIVALDI, *Inquinamento marino e regole internazionali di responsabilità*, Padova, 1996, pp. 29-30; S. M. CARBONE, *Strumenti internazionalistici e privatistici-internazionali relativi al risarcimento dei danni provocati da idrocarburi all'ambiente marino*, in P.A. PILITTU (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Badiali*, Roma, 2007.

<sup>19</sup> Resa esecutiva in Italia con la Legge 23 febbraio 1961, n. 238 ed entrata in vigore, per l'Italia il 25 agosto 1964; le modifiche del 1962 e gli emendamenti del 1969 e 1971 sono stati resi esecutivi rispettivamente con la Legge 14 gennaio 1970, n. 94, Legge 5 giugno 1974, n. 347 e Legge 19 dicembre 1975, n. 875. Tra la cospicua letteratura si richiamano A. FERRONE, *La Convenzione internazionale sull'inquinamento del mare da idrocarburi*, in *Riv. dir. int.*, 1972, pp. 94 e ss.; G. SANTANIELLO, F. LAZZARO, *Gli emendamenti alla Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento delle acque marine da idrocarburi*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, pp. 202 e ss.; T. TREVES, *L'inquinamento marino: profili di diritto internazionale e comunitario*, in *Studi marittimi*, 1978, pp. 31 e ss.

<sup>20</sup> F. ONNIS CUGIA, *Il danno da inquinamento dell'ambiente marino*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. 3, 2021, pp. 1025 e ss.

<sup>21</sup> La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la Legge 2 maggio 1983, n. 305 ed è entrata in vigore il 30 maggio 1984.

<sup>22</sup> Ratificato con la Legge 13 febbraio 2006, n. 87.

<sup>23</sup> Ratificata dall'Italia con la Legge 2 maggio 1983 n. 1983. Su questa Convenzione, A.L.C. DE MESTRAL, *La Convencion sur la prevention de la pollution resultant de l'immersion de dechets*, in *The Canadian Yearbook of Int. Law*, 1973, pp. 226 e ss.; U. VILLANI, *Le convenzioni internazionali per la prevenzione dell'inquinamento marino derivante da navi*, in *Studi marittimi*, 1982, p. 81.



«smaltite in mare, in nome dell'espressa volontà di ricomprendere ogni tipo di inquinamento marino causato dalle navi nella disciplina pattizia internazionale». Con la c.d. London Dumping Convention, invero, gli Stati contraenti si impegnano ad adottare tutte le misure necessarie, tanto sul piano individuale che collettivo, per prevenire l'inquinamento marino da scarico di rifiuti o di altre sostanze – idonee a mettere in pericolo la salute umana, a nuocere alle risorse biologiche ed alla vita umana, a pregiudicare o ad intralciare altri usi legittimi del mare – che vengono distinti in tre gruppi aventi diversi regimi di smaltimento.

Lo scarico del primo gruppo di rifiuti, indicati nell'allegato I<sup>24</sup>, deve essere vietato in modo assoluto dagli Stati; lo scarico dei rifiuti previsti nel secondo gruppo, indicati nell'allegato II<sup>25</sup>, è subordinato ad un preventivo permesso speciale mentre lo scarico di tutti gli altri rifiuti e sostanze tossiche, ricompresi nel terzo gruppo, implica l'ottenimento di un preventivo

---

24 Ai sensi dell'Annex I, le sostanze di cui è vietato in ogni caso lo scarico sono le seguenti «1. *Organ halogen compounds and compounds which may form such substances in the marine environment, excluding those which are non-toxic or which are rapidly converted in the sea into substances which are biologically harmless, provided that they do not make edible marine organisms unpalatable.* 2. *Organosilicon compounds and compounds which may form such substances in the marine environment, excluding those which are non-toxic or which are rapidly converted in the sea into substances which are biologically harmless, provided that they do not make edible marine organisms unpalatable.* 3. *Mercury and mercury compounds.* 4. *Cadmium and cadmium compounds.* 5. *Persistent plastic and other persistent synthetic materials which may materially interfere with fishing or navigation, reduce amenities, or interfere with other legitimate uses of the sea.* 6. *Crude oil and hydrocarbons which may be derived from petroleum, and any mixtures containing any of these, taken on board for the purpose of dumping.* 7. *High-, medium- and low-level radioactive wastes or other high-, medium- and low-level radioactive matter to be defined by the International Atomic Energy Agency.* 8. *Acid and alkaline compounds of such composition and in such quantity that they may seriously impair the quality of sea water. The composition and quantity to be taken into consideration shall be determined by the Parties in accordance with the procedure laid down in Article 14 (3) of this Protocol.* 9. *Materials in whatever form (e.g. solids, liquids, semi-liquids, gases, or in a living state) produced for biological and chemical warfare, other than those rapidly rendered harmless by physical, chemical or biological processes in the sea, provided that they do not: (i) make edible marine organisms unpalatable; or (ii) endanger human or animal health».*

25 L'Annex II, indica le seguenti sostanze «1. (i) *arsenic, lead, copper, zinc, beryllium, chromium, nickel, vanadium, selenium, antimony and their compounds; (ii) cyanides and fluorides; (iii) pesticides and their by-products not covered in Annex I; (iv) synthetic organic chemicals, other than those referred to in Annex I, likely to produce harmful effects on marine organisms or to make edible marine organisms unpalatable;* 2. (i) *acid and alkaline compounds the composition and quantity of which have not yet been determined in accordance with the procedure referred to in Annex I A (8); (ii) acid and alkaline compounds not covered by Annex I, excluding compounds to be dumped in quantities below thresholds which shall be determined by the Parties in accordance with the procedure laid down in Article 14 (3) of this Protocol.* 3. *Containers, scrap metal and other bulky wastes liable to sink to the sea bottom which may present a serious obstacle to fishing or navigation.* 4. *Substances which, though of a non-toxic nature may become harmful owing to the quantities in which they are dumped, or which are liable to reduce amenities seriously or to endanger human life or marine organisms or to interfere with navigation.* 5. *Radioactive waste or other radioactive matter which will not be included in Annex I. In the issue of permits for the dumping of this matter, the Parties should take full account of the recommendations of the competent international body in this field, at present the International Atomic Energy Agency».*



permesso generale<sup>26</sup>. I suddetti divieti non trovano applicazione qualora lo scarico sia necessario per salvare delle vite umane o la nave, costituendo l'unica soluzione possibile per evitare un pericolo maggiore, ed è ragionevole presumere che il danno conseguente allo scarico sia minore rispetto a quello che si determinerebbe altrimenti, ovvero nei casi di forza maggiore<sup>27</sup>, oppure nel caso in cui siano rilasciati specifici permessi dalle autorità all'uopo designate da ogni singolo Stato contraente sulla base della valutazione di tutti gli elementi indicati nell'allegato III, i quali attengono principalmente alle caratteristiche ed alla composizione delle sostanze in oggetto nonché al luogo di immersione ed ai sistemi di

26 In base all'Annex III, i fattori che devono essere tenuti in considerazione nell'individuare i criteri a cui subordinare il rilascio di permessi per il *dumping*, a cui fa cenno l'art. 7 includono: «A. *Characteristics and composition of the matter*: 1. *Total amount and average compositions of matter dumped (e.g. per year)*. 2. *Form (e.g. solid, sludge, liquid or gaseous)*. 3. *Properties: physical (e.g. solubility and density), chemical and biochemical (e.g. oxygen demand, nutrients) and biological (e.g. presence of viruses, bacteria, yeasts, parasites)*. 4. *Toxicity*. 5. *Persistence: physical, chemical and biological*. 6. *Accumulation and biotransformation in biological materials or sediments*. 7. *Susceptibility to physical, chemical and biochemical changes and interaction in the aquatic environment with other dissolved organic and inorganic materials*. 8. *Probability of production of taints or other changes reducing marketability of resources (fish, shellfish, etc.)*. B. *Characteristics of dumping site and method of deposit*: 1. *Location (e.g. coordinates of the dumping area, depth and distance from the coast), location in relation to other areas (e.g. amenity areas, spawning, nursery and fishing areas and exploitable resources)*. 2. *Rate of disposal per specific period (e.g. quantity per day, per week, per month)*. 3. *Methods of packaging and containment, if any*. 4. *Initial dilution achieved by proposed method of release, particularly the speed of the ship*. 5. *Dispersal characteristics (e.g. effects of currents, tides and wind on horizontal transport and vertical mixing)*. 6. *Water characteristics (e.g. temperature, pH, salinity, stratification, oxygen indices of pollution - dissolved oxygen (DO), chemical oxygen demand (COD), biochemical oxygen demand (BOD), nitrogen present in organic and mineral form, including ammonia, suspended matter, other nutrients and productivity)*. 7. *Bottom characteristics (e.g. topography, geochemical and geological characteristics and biological productivity)*. 8. *Existence and effects of other dumpings which have been made in the dumping area (e.g. heavy metal background reading and organic carbon content)*. 9. *When issuing a permit for dumping, the Contracting Parties shall endeavour to determine whether an adequate scientific basis exists for assessing the consequences of such dumping in the area concerned, in accordance with the foregoing provisions and taking into account seasonal variations*. C. *General considerations and conditions*: 1. *Possible effects on amenities (e.g. presence of floating or stranded material, turbidity, objectionable odour, discoloration and foaming)*. 2. *Possible effects on marine life, fish and shellfish culture, fish stocks and fisheries, seaweed harvesting and culture*. 3. *Possible effects on other uses of the sea (e.g. impairment of water quality for industrial use, underwater corrosion of structures, interference with ship operations from floating materials, interference with fishing or navigation through deposit of waste or solid objects on the sea floor and protection of areas of special importance for scientific or conservation purposes)*. 4. *The practical availability of alternative land-based methods of treatment, disposal or elimination or of treatment to render the matter less harmful for sea dumping*».

27 Ai sensi dell'art. 8 del Protocollo alla Convenzione sul *dumping*, «*The provisions of Articles 4, 5 and 6 shall not apply in case of force majeure due to stress of weather or any other cause when human life or the safety of a ship or aircraft is threatened. Such dumpings shall immediately be reported to the Organization and either through the Organization or directly, to any Party or Parties likely to be affected, together with full details of the circumstances and of the nature and quantities of the wastes or other matter dumped*». In termini generali, P. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Perugia, 1981, pp. 141 ss.



deposito delle stesse. Tale ultimo aspetto è quello che merita particolare considerazione, in forza del fatto che la competenza di uno Stato contraente ad adottare le misure richieste si estende non solo a tutte le navi (od aerei) registrati nelle sue matricole o battenti la sua bandiera, ma altresì a tutte le navi, anche se straniere, che procedono alla caricazione nel suo territorio o nel suo mare territoriale di materiale destinato ad essere sversato in mare<sup>28</sup>.

A seguito della Conferenza tenutasi a Londra nell'ottobre del 1973, venne stipulata la *International Convention For The Prevention of Pollution from Ships*, modificata poi con il Protocollo del 1978 (c.d. Marpol 1973/78)<sup>29</sup>.

La Convenzione si compone di sei allegati<sup>30</sup>, recanti norme tecniche sulla prevenzione dell'inquinamento provocato da sostanze oleose, nocive, pericolose, acque reflue e rifiuti di bordo, nonché dell'inquinamento atmosferico provocato dalle navi. Cinque di essi sono in vigore: il primo riguarda la prevenzione dell'inquinamento da idrocarburi e regola i sistemi di scarico<sup>31</sup>; il secondo concerne il trasporto, il carico e lo scarico di sostanze chimiche allo stato liquido trasportate "alla rinfusa", con norme che variano in relazione alla pericolosità inquinante di ciascuna sostanza ed in base a specifici standard e prescrizioni<sup>32</sup>; il terzo annesso

28 K. KUMMER, *International Management of Hazardous Wastes - Basel Convention and Related Legal Rules*, Oxford, 1995; L. LA FAYETTE, *The London Convention 1972 - Preparing for the Future*, in *International Journal of Media Culture and Literature*, vol. 13, n. 4, 1998, pp. 515 e ss.; O. S. STOKKE, *Beyond Dumping? - The Effectiveness of the London Convention*, in *YICED*, 1998-99, pp. 39 e ss.; A. DANIEL, *Hazardous Wastes, Transboundary Impacts*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.

29 La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la legge 29 settembre 1980, n. 662 ed è entrata in vigore il 2 ottobre 1983, dopo che le condizioni in essa previste (cioè, 12 mesi dopo, la ratifica da parte di almeno 15 stati, che rappresentassero il 50% del tonnellaggio mercantile mondiale) si erano realizzate, a seguito delle ratifiche di Italia e Grecia. Sulla Convenzione Marpol, *ex pluris*, A. GRIFFIN, *MARPOL 73/78 and Vessel Pollution - A Glass Half Full or Half Empty?*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1994, pp. 489-513; D.L. VANDER ZWAAG, A. POWERS, *The Protection of the Marine Environment from Land-Based Pollution and Activities - Gauging the Tides of Global and Regional Governance*, in *Ind J Global Legal Stud.*, vol. 23, pp. 423 e ss. Sui rapporti tra Convenzione Marpol e legge nazionale si rinvia a Cass. pen, sez. un., sent. 24 giugno 1998, in *Foro it.*, vol. 122, n. 4, 1999, p. 223/224-233/234.

30 Nel dettaglio: inquinamento da idrocarburi (allegato I), da sostanze liquide nocive alla rinfusa (allegato II), da sostanze nocive trasportate via mare in forma imballata (allegato III), da acque reflue (allegato IV) e da rifiuti (allegato V). La convenzione è stata modificata dal protocollo del 1997 con l'aggiunta del nuovo allegato VI relativo all'inquinamento atmosferico provocato dalle navi.

31 Esso prevede istituisce inoltre delle "aree speciali" nelle quali è fatto divieto di ogni scarica a causa delle loro particolari condizioni oceanografiche ed ecologiche o in ragione del peculiare carattere del traffico marino che ivi si svolge. Queste aree sono, segnatamente, il Mar Baltico, il Mar Mediterraneo, il Mar Nero, il Mar Rosso ed il Golfo Persico, Mari Europei Nord Occidentali, Golfo degli Aden, Antartide.

32 Le sostanze liquide nocive vengono distinte in quattro categorie: 1) sostanze che se scaricate in mare a seguito delle operazioni di lavaggio delle cisterne o dello scarico della zavorra presentano un grave rischio sia per le risorse marine sia per la salute umana o causano serio danno alle attrattive dei luoghi od alle altre legittime utilizzazioni del mare e perciò giustificano l'adozione di misure rigorose di lotta contro l'inquinamento; 2) sostanze che se scaricate in mare a seguito delle operazioni di lavaggio delle



si occupa delle modalità dell'imballaggio, dell'etichettatura e della documentazione delle sostanze nocive<sup>33</sup>; il quarto attiene al trattamento delle acque di rifiuto ed agli specifici criteri ed indicazioni, anche in riferimento ai siti<sup>34</sup>, per un eventuale scarico in mare, il quinto, infine, regola la gestione dei rifiuti solidi conseguenti all'esercizio della normale attività di bordo ed alle operazioni di carico e scarico<sup>35</sup>. La Convenzione Marpol non solo vuole «porre fine

---

cisterne o dello scarico della zavorra presentano un rischio sia per le risorse marine sia per la salute umana o causano serio danno alle attrattive dei luoghi od alle altre legittime utilizzazioni del mare e perciò giustificano l'adozione speciali di misure di lotta contro l'inquinamento; 3) sostanze che se scaricate in mare a seguito delle operazioni di lavaggio delle cisterne o dello scarico della zavorra presentano un minor rischio sia per le risorse marine sia per la salute umana o causano serio danno alle attrattive dei luoghi od alle altre legittime utilizzazioni del mare e perciò richiedono delle speciali condizioni operative; 4) sostanze che se scaricate in mare a seguito delle operazioni di lavaggio delle cisterne o dello scarico della zavorra presentano un riconoscibile rischio sia per le risorse marine sia per la salute umana o causano serio danno alle attrattive dei luoghi od alle altre legittime utilizzazioni del mare e perciò richiedono alcune precauzioni nelle condizioni operative.

33 Esso prevede, tra l'altro, che (i) gli imballaggi e gli altri tipi di contenitori siano realizzati in modo da ridurre al minimo le possibilità di inquinamento dell'ambiente marino; (ii) ciascun collo o contenitore contenente sostanze nocive sia contrassegnato in modo durevole con la denominazione tecnica della sostanza non con quella commerciale; (iii) i documenti relativi alla spedizione ed al trasporto rechino chiaramente le indicazioni delle condizioni di pericolosità della sostanza trasportata e siano corredati di dichiarazione attestante che il carico è stato imballato, etichettato e che è in condizioni tali da ridurre al minimo i pericoli per l'ambiente marino che il suo trasporto può comportare; (iv) le sostanze nocive vengano stivate e rizzate in maniera appropriata; (v) per talune sostanze venga limitato il quantitativo imbarcabile al fine di evitare concentrazioni che risulterebbero dannose per l'ambiente marino; (vi) l'abbandono in mare di sostanze nocive in colli, contenitori ecc., venga consentito esclusivamente per garantire la sicurezza della nave e la salvaguardia della vita umana in mare.

34 Per acque di scarico si intendono «le acque di drenaggio ed altri rifiuti provenienti da qualunque tipo di gabinetti, orinatoi e scarichi di wc, le acque di drenaggio provenienti da lavabi, tinozze e condotte di scarico situate nei locali riservati a cure mediche (infermeria, ambulatorio ecc.), le acque di drenaggio provenienti dagli spazi utilizzati per il trasporto di animali vivi; altre acque di rifiuto, se mescolate ai drenaggi di cui sopra».

35 Per rifiuti solidi si intende qualunque specie di viveri, di rifiuti domestici ed operativi ad eccezione del pesce fresco che si formano durante il normale esercizio di una nave e che possono essere scaricati in modo continuo o periodico. Ai fini dell'Annesso V sono state individuate le seguenti aree che, a causa delle particolari condizioni oceanografiche, ecologiche e per la peculiarità del traffico che vi si svolge, sono state dichiarate aree speciali: Mar Baltico, Mar Mediterraneo, Mar Nero, Mar Rosso, Zona dei Golfi, Mare del Nord, Antartide, Mar dei Caraibi. Le disposizioni dell'Annesso V si applicano a tutte le navi. Entro le aree speciali: è vietato scaricare in mare qualsiasi materiale plastico, inclusi cavi, reti da pesca e sacchetti per rifiuti; materiali galleggianti di avvolgimento, legatura ed imballaggio; carta, stracci, vetro, bottiglie, metalli, utensili da cucina e simili anche se triturati o frantumati. È consentita la discarica di rifiuti alimentari, anche non triturati, ma ad una distanza dalla costa superiore a 12 miglia. Fuori dalle aree speciali rimane vietato scaricare in mare qualsiasi materiale plastico, inclusi cavi, reti da pesca e sacchetti per rifiuti. Viene consentita la discarica di: materiali galleggianti di avvolgimento, legatura ed imballaggio, purché a distanza superiore a 25 miglia dalla costa; carta, stracci, vetro, bottiglie, metalli, utensili da cucina e simili, purché a distanza superiore a 12 miglia dalla costa; gli stessi di cui sopra, ma



*all'inquinamento volontario dell'ambiente marino»* – come si evince dal Preambolo – ma cerca altresì di prevenire quello accidentale o colposo<sup>36</sup> provando ad ampliare il proprio oggetto, non più limitato all'inquinamento da idrocarburi e da altre miscele, bensì rivolto anche alle «*harmfull substances*», cioè a tutte quelle sostanze che, se rigettate in mare, possono essere suscettibili di mettere in pericolo la salute umana, di nuocere alle risorse biologiche ed alla vita marina, di arrecare pregiudizio alle bellezze naturali o di interferire su ogni altro legittimo uso del mare (art. 2, par. 2)<sup>37</sup>.

Pur non individuando specifiche ipotesi penali, la Convenzione richiede che i singoli stati adottino, nella propria legislazione interna, «*sanzioni di natura tale da scoraggiare i potenziali trasgressori*», implementando un adeguato sistema sanzionatorio che consenta l'effettiva instaurazione di procedimenti (anche) penali per accertare la violazione delle disposizioni convenzionali nello stato di bandiera ovvero, in alternativa, in quello in cui è avvenuta la violazione<sup>38</sup>. L'art. 4, infatti, nell'indicare gli obblighi di *enforcement* che lo Stato di bandiera e

---

frantumati o triturati, purché a distanza superiore a 3 miglia dalla costa; rifiuti alimentari non triturati, purché a distanza superiore a 12 miglia dalla costa; rifiuti alimentari triturati, purché a distanza superiore a 3 miglia dalla costa. Alle Piattaforme (per la ricerca petrolifera, estrazione ecc...) è vietato di effettuare qualsiasi discarica sia all'interno che fuori delle aree speciali, ad eccezione dei rifiuti alimentari triturati, che possono essere scaricati in mare se la piattaforma si trova ad una distanza dalla costa superiore alle 12 miglia. I Governi contraenti, ed in particolar modo quelli rivieraschi delle aree speciali, si sono impegnati a realizzare impianti di raccolta nei loro porti e terminali, tenendo conto delle particolari necessità delle navi.

36 G. MARTINO, *L'inquinamento marino dalla prospettiva nazionale a quella internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1978, pp. 1614 e ss.; così anche G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, cit., p. 586.

37 G. RIGHETTI, *op. ult. cit.*, p. 586.

38 A livello nazionale un primo intervento significativo si è avuto con la legge 31 dicembre 1982, n. 979, recante “*Disposizioni per la difesa del mare*” e – in particolare – le disposizioni di cui al Titolo IV, relativo alle “*Norme penali per la discarica di sostanze vietate da parte del naviglio mercantile*”, ed avente infatti ad oggetto le immissioni in mare di sostanze nocive all'ambiente marino provenienti dalle navi: esso non riguarda lo scarico dei rifiuti in mare effettuato a mezzo navi disciplinato dall'art. 14 della L. 24 dicembre 1979, n. 650. Ai sensi dell'art. 16, nell'ambito delle acque territoriali e delle acque marittime interne, compresi i porti, è fatto divieto a tutte le navi, senza alcuna discriminazione di nazionalità, di versare in mare, o di causarne lo sversamento, idrocarburi o miscele di idrocarburi, nonché le altre sostanze nocive all'ambiente marino indicate nell'elenco “A” allegato alla presente legge. Del pari è fatto divieto alle navi battenti bandiera italiana di scaricare le sostanze di cui al precedente comma anche al di fuori delle acque territoriali. Per quanto attiene allo scarico nelle acque del mare di materiali provenienti da fondali di ambienti marini, salmastri o fluviali ovvero da terreni litoranei emersi, compreso il ripristino del passo di accesso ai porti, restano ferme le disposizioni di cui all'art.14 della L. 24 dicembre 1979, n. 650, e le direttive del Comitato interministeriale per la tutela delle acque dall'inquinamento di cui all'art. 3 della L. 10 maggio 1976, n. 319. L'elenco di cui al primo comma deve essere aggiornato ogni due anni, o ogni qualvolta se ne ravvisi la necessità, con decreto del Ministro della marina mercantile, sentite le competenti Commissioni parlamentari. L'art. 17 prevede che, al di là del limite esterno del mare territoriale italiano, qualora navi italiane, in violazione delle norme in materia di tutela delle acque



quello costiero sono tenuti ad attuare, impone ad entrambi di qualificare come “*offence*” qualsiasi violazione delle norme della Convenzione concernenti lo scarico di sostanze nelle

---

marine dall'inquinamento stabilite nella presente legge e nelle Convenzioni internazionali in vigore, di cui l'Italia è parte contraente, versino in mare idrocarburi, miscele di idrocarburi od altre sostanze vietate, sono applicabili le pene di cui ai successivi articoli del presente titolo. Il comandante della nave che violi le disposizioni di cui all'art. 19 è punito con l'arresto fino a sei mesi ovvero con l'ammenda. Ai sensi dell'art. 19 le navi italiane, alle quali si applica la normativa di cui all'art. 17, devono avere, tra i libri di cui all'art. 169 del codice della navigazione, il registro degli idrocarburi sul quale vanno effettuate le prescritte annotazioni. In tutti i casi di versamento o perdita di idrocarburi, il comandante della nave è tenuto a farne annotazione nel registro degli idrocarburi, con l'indicazione delle circostanze e delle cause di tale versamento o perdita, nonché a farne denuncia al comandante del porto più vicino. Ogni pagina del registro degli idrocarburi deve essere firmata dall'ufficio o dagli ufficiali responsabili delle relative operazioni e, qualora la nave sia armata, dal comandante. Per la tenuta del registro degli idrocarburi si applicano le disposizioni degli artt. 362 e seguenti del regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione marittima riguardanti i libri di bordo. In base all'art. 20 il comandante di una nave battente bandiera italiana che violi le disposizioni dell'art. 16 o la normativa internazionale di cui all'art. 17, nonché il proprietario o l'armatore della nave, nel caso in cui la violazione sia avvenuta con il loro concorso, sono puniti con l'arresto da due mesi a due anni o con l'ammenda da lire 500.000 a lire 10 milioni; se il fatto è avvenuto per colpa le suddette pene sono ridotte alla metà. Alla stessa pena è soggetto il comandante di una nave battente bandiera straniera che violi le disposizioni di cui all'art. 16. Per i reati previsti al primo e secondo comma del presente articolo è consentita, in caso di recidiva specifica, l'emissione del mandato di cattura. Per il comandante di nazionalità italiana della nave la condanna per il reato di cui al precedente primo comma comporta la sospensione del titolo professionale, la cui durata sarà determinata ai sensi dell'art. 1083 del codice della navigazione. Ai comandanti di navi di nazionalità non italiana che abbiano subito condanne in relazione al reato di cui sopra sarà inibito l'attracco a porti italiani per un periodo variabile, da determinarsi con decreto del Ministro della marina mercantile, commisurato alla gravità del reato commesso ed alla condanna comminata. L'art. 21 prevede che in relazione ai danni provocati per violazione delle disposizioni previste dal presente titolo, fermo restando il disposto dell'art. 185 del codice penale, il comandante e il proprietario o l'armatore della nave sono tenuti in solido a rifondere allo Stato le spese sostenute per la pulizia delle acque e degli arenili, nonché a risarcire i danni arrecati alle risorse marine. Tale obbligo solidale sussiste anche nei casi in cui si sia dovuta effettuare la discarica in mare di sostanze vietate, per la sicurezza della propria o di altra nave, o l'immissione delle sostanze vietate nelle acque del mare sia stata causata da un'avaria o da una perdita inevitabile ed ogni ragionevole precauzione sia stata adottata dopo l'avaria o la scoperta della perdita per impedire o ridurre il versamento delle sostanze stesse in mare. In base all'art. 22, per i reati previsti dalla presente legge lo Stato, nella persona del Ministro della marina mercantile, può costituirsi parte civile nel relativo giudizio penale. Infine, ai sensi dell'art. 23 la sorveglianza per la prevenzione degli inquinamenti delle acque marine da idrocarburi e dalle altre sostanze nocive nell'ambiente marino e l'accertamento delle infrazioni alle norme relative sono affidati, sotto la direzione dei comandanti dei porti, agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di cui all'art. 221 del codice di procedura penale e all'art. 1235 del codice della navigazione, nonché al personale civile dell'amministrazione della marina mercantile, agli ufficiali, sottufficiali e sottocapi della marina militare.



acque e di prevedere adeguati e necessari procedimenti nei confronti dell'autore dell'infrazione<sup>39</sup>.

Gli Stati contraenti vengono, quindi, chiamati ad armonizzare il proprio diritto interno, in modo da garantire sanzioni di pari severità e tali da scoraggiare ogni violazione della Convenzione stessa<sup>40</sup>, ottemperando a quell'«obbligo di incriminazione»<sup>41</sup> di matrice convenzionale, atipico – perché dotato di grande tecnicità e segnato dal rinvio a numerosi allegati che complicano l'individuazione del comportamento da vietare – ma necessario per consentire «lo sviluppo di un linguaggio giuridico comune per l'intera comunità mondiale»<sup>42</sup>.

Sempre in prospettiva penale appare di interesse la previsione di situazioni di necessità (forza maggiore e caso fortuito) di cui all'art. 11 dell'allegato I, al ricorrere delle quali non trova applicazione l'art. 9 della Convenzione, dato che lo scarico in mare in tali situazioni è stato «necessario allo scopo di salvaguardare la sicurezza di una nave o di salvare delle vite in mare» o è conseguenza di «un'avaria della nave o del suo equipaggiamento». La forza maggiore assume rilievo «a condizione che siano state prese tutte le precauzioni ragionevoli, dopo l'avaria o la scoperta dello scarico, al fine di impedire o di ridurre al minimo gli effetti e sempre che il comandante o l'armatore non abbiano agito con l'intenzione di provocare l'avaria, o imprudentemente e con la consapevolezza che l'avaria sarebbe probabilmente avvenuta».

La Convenzione Marpol istituisce, infine, un sistema di certificazioni di cui la nave deve dotarsi ed in cui si attesta la sua idoneità alla navigazione, prescrivendone le modalità di ottenimento e di rinnovo<sup>43</sup>.

39 Così M. FASCIGLIONE, La protezione penale dell'ambiente marino nel sistema dei Multilateral Environmental Agreements (MEAs), in Riv. Gazzetta ambiente, n. 3, 2006, p. 51.

40 Ciascuno degli allegati della Convenzione riguarda una sostanza specifica, vale a dire gli idrocarburi (allegato I), sostanze liquide nocive trasportate alla rinfusa (allegato II), sostanze nocive trasportate via mare in colli (allegato III), acque reflue navi (allegato IV), rifiuti provenienti dalle navi (allegato V) e taluni gas di scarico delle navi (allegato VI). Ciascuno di questi allegati definisce le condizioni in base alle quali una sostanza è legittimo o meno. Per esempio, L'allegato I stabilisce nelle regole 15 e 34 che “qualsiasi scarico in mare di idrocarburi o miscele di idrocarburi [...] è vietata”, in particolare per le navi di stazza lorda uguale o superiore a 400. L'inottemperanza a tali disposizioni deve essere sanzionata penalmente nei singoli Stati.

41 Così C. LOMBOIS, *Droit penal international*, Parigi, 2002, p. 227.

42 L. BOISSON DE CHAZOURNES, *La protection de l'environnement mondial et les visages de l'action réglementaire internationale*, in D. AMIRANTE, M. BAYLE, L. BOISSON DE CHAZOURNES, L. BOY, *Pour un droit commun à l'environnement - Mélange en l'honneur de Michel Prieur*, Parigi, 2007, p. 45.

43 Tra queste spicca per importanza l'*International Oil Pollution Certificate*, istituita al fine di prevenire l'inquinamento da idrocarburi. Per quanto riguarda invece i controlli e le ispezioni che lo Stato costiero è tenuto a svolgere fine di verificare la regolarità e la presenza dell'*Oil Pollution Certificate*, si stabilisce che questi possano essere effettuate, quando la nave si trova nei porti o nei terminali al largo, in ogni momento, a condizione che la nave non subisca un indebito ritardo, che nel qual caso lo Stato sarebbe tenuto a risarcire.



Prospettive di significativo rilievo in materia di inquinamento marino si rinvencono anche nella *United Nations Convention on the Law of the Sea*, elaborata in seno alle Nazioni Unite, aperta alla firma a Montego Bay il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994<sup>44</sup>. Essa rappresenta una sorta di *Grundnorm* dell'intero diritto del mare, stabilendo un ordine giuridico per i mari e gli oceani che favorisca le comunicazioni internazionali, gli usi pacifici dei mari, l'utilizzazione equa ed efficiente delle risorse e la protezione dell'ambiente marino<sup>45</sup>. È altresì significativo rilevare che nel suo primo articolo si rinviene una definizione di «*inquinamento dell'ambiente marino*» ove si legge che è tale «*l'introduzione diretta o indiretta, da parte dell'uomo, di sostanze o energia nell'ambiente marino, compresi gli estuari, quando ha o può avere effetti nocivi quali danni alle risorse viventi e alla fauna e flora marina, rischi per la salute umana, interferenza con le attività marittime, compresa la pesca e altri usi legittimi del mare, deterioramento della qualità dell'acqua di mare a causa del suo uso e degrado dei valori di approvazione*».

La Parte XII della Convenzione, interamente dedicata alla «*protezione e preservazione dell'ambiente marino*», introduce – nella Sezione V – un complesso di norme destinate a prevenire, ridurre e controllare l'inquinamento, mentre nella Sezione VI, intitolata *Enforcement*, sono previste, negli artt. 213-228, le norme applicabili in caso di inquinamento marino derivante da attività “*land-based*”, “*seabed*”, “*from vessels*”, “*from or through the atmosphere*”, nonché “*by dumping*”. Anche la Convenzione di Montego Bay prevede che la violazione delle sue disposizioni possa essere perseguita con sanzioni penali dai singoli Stati nazionali e, a tal fine, introduce una particolare competenza dei *Port States*, che si affianca a quella dei *Flag States* e *Costal States*. A riguardo – atteso che alla necessità di predisporre una normativa efficace per tutti gli spazi marini in cui un'infrazione può essere compiuta (acque interne, mare territoriale, zona economica esclusiva, alto mare) si affiancano esigenze volte tanto ad evitare l'eventuale duplicazione dei processi quanto l'applicazione di norme penali sostanziali troppo difformi le une dalle altre – la Convenzione contempla una nutrita serie di articoli relativi alla giurisdizione penale, che intendono determinare lo Stato ove il processo può venire celebrato e, di conseguenza, anche lo Stato il cui diritto penale sostanziale può trovare applicazione. Se

44 L'Italia ha ratificato la Convenzione con la Legge del 2 dicembre 1994, n. 689.

45 L. D. GURUSWAMY, *Environmental protection and the U.N. Convention on the Law of the Sea*, in *Lloyd's Maritime and Comm. Law*, 1983, pp. 705 e ss.; M.H. NORDQUIST, S. ROSENNE, L.B. SOHN, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Leiden, 1989; C. REDGWELL, *From Permission to Prohibition: The 1982 Convention on the Law of the Sea and Protection of the Marine Environment*, in *The Law of the Sea - Progress and Prospects*, D. FREESTONE, R. BARNES, D. ONG (a cura di), Oxford, 2006, pp. 180 e ss.; L.B. DE CHAZOURNES, *Precaution in International Law: Reflection on its Composite Nature*, in *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes - Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, T. M. NDIAYE, R. WOLFRUM (a cura di), Leiden, 2007, pp. 21 e ss.; S. ROSENNE, J. GEBHARD, *Conferences on the Law of the Sea*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008; S. DUTTA, *Preliminary Proceedings: United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, *passim*.



l'esercizio della giurisdizione penale per le violazioni delle norme sull'inquinamento da navi spetta, generalmente, allo Stato di bandiera della nave – siccome si prevede che quando è stato avviato un procedimento da uno Stato al fine di reprimere un'infrazione, questo viene sospeso a partire dal momento in cui lo Stato di bandiera ha intrapreso, entro sei mesi dalla proposizione del primo, un procedimento per la stessa infrazione (art. 228, par. 1), il quale è altresì tenuto a ricevere dallo Stato costiero o da quello del porto un fascicolo completo ed i verbali del processo<sup>46</sup> – l'art. 218 conferisce anche allo Stato nel cui porto si trovi un natante di «undertake investigations» e di «institute proceedings in respect of any discharge from that vessel outside the internal waters, territorial sea or exclusive economic zone of that State in violation of applicable international rules and standards established through the competent international organization or general diplomatic conference»<sup>47</sup>.

---

46 Così l'art. 228 Unclos, recante “Suspension and restrictions on institution of proceedings”, secondo cui «1. Proceedings to impose penalties in respect of any violation of applicable laws and regulations or international rules and standards relating to the prevention, reduction and control of pollution from vessels committed by a foreign vessel beyond the territorial sea of the State instituting proceedings shall be suspended upon the taking of proceedings to impose penalties in respect of corresponding charges by the flag State within six months of the date on which proceedings were first instituted, unless those proceedings relate to a case of major damage to the coastal State or the flag State in question has repeatedly disregarded its obligation to enforce effectively the applicable international rules and standards in respect of violations committed by its vessels. The flag State shall in due course make available to the State previously instituting proceedings a full dossier of the case and the records of the proceedings, whenever the flag State has requested the suspension of proceedings in accordance with this article. When proceedings instituted by the flag State have been brought to a conclusion, the suspended proceedings shall be terminated. Upon payment of costs incurred in respect of such proceedings, any bond posted, or other financial security provided in connection with the suspended proceedings shall be released by the coastal State. 2. Proceedings to impose penalties on foreign vessels shall not be instituted after the expiry of three years from the date on which the violation was committed and shall not be taken by any State in the event of proceedings having been instituted by another State subject to the provisions set out in paragraph 1. 3. The provisions of this article are without prejudice to the right of the flag State to take any measures, including proceedings to impose penalties, according to its laws irrespective of prior proceedings by another State».

47 Ed invero, se l'art. 217 Unclos, la cui rubrica riporta “Enforcement by flag States”, stabilisce che «1. States shall ensure compliance by vessels flying their flag or of their registry with applicable international rules and standards, established through the competent international organization or general diplomatic conference, and with their laws and regulations adopted in accordance with this Convention for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment from vessels and shall accordingly adopt laws and regulations and take other measures necessary for their implementation. Flag States shall provide for the effective enforcement of such rules, standards, laws and regulations, irrespective of where a violation occurs. 2. States shall, in particular, take appropriate measures in order to ensure that vessels flying their flag or of their registry are prohibited from sailing, until they can proceed to sea in compliance with the requirements of the international rules and standards referred to in paragraph 1, including requirements in respect of design, construction, equipment and manning of vessels. 3. States shall ensure that vessels flying their flag or of their registry carry on board certificates required by and issued pursuant to international rules and standards referred to in paragraph 1. States shall ensure that vessels flying their flag are periodically inspected in order to verify that such certificates are in conformity with the actual condition of the vessels. These certificates shall be accepted by other States as evidence of the condition



La norma, cioè, attribuisce la possibilità di una tutela penale da parte dello Stato del porto, nelle ipotesi da essa contemplate, estendendo la giurisdizione anche allo stato nel cui porto il natante si trovi, a prescindere dalla commissione dell'evento all'interno delle acque o del mare territoriale o della zona economica esclusiva dello Stato procedente<sup>48</sup>. Viene così introdotta una giurisdizione universale dello Stato del porto, in deroga al principio di territorialità e di giurisdizione dello Stato di bandiera, che si accosta al principio della giurisdizione universale ed ai meccanismi previsti per i *crimina iuris gentium*<sup>49</sup>.

Quanto alle sanzioni, la cui previsione è rimessa alle singole leggi nazionali, la Convenzione statuisce che esse debbano essere sufficientemente rigorose per scoraggiare le infrazioni, lasciando però gli Stati liberi nelle concrete determinazioni dell'entità della pena, dei soggetti responsabili degli illeciti e del grado dell'elemento psicologico richiesto (dolo o colpa) alla cui presenza imputare il fatto al proprio autore. Le sanzioni, pur cioè nella discrezionalità lasciata agli Stati nella loro determinazione, devono essere idonee a produrre un effetto deterrente per disincentivare la commissione di infrazioni. Di particolare rilievo, perché attinenti al tipo di

---

*of the vessels and shall be regarded as having the same force as certificates issued by them, unless there are clear grounds for believing that the condition of the vessel does not correspond substantially with the particulars of the certificates. 4. If a vessel commits a violation of rules and standards established through the competent international organization or general diplomatic conference, the flag State, without prejudice to articles 218, 220 and 228, shall provide for immediate investigation and where appropriate institute proceedings in respect of the alleged violation irrespective of where the violation occurred or where the pollution caused by such violation has occurred or has been spotted. 5. Flag States conducting an investigation of the violation may request the assistance of any other State whose cooperation could be useful in clarifying the circumstances of the case. States shall endeavour to meet appropriate requests of flag States. 6. States shall, at the written request of any State, investigate any violation alleged to have been committed by vessels flying their flag. If satisfied that sufficient evidence is available to enable proceedings to be brought in respect of the alleged violation, flag States shall without delay institute such proceedings in accordance with their laws. 7. Flag States shall promptly inform the requesting State and the competent international organization of the action taken and its outcome. Such information shall be available to all States. 8. Penalties provided for by the laws and regulations of States for vessels flying their flag shall be adequate in severity to discourage violations wherever they occur», il successivo art. 218 Unclos introduce la possibilità per lo Stato del porto di intraprendere investigazioni, fermo restando che i proceedings di cui al comma 1 dell'art. 218 possono *be instituted in respect of a discharge violation in the internal waters, territorial sea or exclusive economic zone of another State, solo previa richiesta di «that State, the flag State, or a State damaged or threatened by the discharge violation, or unless the violation has caused or is likely to cause pollution in the internal waters, territorial sea or exclusive economic zone of the State instituting the proceedings».**

48 A livello procedurale, le altre norme di rilievo penale della Convenzione di Montego Bay prendono in diretta considerazione i procedimenti relativi a navi straniere, per quanto riguarda sia la decadenza dell'azione sia la duplicazione dei procedimenti.

49 P. BIRNIE, A. BOYLE, *International law and the environment*, cit., p. 284, ove gli Autori ritengono che il principio della giurisdizione universale dei Port States abbia carattere consuetudinario. In argomento anche M. FASCIGLIONE, *La protezione penale dell'ambiente marino nel sistema dei Multilateral Environmental Agreements (MEAs)*, cit., p. 52.



pena che può essere inflitta, sono le disposizioni contenute nell'art. 230 della Unclos, ove si prevede che per le infrazioni delle norme sull'inquinamento commesse da navi straniere al di là del mare territoriale possono venire inflitte soltanto pene pecuniarie: se tali infrazioni, invece, sono state commesse nel mare territoriale e si sia dinnanzi ad un atto grave e deliberato di inquinamento, occorrerà prendere in considerazione l'elemento psicologico del reato per valutare se non si debba procedere con sanzioni detentive, che si sommano a quelle pecuniarie<sup>50</sup>.

Si rappresenta, poi, che a tali Convenzioni generali se ne affiancano altre volte a tutelare specifiche aree geografiche tra cui la Convenzione di Barcellona, ove venne firmata nel 1976, per la protezione del Mar Mediterraneo, e la Convenzione per la protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico del Nord-Est, adottata a Parigi nel 1992.

Si segnala, infine, per la tutela che appresta alla fauna ed alla flora marina, la Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione (c.d. Cites), firmata a Washington nel 1973 e volta ad eliminare il commercio di specie protette.

### **3. Il ricorso al diritto penale internazionale, quale possibile strumento per sanzionare i comportamenti maggiormente incidenti, in termini di disastro, sull'ambiente (anche marino)**

L'esplosione a largo delle coste della Louisiana della piattaforma petrolifera *Deep Water Horizon* – gestita dalla compagnia petrolifera *British Petroleum* – da cui è conseguito lo sversamento nelle acque marine di ingenti quantitativi di petrolio<sup>51</sup> ha contribuito ad acuire il dibattito, già vivo, circa l'opportunità che la comunità internazionale – in ragione dell'attuale quadro giuridico inadeguato a tutelare efficacemente l'ambiente<sup>52</sup> – proceda alla creazione di

---

50 Y. TEPHANY, *La protection pénale de l'environnement marin dans les conventions internationales*, in P. CHAUMETTE, *Transforming the Ocean Law by Requirement of the Marine Environment Conservation - Le Droit de l'Océan transformé par l'exigence de conservation de l'environnement marin*, Marcial Pons, 2019, pp. 508 e ss.

51 In argomento, F. JORDANS, G. BURKE, *Deepwater Horizon rig had history of spills, fires before big Gulf of Mexico oil spills*, in *NOLA.com*, 30 aprile 2010. L. KAUFMAN, C. KRAUSS, *BP Says Its Latest Effort To Stop Gulf Leak Failed*, in *N.Y Times*, 30 maggio 2010; L. MOSS, *The 13 Largest Oil Spills in History*, in *Mother Nature network*, 16, luglio 2010. D. M. UHLMANN, *Crimes on the Gulf*, in *Law Quadrangle*, 31, 2010; ID, *After the Spill is Gone: The Gulf of Mexico, Environmental Crime, and Criminal Law*, in *Michigan Law Review*, 109, 8, 2011, pp. 1413 e ss.

52 Diverse altre disposizioni potrebbero, incidentalmente, sanzionare i danni all'ambiente commessi durante i NIAC, ma presentano comunque dei limiti legati al fatto che esse non sono precisamente riferite all'ambiente. Queste includono, ad esempio: articolo 8(2)(e)(xii) distruggere o sequestrare la proprietà del nemico a meno che tale distruzione o tale sequestro siano imperativamente richiesti dalle necessità della guerra; l'articolo 8(2)(e)(v) saccheggio di una città o di un luogo, anche se preso d'assalto;



un quinto nuovo crimine internazionale, idoneo a sanzionare i responsabili di gravissime offese arrecate al bene ambiente ed a proteggere e preservare le risorse naturali per le future generazioni<sup>53</sup>.

Trattasi del crimine di ecocidio – il cui termine è costituito dal prefisso “*eco*”, dal greco *oikos* cioè casa, e dal suffisso “*cide*”, dal latino *caedere*, cioè uccidere<sup>54</sup> – di cui in realtà si era iniziato a parlare già nei primi anni Settanta, per fare riferimento e per descrivere i disastri ambientali perpetrati durante la guerra del Vietnam dalle forze armate statunitensi, le quali, servendosi del cosiddetto “*Agent Orange*”, colpivano la popolazione e l’ambiente, lasciando milioni di acri di terra desolata<sup>55</sup>. Simili episodi, accompagnati dalla consapevolezza circa la necessità di contrastare le più gravi forme di aggressione all’ambiente mediante un efficace strumento internazionale, diedero infatti il via ad un prolifico dibattito in seno a studiosi, giuristi, politici ed ecologisti nel tentativo di promuovere adeguate soluzioni per fronteggiare il fenomeno<sup>56</sup>. In questo contesto si inseriscono la proposta del biologo Arthur W. Galston – avanzata a Washington nel 1970, in occasione della *Conference on War and National Responsibility*<sup>57</sup> – di

---

articolo 8(2)(e)(xiii) impiego di veleni o armi velenose; articolo 8(2)(e)(xiv) impiegando gas asfissianti, velenosi o di altro tipo, e tutti liquidi, materiali o dispositivi analoghi).

53 M.A. GRAY, *The international crime of ecocide*, in *California Western International Law Journal*, 1996, 26, p. 215; C. BYUNG-SUN, *Emergence of an international environmental criminal law?*, in *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, 19, 1, 2001, p. 11; A. NIETO MARTÍN, *Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente*, in *Atti del II Seminario del Gruppo di Ricerca Ispanico-Argentino*, 2010, *passim*; F. M. GRET, *The problem of an international criminal law of the environment*, in *Columbia Journal Environmental Law*, 2011, vol. 36, n.2, p. 195; A. NIETO MARTÍN, *Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 16, 2012, pp. 137 e ss; R. MWANZA, *Enhancing Accountability for Environmental Damage Under International Law: Ecocide as a Legal Fulfillment of Ecological Integrity*, in *Melbure Journal of International Law*, 19, 2018, *passim*; R. DE VICENTE MARTINEZ, *Hacia un Derecho penal internacional medioambiental: catástrofes naturales y ecocidio*, in D. CRESPO, A. N. MARTIN (a cura di), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Valencia, 2018; M. COLACURCI, *The Draft Convention Ecocide and the Role for Corporate Remediation: some Insights from the International Monsanto Tribunal and a Recent Research Proposal*, in *International and Comparative Law Review*, 2021, *passim*.

54 L. NEYRET, *Pour la reconnaissance du crime d’écocide*, in *Revue juridique de l’environnement*, vol. 39, no. 1, 2014, pp. 177-193.

55 G. P. FLETCHER, *Tort Liability for Human Rights Abuses*, Oxford, 2008; D. ZIERLER, *The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists Who Changed the Way We Think About the Environment*, Georgia, 2011, *passim*; D. ZIERLER, *The invention of ecocide*, in *The University of Georgia Press*, 2011, p. 15.

56 Cfr. G. RIZZO MINELLI, *Considerazioni sul ruolo del diritto penale internazionale nel contrasto ai crimini contro l’ambiente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2022, *passim*.

57 Il Professor Galston fu il primo ad impiegare il termine ecocidio nella Conferenza di Washington del 1970. Ed invero, in tale occasione egli affermò: «dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale e in esito ai processi di Norimberga, abbiamo giustamente condannato la volontaria devastazione di un intero popolo e della sua cultura, definendo genocidio questo crimine contro l’umanità. A me sembra che la distruzione volontaria e permanente dell’ambiente in cui un popolo può vivere nel modo in cui sceglie di farlo dovrebbe parimenti essere



stipulare un nuovo accordo internazionale diretto a sanzionare l'ecocidio e la sollecitazione del Primo Ministro svedese Olof Palme, il quale – nel 1972, durante la Conferenza di Stoccolma<sup>58</sup> – chiese che a livello internazionale si iniziasse a predisporre uno specifico delitto in grado di punire gli autori di «danni all'ambiente naturale su vasta scala», implicanti una «violazione del generale dovere di cura dell'umanità»<sup>59</sup>, auspicando quindi la comparsa di un nuovo crimine idoneo a preservare il diritto a un ambiente sano<sup>60</sup>.

In esito alla Conferenza di Stoccolma, è stata anche elaborata da Richard Falk, nel 1973, una prima *Convenzione sul Crimine di Ecocidio*, il cui l'articolo 1 affermava che «l'ecocidio commesso tanto in tempo di pace quanto in tempo di guerra, è un crimine ai sensi del diritto internazionale». Di poi, nella elaborazione del *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* – bozza dell'attuale Statuto di Roma – all'art. 26 si leggeva che «chiunque volontariamente cagiona o ordina ad un'altra persona di cagionare un danno all'ambiente naturale tanto esteso, perdurante nel tempo e grave, al punto che la salute o la sopravvivenza di una popolazione ne sarà gravemente pregiudicata, è, in seguito a condanna per ciò, punito», salvo poi – in sede di votazione finale della bozza da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1996 – estromettere tale articolo<sup>61</sup>.

La questione concernente il crimine di ecocidio e della sua definizione è stata ripresa con forte veemenza nel 2010 da parte dell'avvocato Polly Higgins che, alla guida del movimento *End Ecocide on the Earth*, ha indicato alla Commissione di diritto internazionale, come possibile strada per sanzionare i più significativi casi di compromissione ambientale, l'ampliamento –

---

*considerata un crimine contro l'umanità, da definirsi con il termine ecocidio...Attualmente, gli Stati Uniti sono i soli ad aver verosimilmente commesso un ecocidio contro un altro paese, il Vietnam, attraverso l'uso massivo di defolianti chimici ed erbicidi. Le Nazioni Unite sembrerebbero l'istituzione appropriata per la formulazione di una proposta contro l'ecocidio». Sul punto v. A. GAUGER, M.P. RABATEL-FERNEL, L. KULBICKI, D. SHORT, P. HIGGINS, *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, Londra, 2012, *passim*.*

58 All'esito della Conferenza, seppur con toni più attenuati, nella Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, in cui si legge che «entrambi gli aspetti dell'ambiente dell'uomo, quello naturale e quello artificiale, sono essenziali per il suo benessere e per il godimento dell'essere umano di base diritti, il diritto alla vita stessa», ed il Rapporto sui Diritti Umani e sull'Ambiente, la cui sezione 248 sostiene che il danno ambientale abbia effetti diretti sul godimento di una serie di diritti umani, come il diritto alla vita e alla salute.

59 Palme, in quella sede, definì, nel discorso di apertura, i bombardamenti indiscriminati e l'uso di bulldozers ed erbicidi durante il conflitto vietnamita un "oltraggio a volte descritto come ecocidio, che richiede l'attenzione internazionale". Sul punto, M. A. GRAY, *The international crime of ecocide*, in *California Western International Law Journal*, vol. 26, 1996, pp. 215-271.

60 L. BERAT, *Defending the right to a healthy environment: towards a crime of geocide in international law*, in *Boston University International Law Journal*, vol. 11, n. 2, pp. 327-348; K. Hulme, *Do we need a human right to a healthy environment? Paper presented at Human Rights and the Environment Panel, February 21st, University of Essex, Human Rights Centre 25th Anniversary*.

61 A/CN.4/377 and Corr. – *Second report on the draft code of offences against the peace and security of mankind*, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur, par. 47 e ss., estratto dal *Yearbook of the International Law Commission*, 1984, vol. II, pp. 1 e ss.



*ratione materiae* – della competenza della Corte penale internazionale, e – di conseguenza – la modifica del suo Statuto, per permetterle di sanzionare anche i casi di ecicidio, definiti dal Movimento come «*danni durevoli ed estesi (i) ad una parte, o sistema, dei beni comuni globali, (ii) ad un ecosistema su cui una popolazione o una sub-popolazione umana faccia affidamento*»<sup>62</sup>.

Una seconda proposta è stata elaborata dalla Gruppo di ricerca guidato dal francese Laurent Neyret, il quale nel proprio progetto di *Convenzione sull'ecicidio*<sup>63</sup>, composta da 5 capitoli e 25 articoli, ha prospettato l'adozione del crimine in parola che si configurerebbe laddove si sia in presenza di una «*serie di atti, commessi intenzionalmente*<sup>64</sup>, nel quadro di una azione generalizzata o sistematica, che offendono la sicurezza del pianeta» causando (i) «*una degradazione estesa durevole e grave dell'aria o dell'atmosfera, del suolo, dell'acqua, della flora e della fauna o delle funzioni* (ii) *la morte, lesioni permanenti o malattie gravi e incurabili ad una*

---

62 P. HIGGINS, *Eradicating Ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet*, Londra, 2010, pp. 61- 92; ID, *Earth is our Business*, Londra, 2011, *passim*; P HIGGINS, D. SHORT, N. SOUTH, *Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide*, in *Crime Law and Social Change Journal*, 2013, p. 5 e ss. In argomento anche V. CARANES, *L'objectif est de faire de l'ecocide le cinquieme crime international contra la paix*, *Liberation*, 2 dicembre 2015; E. FRONZA, *L'ecicidio. Alcune riflessioni a margine della proposta di introduzione di un nuovo crimine internazionale*, in M. CAIANIELLO, F. CURI, M. MANTOVANI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, 2016, p. 799.

63 Per un più approfondito esame si rinvia al volume curato da L. NEYRET, *Des ecocrimes a l'ecocide*, Bruxelles, 2015, pp. 286-304. Pubblicato nel 2015, sotto la direzione di Laurent Neyret, questo volume è il frutto del lavoro di ricerca di sedici giuristi di rilevanza internazionale ed appare costituito attorno a due poli. Nella prima parte si ricerca una risposta comune ai crimini ambientali internazionali, rivolgendo attenzione agli sforzi compiuti nella costruzione di un diritto penale comune in materia ambientale, ai limiti e alle sfide presentati dall'internazionalizzazione di un diritto penale dell'ambiente, al tentativo di definire e introdurre un nuovo crimine internazionale di ecicidio e alle risposte alla lotta contro la criminalità ambientale internazionale. La seconda parte del libro, caratterizzata da una prospettiva *de iure condendo*, è dedicata alla presentazione di due Convenzioni in materia ambientale, la *Convention écocrimes* e la *Convention écocide*. Per una prima recensione all'opera M. BORTOLUZZI, AA. VV., *Des ecocrimes a l'ecocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 luglio 2015.

64 Il progetto di Convenzione fornisce un elenco – non esaustivo – degli atti intenzionali, tra cui figurano: a) lo scarico, l'emissione o l'immissione di una quantità di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria o nell'atmosfera, nel suolo, nell'acqua o negli ambienti acquatici; b) la raccolta, il trasporto, il recupero o lo smaltimento dei rifiuti, compresa la supervisione di tali operazioni e il post-cura dei siti di smaltimento, nonché l'azione di concessionario o intermediario nell'ambito di qualsiasi attività connessa alla gestione dei rifiuti; c) l'esercizio di un impianto in cui viene svolta un'attività pericolosa o in cui sono stoccate o utilizzate sostanze o preparati pericolosi; d) la produzione, la lavorazione, la manipolazione, l'uso, la detenzione, lo stoccaggio, il trasporto, l'importazione, l'esportazione o lo smaltimento di materie nucleari o altre sostanze radioattive pericolose; e) l'uccisione, la distruzione, il possesso o il prelievo di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette o meno; f) altri atti di analogo carattere commessi intenzionalmente che incidano negativamente sulla sicurezza del pianeta.



popolazione»<sup>65</sup>. Infine, nel 2020, la Fondazione *Stop Ecocide*, ha provato – nel fornire alla CPI una proposta definatoria dell’ecicidio – a qualificarlo come «*la causazione di atti illeciti o arbitrari commessi con la consapevolezza che esiste una probabilità sostanziale di arrecare danni gravi e alternativamente diffusi o a lungo termine all’ambiente*». A tali ultime due proposte – differenti tra loro nella misura in cui una propone l’adozione di una Convenzione internazionale sull’ecicidio l’altra di emendare lo Statuto di Roma – si affiancano le iniziative di singoli rappresentanti di Stati. A mero titolo di esempio, si citano la sollecitazione dell’ambasciatore della Repubblica di Vanuatu e l’impegno manifestato dall’attuale Presidente francese Macron durante la presentazione di una proposta di legge sull’ecicidio da parte della *Convention Citoyenne pour le Climat*, palesando così la propria intenzione di promuovere la criminalizzazione del fenomeno anche da parte del diritto internazionale; si menzionano altresì le esperienze di numerosi Stati (Vietnam, Federazione Russa, Georgia, Armenia, Ucraina, Bielorussia, Kazakistan, Kirgizstan, Moldavia, Tajikistan) che – in maniera pionieristica – hanno optato per la criminalizzazione dell’ecicidio nei propri ordinamenti giuridici. A ciò si aggiunga l’influenza delle istituzioni internazionali, manifestata nella Risoluzione 2020/2027(INI) del Parlamento europeo, con cui si è preso atto «*del crescente impegno da parte degli Stati membri ad adoperarsi per il riconoscimento dell’ecicidio a livello nazionale e internazionale*»; contestualmente richiedendo «*alla Commissione di esaminare la pertinenza dell’ecicidio per il diritto e la diplomazia dell’UE*».

Se vi sono innegabili aspetti positivi che accompagnano le proposte volte ad introdurre tale crimine nel diritto penale internazionale – aspetti legati anche al carattere transnazionale della minaccia ambientale, che potrebbe necessitare uno sforzo e soluzioni politiche di armonica portata<sup>66</sup> nel tentativo di riscontrare soluzioni alternative rispetto agli strumenti esistenti, spesso insufficienti ad intervenire di fronte alle sfide imposte da fenomeni, come l’inquinamento delle acque marine, che travalicano i singoli confini nazionali – ad essi comunque si contrappongono alcune criticità la cui (per ora) difficile soluzione sembra precludere ad una tempestiva introduzione nel crimine nel contesto internazionale<sup>67</sup>. Ed invero, non mancano problemi legati alla tipizzazione dell’ecicidio – la cui ardua definizione complica il suo accertamento processuale –, alla individuazione dell’elemento soggettivo che deve sorreggerlo – posto che i crimini internazionali richiedono gli elementi di *intent* e *knowledge* anche se la criminalità ambientale spesso ha carattere colposo – ed alla

---

65 Art. 2, Progetto di Convenzione contro l’Ecicidio. Per un più approfondito esame si rinvia a L. NEYRET, *Des ecocrimes a l’ecocide*, cit., pp. 286-304.

66 G. W. WRIGHT, *Conceptualising and combating transnational environmental crime*, in *Trends in Organized Crime*, 2011, pp. 332-346

67 Rapporto CDI A/61/10, p. 132. A riguardo, M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs – Les forces imaginantes du droit (IV)*, Seul, 2011, p. 99.



perimetrazione dei soggetti potenzialmente responsabili, dato i principali autori di disastri ambientali sono le imprese, spesso multinazionali, che allo stato attuale rimangono escluse dalla previsioni dello Statuto di Roma incentrato esclusivamente sui crimini commessi dalle persone fisiche<sup>68</sup>.

#### 4. Il ruolo del diritto comunitario nel contrasto all'inquinamento provocato da navi

A livello comunitario, ad un'originaria ritrosia ad affrontare tematiche concernenti la protezione dell'ambiente – ritenuto un tema distante delle preoccupazioni di una comunità incentrata sull'uso “del carbone” e “dell'acciaio” – in seguito a recenti ed importanti disastri ecologici, come quelli provocati dagli incidenti delle petroliere *Erika* e *Prestige* affondate nelle acque comunitarie<sup>69</sup>, si è cercato di implementare un apparato normativo in grado di apprestare adeguata tutela alle risorse naturali, anche attraverso il diritto penale<sup>70</sup>, che – non

68 A. NIETO MARTIN, *Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 16, 2012, p. 138. In materia di “green criminology”, v. W. ROB, *Environmental crime in global context*, in *Current Issues Crim. Just.*, vol. 16, 2004-2005, p. 275; C. GIBBS, M. GORE, E. MCGARRELL, L. RIVERS, *Introducing Conservation Criminology*, in *Brit. J. Criminol.*, vol. 50, 2010, pp. 124 ss. C.M. CAPIZZI, *Ecocidio: Analisi di una proposta*, in *Lexambiente*, 18 ottobre 2019; A. VALLINI, E. AMATI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2020, pp. 385 e ss.; A. SCARPELLO, A. IRANZO DOSDAD, C. MARQUEZ CARRASCO, M. E. GELMI, P. D. CORTES MARTINEZ, *Ecocidio y responsabilidad corporativa: el vínculo necesario para alcanzar la justicia ambiental*, in *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 4, n. 4, 2021.

69 In seguito all'affondamento della petroliera *Erika* e di poi della *Prestige*, si è assistito ad una incisiva accelerazione nell'adozione del doppio scafo per le petroliere, che pure era già stato deciso a livello internazionale seguendo un calendario più dilatato. Il pacchetto *Erika I*, che ha reso anche obbligatorio il controllo delle navi da parte dello Stato di approdo, ha anticipato di alcuni anni il passaggio al doppio scafo per le navi che toccano i porti europei. *Erika II* ha istituito l'Agenzia europea per la sicurezza marittima che fornisce alla Commissione un sostegno tecnico e scientifico e monitora l'applicazione della legislazione in materia di sicurezza marittima. Per avere la sede dell'Agenzia aveva concorso anche Genova, sia pure con appoggio poco convinto da parte del governo italiano, ma alla fine ha avuto la meglio Lisbona. Il Terzo Pacchetto, oltre a migliorare le misure di prevenzione, contiene anche norme su come gestire la fase successiva all'incidente: dà indicazioni sui principi a cui si devono ispirare le indagini da parte dell'autorità marittima, obbliga le compagnie ad assicurarsi non soltanto per i danni che subiscono merci e persone, ma anche per quelli causati all'ambiente, e attribuisce nuove responsabilità ai vettori per il trasporto di passeggeri.

70 La CE (ora UE) ha dato un contributo significativo al miglioramento della sicurezza delle navi, in particolare per quanto riguarda le navi cisterna che trasportano idrocarburi. In generale, l'approccio della CE è stato quello di lasciare che l'IMO prendesse le iniziative e quindi di raccomandare agli Stati membri di accettare e attuare i vari accordi e convenzioni adottati dall'IMO. L'incidente di *Braer* nel 1993, che ha provocato un massiccio inquinamento al largo delle isole Shetland, ha portato a un grande cambiamento di atteggiamento sia per gli Stati membri che per la CE nel suo insieme. Da allora, la CE ha adottato o aggiornato un ampio corpus legislativo sulla sicurezza marittima, e ciò ha contribuito in modo significativo alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento del mare causato dalle navi nelle acque della CE. La normativa sviluppata nella CE comprende direttive e regolamenti riguardanti, tra



più comparsa ma spesso protagonista del processo di integrazione europea – è stato sovente invocato quale strumento maggiormente idoneo per fronteggiare le nuove sfide provenienti dall'acuirsi della criminalità transfrontaliera e dall'urgente necessità di porre rimedio alla inefficacia del regime sanzionatorio disposto dai singoli Paesi membri<sup>71</sup>.

l'altro, requisiti minimi per le navi che trasportano carichi pericolosi o inquinanti diretti o in partenza da porti CE (Direttiva 93/75/CEE del Consiglio del 13 settembre 1993 relativa ai requisiti minimi per le navi vincolate per o in uscita dai porti comunitari e trasporto di merci pericolose o inquinanti [1993] GU L247/19); un sistema comunitario di monitoraggio del traffico navale (Direttiva 2002/59/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2002, che istituisce un sistema comunitario di monitoraggio e informazione del traffico navale e abroga la direttiva 93/75/CEE del Consiglio [2002] GU L208/10); livelli minimi di formazione della gente di mare (Direttiva 2001/25 CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 aprile 2001, sul livello minimo di formazione della gente di mare [2001] GU L136/17); e norme e norme comuni per le organizzazioni di ispezioni e ispezioni navali e per le attività delle amministrazioni marittime (Direttiva 94/57/CE del Consiglio del 22 novembre 1994 relativa a norme e norme comuni per le organizzazioni di ispezioni e ispezioni navali e per le attività pertinenti delle amministrazioni marittime [1995] GU L319/20). Sono state inoltre adottate direttive concernenti l'applicazione delle norme internazionali per la sicurezza delle navi, la prevenzione dell'inquinamento e l'ispezione da parte dello Stato di approdo delle condizioni di vita e di lavoro a bordo delle navi (Direttiva 95/21/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, concernente l'applicazione, in relazione alla navigazione mediante navi comunitarie Porti e navigazione nelle acque sotto la giurisdizione degli Stati membri, delle norme internazionali per la sicurezza delle navi, la prevenzione dell'inquinamento e le condizioni di vita e di lavoro a bordo [controllo dello Stato di approdo] [1995] GU L157/1). In seguito agli incidenti di Erika e Prestige, nella CE si è intensificata l'attività per adottare una maggiore legislazione sulla sicurezza delle navi. Le nuove direttive e regolamenti adottati da allora comprendono quelle relative alla sicurezza delle navi portarinfuse (Direttiva 2001/96/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2001, che stabilisce requisiti e procedure armonizzate per il carico e lo scarico sicuri delle navi portarinfuse [2002] GU L13/9); armonizzazione delle ispezioni navali (regolamento [CE] n. 884/2005 della Commissione, del 10 giugno 2005, che stabilisce procedure per lo svolgimento delle ispezioni della Commissione nel settore della sicurezza marittima [2005] GU L148/25); misure per accelerare l'introduzione graduale dei requisiti di progettazione a doppio scafo o equivalenti per le petroliere monoscafo (regolamento [CE] n. 1726/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2003, che modifica il regolamento [CE] n. l'introduzione accelerata dei requisiti di progettazione a doppio scafo o equivalente per le petroliere a scafo singolo [2003] GU L249/1); e la fornitura di impianti portuali di raccolta dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui del carico (direttiva 2000/59/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2000, sugli impianti portuali di raccolta dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui del carico [2000] GU L332/81). Inoltre, l'Agenzia europea per la sicurezza marittima e il comitato per la sicurezza marittima e la prevenzione dell'inquinamento provocato dalle navi sono stati istituiti dal regolamento (CE) n. 1406/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2002, che istituisce un'Agenzia europea per la sicurezza marittima ([2002] GU L208/1) e il regolamento (CE) n. 2099/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 novembre 2002, che istituisce un comitato per la sicurezza marittima e la prevenzione dell'inquinamento provocato dalle navi (COSS) e modifica i regolamenti sulla sicurezza marittima e la prevenzione dell'inquinamento provocato dalle navi ([2002] GU L324/1), rispettivamente.

71 I. NICOTRA, *Sovranità statale e fonti europee nella protezione dell'ambiente*, in B. ROMANO (a cura di), *I reati ambientali alla luce del diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2013, pp. 4 e ss.



In questi termini, anche l'inquinamento marino da idrocarburi causato dalle navi, dovuto essenzialmente alla prassi dei cosiddetti "scarichi operativi" nei quali rientrano le operazioni di pulizia delle cisterne e lo smaltimento del petrolio residuo, incoraggiata sia dall'assenza di adeguate infrastrutture per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti nelle aree portuali, sia dall'osservanza non omogenea delle procedure tecnico-operative previste dalla normativa internazionale, è progressivamente divenuto oggetto di direttive comunitarie «*tendenti a migliorare l'attuazione di regole e norme internazionali*». Significative, a riguardo, la direttiva 95/21/CE sul controllo dello Stato di approdo – secondo cui durante ogni ispezione a bordo nave devono essere verificati il registro degli oli minerali e gli altri registri di bordo, con la possibilità, in caso di incongruenze, di applicare sanzioni di progressiva gravità e proporzionate alle irregolarità riscontrate, fino al fermo della nave – la direttiva 2000/59/CE – istitutiva dell'obbligo per gli enti di gestione dei porti di dotarsi di adeguati impianti di raccolta dei rifiuti delle navi e dell'obbligo di utilizzazione degli stessi – e la direttiva 2002/59/CE, volta a migliorare lo scambio di informazioni in possesso degli Stati costieri in merito al naviglio mercantile presente nelle acque sottoposte alla propria giurisdizione esclusiva, in cui si era posto l'accento sull'importanza di introdurre nei singoli Stati sanzioni penali adeguate, creando in tal modo un effetto deterrente che abbia rilevanti e positivi riscontri per il futuro, e ciò non solo per ipotesi dolose ma anche per quelle caratterizzate da gravi negligenze.

La comune volontà politica degli Stati membri dell'Unione di intervenire, anche attraverso il diritto penale, nella protezione dell'ambiente marino, ha trovato il proprio apice nella direttiva 2005/35/CE, integrata dalla decisione-quadro 2005/667/GAI del Consiglio<sup>72</sup>, adottata in via complementare sulla base di un testo proposto dalla Commissione, per adeguare il diritto comunitario agli obblighi internazionali in materia di inquinamento causato dalle navi, rafforzare il relativo sistema sanzionatorio, aumentare la sicurezza del trasporto marittimo e garantire una più elevata protezione dell'ambiente. Entrambi i testi comunitari, però, lungi dall'imporre genericamente agli Stati il varo di non meglio specificate sanzioni, prevedevano l'armonizzazione dei livelli di pena, necessaria anche alla luce del fenomeno del c.d. *forum shopping*, e richiedevano l'adozione di sanzioni «*efficaci, proporzionate e dissuasive*» (art. 8 Direttiva), che, per quanto riguarda le persone fisiche, avrebbero dovuto consistere nella reclusione – di cui la decisione-quadro dettava anche i massimi e minimi edittali (art. 4 della decisione, in cui vengono previste specifiche circostanze che sarebbero dovute diventare, negli ordinamenti statali, aggravanti speciali)<sup>73</sup> – mentre per le persone giuridiche, si sarebbe dovuto

<sup>72</sup> Cfr. decisione-quadro 2005/667/GAI del Consiglio europeo del 12 luglio 2005 intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi.

<sup>73</sup> Ai sensi dell'art. 4, § 4, è previsto che ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché il reato di cui all'articolo 2, se commesso deliberatamente, sia punibile con una pena detentiva della durata

prevedere un regime composto essenzialmente da sanzioni pecuniarie, oltre che da misure riparatorie e/o ripristinatorie e da sanzioni interdittive (art. 6 della decisione). La direttiva 2005/35/CE poi, ricalcando il contenuto della Convenzione Marpol, proponeva di fare oggetto di sanzione gli scarichi in mare delle sostanze definite inquinanti dall'Allegato I (idrocarburi) e dall'Allegato II (sostanze liquide nocive trasportate alla rinfusa) della Convenzione. Gli scarichi in questione possono essere sanzionati, ai sensi dell'art. 4 della direttiva, se soddisfano le condizioni previste dall'art. 3 della direttiva stessa – che ne detta il campo di applicazione – e se sono «*effettuati intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave*». Ancor più rilevante è la previsione contenuta nell'art. 5, avente ad oggetto le “deroghe”: non vengono infatti applicate le sanzioni se lo «*scarico di sostanze inquinanti in una delle aree di cui all'articolo 3, paragrafo 1 [...] soddisfa le condizioni di cui all'allegato I, norme 9, 10, 11 a) o 11 c), o all'allegato II, norme 5, 6 a) o 6 c), della convenzione Marpol 73/78; lo scarico di sostanze inquinanti nelle aree di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere c), d) ed e)*», o se lo stesso, eseguito dal proprietario, dal comandante o dall'equipaggio posto sotto la responsabilità di quest'ultimo, «*soddisfa le condizioni di cui all'allegato I, norma 11 b) o all'allegato II, norma 6 b), della convenzione Marpol 73/78*», rinviando, cioè, a disposizioni atte a limitare la portata del divieto per motivi tecnici (come il lavaggio delle cisterne), per motivi di sicurezza (lo scarico è permesso purché ciò sia necessario per salvare la vita di qualcuno), oppure ancora per motivi di tutela dell'ambiente (come nel caso in cui vengano scaricati solventi al fine di contenere una marea nera)<sup>74</sup>.

---

massima compresa tra almeno cinque e dieci anni, qualora il reato abbia causato danni significativi ed estesi alla qualità delle acque, a specie animali o vegetali o a parti di queste e la morte o lesioni gravi a persone.

74 La direttiva 2005/35/CE tollera l'effettuazione di scarichi inquinanti al di sotto di determinate quantità od in circostanze particolari. Ad esempio, l'art. 5 sancisce la liceità degli scarichi di idrocarburi o di sostanze liquide pericolose effettuati nel rispetto delle condizioni indicate all'Allegato I (norme 15, 34, 4.1. o 4.3) ed all'Allegato II (norme: 13, 3.1.1 e 3.1.3) della Convenzione di Marpol. Tramite il rinvio è esclusa l'illiceità degli scarichi di idrocarburi o di miscele di idrocarburi effettuati: al di fuori delle zone speciali (ovvero quella del Mare Mediterraneo, del Mar Baltico, del Mar Nero, del Mar Rosso e quella dei Golfi), ad una certa distanza dalle coste, da navi in navigazione dotate di particolari sistemi di sorveglianza e di controllo degli scarichi di idrocarburi ed un sistema di cisterne di decantazione, che non superino determinate soglie quantitative, con valori che variano a seconda del tipo di nave). Sono inoltre considerati leciti gli scarichi delle acque sentine, non mescolate ai residui del carico di idrocarburi, se effettuati nel rispetto delle condizioni stabilite dalla Convenzione, ovvero solo qualora non contengano prodotti chimici, od altre sostanze, in quantità o in concentrazioni pericolose per l'ambiente marino. Lo scarico, anche laddove non rispetti le suddette condizioni, non è considerato illecito se effettuato da una nave per assicurare la propria sicurezza, quella di un'altra nave, per salvare delle vite umane, ovvero, laddove lo scarico in mare di idrocarburi sia approvato dall'Autorità al fine di contrastare un particolare caso di inquinamento. Il successivo paragrafo dell'art.5 esclude l'illiceità degli scarichi di idrocarburi e di liquami pericolosi riversati in seguito ad un'avaria alla nave o al suo equipaggiamento, se avvenuti: negli stretti utilizzati per la navigazione internazionale e soggetti al regime di passaggio di transito (come specificato nella parte III, sezione 3 della Convenzione delle



Dal punto di vista giurisdizionale, infine, l'art. 7 della decisione – superando il sussidiario criterio dello Stato di bandiera, che pur permaneva – attribuiva la competenza al giudice dello Stato nel cui territorio è stato commesso il reato<sup>75</sup>.

La Commissione europea impugnò la decisione-quadro 2005/667/GAI dinnanzi alla Corte di Giustizia per violazione degli artt. 174 e 175 del TCE, adducendo che il corretto fondamento di simili interventi normativi dovesse essere rintracciato nell'ambito del "primo pilastro" comunitario piuttosto che nel "terzo", riproponendo così le medesime doglianze con cui era stato ottenuto l'annullamento della decisione 2003/80/GAI in materia di tutela penale dell'ambiente<sup>76</sup>. Ed invero, in base agli artt. 29, 31, lett. e), e 34, par. 2, lett. b), TUE, la tutela penale dell'ambiente era stata fatta rientrare nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale di cui all'art. 29, in ragione della dimensione transnazionale di tali reati, le cui conseguenze «*sempre più frequentemente si estendono al di là delle frontiere degli Stati ove tali reati vengono commessi*», costituendo un problema con cui devono confrontarsi tutti gli Stati membri, chiamati ad «*agire di concerto per proteggere l'ambiente in base al diritto penale*». Uno degli strumenti offerti dal diritto comunitario per realizzare la cooperazione giudiziaria era la decisione quadro (art. 34, paragrafo 2, lettera b), finalizzata al «*ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*», vincolanti quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma ed ai mezzi da impiegare, in ragione della mancanza di efficacia diretta delle stesse<sup>77</sup>.

In senso contrario, l'interesse della Commissione a collocare la competenza nell'ambito del primo pilastro, cioè in quello del TCE (ora TFUE), là dove, il potere di iniziativa legislativa è

---

Nazioni Unite del 1982 sul diritto del mare), nella misura in cui uno Stato membro abbia giurisdizione su tali stretti; nella zona economica esclusiva; in una zona equivalente di uno Stato membro, istituita ai sensi del diritto internazionale o in alto mare. A norma dell'art. 5 *bis* della direttiva è, inoltre, esclusa l'illiceità degli scarichi che, per la loro scarsa entità, non abbiano prodotto un deterioramento alla qualità delle acque. Questi sono, però, illeciti se per la loro periodica ripetizione abbiano, nel loro insieme, causato un deterioramento delle acque.

<sup>75</sup> La presenza di più criteri, che potenzialmente avrebbero potuto fondare per il medesimo reato la competenza giurisdizionale di più Stati membri, era poi temperata dai c.d. criteri di collegamento (commi 4 e 5).

<sup>76</sup> In particolare, l'art. 174, n. 1, CE elenca gli obiettivi dell'azione ambientale della Comunità mentre l'art. 175 CE definisce le procedure da seguire al fine di raggiungere tali obiettivi.

<sup>77</sup> L'adozione di decisioni-quadro incidenti nella materia penale si caratterizza, peraltro, per una bassa intensità di armonizzazione, legata sia al mancato effetto diretto di tali provvedimenti normativi che alla impossibilità, in caso di loro omessa trasposizione negli ordinamenti nazionali, di porvi rimedio mediante un ricorso per inadempimento *ex art. 226 TCE*, oltre al fatto che la stessa competenza pregiudiziale della CGE non presenta, in tali casi, carattere obbligatorio, dovendo, ai sensi dell'art. 35 TUE, essere accettata dagli Stati membri per poter incidere concretamente nei casi di inottemperanza.



nelle sue mani e vi è un significativo coinvolgimento sia del Consiglio, che può decidere a maggioranza qualificata, sia del Parlamento europeo<sup>78</sup>.

La Corte, dopo aver riconosciuto che la legislazione penale e le norme di procedura penale non rientrassero tra le materie di competenza diretta della Comunità, ha rilevato che le disposizioni della decisione-quadro 2005/667/GAI, essendo finalizzate oltre che alla tutela dell'ambiente anche a garantire la sicurezza marittima, avrebbero potuto essere adottate *ex art.* 80, comma 2, TCE; lungi, quindi, dal contestare di per sé lo strumento prescelto, la Corte ha rilevato l'assenza di competenza della Comunità a determinare il tipo ed il livello delle pene che gli stati sono tenuti a prevedere e pertanto ha escluso la possibilità comunitaria di intervenire, come fatto agli artt. 4 e 6, sul trattamento sanzionatorio; constatando poi come la direttiva non potesse sussistere in assenza della decisione-quadro, i giudici di Lussemburgo hanno annullato entrambi i provvedimenti.

#### **4.1. I più recenti interventi europei volti a tutelare dell'ambiente marino attraverso sanzioni penali**

Con la direttiva 2009/123/CE, introdotta in un mutato contesto comunitario, sono stati reinseriti nella normativa europea i contenuti annullati dalla Corte di Giustizia. Essa, infatti, allo stesso modo dei testi previgenti, sottolinea che *«lo scarico illecito di sostanze inquinanti effettuato dalle navi dovrebbe essere considerato reato qualora sia stato commesso intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave e qualora provochi un deterioramento della qualità dell'acqua. Non è necessario che i casi meno gravi di scarico illecito di sostanze inquinanti, effettuati dalle navi che non provocano un deterioramento della qualità dell'acqua, siano considerati reati»* (Considerando 9).

L'art. 1 della direttiva del 2009 sostituisce integralmente il testo degli artt. 4 e 5 della direttiva del 2005, rispettivamente rubricati "violazioni" e "deroghe". Il nuovo testo dell'art. 4 prevede che venga punito l'autore di ogni tipo di scarico, anche se "di minore entità". Nonostante sembri dettare una disciplina più severa rispetto alla previgente, l'art. 5 mantiene il sistema di deroghe già disciplinato dalla decisione abrogata, escludendo così che possa essere punito chi sversa nelle acque marine sostanze inquinanti per ottemperare alle prescrizioni della Convenzione Marpol. Con la Direttiva 2009/123/CE, inoltre, viene prevista la responsabilità delle persone giuridiche, precedentemente disciplinata agli artt. 5 e 6 della decisione annullata. Le fattispecie introdotte fondano la responsabilità dell'ente a due condizioni: che la condotta sia stata posta in essere da un soggetto che detenga, in seno alle persone giuridiche, una posizione dotata di poteri di rappresentanza, decisione o di controllo (comma 1) oppure che l'autore sia sottoposto all'autorità della predetta posizione dotata di

---

<sup>78</sup> Per un commento a tale prima pronuncia della Corte di Giustizia si rinvia a G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, pp. 911 e ss.



preminenza all'interno dell'ente (comma 2). Si specifica, inoltre, che i comportamenti inquinanti debbano rientrare nelle condotte tassativamente previste dalla direttiva e che in ogni caso siano posti in essere a vantaggio dell'ente.

Nello stesso anno veniva poi varato il Regolamento 391/2009/CE in materia di enti certificatori, con cui tale mansione non è più rimasta appannaggio esclusivo delle istituzioni a ciò storicamente preposte, potendo ora essere svolta a seguito dell'ottenimento di una specifica autorizzazione. Detti enti sono sottoposti a verifiche e sanzioni, fino alla revoca dell'autorizzazione stessa. A due ulteriori Direttive viene, infine, affidato il compito di regolamentare i controlli e le ispezioni a bordo nave: la Direttiva 2009/15/CE stabilisce che «[...] i controlli e le misure che devono adottare gli Stati membri nel loro rapporto con gli organismi preposti all'ispezione, al controllo e alla certificazione delle navi per conformarsi alle convenzioni internazionali sulla sicurezza in mare e sulla prevenzione dell'inquinamento marino [...]» (art. 1 Direttiva 2009/15 CE) mentre la Direttiva 2009/16/CE detta le regole per i controlli da parte dello Stato di approdo.

#### **4.2. Possibili spazi per una riforma europea del sistema penale ambientale: la Proposta di Direttiva 2021/0422/COD**

Nonostante il susseguirsi di interventi comunitari in campo ambientale, volti a garantire una efficace tutela (anche penale) del bene protetto, l'impatto della criminalità ambientale sull'ambiente naturale in Europa, ma più in generale a livello globale, continua a determinare l'aumento dei livelli di inquinamento, il degrado della fauna selvatica, la riduzione della biodiversità e la perturbazione dell'equilibrio ecologico. Partendo da tali constatazioni la Commissione europea, il 15 dicembre del 2021, ha proposto l'adozione di una nuova direttiva europea<sup>79</sup> atta a reprimere la criminalità ambientale, onorando un impegno fondamentale del *Green Deal* europeo<sup>80</sup>. La proposta – che si inserisce nel Piano d'Azione "Inquinamento Zero", in quello per l'"Economia Circolare", e nell'ambito della Strategia sulla biodiversità per il 2030 – intende rendere più efficace la tutela dell'ambiente obbligando gli Stati membri ad adottare ulteriori disposizioni penali nei propri ordinamenti ed a rafforzare quelle già in essere per contrastare i reati ambientali che, come rilevato dai proponenti in seno all'organo esecutivo

---

79 Documento Com/2021/851 final "Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE" n. 2021/0422 COD del 15 dicembre 2021. Il 21 aprile 2022 si è conclusa la fase di consultazione pubblica della proposta di Direttiva presentata dalla Commissione Europea per reprimere la criminalità ambientale, onorando uno degli impegni del *Green Deal* europeo.

80 *European Commission, European Green Deal: Strengthening EU law to combat environmental crime*, 15 dicembre 2021.



europeo, «sono molto redditizi – con guadagni assimilabili a quelli del traffico illecito di stupefacenti – ma le sanzioni sono molto più blande ed è meno frequente che questi vengano perseguiti»<sup>81</sup>.

Pur essendo necessario attendere l'effettiva emanazione della direttiva per fornire una valutazione più completa sulla direzione impressa dall'Unione al diritto penale ambientale, si vuole qui svolgere qualche succinta considerazione, segnatamente nella misura in cui progetto comunitario prospetta significative novità anche per la protezione delle risorse marine. Invero la proposta, nel dichiarato fine di contribuire a proteggere la natura e le risorse naturali, da un lato, e la salute pubblica ed il benessere degli individui dall'altro, definisce nuovi reati ambientali, fissa un livello minimo di sanzioni e rafforza l'efficacia della cooperazione<sup>82</sup>; tali interventi si rendono – ad avviso del legislatore comunitario – necessari perché, nonostante le aspettative, il numero di casi perseguiti in materia ambientale è stato esiguo e le sanzioni adottate dai Paesi membri sono state sostanzialmente inefficienti e prive della portata dissuasiva che si voleva attribuirgli; quadro acuito, peraltro, dalla scarsa efficacia della cooperazione transfrontaliera<sup>83</sup>.

In questo senso la proposta, oltre a richiedere l'aumento delle pene previste per reati già esistenti<sup>84</sup>, prevede altresì che siano adottati nei singoli Stati nuovi reati, tra cui quello diretto a punire «lo scarico, l'emissione o l'introduzione di una quantità di materiali, sostanze o reazioni ionizzanti [...] nell'acqua le quali causino o possano causare la morte o serie lesioni alle persone oppure un danno sostanziale alla qualità [...] dell'acqua, oppure ad animali o piante»; quello volto a sanzionare «la produzione, il piazzamento sul mercato o l'uso di sostanze, da sole, mischiate o contenute in altri prodotti quando ciò causi o possa causare la morte o serie lesioni alle persone oppure un danno sostanziale alla qualità [...] dell'acqua, oppure ad animali o piante»; il reato di «riciclo di navi» che rientrino nell'ambito di applicazione del Regolamento EU n. 1257/2013, ove esso avvenga senza il rispetto dei requisiti ivi previsti; quello di scarico da navi di sostanze inquinanti a cui si riferiva l'art. 4 della direttiva 2005/35/CE; il reato di «installazione, operazione o smantellamento di una installazione in cui siano portate avanti attività pericolose oppure in cui siano conservate o utilizzate sostanze pericolose, preparazioni o inquinanti che ricadono nell'ambito di alcune

---

81 Così, sempre, *European Commission, European Green Deal: Strengthening EU law to combat environmental crime*, cit.

82 Articolo 3 lett. c), d), g), n) p) della proposta di direttiva.

83 Cfr. Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Valutazione della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente (direttiva sulla tutela penale dell'ambiente), del 28 ottobre 2020.

84 Nel dettaglio, superando il ricorso ad un "intervento penale minimo", che ha contraddistinto le precedenti direttive, la Commissione stabilisce che se il reato ha causato o ha rischiato di provocare lesioni gravi o il decesso di un individuo, gli Stati membri devono prevedere, quale adeguata sanzione, una pena detentiva almeno fino a dieci anni. Il progetto di direttiva propone inoltre l'adozione di ulteriori sanzioni, tra cui il ripristino delle risorse naturali compromesse, l'esclusione dall'accesso ai finanziamenti pubblici e alle procedure di appalto e la revoca delle autorizzazioni amministrative.



*direttive indicate nella proposta, e che causino o possano causare la morte o gravi lesione alle persone o un danno sostanziale alla qualità [...] dell'acqua, oppure a piante o animali»; il reato di «produzione, lavorazione, utilizzo, conservazione, trasporto, importazione o esportazione di materiale radioattivo che causi o possa causare la morte o gravi lesione alle persone o un danno sostanziale [...] dell'acqua, oppure a piante o animali»; ed il reato di «estrazione di acqua di superficie o di fondale che causi o possa causare la morte o gravi lesione alle persone o un danno sostanziale alla qualità dell'aria, del suolo, o dell'acqua, oppure a piante o animali».*

Per garantire che le sanzioni siano efficaci, proporzionate ed adeguate, la Commissione propone, in maniera altrettanto inedita, la possibile introduzione di circostanze attenuanti e aggravanti. Tra le prime figurano la gravità del danno causato, il coinvolgimento della criminalità organizzata e i profitti illeciti generati o attesi, nonché una forma di recidiva ambientale, chiedendo agli Stati membri di aggravare la pena per colui il quale abbia già commesso in precedenza analoghe violazioni ambientali. Le circostanze attenuanti comprendono, invece, il ripristino dell'ambiente naturale allo stato precedente la violazione e la condivisione con le autorità di informazioni utili all'identificazione degli altri autori del reato o all'acquisizione di elementi di prova<sup>85</sup>.

Ancora, per sopperire alle carenze di tassatività di molte delle fattispecie vigenti nei singoli Stati, la proposta suggerisce di circoscrivere l'area delle incriminazioni alle condotte che cagionano un danno o un pericolo concreto «*rilevanti alla vita o all'incolumità delle persone*», oppure «*alla qualità delle matrici ambientali*», definendo cioè i contrassegni dell'accadimento lesivo attraverso la predisposizione di una serie di indicatori sintomatici della rilevanza della lesione, di cui però non si specifica la natura giuridica, mancando il legislatore comunitario di indicare se essi siano indici probatori ovvero elementi costitutivi della fattispecie tipica. Nel dettaglio, con riguardo all'evento di danno si fa riferimento alle condizioni originarie dell'ambiente colpito, alla durata ed alla gravità del danno, alla sua diffusione ed alla sua reversibilità; rispetto al pericolo si tiene conto della natura dell'attività che può essere ritenuta rischiosa o pericolosa e può necessitare di un'autorizzazione che non è stata ottenuta o rispettata, del superamento dei valori soglia legislativi definiti o contenuti nell'autorizzazione e della classificazione della sostanza o del materiale come pericoloso o altrimenti elencato come nocivo per l'ambiente o la salute umana.

La proposta, infine, intende dare un contributo alle indagini e alle azioni penali transfrontaliere: i reati ambientali hanno spesso ripercussioni su diversi paesi (si pensi al traffico illecito di specie selvatiche) o effetti transfrontalieri (come nel caso dell'inquinamento

---

85 Articolo 8, lett. f), della Proposta di Direttiva.



transfrontaliero di aria, acqua e suolo) e le autorità di contrasto e giudiziarie possono reprimerli solo collaborando a livello internazionale<sup>86</sup>.

Occorrerà vigilare sull'eventuale sviluppo di tale proposta per gli importanti riflessi che la stessa potrà avere anche sul diritto penale nazionale a tutela dell'ambiente e segnatamente di quello marino visto che ivi si prevede anche l'adozione di nuove ipotesi delittuose rilevanti per la salvaguardia del bene oggetto della indagine.

## 5. L'affermazione convenzionale del diritto ad un ambiente salubre

Sebbene il diritto all'ambiente non trovi espressa previsione nella Convenzione<sup>87</sup>, esso ha comunque avuto progressivo riconoscimento da parte della giurisprudenza, la quale, facendo leva sul sistema di diritti fondamentali garantiti dalla CEDU in forza di un meccanismo par

---

86 La proposta ha ricevuto il plauso del Vicepresidente esecutivo per il Green Deal europeo Frans Timmermans ha dichiarato: «*La distruzione deliberata dell'ambiente naturale minaccia la sopravvivenza stessa dell'umanità. Lasciare che i trasgressori agiscano impunemente compromette i nostri sforzi collettivi per proteggere la natura e la biodiversità, combattere la crisi climatica, ridurre l'inquinamento ed eliminare i rifiuti. Gli abusi gravi devono ricevere una risposta adeguata e la proposta odierna getta le basi per farlo*». Věra Jourová, Vicepresidente per i Valori e la trasparenza, ha dichiarato: «*L'ambiente non conosce frontiere e i reati contro di esso hanno ripercussioni negative in tutti gli Stati membri. Dobbiamo utilizzare tutti i mezzi possibili per proteggerlo a livello unionale, e il diritto penale è uno di essi. La presente proposta fornirà alle autorità di contrasto e alla magistratura gli strumenti per agire in modo più efficace contro i reati ambientali in tutta l'Unione*», Virginijus Sinkevičius, Commissario responsabile per l'Ambiente, gli oceani e la pesca, ha affermato: «*I reati ambientali causano danni irreversibili e a lungo termine alla salute umana e all'ambiente – eppure le indagini che li riguardano sono complesse, è difficile adire un tribunale e le sanzioni tendono a essere leggere. Ecco perché dobbiamo rafforzare la nostra normativa penale ambientale. In un momento in cui la comunità internazionale discute del reato di ecicidio, un livello elevato di protezione ambientale è importante non solo per le generazioni attuali, ma anche per quelle future, mentre raddoppiamo i nostri sforzi per combattere il degrado ambientale*», Didier Reynders, Commissario per la Giustizia, ha dichiarato «*Non c'è tempo da perdere. Dobbiamo garantire che le norme in materia di lotta alla criminalità ambientale siano mirate e sufficientemente ambiziose da creare un reale cambiamento. Con questa nuova direttiva disponiamo di un altro valido strumento per proteggere l'ambiente e, in ultima analisi, il nostro pianeta. La proposta odierna si basa sugli insegnamenti tratti e sull'esperienza acquisita negli ultimi anni e affronterà direttamente le cause principali che hanno impedito alla protezione dell'ambiente di essere abbastanza efficace*».

87 Come rilevato nella opinione dissidente dei giudici Costa, Ress, Turmen, Zupančič e Sterner nella pronuncia della GC dell'8 luglio 2003 sul caso *Hatton e altri c. Regno Unito*, una simile assenza trova fondamento nella già più volte citata mancanza, all'epoca della approvazione della Convenzione, di una coscienza collettiva circa la necessità di proteggere i diritti ambientali dell'uomo. M. LO VERSO (*L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa propone l'adozione di un protocollo addizionale alla CEDU sul diritto ad un ambiente "safe, clean, healthy and sustainable"*, in [www.masterdirittiumanisapienza.it](http://www.masterdirittiumanisapienza.it), 12 ottobre 2021) ha esposto che la CEDU «*contempla solo i cosiddetti "diritti di prima generazione", secondo la classificazione proposta da Norberto Bobbio, ossia i diritti civili e politici*», contrapposti a quelli che vengono definiti i «*new generation human rights*», quale appunto il diritto ad un ambiente salubre.



ricochet<sup>88</sup>, ne ha affermato l'esistenza sia quale limite all'espansione del diritto di proprietà<sup>89</sup> che quale elemento caratterizzante i singoli diritti, tra cui, in particolare, il diritto al domicilio ed alla vita privata e familiare (art. 8)<sup>90</sup> ed il diritto alla vita (art. 2)<sup>91</sup>, ma anche il diritto ad un giusto processo, il diritto di avere accesso ad un tribunale (articolo 6)<sup>92</sup>, a ricevere e trasmettere

---

88 Meccanismo di origine pretoria, che ha consentito alla Corte di Strasburgo di estendere la protezione di determinati diritti già garantiti dalla CEDU ad altri non espressamente previsti, è stato ripreso anche con riguardo al tema dell'inquinamento ambientale, per cui si è assistito ad una progressiva estensione dei diritti soggettivi (domicilio, riservatezza e vita privata e vita) al diritto dell'ambiente. Cfr., sul punto, V. ESPOSITO, *Danno ambientale e diritti umani*, cit., p. 4. Sulla giurisprudenza convenzionale in materia ambientale, v. V. STARACE, *European Court of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, pp. 259 e ss.; L. WILDHABER, J. DARCY, *European Court Of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 2, 2006, p. 1183; S. NEGRI, *Interpreting the European Convention on Human Rights in Harmony with International Law and Jurisprudence: what Lessons from Ocalan Vs Turkey*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, New York, 2005, pp. 243 e ss.; A. R. MOWBRAY, *The creativity of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 5, 2006, pp. 57 e ss.; A. GALINSOGA, *European Court of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 2, 2007, pp. 1501 e ss.

89 Si veda Corte EDU, *Hamer c. Belgio*, ric. 21861/03, sent. 27 novembre 2007, in cui il ricorrente, dopo essere stato sottoposto a procedimento penale per avere edificato, in territorio forestale, contro il divieto di edificazione e aver subito la demolizione del manufatto, aveva lamentato la violazione del diritto alla protezione della proprietà di cui all'art. 1 Protocollo n. 1 alla CEDU. La violazione è stata esclusa dalla Corte, dichiarando la prevalenza dell'ambiente quale valore in sé, anche se non espressamente previsto dalla Convenzione, rispetto al quale sono recessive considerazioni economiche al pari del diritto di proprietà, specie quando lo Stato abbia legiferato nella materia.

90 L'art. 8 CEDU, al comma 1, garantisce ad ogni persona il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

91 Il diritto alla vita ex art. 2 CEDU ha rappresentato, infatti, il vero banco di prova su cui la Corte ha potuto modulare progressivamente l'intensità e la tipologia degli obblighi derivanti dalla violazione delle disposizioni convenzionali, distinguendo dal contenuto "classico" negativo delle libertà fondamentali in termini di dovere di astensione (Abwerrecht) a carico dello Stato obblighi a contenuto positivo (Schutzpflicht), aventi ad oggetto, non un divieto, bensì la protezione e il godimento del diritto stesso.

92 La Corte ha stabilito che le autorità pubbliche devono osservare determinati requisiti in materia di informazione e comunicazione, nonché di partecipazione nei processi decisionali e nell'accesso alla giustizia in processi che hanno ad oggetto l'ambiente. Come laddove è stato riconosciuto ad associazioni ambientaliste il diritto con riferimento all'art. 6 CEDU (sentenza *L'Erablière ASBL c. Belgio*, del 2009).



informazioni e idee (articolo 10)<sup>93</sup>, il diritto a un ricorso effettivo (articolo 13)<sup>94</sup> ed il diritto al pacifico godimento dei propri beni (articolo 1 del Protocollo n. 1)<sup>95</sup>.

Le esigenze di salvaguardia ambientale hanno quindi contribuito alla nascita di un nuovo valore in seno alla Corte, in grado di condurre ad un più equilibrato bilanciamento tra l'esercizio dei diritti umani espressamente riconosciuti dalla Convenzione ed il principio generale del rispetto dell'individuo, cui l'intero sistema di garanzia convenzionale è orientato<sup>96</sup>. Pur quindi nell'impossibilità di reclamare un autonomo diritto avente ad oggetto la qualità dell'ambiente in quanto tale – in ragione del valore strumentale che esso ha nella Convenzione, che permette di ravvisarne la violazione solo laddove vi sia un'effettiva intrusione nella vita privata del ricorrente che ne pregiudichi concretamente la salute o, perlomeno, la normale condizione di benessere<sup>97</sup> – nel prosieguo si cercheranno di individuare le modalità attraverso cui tali diversi diritti incidono nel progressivo emergere di un diritto individuale ad un ambiente sano.

Per quanto attiene agli obblighi di tutela gravanti in capo agli Stati, basti qui solo rammentare che, per riscontrare una violazione di un diritto sancito dalla Convenzione, è necessario accertare che le autorità statali abbiano violato uno specifico obbligo, positivo o

---

93 Il diritto alla libertà di espressione in materia ambientale ha visto affermazione da parte della giurisprudenza della CEDU in forza dell'articolo 10: in ragione del fatto che la Corte considera l'ambiente un tema di interesse generale, essa ritiene che debba esservi la libertà di esprimersi su di esso. Una prima affermazione si è avuta nel caso *Vides Aizsardzibas Klubs contro Lettonia* del 2004, avente ad oggetto la pubblicazione su un quotidiano regionale di una risoluzione dell'assemblea della associazione in parola, in cui si denunciavano le attività irresponsabili e illegali delle autorità di un comune. L'associazione fu citata in giudizio per diffamazione ma la Corte ritenne, al contrario, che ci fosse stata una violazione dell'articolo 10, e quindi una violazione della libertà di espressione. Nel caso *Steel e Morris c. Regno Unito* del 2005, una condanna per diffamazione di un gruppo di attivisti ambientali che aveva preparato e distribuito un volantino che attaccava una multinazionale, è stata giudicata, quanto al risarcimento del danno a cui erano stati condannati gli attivisti, sproporzionata rispetto ai loro redditi modesti. Da ultimo, nel caso di *Noël Mamère contro Francia* del 2006: il giornalista Noël Mamère, che era stato sottoposto ad un processo per diffamazione per aver fatto dei commenti in un programma televisivo sul modo in cui alcune autorità francesi avevano gestito il disastro di Chernobyl, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione della libertà di espressione: la protezione dell'ambiente e della salute pubblica sono questioni di interesse generale e bisogna potersi esprimere su questi temi senza essere minacciati di essere perseguiti.

94 Corte EDU, *Guerra et altri c. Italia*, ric. n. 14967/1989, sent. 19 febbraio 1998; Corte EDU, *Cordella et altri c. Italia*, ric. nn. 54414/13 e 54264/15, sent. 24 gennaio 2019.

95 Cfr. Corte EDU *Öneryıldız c. Turchia*, par. 119 ss.; Corte EDU *Boudaïeva e altri c. Russia*, par. 166 s.; Corte EDU *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit. par. 207 e par. 213-

96 V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 1, 2018, pp. 259 e ss.

97 *Ex multis*, Corte EDU *Kyrtatos c. Grecia*, ric. n. 41666/1998, sent. 22 maggio 2003, par. 52; Corte EDU *Fadeyeva c. Russia*, ric. n. 55723/2000, sent. 9 giugno 2005, par. 68.



negativo, previsto dalla disposizione che si assume non essere stata rispettata e da cui è seguito il pregiudizio per il ricorrente. Se, tradizionalmente, i diritti garantiti dalla CEDU sono di tipo “negativo”, e quindi consistono in libertà di cui l’individuo deve godere e rispetto alle quali è previsto un obbligo di non ingerenza da parte dello Stato, per garantire una effettiva realizzazione degli obiettivi convenzionali si richiede anche una attiva partecipazione da parte dello Stato<sup>98</sup>. Trattasi quindi di obblighi positivi, che la Corte di Strasburgo ha affermato<sup>99</sup> riconoscendone il fondamento nel dovere primario di assicurare all’individuo una adeguata protezione preventiva da aggressioni illegittime da parte degli agenti statali e di qualsiasi terzo; un simile dovere si ricava, peraltro, dallo stesso *incipit* della Convenzione, laddove all’art. 1 si fa ricorso al termine “secure” o “tutelare” e discende dalla stessa esigenza di rendere effettiva, e non meramente declaratoria, la protezione garantita dalla Corte<sup>100</sup>. Tra gli obblighi positivi, la dottrina è solita individuare un livello primario di tutela, quale dovere a carico dello Stato di conformare il proprio ordinamento giuridico in maniera tale da dissuadere i consociati dalla commissione di reati, attraverso la predisposizione di un quadro legislativo ed amministrativo (*legal framework*) finalizzato a prevenire le violazioni della Convenzione, ed un livello secondario quale dovere delle autorità pubblica di prevenire nel caso concreto la violazione.

A riguardo, a partire dalle decisioni nei casi *Cestaro* e *Bartesaghi Gallo*, i giudici della Corte EDU, pur non pronunciandosi apertamente con un’indicazione di dovere di penalizzazione, hanno lasciato comunque intendere che, in materia di obblighi di tutela penale, esista un vero e proprio “dovere di punire” di matrice convenzionale<sup>101</sup>, che esautora di fatto il legislatore nazionale delle proprie scelte di politica criminale sia nell’*an* sia nel *quomodo*.

---

98 A mero fine indicativo, si richiamano, in dottrina F. SUDRE, *Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne de la Cour de l’homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1995, pp. 363 e ss.; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 24 e ss.; B. CONFORTI, *Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: the Case-law of the European Court of Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2003, pp. 3 e ss.; E. RUOZZI, *La tutela dell’ambiente nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, Napoli, 2011, pp. 30 e ss.; in giurisprudenza Corte EDU X. e Y. c. *Paesi Bassi*, ric. n. 8978/1980, sent. 26 marzo 1985; Corte EDU *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/1974, sent. 13 giugno 1979; Corte EDU *Airey c. Irlanda*, ric. n. 6289/1973, sent. 9 ottobre 1979; Corte EDU *Young, James and Webster c. Regno Unito*, ric. nn. 7601/1976 e 7806/77, sent. 13 agosto 1981.

99 Corte EDU *Giuliani e Gaggio c. Italia*, ric. n. 23458/02, sent. 24 marzo 2011, ripreso da F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Giurisprudenza di merito*, supplement. vol. XL – dicembre 2008, n. 12, p. 84.

100 C. FENTON-GLYNN, *European Case Law Update*, in *International Family Journal*, n. 3, 2016, pp. 269-274; V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva*, cit., p. 260.

101 D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, pp. 1613 e ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 255 e ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*. *Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, pp. 386 e ss.; F. TULKENS,



La tutela della vittima è l'elemento che fonda l'obbligo di penalizzazione di matrice convenzionale e che porta con sé una profonda trasformazione del diritto penale interno, con un radicale mutamento del suo ruolo di ultima *ratio*.

La protezione del diritto umano ad un ambiente salubre da parte della giurisprudenza della Corte può avvenire oltre che con obblighi di natura sostanziale, con cui ci si riferisce agli obblighi in capo agli Stati finalizzati alla protezione di un determinato bene giuridico (ad esempio l'art. 2 relativo alla vita o l'art. 8 concernente la protezione della vita privata e familiare), anche con obblighi di tipo procedurale, destinati ad operare *ex post* rispetto alla violazione del diritto e volti ad assicurare il corretto espletamento, da parte dello Stato, di determinate procedure (come l'art. 6, a garanzia di un equo processo, e l'art. 13, che assicura un ricorso giurisdizionale effettivo).

Tale rigida distinzione ha assunto progressivamente contorni meno definiti: tramite un processo di "proceduralizzazione di obblighi sostanziali"<sup>102</sup> la giurisprudenza convenzionale ha, infatti, progressivamente elaborato ed estrapolato obblighi procedurali da disposizioni di natura sostanziale, finendo per individuare all'interno dei diritti contenuti negli art. 2, 8 e 1 del Primo Protocollo, il diritto di informazione, il diritto di ricorso contro decisioni di tipo amministrativo ed il corrispettivo dovere per lo Stato di condurre preventivamente studi ed inchieste appropriati al fine di valutare i rischi posti dalla realizzazione di attività pericolose per l'ambiente. La giustificazione di una simile operazione ermeneutica si rinviene sia, da un lato, nell'alleggerimento dell'onere della prova che i ricorrenti si trovano a dover ottemperare per dimostrare la violazione di una disposizione di ordine sostanziale, sia, dall'altro, nella possibilità di ridurre l'ampio margine di apprezzamento che viene riconosciuto agli Stati, specie con riguardo alla tutela ambientale spesso bilanciata con interessi di matrice economica.

## 6. Considerazioni conclusive

Dal quadro sinteticamente tratteggiato si evince che, pur essendo indubbiamente significativa la spinta sovranazionale ad assicurare tutela all'ambiente e segnatamente all'ambiente marino – ambito in cui tutti gli interessi degli Stati del mondo sono tra loro

---

*The paradoxical relationship between criminal law and human rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 3, 2011, pp. 577 e ss.; D. Zerouki-Cottin, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, pp. 575 e ss.; G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT, *Devoir de Punir? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris, 2013, *passim*; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *Criminal law and human rights*, in S. BODY-GENDROT, M. HOUGH, K. KEREZSI, R. LÉVY, S. SNACKEN (dir. da), *The Routledge Handbook of European Criminology*, New York, 2014, pp. 91 e ss.

<sup>102</sup> L'espressione è di J.F. FLAUS, *La proceduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et les nuisances*, in AA. VV., *Pour un droit commun de l'environnement: melanges en l'honneur de Michel Prieur*, Parigi, 2007, p. 1265.



inestricabilmente connessi – certo è che dinnanzi ad una sempre più imminente minaccia per le risorse naturali, non si sia ancora addivenuti ad una effettiva soluzione, su scala internazionale, in grado di apprestarvi una adeguata protezione. Ed invero, se, da un lato, le disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali, nella misura in cui demandano alle scelte dei singoli stati la previsione di sanzioni penali, rischiano di portare ad un recepimento nella pratica diversificato e talvolta inefficace, dall'altro lato, anche la possibilità di ricorrere, per una più stringente tutela, al diritto penale internazionale non pare certo agevole. Se, invero, non appare possibile far leva esclusivamente sulle disposizioni attualmente previste nello Statuto di Roma per sanzionare chi lede l'ambiente, a conclusioni non dissimili si perviene con riguardo alla possibile introduzione di un quinto crimine internazionale atto a punire chi attenta alla sopravvivenza del pianeta. In questo caso, complici interessi talvolta confliggenti e proposte "sfocate"<sup>103</sup> nella definizione di ecodicio, sempre più sovente ci si chiede se l'epilogo non possa essere quello di valutare non più opportuno, e nemmeno necessario, il ricorso al diritto penale internazionale, ritenendosi invece di dover far leva su strategie di intervento non penalistico – come quelle offerte dal diritto amministrativo e dal suo impianto sanzionatorio – ed addirittura extra-giuridico. Se invece si intende continuare con il percorso di criminalizzazione dell'ecodicio, onde evitare che il crimine in parola resti una disposizione indubbiamente evocativa e palliativa delle istanze della pubblica opinione ma, nella sostanza, di scarso utilizzo, si ritiene possa essere proficuo procedere con la via del dialogo tra giurisdizioni, interne ed internazionali, e tra Stati, nella consapevolezza che solo il dialogo può accompagnare il percorso di universalizzazione che la specifica materia in oggetto necessita.

Anche a livello europeo, il quadro predisposto per la tutela dell'ambiente è in costante divenire. Superato l'originario scetticismo comunitario ad occuparsi di ambiente, oggi la sua tutela rappresenta uno degli scopi più attuali ed urgenti dell'Unione, al punto da aver richiesto agli stati membri di intervenire con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive per proteggere tale bene giuridico, altamente minacciato dallo sviluppo della moderna economia. Se l'Unione Europea per fronteggiare l'esponenziale crescita del fenomeno ha profuso immensi sforzi nella creazione di strumenti che potessero efficacemente invertire la rotta e preservare l'ambiente come bene superindividuale funzionale alla vita di ciascuna persona – sforzi palesati in provvedimenti significativi, come la direttiva 2008/99/CE ed il *Green Deal* Europeo, – ad oggi gli essi non hanno raggiunto i livelli sperati, non riuscendo a colmare le lacune esistenti nell'attuale gestione dei reati ambientali a livello comunitario ed interno ai singoli Stati membri. Proprio per tale ragione, la Commissione Europea ha presentato un

---

103 Così A. VALLINI, *Ecodicio: un giudice penale per i "crimini contro la terra"*. Introduzione, in *Leg. Pen*, 17 marzo 2021, p.3.



progetto di riforma della direttiva 2008/99/CE, che si presenta decisamente più articolato (con un preambolo di 40 punti e ben 29 articoli, a fronte degli 8 previsti nel 2008) e si pone espressamente lo scopo di dare una maggiore effettività alla tutela penale dell'ambiente nell'Unione Europea, migliorando la risposta delle autorità statali ai crimini ambientali mediante una definizione più esaustiva delle fattispecie incriminatrici.

Sposando l'attenzione alla "grande Europa", è altresì significativa l'attività della Corte EDU, che – in chiave antropocentrica (e vittimocentrica), in quanto orientata a proteggere gli individui ed a salvaguardarne l'integrità fisica e la salute – è addivenuta all'affermazione del diritto convenzionale ad un ambiente salubre, individuato facendo leva – a fronte della espressa menzione di tale diritto della CEDU – principalmente sugli artt. 2 e 8 della Convenzione. I Giudici di Strasburgo, pur non avendo ancora sancito l'obbligo di sanzionare il danno ambientale "di per sé stesso", hanno invocato nelle proprie pronunce obblighi positivi in capo agli stati consistenti nella predisposizione di strumenti che siano in grado di prevedere le modalità di esercizio di attività pericolose e di assicurare una specifica disciplina delle stesse, nella individuazione di controlli e di monitoraggi da parte delle pubbliche autorità e nella connessa ripartizione delle responsabilità nell'individuazione dei soggetti responsabili dei cicli produttivi, oltre, infine, ad un costante flusso di comunicazione tra le autorità pubbliche ed il sistema giudiziario per la valutazione di possibili responsabilità penali<sup>104</sup>.

Ne consegue, dunque, un quadro quanto mai intricato, anche in ragione della complessità che caratterizza, in termini generali, la materia ambientale e la tipizzazione delle offese penalmente rilevanti; dinnanzi ad esso e di fronte al costante promanare di frequenti iniziative tese ad una crescente ed incisiva incriminazione di comportamenti pregiudizievoli da parte dei singoli stati per proteggere le componenti ambientali, invocandosi – seguendo un *leit motiv* ormai classico – sanzioni effettive, dissuasive e pure financo drastiche, non rimane che attendere ulteriori sviluppi e chiedersi se essi siano davvero efficienti oppure se non si debbano invece promuovere, soprattutto laddove le offese ai beni protetti siano marginali, più opportune altre strategie di tutela, anche scevre del ricorso al diritto penale, pena il rischio di sbiadire quella che è la sua *ratio essendi* ed affastellare nei singoli ordinamenti giuridici chiamati a recepire le sollecitazioni sovranazionali fattispecie penali spesso inefficaci e scarsamente deterrenti.

---

104 V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu*, Torino, 2011, *passim*.



# LUCI E OMBRE DEL PRINCIPIO DEL RISULTATO

Fabio Cusano

**Abstract.** Il Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, enuncia alcuni principi generali, al vertice dei quali figura quello del risultato. Il presente saggio ne evidenzia il contenuto innovativo e si interroga sulla sua possibile portata applicativa, alla luce del dibattito scientifico in merito all'amministrazione di risultati.

**Abstract.** *The Public Procurement Code, Legislative Decree no. 36 of March 31, 2023, enunciates general principles, with on top the achievement of outcome. This paper highlights the innovative feature of these principle and analyses his potential effects also in the light of the scientific debate on performance-oriented administration.*

**SOMMARIO:** 1. Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici. 2. Il risultato amministrativo nel dibattito scientifico. 3. Alcune considerazioni critiche.

## 1. Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Il terzo Codice dei contratti pubblici promette ingenti risultati in termini di semplificazione delle commesse pubbliche; tuttavia, la precedente esperienza codicistica genera una dose di sano scetticismo circa quest'ultimo sforzo legislativo.

Ciononostante, si può rilevare che il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 – in attuazione degli impegni sottoscritti al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – presenta alcune novità rispetto ai precedenti Codici; tali novità riguardano principalmente la *vision*, rivelata dai due nuovi principi del risultato e della fiducia in apertura del Codice che, insieme a quello di accesso al mercato (di derivazione europea), assurgono a criteri ermeneutici per l'interpretazione e l'applicazione dell'intero corpo normativo<sup>1</sup>. Se il Codice del 2006 era vocato alla concorrenza e quello del 2016 alla prevenzione della corruzione, il Codice del 2023 è improntato al raggiungimento del risultato cui sono ontologicamente preordinate le commesse pubbliche.

---

<sup>1</sup> G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, n. 3, 285.



La scelta di aprire il nuovo Codice con un titolo dedicato ai principi generali costituisce una innovazione rispetto al previgente Codice<sup>2</sup>. Il Titolo I di quest'ultimo, infatti, pur intitolato "principi generali", si limitava a delineare l'ambito di applicazione del Codice, a regolare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni e a introdurre un corposo elenco di definizioni<sup>3</sup>. Il D.Lgs. n. 36/2023, invece, si apre con l'affermazione di principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici; così, i principi esprimono la visione complessiva della regolamentazione della materia che orienta l'interpretazione e l'applicazione delle singole disposizioni, completa l'ordinamento giuridico e indirizza gli interessi pubblici e privati in gioco<sup>4</sup>.

Naturalmente, l'affermazione di principi generali rischia sempre di suscitare critiche e perplessità; la dichiarazione di principi ad ampio spettro può altresì lasciare troppo spazio all'interpretazione del giudice, generando un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti. Nell'ambito del diritto amministrativo, poi, questa incertezza sarebbe duplice, perché affliggerebbe non solo l'attività giudicante delle corti ma anche quella amministrativa degli apparati pubblici. Il Codice, consapevole di tali possibili rischi e dubbi, ha cercato di individuare soltanto principi aventi funzione autenticamente ordinante e di accompagnarli con una declinazione di dettaglio, dando un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche, anche al fine di risolvere incertezze interpretative e di recepire indirizzi giurisprudenziali consolidati<sup>5</sup>.

I principi hanno però struttura e valore prescrittivo parzialmente diversi. I primi tre (risultato, fiducia, accesso al mercato) rappresentano "principi-valori", dal contenuto pluridimensionale e aperto a una pluralità indeterminata di bilanciamenti, ponderazioni e applicazioni; gli altri sono invece prevalentemente "principi-regole", riferiti a fattispecie specifiche e direttamente applicativi<sup>6</sup>.

---

2 L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, n. 1, 5 ss.; L. CARBONE, *La scommessa del Codice dei contratti pubblici e il suo futuro*, relazione introduttiva al convegno dell'Istituto Jemolo *Il nuovo Codice degli appalti – la scommessa di un cambio di paradigma: dal Codice guardino al Codice volano?*, 27 gennaio 2023. Il Codice del 2006 e la Legge Merloni del 1994, invece, iniziavano anch'essi con l'affermazione di alcuni principi, sebbene espressi in via sintetica ed enunciati in termini molto generali (art. 2 del D.Lgs. n. 163/2066 e art. 1, comma 1, della L. n. 109/1994).

3 Rispettivamente artt. 1, 2 e 3 del D.Lgs. n. 50/2016.

4 G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, n. 3, 287.

5 G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice*, cit., 288.

6 G. MORBIDELLI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici*, convegno della Fondazione Cesifin su *I principi nel Codice dei contratti pubblici*, Firenze, 14 aprile 2023.



Come anticipato, in questo rinnovato quadro normativo è fondamentale l'affermazione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, i quali orientano l'interpretazione dell'intero Codice<sup>7</sup>. Ne consegue che la soluzione ermeneutica ed operativa da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia nei confronti dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici, e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato dei vari attori. Non sempre, però, è possibile conciliare i tre principi; in tali evenienze il legislatore dispone che prevale, almeno per l'amministrazione agente, il principio del risultato<sup>8</sup>.

Il Codice, dunque, aprendosi con la proclamazione del principio del risultato, riconosce il primato della funzione di committenza pubblica, perché le amministrazioni si rivolgono al mercato e stipulano contratti al fine di approvvigionarsi di beni, servizi e opere in tempi rapidi e a condizioni convenienti<sup>9</sup>. Tale primato si era smarrito nell'ordinamento italiano nel momento in cui si è recepito – con eccesso di zelo – il corpo normativo europeo con l'obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e di tutelare la concorrenza<sup>10</sup>. La libera concorrenza era assunta da valore da rispettare a finalità da perseguire, non più un "principio-valore" da ponderare con gli altri, ma un "principio-tiranno"<sup>11</sup>.

In questa prospettiva la funzione di committenza è quasi scomparsa, come se il compito primario dello Stato fosse diventato quello di indire e gestire le gare per garantire la concorrenza e promuovere il mercato e non quello di procurarsi opere, servizi e beni.

---

7 Art. 4 del D.Lgs. n. 36/2023.

8 G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice*, cit., 288.

9 Art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 36/2023: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza».

10 A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2011; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 2007, Volume I, 5 ss.; L. FIORENTINO, *Il Codice degli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 11, 1176 ss.

11 G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice*, cit., 289.



Un'ulteriore distorsione si è poi determinata tra il 2014 e il 2016, quando sulla disciplina dei contratti pubblici si è impiantata quella di prevenzione della corruzione<sup>12</sup>. Il Codice del 2016, così onerato, ha mostrato da subito i suoi limiti<sup>13</sup>.

Il nuovo Codice rappresenta, dunque, una significativa discontinuità con il precedente percorso; il principio del risultato è di tal fatta coerente con il primato logico della funzione di committenza pubblica<sup>14</sup>. In questa prospettiva, il legislatore chiarisce che concorrenza e trasparenza non costituiscono più finalità e valori in sé, ma strumenti al servizio del risultato<sup>15</sup>.

La norma collega altresì il risultato al buon andamento di cui all'art. 97 Cost. – un ancoraggio presente nella Legge Merloni del 1994 e poi smarrito nei due codici del 2006 e del 2016 – e ai principi di efficienza, efficacia ed economicità<sup>16</sup>.

La disposizione precisa poi che il risultato «è *perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*»<sup>17</sup>. Mentre il primo riferimento evidenzia correttamente che bisogna guardare agli interessi non degli apparati ma della collettività, il secondo è ambiguo.

Il risultato costituisce altresì «*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*»<sup>18</sup>. La formula “criterio prioritario” segnala chiaramente l'esistenza di una gerarchia degli interessi protetti. A sua volta, il riferimento alla discrezionalità può finalmente diventare concreto. In passato, infatti, in un contesto in cui al centro della disciplina vi era la prevenzione della corruzione, la discrezionalità, anche se formalmente proclamata, sostanzialmente veniva ingessata. Se invece l'obiettivo primario diventa quello del risultato finale, le amministrazioni saranno obbligate a individuare caso per

12 A. CANCRINI, *Concorrenza, anticorruzione e trasparenza nei contratti pubblici: le radici diverse*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2017, 619 ss.; M. NUNZIATA, *Lotta alla corruzione e flessibilità dell'attività contrattuale della P.A.*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 631 ss.; M. CORRADINO, *La disciplina degli appalti e le strategie di prevenzione della corruzione*, in C. FRANCHINI – F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 217 ss.

13 F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020.

14 S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in AA. VV., *L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, Volume II, 1282 ss.

15 Art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023: «*La concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole ... e ne assicura la piena verificabilità*».

16 Art. 1, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023.

17 Art. 1, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023.

18 Art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 36/2023.



caso il *modus procedendi* migliore che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una gara pubblica<sup>19</sup>.

Il principio del risultato costituisce, inoltre, criterio prioritario anche per valutare la responsabilità del personale lungo tutte le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti e per attribuire incentivi.

Il citato principio è collegato, da ultimo, con quello della fiducia laddove si proclama che «Il principio della fiducia favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato»<sup>20</sup>.

## 2. Il risultato amministrativo nel dibattito scientifico

Come anticipato, il nuovo Codice, per la prima volta nell’ordinamento italiano, iscrive nel sistema del diritto positivo il principio di risultato.

La complessità del ricorso al principio del risultato impone riflessioni sulla sua possibile portata in termini di sindacabilità, sui suoi ambiti e limiti di impiego, permanendo l’esigenza di superare le obiezioni della dottrina preoccupata dall’indebito baratto tra legalità ed efficienza oppure dall’accostamento improprio dell’amministrazione pubblica alle logiche di impresa<sup>21</sup> o ancora dall’evanescenza del parametro sconnesso dalla considerazione delle risorse impiegate<sup>22</sup>.

---

19 F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, n. 3, 521 ss.

20 Art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023.

21 R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall’amministrazione alla libertà dell’amministrazione*, in *Diritto e società*, 2000, n. 1, 101 ss.

22 L. TORCHIA, *L’efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in Aa. Vv., *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Giuffrè, Milano, 2019, 141 ss., afferma: «Sul piano teorico si tratta, peraltro, di una ricostruzione debole e priva di capacità predittiva e di orientamento, come dimostra, ad esempio, l’interesse per l’amministrazione di risultato, della quale molto si è discettato in astratto, senza però mai porsi il problema di come si definisce un risultato e di come si individua il rapporto fra risultato e risorse, né di analizzare concretamente i casi di successo (assai rari) e i molto più frequenti casi di insuccesso, nei quali i risultati non vengono raggiunti e vengono anzi dimenticati».



Invero, il tema dell'amministrazione di risultato<sup>23</sup>, dopo aver suscitato ampi apprezzamenti da parte della dottrina e alcune critiche<sup>24</sup>, era scomparso dall'orizzonte del dibattito scientifico, fino alla novella introdotta con l'art. 1 del nuovo Codice.

Giova precisare, tuttavia, che l'amministrazione di risultato non è una profezia che si autoavvera; la produzione di effettivi benefici per la comunità, infatti, dipende da vari fattori, a cominciare dalla coerenza del quadro normativo complessivo. Il risultato, inoltre, richiede di essere continuamente monitorato e misurato<sup>25</sup>. Naturalmente, l'individuazione dei

---

23 L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, n. 2, 299 ss.; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Diritto amministrativo*, 1999, n. 1, 57 ss.; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2000, 38 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, n. 1, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in AA. VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, 813 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato*, in *Diritto amministrativo*, 2007, n. 1, 63 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004, 1 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in AIPDA, *Annuario 2002*, Giuffrè, Milano, 2002, 127 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 15 ss. A livello monografico, M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003. Di recente, L. GIANI, *Dirigenza e risultato amministrativo. Verso un ciclo proattivo dell'accountability dell'amministrazione*, in M. IMMORDINO – C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 237 ss.; M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Volume V, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 4845 ss. Da ultimo, M. IMMORDINO, *L'amministrazione di risultato*, relazione al *Convegno di studi in onore del Prof. Stefano Cognetti*, Università di Macerata, 24 marzo 2023 (in corso di stampa).

24 G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Giuffrè, Milano, 1985, 21 s.: «Poiché l'attività della pubblica amministrazione è segmentata, si svolge secondo il canone degli atti e dei procedimenti, i risultati e la loro valutazione non vengono in considerazione. In conseguenza, l'amministrazione appare totalmente inidonea a scoprire le proprie deficienze».

25 S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, n. 9, 941: «trovo condivisibile le brevi e magistrali pagine dedicate da Guido Corso a questa formula [n.d.r. amministrazione di risultati] un po' lunare, che ha dato luogo a domande almeno strane, quali le due seguenti: se l'agire efficace possa sacrificare quello legale e se ciò che è efficace possa per ciò solo essere legale ... Se vogliamo, continuiamo pure a parlare di amministrazione di risultati. A condizione, però, di essere avvertiti che - a rigore - la formula è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimolò. E a patto di trarne l'unico insegnamento utile che



parametri appropriati è opera complessa; ciò richiede di sviluppare una “metrica” appropriata, differenziata per tipi di contratti e che consideri anche elementi esogeni, come l’andamento del contenzioso e l’efficienza dell’impresa aggiudicataria<sup>26</sup>.

Tuttavia, si consideri che se la pubblica amministrazione è chiamata necessariamente a perseguire i fini predisposti dalla legge, ciò implica che le conseguenze del suo agire risultano già prefigurate nella legge stessa dal momento che la conoscenza e la considerazione dei risultati cui può condurre l’agire amministrativo è di per sé uno dei fattori che maggiormente incide nelle scelte del legislatore<sup>27</sup>. Ne deriva che quando una norma di legge attribuisce ad un organo l’esercizio di un determinato potere, ciò accade in vista della produzione di uno o più effetti già previsti e tipizzati nella stessa disposizione, ossia il conseguimento di un determinato assetto di interessi, un risultato che costituisce parte integrante e consustanziale della norma attributiva del potere<sup>28</sup>.

In questi termini, il risultato previsto dall’art. 1 del Codice diviene esso stesso parametro di verifica della legittimità dell’esercizio dell’attività dal momento che è lo scopo, l’elemento che giustifica l’esistenza del potere e lo connota, lo delimita, lo conforma alla situazione sulla quale va ad incidere<sup>29</sup>. Per queste ragioni il risultato si colloca dentro il principio di legalità, anzi lo connota, gli attribuisce un significato precipuo, coerente con l’esigenza di effettività della tutela degli interessi solo in vista della quale trova legittimazione l’esercizio di un potere pubblico<sup>30</sup>.

In ultimo, l’uso della discrezionalità completa il processo di adattamento della norma al caso di specie, laddove l’agente è chiamato a definire in dettaglio il contenuto e i confini del risultato, a predisporre la più congrua azione amministrativa rispetto alle esigenze del caso di specie. In questa prospettiva «la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l’innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l’attività amministrativa;

---

ne deriva: l’esigenza di misurazione del fenomeno amministrativo ... Sarà bene, dunque, per il futuro, stare attenti alle formule: possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata».

26 G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice*, cit., 291.

27 M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA – P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 49 ss.

28 L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, cit., 64.

29 M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 236.

30 S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in G. CORSO – M. IMMORDINO (a cura di) *Studi in onore di Filippo Salvia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 416.



ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione»<sup>31</sup>.

A questo punto bisogna chiedersi quale sia la natura giuridica del risultato. Secondo autorevole dottrina, «Il risultato tecnicamente non è un principio ... I principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole sono norme idonee a guidare il comportamento umano. Invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l'obiettivo da perseguire. La loro applicazione non è diretta. La loro applicazione implica la deduzione da essi, sulla scorta di un'attività ermeneutica, di una regola da applicare al caso concreto. Applicare un principio non significa risolvere un caso, sussumere un caso in una fattispecie astratta, bensì formulare una regola sulla scorta della quale risolvere il caso sottoposto all'interprete»<sup>32</sup>.

Deve altresì evidenziarsi che a questa logica del risultato sfuggono tutte quelle forme di legittimazione dell'inerzia amministrativa, quali i meccanismi di silenzio significativo o anche le molteplici forme di segnalazione certificata di inizio attività che da un lato lasciano nell'incertezza il cittadino in ordine all'affidabilità delle conseguenze delle proprie iniziative, dall'altro continuano a generare dubbi di legittimità anche costituzionale che involgono la invero singolare ratio sottesa alla logica giustificatrice di soggetti pubblici (organi) che, benché istituzionalmente preposti (obbligati) all'esercizio di funzioni di amministrazione attiva, sono legittimati ad operare mediante l'inazione<sup>33</sup>.

### 3. Alcune considerazioni critiche

Di certo spetterà alla dottrina e alla giurisprudenza assegnare un ruolo preciso ai principi del Codice e innanzitutto al principio di risultato. Il rischio di un suo annacquamento o della sua assimilazione in altri principi già operanti (proporzionalità, adeguatezza) sussiste.

A questo proposito il ruolo della motivazione diventerà ancora più rilevante, perché la stazione appaltante dovrà saper individuare sia gli elementi che manifestano una situazione di dubbio sia le circostanze che la inducono a individuare il risultato secondo certi contenuti<sup>34</sup>.

È parimenti necessario evidenziare che se esiste il rischio che la sottovalutazione del principio del risultato possa dar luogo a decisioni che giudichino invalido un provvedimento

31 F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, VI aggiornamento, Giuffrè, Milano, 2002, 10.

32 S. PERONGINI, *Il principio del risultato*, cit., 410.

33 F. FRANCIOSI, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive imprenditoriali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 9 ss.

34 F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, convegno della Fondazione Cesifin su *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 14 aprile 2023.



soltanto per violazioni che non dovrebbero assumere un rilievo viziante se il principio fosse stato correttamente applicato, non di meno esiste anche il pericolo opposto di un uso eccessivamente drastico della logica del risultato, tale da appiattire il sindacato giurisdizionale sulle scelte fatte dall'amministrazione.

Per evitare il primo rischio sarà sufficiente valorizzare ciò che il principio del risultato intende ottenere, sia dal punto di vista degli spazi riservati alla discrezionalità amministrativa, sia dal punto di vista delle tecniche interpretative concesse alla stazione appaltante. Per evitare il secondo rischio sarà sufficiente che il giudice amministrativo valorizzi la tradizione storica che ha contraddistinto il suo ruolo: esercitare il sindacato sull'eccesso di potere, anche con le valvole della ragionevolezza, logicità e proporzionalità, rispettando i margini concessi alla discrezionalità e dunque alla logica del risultato nel corretto equilibrio con i principi di legalità e trasparenza.

Resta tuttavia una palese criticità a cui sarà necessario porre rimedio: al cambiamento di direzione intrapreso dal Codice non si è accompagnata una coerente revisione della *governance*, la quale continua a essere imperniata sull'Autorità nazionale anticorruzione (Anac); quest'ultima, essendo teleologicamente istituita per la prevenzione della corruzione, difficilmente può stimolare il perseguimento del risultato e creare un clima di fiducia tra soggetti pubblici e privati<sup>35</sup>.

Al di sopra di queste e numerose altre riflessioni si pone infine un dubbio: il personale di cui dispone l'amministrazione è in grado di operare secondo queste logiche innovative, ha la competenza e il coraggio di adoperare i nuovi spazi di discrezionalità? Da ciò dipenderà molto dell'efficacia delle disposizioni di principio predisposte dal legislatore.

---

35 G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima?*, cit., 286.

# THE HUMAN RIGHT TO WATER IN INTERNATIONAL TREATIES: EXISTENCE, PREVENTION AND MANAGEMENT

*Il diritto umano all'acqua nei trattati internazionali: esistenza, prevenzione e gestione.*

**Francesco Anastasi - Alessandro Suppa<sup>1</sup>**

**Abstract** *In the current era we are assisting to a human rights revolution. Such revolution pushes research to analyse and develop other human rights before existing and applied only in “media language”. The human right to water has been clearly established only recently and it had attracted the attention especially due to the scarcity of it the world will/is facing. Therefore, this paper will evaluate the entire development of the human right to water, from its origin to the latest establishment in treaties. Moreover, due to the importance Transnational Enterprises (TNEs) have in relation with water management, usage, pollution, their activities and due diligence will be analysed. What companies can do to reduce pollution of water as consequence of their activities? How to control the use of water and reduce to the minimum needed? In what way companies should manage water throughout their activities? These are the questions we will try to give an answer.*

Nell'era attuale stiamo assistendo ad una rivoluzione dei diritti umani. Tale rivoluzione spinge la dottrina ad analizzare e sviluppare altri diritti umani, prima esistenti e applicati solo nel “linguaggio dei media”. Il diritto umano all'acqua è stato chiaramente stabilito solo di recente e ha attirato l'attenzione soprattutto a causa della scarsità di essa che il mondo dovrà/sta affrontando. Pertanto, il presente articolo valuterà l'intero sviluppo del diritto umano all'acqua, dalla sua origine all'ultima istituzione nei trattati. Inoltre, data l'importanza che le Imprese Transnazionali (TNI) hanno in relazione alla gestione dell'acqua, l'uso, l'inquinamento, la loro gestione e due *diligence* saranno analizzate. Cosa possono fare le aziende per ridurre l'inquinamento delle acque come conseguenza delle loro attività? Come controllare l'uso dell'acqua e ridurlo al minimo necessario? In che modo le aziende dovrebbero gestire l'acqua durante le loro attività? Queste sono le domande a cui si cercherà di dare una risposta.

---

<sup>1</sup> \* Palacký University Olomouc, Czech Republic - [alessandro.suppa01@upol.cz](mailto:alessandro.suppa01@upol.cz)

This article is a partial outcome of the research project of Palacký University in Olomouc, Czech Republic – IGA\_PF\_2021\_007 – Transnational Enterprises: identification and protection. Current development in international law.



**SOMMARIO:** 1. Introduction; - 2. The origins of modern international environmental law; - 3. International water law; - 4. A pace beyond: The human right to water in international treaties; - 5. Business activities and the use of water; - 6. Conclusion.

### **Introduction.**

According to the World Water Development of the United Nations, by 2030 is expected a 40% drop in water availability, unless the management and use of this resource will improve<sup>2</sup>.

Most of the international rules on water are addressed to states, which often deal mainly with affirming their territorial sovereignty over water resources present in their territory rather than guaranteeing the right to water of their citizens. In European law there are several problems concerning the use of water: for instance, the various forms of pollution that threaten rivers, lakes and underground waterways or the various uses of water resources<sup>3</sup>.

Furthermore, under the international law, the right to water is subject to a series of normative acts of different legal value, from the declarations of the General Assembly of the United Nations to acts of greater effectiveness from the point of view of the obligation, which, moreover, are not addressed in the same direction. This contributes greatly to making the overall regulatory framework even more uncertain and contradictory. The essay tries to make order in the international regulation of water.

### **The origins of modern international environmental law**

The evolution of the international water law as autonomous field starts during the XX century, where it finds its roots in the development of the general subject "international environmental law".

By the end of the 19th century, the first, occasional, agreements were signed in international matters. The reasons that inspired the action of the States to stipulate a sort of embryonic agreements were very different from those that animated the searches and the concerns of the naturalists of the time. The Paris agreement was, in fact, an international agreement, mostly bilateral, inspired by utilitarian reasons, instrumental to the pursuit of purely economic advantages, in the which was minimal - or completely lacking - a truly environmental vocation.

---

2 *The UN World Water Development Report 2015, Water for a Sustainable World*, disponibile su <http://www.unesco.org/>; sul punto cfr. anche *2017 UN World Water Development Report, Wastewater: The Untapped Resource*, disponibile su <http://www.unesco.org/>; Cfr. anche <https://www.un.org/sustainabledevelopment/water-and-sanitation/>

3 Cfr. Giuffrida R., Amabili F., *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino.



In this context, it should be recalled the convention concluded between France and Great Britain in November 1867, aimed at fighting the excessive oysters fishing and, above all, the Convention for the protection of birds useful for agriculture (whose name is, indeed, indicative of its inspirational ratio), signed in Paris in 1902, which may be considered the first multilateral convention to enter into force to protect of some animal species. Also worth mentioning are the concluded Treaty in Washington in 1911 between the United States and Great Britain for conservation and protection of seals<sup>4</sup>, as well as the first international regulation convention of whale fishing, promoted within the League of Nations and open to ratified in Geneva on September 24, 1931<sup>5</sup>.

The first international texts that can be considered, albeit partially, characterized by a more authentically ecological perspective of action, they are constituted by a series of treaties on water regulation and protection cross-border and, among these, first of all the Treaty on border waters<sup>6</sup>, stipulated between the United States and England in 1909 in order to regulate the water regime at border between the United States and Canada (at the time under British rule).

The Boundaries Treaty of 1909 represents a particularly advanced legal instrument compared to other international environmental treaties of that historical period, having sanctioned the express ban on polluting border waters, to protect health and property<sup>7</sup>, in addition to having envisaged the establishment of an international mixed commission - the International Joint Commission<sup>8</sup> - as an ad hoc body with a function consultative and arbitration for the settlement of all disputes within the scope of application of the treaty.

Considering this important innovation, the *Institut de Droit International* a few years later developed a series of indications aimed at regulating the use of the courses of water for different needs than those of navigation<sup>9</sup>, with this contributing to the evolutionary process of the principle of the prohibition of transboundary pollution.

Since the 1930s onwards, they were developed some international instruments aimed at the protection of flora and fauna, among which first of all we recall the "*London Convention relating to the protection of flora and fauna in their natural environment*" (London Convention Relative to the Preservation of Fauna and Flora in their Natural State<sup>10</sup>). This agreement - the inspirational logic of which, however, remains fundamentally utilitarian - owes its relevance to

---

4 *Interim Convention on Conservation of North Pacific Fur Seals* (Washington, 7 February 1957).

5 *International Convention for the Regulation of Whaling* (Geneva, 1931).

6 "*Treaty Between the United States and Great Britain Relating to Boundary Waters*", Washington, 11 January 1909.

7 See Paragraph IV.

8 See Paragraph VII, article VIII, IX.

9 "*International Regulation Regarding the Use of International Watercourses for Purposes other than Navigation*", Madrid, 20 April 1911

10 *African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources*, London 1933.



circumstance of having, for the first time in an international convention, recognized the danger of permanent damage to these elements in various areas of the world, and in particular in Africa, trying to protect you through the institution in this continent of protected areas for certain animal species and the creation of national parks<sup>11</sup>.

### **International water law.**

The international water law starts to begin an autonomous subject on an international scale in the latter half of the twentieth century. Previously, water resources were considered abundant, and allocation schemes were rudimentary and scarcely enforced.

The first pace was moved in 1966, by the International Law Association (ILA) convened in Helsinki, Finland, that created the Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers (International Law Association 1966)<sup>12</sup>. The goal of the rules was to codify customary legal norms and principles, in addition to setting in motion further development of international water law. Given the preliminary nature of the endeavour, the Helsinki Rules were appropriately modest in their ambitions, establishing the groundwork for future action and establishing principles of water law that reflected prevailing notions of water resources management.

The most significant principle—the “equitable use”—was prevalent in many national legal settings and by itself did not present controversy<sup>13</sup>. The principle of equitable use states that “each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin.” In other words, states may use water resources as long as their use is reasonable and beneficial. Although the Helsinki Rules did not clearly define those limits, they represented an important first step in the development of international water law.

---

11 “The Governments of the Union of South Africa, Belgium, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Egypt, Spain, France, Italy, Portugal, and the Anglo-Egyptian Sudan: Considering that the natural fauna and flora of certain parts of the world, and in particular of Africa, are in danger, in present conditions, of extinction or permanent injury; Desiring to institute a special regime for the preservation of fauna and flora; Considering that such preservation can best be achieved (i) by the constitution of national parks, strict natural reserves, and other reserves within which the hunting, killing or capturing of fauna, and the collection or destruction of flora shall be limited or prohibited, (ii) by the institution of regulations concerning the hunting, killing and capturing of fauna outside such areas, (iii) by the regulation of the traffic in trophies, and (iv) by the prohibition of certain methods of and weapons for the hunting, killing and capturing of fauna; Have decided to conclude a Convention for these purposes [...]”

12 Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers [https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/Helsinki\\_Rules-original\\_with\\_comments.pdf](https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/Helsinki_Rules-original_with_comments.pdf)

13 S. Gebriye Setegn, M.C. Donoso, *Sustainability of Integrated Water Resources Management: Water Governance*, Springer, 2015.



Thirty years later, the international community attempted to further solidify and codify international water laws and principles in the form of a binding treaty instrument. The 1997 UN Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses (United Nations 1997a) contains 37 Articles laying down basic norms of international water law. The milestone Article 5, Equitable and Reasonable Utilization and Participation. Echoing the Helsinki Rules, lays down the equitable use principle and affirms the concept of equitable participation to encourage states to resolve issues of equitable use jointly and cooperatively. On the other hand, the article 7 introduced one more obligation not to cause *significant harm*<sup>14</sup>.

The principle of “no significant harm”<sup>15</sup> imposes a higher standard on basin states by requiring them to refrain from taking actions that would cause substantial damage to another state’s water resources. The no significant harm principle prevents upstream states from using water resources if downstream states are adversely affected<sup>16</sup>.

This could be a problem when an upstream state decides to make a reasonable use of a transboundary river, i.e. for sanitation purposes, causing a detriment of a downstream state whose prior appropriations are diminished. Accordingly, the no significant harm principle is favoured by the downstream states<sup>17</sup>. The relationship between the principles of equitable use and no significant harm is not totally clear without an interpretation of how both should or can coexist. Nevertheless, the text was approved by a vast number of states, with 106 votes in favour and just 3 votes against (United Nations 1997b). Nonetheless, to date, only 30 states have ratified the convention, with 35 needed for entry into force<sup>18</sup>.

The International Law Association decided in 2004 to summarize customary international water law in light of the Watercourses Convention and the development of international environmental laws since the adoption of the 1966 Helsinki Rules<sup>19</sup>. It adopted the *2004 Berlin Rules on Water Resources* aimed to introduce several layers to the development of international water law (International Law Association 2004). In first place, the rules extended the applicability of international water laws also to waters that were purely national. The right of public participation, the obligation to use best efforts to achieve both conjunctive and integrated management of waters, and duties to achieve sustainability and the minimization

---

14 Ibid.

15 Dellapenna, Joseph W. *The Berlin rules on water resources: the new paradigm for international water law*. Universidade do Algarve.

16 S. Gebriye Setegn, M.C. Donoso, *Sustainability of Integrated Water Resources Management: Water Governance*, n. 14.

17 L. Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law*, Oxford University Press: Oxford, pp. 83–96, 2015.

18 Ibidem.

19 P. Canelas De Castro, *The Evolution Of International Water Law*, Int. J. Sus. Dev. Plann. Vol. 10, No. 6 (2015).



of environmental harm are principles synthesized during the elaboration of the Berlin Rules<sup>20</sup>. In addition, the Berlin Rules maintained the equitable use—no significant harm dichotomy, but overcame the apparent tension between the two principles by incorporating one into the other: “*basin States shall in their respective territories manage the waters of an international drainage basin in an equitable and reasonable manner having due regard for the obligation not to cause significant harm to other basin States.*” Since 2004, other international legal instruments have exerted some influence on the reasonable use–no significant harm debate.

Lacking a binding treaty instrument governing all types of groundwater, the UN’s International Law Commission produced the Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers in 2008 (United Nations 2008). The Draft Articles clarify some principles governing transboundary aquifers, while reinforcing the dual principles of equitable use and no significant harm<sup>21</sup>. In particular, article 3 provides that each aquifer state has sovereignty over the portion of a transboundary aquifer or aquifer system located within its territory, in accordance with international law<sup>22</sup>.

The Special Rapporteur to the International Law Commission (ILC), Chusei Yamada, specified that the presence of this principle was a concession to aquifer states since aquifers are analogous to mineral resources and are governed by the principle of territorial sovereignty<sup>23</sup>.

How was affirmed<sup>24</sup>, it seems that even after half a century of development, “*it is difficult to ascertain with any certainty how international law has resolved the inherent tensions between upstream and downstream states*”<sup>25</sup>. It could be concluded, on one hand, that the principles of equitable use and no significant harm are complementary and operate in conjunction. However, in cases where the principles cannot be reconciled some interpreters observed that equitable use has primacy over no significant harm.

The first argument that support this claim is that the International Court of Justice (ICJ) relied on the Watercourses Convention’s equitable use principle to render its decision in the Gabčíkovo–Nagymaros case (Gabčíkovo–Nagymaros 1997)<sup>26</sup>, while scarcely mentioning the

---

20 McCaffrey, S., *The Law of International Watercourses – Non-Navigational Uses*, 2nd edn., Oxford University Press: Oxford, 2007.

21 [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/8\\_3\\_1994.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/8_3_1994.pdf)

22 P. Canelas De Castro, *The Evolution Of International Water Law*, n. 20

23 C. Yamada, *Codification of the law of transboundary aquifers (groundwater) by the United Nations*, *Water Int* 36(5)

24 S. Gebriye Setegn, M.C. Donoso, *Sustainability of Integrated Water Resources Management: Water Governance*, n. 14

25 *Ibidem*.

26 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>. See also A. Schwabach, *Diverting the Danube: The Gabčíkovo-Nagymaros Dispute and International Freshwater Law*, 1996; M. Greco, A. Carravetta, R. Della Morte, *River Flow* 2004, Volume 1, Taylor & Francis, 2004, pp. 138–141.



no significant harm principle. The ICJ has affirmed the decision as reflective of a uniform priority between the two principles, and, of course, an ICJ decision is only binding on the states party to the case.

The sovereignty principle contained in the Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers also signs a pace away from viewing water as just a resource<sup>27</sup>. On the side of transboundary natural resources management principles, territorial sovereignty is even less restrictive on state action than equitable use. However, remains the fact that neither the Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers nor the Watercourses Convention has entered into force<sup>28</sup>.

In this moment, in any case it should be considered that jurisprudence, courts and national policies usually refers to the principles stated in the International Conventions.

On other hand, the apparent lack of progress does not provide confidence that basic principles are being accepted by nation states, and does not provide clarity with respect to the equitable use—no significant harm relationship<sup>29</sup>. Possibly the toughest argument in support of the primacy of the equitable use principle is the concept that equitable or reasonable use doctrines are applied in an overwhelming number of bilateral and multilateral agreements, judicial bodies, and national policies<sup>30</sup>. A 1994 report of the ILC concluded that: “A survey of all available evidence of general practice of States, accepted as law, in respect of the non-navigational uses of international watercourses... reveals that there is overwhelming support for the doctrine of equitable utilization as a general rule of law for the determination of the rights and obligations of States in this field” (International Law Commission 1994).

Nevertheless, it is not clear how the foundational principles of international water law interact, especially in cases where an equitable use may cause significant harm to a downstream state.

On some level, this ambiguity is intentional: in fact, each watercourse has its own individual characteristics, and in this way international laws and principles must necessarily be broad and flexible. It seems likely that where a set of reasonable and equitable uses cannot be satisfied by the water resources of a watercourse, the necessary recourse is to balance the competing uses by weighing the relevant factors and circumstances involved.

---

27 AA.VV. *The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, Oxford University Press, 2018.

28 P. Canelas De Castro, *The Evolution Of International Water Law*, n. 20

29 S. Gebriye Setegn, M.C. Donoso, *Sustainability of Integrated Water Resources Management: Water Governance*, n. 14

30 AA.VV. *The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, Oxford University Press, 2018.



### **A pace beyond: The human right to water in international treaties.**

The first international initiative that focused on the right to water was the United Nations Conference on Water, which was held in Mar de la Plata, Argentina, in 1977<sup>31</sup>. In the final declaration it was argued that "*everyone has the right to access drinking water in quantities and qualities corresponding to one's basic needs*". Subsequently, in September 1990, the United Nations promoted the final conference of the International Drinking Water Decade in New Delhi and in January 1992 the United Nations Conference on Water and Environment was held in Dublin, which ended with the important "Dublin Final Declaration"<sup>32</sup>. This first phase of international initiatives ended with the United Nations Conference on environment and development, held in Rio de Janeiro in June 1992, during which the problem of water was widely discussed<sup>33</sup>. More recently and particularly effectively the Lisbon Group and the Mario Soares foundation have spoken, which in September 1998 promoted the 'Water Manifesto', the two World Water Forums of Marrakesh (1997), The Hague (2000)<sup>34</sup>, to which were added the World Social Forums of Porto Alegre and the World Alternative Water Forums of Florence (2003) and Geneva (2005).

Despite this series of important initiatives, international standards, as indeed national ones, do not offer today a minimally adequate response to political threats and environmental problems due to the growing demand for water and the resulting conflicts<sup>35</sup>. The global demand for water is growing rapidly due to the demographic expansion of the human species and the spread of the technological-industrial model, typical of western modernity. Simultaneously, the quantity of drinking water available to populations decreases due to climatic turbulence, increasingly widespread pollution and the salinization of fresh water<sup>36</sup>.

The first observation to make is that there is no explicit normative formulation of the subjective right to water in existing international law, nor an explicit qualification of fresh water as a possible object of a collective right<sup>37</sup>. This is undoubtedly a serious gap in the

31 <https://www.ircwash.org/sites/default/files/71UN77-161.6.pdf>

32 AA.VV., *International Environment Reporter: Current Report*, Volume 14, Bureau of National Affairs, 1991.

33 AA.VV. *Global Water Resource Issues*, Cambridge University Press, 1994.

34 The Forum was organized by the World Water Council, established in 1994 by the World Bank with the collaboration of some members and large companies. In the same period, the Global Water Partnership was established, which aims to bring together public authorities and private investors.

35J. Castro Pereira, *Environmental issues and international relations, a new global (dis)order - the role of International Relations in promoting a concerted international system*, Rev. bras. polít. int. vol.58 no.1 Brasília Jan./June 2015.

36 M. Cañedo-Argüelles, B. Kefford, R. Schäfer, *Salt in freshwaters: causes, effects and prospects - introduction to the theme issue*, Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci. 2019.

37 A. Tanzi, *The Consolidation of international Water Law. A Comparative analysis of the UN and UNECE Water Conventions*, Editoriale Scientifica, 2017.



international system that should be quickly filled, as various national and international movements and associations have been calling for for about a decade<sup>38</sup>. The right to water has been configured as a social right to be traced back to the wider area of the right to life<sup>39</sup>. As noted by Luigi Ferrajoli<sup>40</sup>, the paradigm of the right to life as it was theorized at the origins of modern legal civilization - as "right not to be killed" and that is, as simple immunity or "negative freedom" - has profoundly changed and also includes "law to subsistence" in the proper sense. Contrary to the classical liberal ideology, for which survival was a natural phenomenon, entrusted to man's relationship with nature, his personal work and his free initiative, today survival is a social fact, entrusted to the possibilities of work, of consumption and subsistence offered by social integration. Therefore, what men have a vital need today is increasingly the scarce, disputed and vulnerable product of human intervention.

The central problem is, on the one hand, the guarantee of access to water for millions of people who, for political, economic and ecological reasons, are unable to dispose of them, just as they do not have sufficient food and affordable medicines. Precisely for these reasons it has been proposed that the right to water should be conceived as a "social right"<sup>41</sup>. It is a "new" social right, because the need underlying it is new, generated by the growing scarcity of the necessary good, by the inequality with which it is distributed or accessible, by the disputes caused by the competition for its hoarding.

The problem is therefore that of a widespread reform of national systems which includes the right of access to water and water consumption among constitutionally guaranteed social rights that can be brought to trial and addresses the problem of guaranteeing this right in favour of all members of the social group, starting with the most disadvantaged and marginalized. However, at present, there are international treaties from which it is possible to

---

38 A. Tanzi, *Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law: The UNECE Protocol on Water and Health*, International community law review. ,2010, Vol.12(3).

39 It is important to underline, in this context, the so called *Water Manifesto*, written in 1998 by an international committee and led by the former president of Portugal Mario Soares. There are four key ideas: water is an irreplaceable source of life and a "vital good" that belong to all the inhabitants of the land in common; water is a patrimony of humanity and for this reason it is a resource that, unlike any other, can not be the object of private property; Human society is conducted, at different levels of its organization, must also guarantee in economic terms the right of access to all without any discrimination; water management and democratic institutions, participatory and representative democracy. For this reason, it is urgent to organize, on a global level, a "Water Parliaments Network", launch international information campaigns and establish a "World Observatory for Water Rights".

40 L. Ferrajoli, *L'acqua come bene comune e il diritto all'acqua come diritto fondamentale*, Relazione al Convegno internazionale sul diritto all'acqua, Gorizia, 8 febbraio 2003

41 T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, in T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Chicago, The University of Chicago Press, 1964



deduce the existence of a right to water and hygiene, as essential elements to meet the fundamental needs of a human being.

In particular, numerous international treaties have been drawn up which have posed the problem of the existence of a right to water and hygiene, as an indispensable element to meet the fundamental needs of a human being. About certain categories of people, the right to water is expressly mentioned, for example, in the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women (New York, 1979), in the Convention on the rights of the child (New York, 1989) and in the Convention on the Rights of Disabled Persons (New York, 2007). The Convention on the Uses of International Waterways Other than Navigation (New York, 1997)<sup>42</sup> provides that, in the event of a conflict between different uses of an international waterway, special consideration must be given to the needs of the vital needs of the individual.

The human right to water and hygiene is specifically addressed in the Protocol on water and health (London, 1999) to the Convention on the protection and use of cross-border waterways and international lakes (Helsinki, 1992), with the aims to protect human health and well-being through the management of water resources. Unfortunately, these conventions elaborate the human right to water and hygiene conditionally (“should”)<sup>43</sup>.

The protocol, on the other hand, is very clear about the objectives that the parties pursue and on the main aspects of the human right to water (for food and hygiene) (see Art. 5, j). In reality, the right to water and hygiene, although having its own specificity, is already implicit in several human rights reaffirmed and affirmed in other human rights treaties, including the right to life, food, housing and to health. Thus, although not expressly mentioned, the right to water can easily be included in the right to life (art.6) of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (New York, 1966), in the right to food and housing (art.11) and in the right to health (art.12).

In his general comment n. 1 (2002) on the right to water, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights reaffirmed the importance of this right, which must also be understood as a condition for being able to benefit from other human rights, and specified 11 concrete contents (to quench thirst, for personal hygiene, for domestic use)<sup>44</sup>.

---

42 Cfr. SC. McCaffrey, M. Sinjela, *The 1997 United Nations Conventions on International Watercourses*, in *American Journal of international Law*, 1998.

Cfr anche A. Tanzi, M. Arcari, *the united nations convention on the law of international watercourses*, Kuper law international, London, 2001

43 «*Equitable access to water, adequate in terms both of quantity and of quality, should be provided for all members of the population, especially those who suffer a disadvantage or social exclusion*» art. 5,l

«*Special consideration should be given to the protection of people who are particularly vulnerable to water-related disease*» (art. 5, k).

44 Cfr. UN Document E/C.12/2002/11 20 January 10th 2003 par. 1.



Concerning its contents, the human right to water and hygiene implies the obligation of the State to ensure the availability, quality, accessibility of water to the individual, as well as the related information. In particular, the cost of water supply must be sustainable by everyone: water must be considered as a social and cultural asset, and not as a commercial good it must be distributed at a cost accessible to all. It is a sort of hydrological naturalism, which sometimes, particularly in Vandana Shiva, takes on the characteristics of a "global ethics" almost with religious accents<sup>45</sup>. There are those who have tried to clarify the scope of this natural right on a normative level.

In fact, although it is a public service there are those who have understood it as a right to be guaranteed to everyone free of charge up to a certain amount, exceeding rising costs up to a certain share beyond which they will suffer strong economic penalizations to disincentivize waste.

### **Business activities and the use of water.**

This new approach to water resource, considered not just as a natural good but as a human right, is progressively changing its way of use. Companies all over the world are model alternative managing systems related to the resource in order to strengthen their reputation in the markets. In this context, it is important to stress that nearly two-thirds<sup>46</sup> of all water consumption going into producing ingredients for corporate supply chains. This incredible amount of water needs an important change of approach in its usage. As recalled, fortunately, many corporations are adopting sustainable water use practices to strengthen their brand reputation and to manage water-related business risks. Water shortages or pollution increased corporate concerns because it affects negatively their reputation. To give an example of how business activities badly affected the environment and water availability, the desiccation of the Aral Sea has had severe consequences, such as water shortage and contamination of stored drinking water causing, among other impacts, devastation of the floral and faunal biodiversity of the native ecosystems of the Syr and Amu, faecal-oral transmission of disease in Aral Sea area households<sup>47</sup>. Inadequate sanitation and water access represent a considerable risk for

---

45 V. Shiva, *Water Wars: Privatisation, Pollution and Profit*, Cambridge (Mas.), South End Press, 2002, trad. it., Milano, Feltrinell

46 The Nature Conservancy, Corporate Water Use, <https://www.conservationgateway.org/ConservationPractices/Freshwater/CorporateWaterUse/Pages/corporate-water-use.aspx>

47 Herbst S, Fayzieva D, Kistemann T. *Risk factor analysis of diarrhoeal diseases in the Aral Sea area* (Khorezm, Uzbekistan). *Int J Environ Health Res* 2008; 18: 305 - 21



diarrhoeal disease, one of the main global contributors to child mortality<sup>48</sup>. In 2020, around 1 in 4 people lacked safely managed drinking water in their homes and nearly half the world's population lacked safely managed sanitation<sup>49</sup>, and industries have mainly contributed to it. The enormous water usage by fashion industry is a very debated aspect. For instance, China represents the biggest hub for the international textile industry providing cheap clothes but at a huge environmental and water pollution. A report from the Institute of Public and Environmental Affairs (IPE), leading environmental NGO in China, documents the huge pollution caused by the fashion industry and identifies 48 top brands – Armani, Puma and Zara to name just three – that contract with these polluting factories to manufacture their apparel<sup>50</sup>. Of these brands, H&M, Nike, Wal-Mart, Esquel<sup>51</sup>, and Levi's have responded proactively, while other brands have not yet responded, and there are also brands that have refused to give a response. Nevertheless, twenty-five Chinese and international brands are promoting the use of the Pollutant Release and Transfer Register (PRTR) data sheets developed by IPE for suppliers to publicly disclose energy and water consumption, greenhouse gas, wastewater and air pollutant emissions, energy efficiency targets and progress towards them, as well as solid waste (including hazardous waste) generation and transfer. In addition, Apple, C&A, Dell, Levi's and New Balance have started promoting supply chain carbon management among their direct suppliers, requiring their own suppliers to calculate and disclose greenhouse gas and pollutant emissions<sup>52</sup>. The number of suppliers reporting and disclosing carbon and PRTR data via IPE's website has continued to increase since 2015, and more than 100 suppliers disclosed their fresh water reduction targets, water reuse targets, waste water reduction targets, and industrial solid waste reduction and hazardous waste reduction targets for the coming year<sup>53</sup>. Another important step forward has been made by some major companies within the concept of supply chain transparency. Because companies are strongly pressured by NGOs, governments, consumers, stakeholders,

---

48 Wolf J, Prüss-Ustün A, Cumming O et al. Assessing the impact of drinking water and sanitation on diarrhoeal disease in low- and middle-income settings: systematic review and meta-regression. *Trop Med Int Health* 2014; 19: 928 - 42

49 WHO, Progress on Sanitation and Drinking Water, 2021, <<https://reliefweb.int/report/world/progress-household-drinking-water-sanitation-and-hygiene-2000-2020-five-years-sdgs#:~:text=Between%202016%20and%202020%2C%20the,cent%20to%2071%20per%20cent>>.

50 IPE, Textile Phase I Report - Cleaning up the Fashion Industry, 2012

51 Esquel has been using the China Pollution Map Database to manage its supply chain for some time now. They have pushed suppliers to make rectifications and disclose information. During this investigation none of Esquel's suppliers were found to have violation records.

52 IPE, Green Supply Chain CITI 2021, Green Transformation through Synergistic Reduction of Pollution and Carbon Emission, 2021

53 IPE, Blue Map Database, 2021



it was necessary to find solutions to satisfy different interests. Therefore, the supply chain transparency requires companies to divulge anything happening in the supply chain both internally and externally: from working conditions to the quality of product used, from waste management to child labour, et cetera<sup>54</sup>. In fact, consumers would pay from 2% to 10% more for products provided that there is supply chain transparency<sup>55</sup>. The result was the issue of new laws in some countries to enhance transparency in some specific areas, for instance: Section 1502 of the Dodd Frank Act<sup>56</sup>; Australian and UK modern slavery acts; California Transparency in Supply Chains Act; U.S. Food Safety Modernization Act.

Nevertheless, such laws are not able alone to fight the matter in question because water pollution is prevalent across the whole global apparel and textile sector value chain, from the production of raw materials, through to the ultimate disposal of clothes, shoes and household textiles. The first step is to control the design of products: 80% of a product's environmental impact through its life cycle is designed into the product<sup>57</sup>. Moreover, clothing manufactured are not every time all sold causing ninety-two million tonnes to be sent to landfill or incinerated each year<sup>58</sup>. Nevertheless, a product may have circumnavigated the globe multiple times bringing about intentional or unintentional release of wastewater from cargo ships with adverse impact on water quality<sup>59</sup>. For this reason, Swedish government proposed a tax on chemicals in clothes and footwear in 2020. Parliament made some changes to the government's budget, but nothing concerning the tax on chemicals in clothing and shoes<sup>60</sup>. The proposed

---

54 Cf. Alexis Bateman, Leonardo Bonanni, What Supply Chain Transparency Really Means, *Harvard Business Review*, 2019 available at: <https://hbr.org/2019/08/what-supply-chain-transparency-really-means#:~:text=Supply%20chain%20transpa>

55 Tim Kraft, León Valdés , Yanchong Zheng, Supply Chain Visibility and Social Responsibility: Investigating Consumers' Behaviors and Motives, in *Manufacturing & Service Operations Management*, Vol. 20, No. 4, 2018

56 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. Section 1502 - "conflict minerals" provision- requires U.S. publicly-listed companies to check their supply chains for tin, tungsten, tantalum and gold, if they might originate in Congo or its neighbours, take steps to address any risks they find, and to report on their efforts every year to the U.S. Securities and Exchange Commission (SEC).

57 CDP, *Interwoven risks, Untapped opportunities - The business case for tackling water pollution in apparel and textile value chains (Water Apparel analysis report)*, 2020

58 Niinimäki K., Peters G., Dahlbo H., Perry P., Rissanen T., Gwilt A., The environmental price of fast fashion, *Nature Reviews Earth & Environment*, 1 (5), 2020. Dyes, chemicals and microfibers remaining on textiles can leach out of the landfill into the soil, contaminating groundwater and surface water.

59 *ibidem*

60 Statens budget 2022 – Rambeslutet, available <https://data.riksdagen.se/fil/B3B88A53-41F1-43C1-B711-FEDFF99E1705>; Regeringens proposition 2021/22:1, Budgetpropositionen för 2022, available at <https://www.regeringen.se/4a6ebe/contentassets/cdd922ce835e4da0a87edcb38aafef65/forslag-till-statens-budget-for-2022-finansplan-och-skattefragor.pdf>



new tax of €3.66 per kilogram of clothing and footwear will be applied to all produced or imported clothing to Sweden. This system of rules would both contribute to public finances (approximately €68.6 million/year) and reduce the release and exposure of harmful chemicals from apparel production<sup>61</sup>. Unfortunately, in the proposal for a Swedish national budget for 2022, the Swedish Government stated that it had no intentions to move forward. However, it opens the debate over chances to regulate the use/management of water by companies. It might represent a possible solution together with other ones, such as the due diligence law. The Swedish law did only refer to the use of chemicals in garments, and therefore its purpose was only to protect water from being polluted by chemical waste management. No reference was done to the use of water itself. Data<sup>62</sup> shows that the use of water for the production of clothes (as well as food, tyres, gasoline etc.) is high. For instance, 2495 litres of water are needed for the production of a 250 gr cotton t-shirt<sup>63</sup>; 8000 litres for 800 gr jeans; 382 litres for 454 gr of wool; 9606 litres for a pair of leather shoes, and so on. These data highlight how the scarcity of water must be looked at from every angle: from the use of water for production of goods at first place, to the management of industry's waste so as to not pollute water and surrounding environment. On that account, a thorough and global due diligence law would represent a better solution to manage and control the water usage and waste management by transnational enterprises. Therefore, it is useful to focus the attention on treaty law development at European and international level. More specifically, how is the UN Treaty on Business and Human rights developing with regards to the management of water and waste?; how are European Union initiatives (such as the European Green Deal and in particular the new circular economy action plan - CEAP-) improving the current situation?

### **- UN Treaty on Business and Human Rights**

The UN Treaty on business and human rights is at the third revised draft. Many changes have been made until this point, and many aspects can be underlined with regard to prevention of human rights abuses and protection of victims. The risk of polluting or causing scarcity of water by fashion industry activities has been underestimated, as well as the attribution of responsibility in the global supply chain. In the previous paragraph it has been

---

61 CDP, *Interwoven risks, Untapped opportunities*, n 12

62 Ian Tiseo, *Global water industry - statistics & facts*, Statista, 2021; Jennifer Billock, *How much water it takes to create 30 common items*, Stacker, 2020; Mekonnen M.M., Hoekstra A.Y., *A global assessment of the water footprint of farm animal products*, *Ecosystems*, 15(3), 2012; Mekonnen M.M., Hoekstra A.Y., *The green, blue and grey water footprint of crops and derived crop products*, *Hydrology and Earth System Sciences*, 15(5), 2011; Mekonnen M.M., Hoekstra, A.Y., *The green, blue and grey water footprint of crops and derived crop products*, *Value of Water Research Report Series No.47*, UNESCO-IHE, 2010

63 A polyester T-shirt is a lower-water option, but it uses more oil to produce, therefore increasing chances of mismanagement of oil waste.



underlined the importance of transparency in the supply chain, as well as the legislative steps taken nationally. Nevertheless, the issue still exists and it needs a comprehensive regulation.

The core purpose of the third draft of the UN Treaty on business and human rights is to prevent and protect victims from “human rights abuses”<sup>64</sup>. In fact, in the “Statement of Purpose”<sup>65</sup> it is declared that the draft applies “to all business enterprises ... that undertake business activities of a transnational character”<sup>66</sup>, and it shall encompass all internationally recognised human rights law “including those recognized in the Universal Declaration of Human Rights, the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, all core international human rights treaties and fundamental ILO Conventions to which a State is a Party, and customary international law”<sup>67</sup>.

That being said, some aspects need to be evaluated. First of all, since it refers to internationally recognised human rights it should be deduced that it encompasses any direct or indirect reference to right to water.

Secondly, the third draft managed to overcome the terminological issue of the first two drafts. In fact, it does not anymore refer to “contractual relationship” but only to “(business) relationship”<sup>68</sup>. The difference is relevant considering that business activities are interconnected in many different ways, contractually or not, in equity or non-equity groups, etc. Therefore, the third revised draft is directed to business activity of transnational character, where the transnationality is due to the presence of business relationships in different countries.

Notwithstanding, even if this issue appears to be solved, the content of the due diligence rules related to the misuse of water in the global supply chain (or in other words in the Transnational Network - TNN-)<sup>69</sup> gives rise to some questions. The human rights due diligence

---

64 OEIGWG, Third Revised Draft “Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises”, article 1, 2021. It refers to “any harm committed by a business enterprise, through acts or omissions in the context of business activities, against any person or group of persons, that impedes the full enjoyment of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including regarding environmental rights”.

65 *ibid.*, article 2. “a. ...effective implementation of the obligation of States to respect, protect, fulfill and promote human rights in the context of business activities, particularly those of transnational character; b. ... respect and fulfillment of the human rights obligations of business enterprises; c. To prevent the occurrence of human rights abuses...; d. To ensure access to justice and effective remedy for victims...; e. To facilitate and strengthen mutual legal assistance and international cooperation to prevent human rights abuses in the context of business activities and provide access to justice and effective remedy to victims of such abuses”

66 *ibid.*, article 3 (1)

67 *ibid.*, (3)

68 *ibid.*, article 1 (5)

69 Peter T Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd Ed, 2007

(HRDD) system is settled upon: identification and assessment of any potential human rights abuse; application of measures to avoid, prevent and/or mitigate eventual abuses; monitoring the effectiveness of the measures; constant communication with stakeholders<sup>70</sup>.

The HRDD on the UN Treaty appears to be more limited in some aspects compared to the UNGP's content. In fact, if UNGPs refer to adverse human rights impact "with which they [the business enterprises] may be involved", the UN Treaty calls the attention on human rights abuses "that may arise from their own business activities, or from their business relationships". Therefore, UNGPs encompass causal or non-causal link between business activities/relationships and a particular harm, meanwhile UN Treaty points rather at a causal link that could be read as more restrictive in terms of the business activities and relationships it would cover<sup>71</sup>.

Secondly, if the UNGPs distinguishes between actions required in cause, contribute, and directly linked situations, the draft treaty overlaps causing and contributing together, leading to confusion between cause/contribute scenarios and directly linked scenarios.

Moreover, while UNGPs require integrating the findings of identified human rights risks, the treaty omits integration, focusing only on actions needed to respond to potential human rights abuses<sup>72</sup>. This is an important aspect because, as highlighted in the previous paragraph, new researchers have found out how much water is used for the production of simple products. For instance, in this case "integration" means that companies would recur to solutions in the production to reduce the use of water.

**- European Green Deal: the new circular economy action plan and the proposal for a corporate sustainability reporting directive.**

As half of total greenhouse gas emissions and more than 90% of biodiversity loss and water stress come from resource extraction and processing, the European Green Deal<sup>73</sup> launched a concerted strategy for a climate-neutral, resource-efficient and competitive economy<sup>74</sup>. The EU has to point towards a "regenerative growth model" that gives back to the planet more than it takes, and it has to work together with companies on creating the framework for sustainable products. The goal is to plan a "Circular Economy Action Plan [...]" able to provide "[...] a future-oriented agenda for achieving a cleaner and more competitive Europe in co-creation with economic

---

70 OEIGWG, Third Revised Draft, cit., article 6.4

71 Ben Grama, Antoine Duval, Annika van Baar, Lucas Roorda, Third Revised Draft Treaty on Business and Human Rights: Comments and Recommendations, POLICY BRIEF, Asser Institute, 2021

72 Ibid.

73 COM(2019) 640

74 European Commission, Circular Economy Action Plan- For a cleaner and more competitive Europe, 2020



actors, consumers, citizens and civil society organisations”<sup>75</sup>. The CEAP is directed to improve sustainability aspects (durability, reusability, upgradability and reparability) of products starting from the design. This means that products’ recycling will increase, therefore the use of water will be proportionally reduced, less water pollution caused by waste management, less use of chemicals, and so on.

Moreover, the new Water Reuse Regulation will encourage circular approaches to water reuse in agriculture. The European Commission will facilitate water reuse and efficiency, including in industrial processes. Furthermore, changing the approach in water usage, according with the European Green Deal, will grant a sustainable "blue economy" that will play a central role in alleviating the pressing demand for the EU's land resources and in addressing climate change. In fact, the role of the oceans in mitigating and adapting to climate change is increasingly recognized and can help to improve the use of the aquatic sector and marine resources, for example by promoting the production and use of new ones sources of protein that can affect the pressure on farmland. In 2021 the EU adopted the *Pathway to a Healthy Planet for All EU Action Plan: 'Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil*, that represent a milestone in the safeguard of natural resources. This document is an important step forward in the approach to protection of natural resources. It foreseen “The zero pollution vision for 2050” with very ambitious targets with specific reference to the water resources. From January 2023 on, it set to revise all the UE Directives on Water subject in order to provide higher human health protection thanks to more stringent water quality standards, tackling pollutants of concern, such as endocrine disruptors and microplastics, and leading to even cleaner water from the tap for all – and less need for plastic bottles. The Commission will assess by 2023 whether new parameters also need to be addressed in the ongoing review of the Bathing Water Directive. The plan also set the forthcoming review of the Urban Waste Water Treatment Directive, in order to introducing permanent monitoring of health relevant parameters in wastewaters will be analysed. This could help prepare us for any new epidemic threats.

In conclusion, the transition to the circular economy will systemically happen by the endorsement and implementation of this Action Plan and encouraging Member States to adopt or update their national circular economy strategies<sup>76</sup>.

Another fundamental tool to support the EU Green Deal’s ambitions and transform Europe into the first climate neutral economy by 2050 is the European Commission’s proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, i.e. Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD). The purpose is to induce corporations’ activities to be more sustainable and

---

75 Ibid.

76 Cf. SWD (2020)



responsible. Identify, prevent, halt or reduce human rights abuses or environmental degradation will provide transparency and legal certainty, and it will foster human rights protection in Europe, as well as the green transition<sup>77</sup>. According to the current text of the proposal, CSRD will impose to member states to ensure that companies will “conduct human rights and environmental due diligence”<sup>78</sup>. The proposal clarifies the rights included in the directive and it includes the right to water, water sanitation, excess water water consumption<sup>79</sup>.

The innovative aspect is in the following articles where the due diligence is extended to every established business relationship, direct or indirect. In other words, it extends the due diligence to every entity performing some “business operation related to the product or service[s]...for or on behalf of the company”, but it does not include relationship with entities “negligible or merely ancillary part of the value chain”<sup>80</sup>. This proposal takes into consideration both equity and non-equity groups, contractual and non-contractual agreements with the intent to bring back responsibility for human rights abuses and environmental damages to the main company. Therefore, companies will have to identify, prevent, and take appropriate measures for adverse human rights and environmental impacts. Nevertheless, when indirect business relationships are involved, the main company will have to conclude a contract through which it will be assured that the “indirect” partner will comply with the code of conduct or preventive plan of the main company<sup>81</sup>. Where the “adverse impacts” cannot be avoided or brought to an end, then the company shall restrain from entering into or renewing the business relationship with another entity<sup>82</sup>.

This directive will represent an important step forward for the issue of responsibility of TNEs related to human and environmental rights. Nevertheless, there are still some aspects of the proposal that leaves open doors to critics. For instance, the impossibility to retrieve loans or other financial support issued if it would cause a “substantial prejudice” to the other company<sup>83</sup>. In this way companies are pushed to put in place remedies or being judicially and extra-judicially confronted in case of adverse impacts, but are financially protected avoiding

---

77 European Commission, Just and sustainable economy: Commission lays down rules for companies to respect human rights and environment in global value chains, 2022. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_1145](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1145)

78 Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Report of the United Nations Conference on the Human Environment, U.N. Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1973), p. 3; U.N. Doc. A/CONF.48/14 (1972), pp. 2-65. and Corr. 1.

79 Proposal for a Directive of The European Parliament And Of The Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, Annex 1, Part I, art. 1

80 Cf. article 3, paragraph 1 – point e and f

81 Article 7, par. 3. Also par. 4 states that the terms of the contract shall be “fair, reasonable and non-discriminatory”.

82 Ibid., par. 5. Article 8, par. 6

83 Article 7 and 8, par. 6 and 7



the collapse of the company itself which might potentially bring negative economic consequences to the state.

### **Conclusion.**

The portrayed trends of evolution of International Water Law reveal an effort at holistically apprehending and giving normative response to a complex reality of problems and social expectations than those that used to be addressed by the old International Water Law, centred on the pure regulation of the uses of water. But this realization also alerts us to the uncertainties that are still involved in the progress of International Water Law.

It seems necessary that the International Community would develop a regulatory and legislative approach that does not settle for sovereignty dynamics, but an approach aimed at prevention and planning directed towards two contexts: procurement and management.

Hence, we need to rethink our environment and our way of using water resource as an opportunity to rethink the relationship between man and natural space: we need to take a resilient step towards a Copernican revolution in the exploitation of the resources and in particular of water resources.

In this context, the United Nations should guide the states to the introduction of a specific legislation to address the regulation of the member states in the management of resources towards a more direct approach to the use of technological tools as a bulwark for the protection of the environment and for a rational use of the resources.

This is the moment to try to carve out a living space for the human being that is not antithetical to nature, but that integrates it and protects it.

### **List of references**

- African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources, London, 1933  
 Annibale S., *La tutela ambientale in campo internazionale*, Cedam, Padova, 1998  
 Badiali G., *La tutela internazionale dell'ambiente*, ESI, Napoli, 1995  
 Bateman A., Bonanni L., *What Supply Chain Transparency Really Means*, Harvard Business Review, 2019  
 Billock J., *How much water it takes to create 30 common items*, Stacker, 2020  
 Birnie P. W., Boyle A. E., *International Law & the Environment*, Oxford University Press, 2002  
 Boisson de Chazournes L., *Fresh Water in International Law*, Oxford University Press: Oxford, 2015  
 Brans E., De Haan E. J. (edited by), *The Scarcity of Water, Emerging Legal and Policy Responses*, Kluwer Law International, 1997  
 Brown Weiss E., Szasz F., Magraw M., *International Environmental Law & Policy*, New York, 1998  
 Brunnée J., Bodansky D., Hey E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007



- Cañedo-Argüelles M., Kefford B., Schäfer R., Salt in freshwaters: causes, effects and prospects - introduction to the theme issue, *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci.*, 2019
- Canelas De Castro P., The Evolution of International Water Law, *Int. J. Sus. Dev. Plann.*, 10, 6, 2015
- Castro Pereira J., Environmental issues and international relations, a new global (dis)order - the role of International Relations in promoting a concerted international system, *Rev. bras. polít. int.*, 58, 1 Brasília, 2015
- CDP, Interwoven risks, Untapped opportunities - The business case for tackling water pollution in apparel and textile value chains (Water Apparel analysis report), 2020
- Cordini G., Fois P., Marchisio S., *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, ESI, Napoli, 1998
- Dellapenna, Joseph W. The Berlin rules on water resources: the new paradigm for international water law, *Universidade do Algarve*, 2021
- Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act
- Dupuy R. J., *The Future of the International Law of Environment*, Nijhoff, Dordrecht, 1985
- European Commission, Circular Economy Action Plan- For a cleaner and more competitive Europe, 2020
- Ferrajoli L., L'acqua come bene comune e il diritto all'acqua come diritto fondamentale, *Relazione al Convegno internazionale sul diritto all'acqua*, Gorizia, 2003
- Gebriye Setegn S., Donoso M. C., *Sustainability of Integrated Water Resources Management: Water Governance*, Springer, 2015
- Giuffrida R., Amabili F., *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino
- Global Water Resource Issues*, Cambridge University Press, 1994
- Grama B., Duval A., van Baar A., Roorda L., Third Revised Draft Treaty on Business and Human Rights: Comments and Recommendations, *POLICY BRIEF*, Asser Institute, 2021
- Greco M., Carravetta A., Della Morte R., *River Flow 2004*, 1, Taylor & Francis, 2004
- Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers*
- Herbst S, Fayzieva D, Kistemann T., Risk factor analysis of diarrhoeal diseases in the Aral Sea area (Khorezm, Uzbekistan). *Int J Environ Health Res* 2008
- Interim Convention on Conservation of North Pacific Fur Seals*, Washington, 1957
- International Convention for the Regulation of Whaling*, Geneva, 1931
- International Environment Reporter: Current Report, Volume 14*, Bureau of National Affairs, 1991
- International Regulation Regarding the Use of International Watercourses for Purposes other than Navigation*, Madrid, 1911
- IPE, Blue Map Database, 2021
- IPE, Green Supply Chain CITI 2021, Green Transformation through Synergistic Reduction of Pollution and Carbon Emission, 2021
- IPE, Textile Phase I Report - Cleaning up the Fashion Industry, 2012
- Kiss A., Shelton D., *International Environmental Law*, Transnational Publishers, New York, 2004
- Kraft T., Valdés L., Yanchong Zheng, Supply Chain Visibility and Social Responsibility: Investigating Consumers' Behaviors and Motives, in *Manufacturing & Service Operations Management*, 20, 4, 2018



- Marshall T. H., *Citizenship and Social Class*, in T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Chicago, The University of Chicago Press, 1964
- MCCaffrey S. C., Sinjela M., *The 1997 United Nations Conventions on International Watercourses*, in *American Journal of international Law*, 1998
- McCaffrey S., *The Law of International Watercourses – Non-Navigational Uses*, 2nd edn., Oxford, 2007
- Mekonnen M.M., Hoekstra A.Y., *A global assessment of the water footprint of farm animal products*, *Ecosystems*, 15(3), 2012
- Mekonnen M.M., Hoekstra A.Y., *The green, blue and grey water footprint of crops and derived crop products*, *Hydrology and Earth System Sciences*, 15(5), 2011
- Muchlinski P. T., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd Ed, 2007
- Munari F., *Tutela internazionale dell’ambiente*, in Carbone, Luzzatto, Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003
- Niinimäki K., Peters G., Dahlbo H., Perry P., Rissanen T., Gwilt A., *The environmental price of fast fashion*, *Nature Reviews Earth & Environment*, 1 (5), 2020
- OEIGWG, *Third Revised Draft “Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises”*, 2021
- Sands P., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2003
- Schwabach A., *Diverting the Danube: The Gabcikovo-Nagymaros Dispute and International Freshwater Law*, 1996
- Shiva V., *Water Wars: Privatisation, Pollution and Profit*, Cambridge (Mas.), South End Press, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2002
- Tanzi A., Arcari M., *The United Nations convention on the law of international watercourses*, *Kuwer law international*, London, 2001
- Tanzi A., *Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law: The UNECE Protocol on Water and Health*, *International community law review*, 12, 3, 2010
- Tanzi A., *The Consolidation of international Water Law. A Comparative analysis of the UN and UNECE Water Conventions*, Editoriale Scientifica, 2017
- Tiseo I., *Global water industry - statistics & facts*, Statista, 2021
- Treaty Between the United States and Great Britain Relating to Boundary Waters*, Washington, 1909
- UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, 2018
- UN World Water Development Report 2015, Water for a Sustainable World*
- UN World Water Development Report, Wastewater: The Untapped Resource*, 2017
- WHO, *Progress on Sanitation and Drinking Water*, 2021
- Wolf J., Prüss-Ustün A., Cumming O., et al., *Assessing the impact of drinking water and sanitation on diarrhoeal disease in low- and middle-income settings: systematic review and meta-regression*, *Trop Med Int Health*, 2014
- Yamada C., *Codification of the law of transboundary aquifers (groundwater) by the United Nations*, *Water Int* 36(5), 2011



# TURISMO SOSTENIBILE E POLITICHE TERRITORIALI. PROFILI GIURIDICI<sup>1</sup>

**Barbara Accettura, Marco Brocca, Francesco Fabrizio Tuccari**

*Abstract (ITA)* Nella transizione, auspicata da più sedi e soggetti istituzionali, dal turismo di massa e di nicchia a quello sostenibile, quest'ultimo appare, dal punto di vista giuridico, un fenomeno ancora in cerca di definizione. Le esperienze degli ecomusei e degli itinerari enogastronomici, per il loro stato di avanzamento, possono essere utili esemplificazioni delle nuove dinamiche del turismo sostenibile in grado di rappresentarne alcuni tratti distintivi: territorialità positiva, governance interistituzionale e sussidiaria, modelli decisionali partenariali e consensuali, integrazione delle politiche territoriali, sostenibilità ambientale, responsabilità sociale.

*Abstract (ENG)* In the transition hoped for by many fora, institutions and decision-making levels, from mass and niche tourism to sustainable tourism, the latter appears, from a legal point of view, to be a phenomenon still in search of definition. The experiences of eco-museums and food and wine itineraries can be useful examples of the new dynamics of sustainable tourism, in terms of their state of progress, and can illustrate some of its characteristics: positive territoriality, inter-institutional and subsidiary governance, partnership and consensual decision-making models, integration of territorial policies, environmental sustainability and social responsibility.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. L'ecomuseo, "museo del territorio". - 2.1. Il dato normativo. - 2.2. Elementi distintivi. - 2.3. Profili organizzativi. - 3. Itinerari enogastronomici e territorio: considerazioni preliminari. - 3.1. Il ruolo del paesaggio agrario. - 3.2. Strumenti e profili organizzativi. - 3.3. La governance del settore. Problemi e prospettive - 4. Considerazioni finali (ma non conclusive).

## 1. Premessa

Il turismo, che rappresenta la seconda attività economica per importanza dopo quella di produzione e commercializzazione del petrolio e dei suoi derivati<sup>2</sup>, sta facendo registrare i

<sup>1</sup> Questo contributo nasce da una riflessione comune ai tre autori. Fermo restando l'opportuno coordinamento, i paragrafi 1 e 4 sono da attribuirsi a Francesco Fabrizio Tuccari, il paragrafo 2 a Marco Brocca e il paragrafo 3 a Barbara Accettura.

<sup>2</sup> Secondo i dati della United Nations World Tourism Organization (UNWTO) prima della pandemia, il settore turistico, che giunge a movimentare fino a 5 miliardi di persone all'anno, sviluppa il 5% del PIL mondiale diretto, dà lavoro a circa 235 milioni di persone e rappresenta una delle più cospicue fonti di reddito, spesso la prima e non infrequentemente l'unica, per numerosi sistemi-paese (in <https://www.sorgenia.it/guida-energia/turismo-sostenibile>). Non dissimili (in proporzione), e anzi talvolta più elevati (in percentuale), i numeri a livello europeo, anch'essi riferiti al periodo pre-pandemico: «il



primi segnali di una lenta ripresa<sup>3</sup> dopo la dura prova attraversata durante la fase acuta dell'emergenza pandemica<sup>4</sup>.

Pur trattandosi di segnali ancora timidi o comunque non particolarmente significativi, può nondimeno intravedersi una confortante *remise en marche* per un settore che, in condizioni di (ritrovata) normalità, è «destinato a crescere esponenzialmente», di pari passo con le dinamiche evolutive dei sistemi di trasporto e di comunicazione che lo contornano<sup>5</sup>.

In questa prospettiva diventa obbligata e non più rinviabile la definitiva transizione dal turismo di massa e di nicchia *tout court* al turismo sostenibile e responsabile, o – se si preferisce – la stabile declinazione di tali due forme di turismo in termini di sostenibilità e responsabilità.

Com'è noto, le nozioni di turismo sostenibile e responsabile, un tempo tenute distinte e differenziate<sup>6</sup>, oggi invece – sembra il caso di dire – viaggiano insieme, integrandosi reciprocamente e così combinandosi a un sistema informato all'attenzione nei confronti delle esigenze del “popolo dei turisti” e, al tempo stesso e in egual misura, allo sviluppo del territorio ospitante e al coinvolgimento attivo delle comunità interessate nei processi che lo riguardano.

---

settore del turismo ... nella sua definizione più stretta (in termini di fornitori tradizionali di viaggi e di servizi turistici), conta 2,3 milioni di imprese, principalmente piccole e medie (PMI), che danno lavoro a circa 12,3 milioni di persone. Nel 2018 il settore dei viaggi e del turismo ha contribuito direttamente al PIL dell'Unione per il 3,9 % e ha impiegato il 5,1 % della popolazione attiva totale (che corrisponde a circa 11,9 milioni di posti di lavoro). Se si considerano gli stretti legami con altri settori economici, i dati relativi al turismo aumentano in misura significativa, arrivando al 10,3 % del PIL e all'11,7 % dell'occupazione totale (che corrisponde a 27,3 milioni di lavoratori. Nel 2019 il numero di arrivi di turisti internazionali ha raggiunto 1,5 miliardi a livello mondiale (+4 %), di cui 745 milioni in Europa, pari al 50 % del mercato» (in <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/126/turismo#:~:text=Il%20settore%20del%20turismo%20a,12%2C3%20milioni%20di%20persone>). Sulla situazione del turismo in Italia prima dello scoppio della pandemia, AA.VV., *Turismo in Italia: numeri e potenziale di sviluppo*, in *Questioni di economia e finanza*, Occasional Papers, Banca d'Italia, Roma 2019, n. 505.

3 In argomento, *Turismo internazionale 2021-2022: i dati di UNWTO*, in <https://centrostudituristicifirenze.it/blog/turismo-internazionale-2021-2022-i-dati-di-unwto/>.

4 «La pandemia di COVID-19, scoppiata nel marzo 2020, ha portato con sé molta incertezza, tra divieti di viaggio e obblighi sanitari, e rappresenta oggi la maggiore sfida al futuro del settore turistico» (in <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/126/turismo#:~:text=Il%20settore%20del%20turismo%20a,12%2C3%20milioni%20di%20persone>).

5 Cos'è il turismo sostenibile e responsabile?, in <https://www.viaggiarelibera.com/turismo-sostenibile-e-responsabile/>.

6 Secondo la UNWTO, il turismo sostenibile soddisfa i bisogni dei viaggiatori apportando benefici ai luoghi e ai contesti che li ospitano, garantendone le opportunità di sviluppo dal punto di vista socio-economico e territoriale. Per l'Associazione Italiana Turismo Responsabile (AITR), il turismo responsabile si fonda sull'uguaglianza sociale e sulla garanzia del rispetto dei diritti umani, con attenzione all'incidenza del fenomeno turistico sulle comunità locali e sulle implicazioni relative al miglioramento delle loro condizioni sociali ed economiche.



In quest'ordine di idee, che si compendia nella suggestiva formula della «territorialità positiva»<sup>7</sup> e da cui esce ripensato e riplasmato anche l'originario concetto di ecoturismo<sup>8</sup>, il pensiero va anzitutto agli obiettivi di Agenda 2030 sul turismo sostenibile<sup>9</sup> e sulla sua correlazione con le opportunità occupazionali, con la promozione della cultura e dei prodotti locali e con l'uso attento delle risorse naturali<sup>10</sup>; per poi attingere i principi fondamentali e le raccomandazioni della Dichiarazione di Berlino «Trasformare il Turismo» del 2017 che, dal versante della società civile, indicano il percorso da intraprendere per conferire effettività a quegli obiettivi, valorizzando altresì la dimensione umana e le implicazioni anche ambientali, da intendersi in senso non soltanto ecologico, del fenomeno in discorso<sup>11</sup>.

7 In argomento cfr., per tutti, C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Il Mulino, Bologna, 2006. Alla territorialità positiva, «che consiste nel produrre valore (sociale, culturale, ambientale, economico) a partire dalle risorse potenziali specifiche di un territorio, mediante integrazioni sinergiche dei soggetti locali tra loro e con soggetti sovralocali», si contrappone (o giustappone) quella «negativa, che consiste nel potere di escludere altri soggetti dal controllo di uno spazio geografico confinato»: così G. DEMATTEIS, F. GOVERNA, *Territorialità, sviluppo locale, sostenibilità: il modello SloT*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 29. Per un'utile prospettiva d'insieme, M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Il Mulino, Bologna, 2007.

8 Fondato sul viaggiare immersi nella natura per fruirne pienamente.

9 Che, per quanto detto nel testo, va inteso come turismo *anche* responsabile.

10 Cfr. SDG 8.9 «Concepire e implementare politiche per favorire un turismo sostenibile che crei lavoro e promuova la cultura e i prodotti locali»; SDG 12.8.b «Sviluppare e implementare strumenti per monitorare gli impatti dello sviluppo sostenibile per il turismo sostenibile, che crea posti di lavoro e promuove la cultura e i prodotti locali»; SDG 14.7 «Aumentare i benefici economici dei piccoli Stati insulari in via di sviluppo e dei paesi meno sviluppati, facendo ricorso a un utilizzo più sostenibile delle risorse marine, compresa la gestione sostenibile della pesca, dell'acquacoltura e del turismo».

11 In [https://www.transforming-tourism.org/fileadmin/baukaesten/sdg/downloads/Berlin\\_Declaration\\_Italienisch.pdf](https://www.transforming-tourism.org/fileadmin/baukaesten/sdg/downloads/Berlin_Declaration_Italienisch.pdf). I principi fondamentali (§ 3) fanno riferimento, anzitutto, ai diritti umani e all'autodeterminazione dei popoli, declinati in termini di «diritto alla significativa partecipazione e consultazione compreso il consenso libero, preventivo e informato sulla questione se, in quale misura e in quale forma il turismo si realizza» (§ 3.1); di «distribuzione diffusa ed equa dei benefici economici e sociali in tutte le comunità destinatarie, compreso il miglioramento della prosperità locale, della qualità della vita e dell'equità sociale» (§ 3.2); e di comprensione reciproca, empatia e rispetto (§ 3.3). Numerose le raccomandazioni (§ 4), rivolte ai diversi livelli di governo, agli operatori, ai turisti, ai *media* e alle istituzioni universitarie e di ricerca (rispettivamente § 4.4, 4.5, 4.6, 4.7 e 4.8), ai quali, ciascuno per la propria parte e con il proprio strumentario, si chiede di dare attuazione a tali principi. Più in particolare, alle istituzioni si chiede di garantire la partecipazione della società civile e delle comunità interessate dal turismo ai vari processi riguardanti il territorio e i flussi turistici, nonché al reddito turistico; lo sviluppo di meccanismi di monitoraggio; il rispetto dell'uguaglianza di genere e dei diritti umani; l'introduzione di norme precettive sulla responsabilità aziendale; l'abolizione di sussidi comportanti effetti dannosi sul clima in favore di possibilità di viaggio più sostenibili; la gestione responsabile delle risorse e il rispetto delle capacità di carico ambientali e culturali; l'eliminazione degli svantaggi strutturali e l'incentivazione delle PMI e delle iniziative di comunità; l'equità e la dignità delle condizioni di lavoro in funzione del decoro di quelle di vita; la giustizia e l'equità fiscale; la formazione e l'istruzione. Le raccomandazioni rivolte agli operatori attengono all'allineamento dei processi gestionali ai principi e alle regole in materia di diritti umani e di sostenibilità; allo sviluppo di catene di forniture trasparenti, eque e gestite responsabilmente, inclusa la chiarezza e la comprensibilità delle politiche dei prezzi; la riduzione del consumo delle risorse; la costante interazione con gli attori istituzionali e socio-economici dei territori interessati; la consultazione di tutti i soggetti di filiera e il rispetto dei diritti dei lavoratori; l'investimento in ricerca e sviluppo di una quota parte dei proventi delle attività. Ai turisti si chiede di «assumersi la responsabilità delle proprie scelte di viaggio: il rispetto delle comunità ospitanti e la loro cultura; usare consapevolmente le scarse risorse locali; sostenendo l'economia locale e, infine, rispettando i diritti umani». Dai *media* ci si attendono informazioni circostanziate, indagini indipendenti, valutazioni critiche sulle questioni riguardanti il turismo. Alle istituzioni accademiche si



Lungo questa direttrice di marcia corrono le principali più recenti iniziative in favore del turismo sostenibile quali, in particolare, la risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 sulla definizione di una strategia euro-unitaria in materia<sup>12</sup>, le linee guida del G20 di Roma del 4 maggio 2021 sul futuro del turismo<sup>13</sup> e la dichiarazione del COP 26 di Glasgow del 4 novembre del 2021 sulle azioni climatiche sul turismo<sup>14</sup>.

Si tratta di atti e documenti che al di là dei contenuti specifici, che in questa sede non è possibile e ai fini d'indagine non sarebbe neppure utile esaminare, tendono ad affinare e vieppiù articolare le coordinate di fondo alle quali si è appena fatto cenno, individuando ulteriori e diversi ambiti d'intervento e, da qui, aprendo a nuovi scenari e prospettive di sviluppo del settore turistico<sup>15</sup>.

Ora, è risaputo che le forme in cui il turismo sostenibile si manifesta sfuggono, per numero e varietà, a un inquadramento unitario, soprattutto quando sia assunto come angolo visuale quello giuridico, incontrandosi fenomeni di portata soltanto fattuale e, per converso, fenomeni presi in considerazione dal diritto, quali in termini di semplice riconoscimento e quali anche in termini di disciplina.

Quest'ultima, poi, può investire tutti o soltanto alcuni dei possibili livelli di normazione, così come far leva su fonti non legislative di carattere sia provvedimentale sia convenzionale; e regolamentare le diverse fattispecie, dove esclusivamente per principi ovvero in misura minimale e a volte addirittura embrionale, e dove in maniera più penetrante e approfondita ma con diversa intensità e grado di dettaglio a seconda dei casi.

Da qui un quadro a geometria variabile che, tra le diverse figure di turismo sostenibile, ne mette avanti due in particolare le quali, fin dal primo approccio, catturano l'attenzione di chi intenda cimentarsi con la materia in argomento.

Si tratta, segnatamente, degli ecomusei e degli itinerari enogastronomici, a cui sono dedicate le considerazioni che seguono.

## 2. L'ecomuseo, "museo del territorio"

Un'esperienza di recente emersione, emblematica di una rinnovata concezione delle politiche pubbliche in chiave di sviluppo sostenibile del territorio, è quella degli ecomusei, formula<sup>16</sup> che nel *nomen* evoca il modello museale da cui, peraltro, si distanzia per la presenza

---

chiedono «programma di ricerca, insegnamento e apprendimento» finalizzati ad approfondire gli aspetti della giustizia globale, della sostenibilità e dello sviluppo internazionale del fenomeno turistico.  
12 In [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0109\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0109_IT.html).

13 In [https://www.g20.utoronto.ca/2021/G20-Rome-guidelines-for-the-future-of-tourism\\_OECD-report-to-G20-TWG\\_CLEAN-COVER.pdf](https://www.g20.utoronto.ca/2021/G20-Rome-guidelines-for-the-future-of-tourism_OECD-report-to-G20-TWG_CLEAN-COVER.pdf).

14 In [https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/2022-02/GlasgowDeclaration\\_EN\\_0.pdf](https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/2022-02/GlasgowDeclaration_EN_0.pdf).

15 In estrema sintesi e per quanto di specifico interesse in questa sede, la risoluzione del Parlamento europeo è rivolta all'assunzione di formali e circostanziati impegni rivolti all'individuazione di forme di turismo idonee a mitigarne l'impatto individuazione; le linee guida del G20 danno atto della «volontà di esplorare nuove forme di collaborazione nel campo dell'economia creativa e dell'innovazione in supporto al turismo»; la dichiarazione del COP26 è finalizzata a promuovere l'interazione tra i soggetti di filiera per ridurre effettivamente le emissioni inquinanti entro il 2030.

16 Il neologismo è stato coniato negli anni '70 da Hugues de Varine e Henri Rivière, personalità eminenti dell'ICOM-International Council of Museums. De Varine individua nell'ecomuseo «qualcosa che rappresenti cos'è un territorio e chi sono i suoi abitanti, in base alla cultura viva delle persone, del loro ambiente, di ciò che hanno ereditato dal passato, di ciò che amano e che desiderano mostrare ai loro ospiti e trasmettere ai loro figli»; Rivière descrive l'ecomuseo come «il museo del tempo e dello spazio in un dato territorio [...], una istituzione che studia, custodisce, valorizza e presenta la memoria collettiva di una comunità e del territorio che la ospita, definendo linee coerenti per lo sviluppo futuro», citati da M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Risparmio del*



di profili originali. Nate come esperienze locali del tutto volontarie, si tratta di realtà ancora prive di disciplina organica a livello sovranazionale e nazionale, mentre si registra una crescente attenzione da parte del legislatore regionale<sup>17</sup>. La fisionomia che va delineandosi è di un istituto flessibile dal punto di vista organizzativo e multifunzionale per gli obiettivi; un istituto duttile e multidimensionale, capace di intercettare diversi interessi e che presenta potenzialità ancora inesprese.

### 2.1 Il dato normativo

L'istituto sconta ancora un'anomia sul piano statale, mentre, come detto, rileva una legislazione regionale corposa e orientata nella direzione di tratteggiare l'istituto secondo alcuni elementi comuni.

A titolo esemplificativo, è emblematica la definizione fornita dalla recente legge della regione Basilicata, che condensa la fisionomia del nuovo istituto: l'ecomuseo è «*un luogo di comunità avente la forma dei musei permanenti [...] mirante a studiare, conservare e promuovere l'identità collettiva e il patrimonio culturale, ambientale e paesaggistico locale*» (art. 2, comma 1, l.r. Basilicata n. 36/2018); essi «*contribuiscono alla cura del territorio promuovendo progetti di paesaggio in forma partecipata, nei quali le comunità si riconoscono attraverso una socialità rinnovata, che prevede la partecipazione permanente delle comunità nei processi di individuazione, cura e governo del patrimonio culturale, ambientale e paesaggistico locale, favorendo modelli di cittadinanza attiva e di sussidiarietà verticale e orizzontale*» (comma 2) e si fondano «*su un patto che impegna una comunità a prendersi cura di un territorio*», attuandosi «*attraverso un progetto condiviso ed integrato di valorizzazione, promozione e produzione di cultura di un territorio geograficamente delimitato ed omogeneo dal punto di vista sociale ed economico, connotato da peculiarità storiche, culturali, materiali ed immateriali, paesistiche ed ambientali. I tratti distintivi dell'ecomuseo, incorporano elementi geografici, paesaggistici ed ambientali assieme ad elementi del patrimonio culturale tangibile ed intangibile, come architettura, pratiche di lavoro, produzioni, lingua, e tradizioni in genere*» (comma 3).

### 2.2. Elementi distintivi

Sebbene ancora in via di consolidamento il modello ecomuseale si connota per molteplici aspetti, ora mutuati dal modello museale, ora del tutto originali. Il richiamo del paradigma

---

suolo e turismo naturalistico. Spunti di riflessione sullo sviluppo sostenibile nella perequazione urbanistica, in *Ambientediritto*, 2021, n. 1, p. 3.

17 L.r. Piemonte, 14 marzo 1995, n. 31, "Istituzione di ecomusei del Piemonte" (ora l.r. Piemonte, 3 agosto 2018, n. 13); l.r. Friuli-Venezia Giulia, 20 giugno 2006, n. 10, "Istituzione degli Ecomusei del Friuli Venezia Giulia"; l.r. Sardegna, 20 settembre 2006, n. 14, "Norme in materia di beni culturali, istituti e luoghi della cultura", art. 11; l.r. Lombardia, 12 luglio 2007, n. 13, "Riconoscimento degli ecomusei per la valorizzazione della cultura e delle tradizioni locali ai fini ambientali, paesaggistici, culturali, turistici ed economici"; l.p. Trento, 30 ottobre 2007, n. 15, "Disciplina delle attività culturali", art. 20; l.r. Umbria, 14 dicembre 2007, n. 34, "Promozione e disciplina degli ecomusei"; l.r. Molise, 28 aprile 2008, n. 11, "Istituzione di ecomusei in Molise", art. 1; l.r. Toscana, 25 febbraio 2010, n. 21, "Testo Unico delle disposizioni in materia di beni, istituti e attività culturali", artt. 16 e 19; l.r. Puglia, 6 luglio 2011, n. 15, "Istituzione degli ecomusei della Puglia"; l.r. Veneto, 10 agosto 2012, n. 30, "Istituzione, disciplina e promozione degli ecomusei"; l.r. Calabria, 4 dicembre 2012, n. 62, "Istituzione di Ecomusei in Calabria"; l.r. Sicilia, 2 luglio 2014, n. 16, "Istituzione degli Ecomusei della Sicilia"; l.r. Lazio, 11 aprile 2017, n. 3, "Riconoscimento e valorizzazione degli ecomusei regionali"; l.r. Basilicata, 16 novembre 2018, n. 36, "Ecomusei, case di comunità"; l.r. Marche, 27 aprile 2022, n. 8, "Promozione e disciplina degli Ecomusei".



museale evoca anzitutto il profilo organizzativo, in quanto dalla definizione normativa di museo<sup>18</sup> deriva la configurazione dell'ecomuseo come struttura organizzata e permanente; inoltre si delineano le funzioni e le finalità primarie dell'ente, consistenti nella conservazione e fruizione del patrimonio culturale con le connesse attività che muovono dalla catalogazione e pervengono all'esposizione dei beni. L'afferenza al modello museale è ulteriormente valorizzata da alcune Regioni nella cui legislazione dedicata ai beni culturali gli ecomusei sono espressamente inseriti nell'ambito dell'organizzazione museale regionale, con l'effetto dell'estensione a essi della disciplina, soprattutto promozionale, propria dei musei (art. 22, l.r. Lazio n. 24/2019; art. 16, l.r. Toscana n. 21/2010; art. 11, l.r. Sardegna n. 14/2006).

Ulteriori elementi qualificativi riflettono peculiarità e vocazioni tipiche dell'ecomuseo. L'ambito di intervento rappresentato dal patrimonio culturale è inteso secondo un'accezione alquanto lata, comprensiva non solo dei beni culturali e dei beni paesaggistici in senso stretto, bensì anche delle espressioni della cd. cultura minore, formula che evoca beni, attività, luoghi rappresentativi della memoria e della storia della collettività locale. In altre parole, se la vocazione dell'ecomuseo è di preservare l'identità culturale di una comunità, il suo ambito di applicazione aspira a comprendere le diverse espressioni che contribuiscono alla formazione di questa identità, essendo indifferenti distinzioni strutturali o funzionali che rilevano per altri settori: il raggio di intervento dell'ecomuseo si allarga per comprendere, oltre ai beni formalmente vincolati quali beni di interesse culturale o paesaggistico, beni culturali non vincolati ovvero beni immateriali (cd. beni volatili) e attività culturali nonché beni non vincolati espressione del paesaggio. Ne deriva che l'ecomuseo è, da un lato, tributario dell'approccio del codice dei beni culturali che condensa nella nozione di patrimonio culturale i beni culturali e i beni paesaggistici, dall'altro, ne supera l'impostazione propriamente vincolistica per abbracciare beni significativi sebbene non formalmente vincolati.

Tra i settori contigui è immediata l'aderenza del modello ecomuseale al paesaggio e specialmente al paesaggio agrario per l'insieme di pratiche, produzioni e saperi che esso evoca e per le conformazioni del territorio che implica, elementi i quali contribuiscono a delineare l'identità locale di un territorio e, al contempo, sono rappresentativi del paesaggio, anche secondo la definizione di esso data dal codice: definizione imperniata attorno all'elemento (oggettivo) dell'interazione tra fattori naturali e antropici e all'aspetto (soggettivo) della percezione e del carattere identitario dei risultati di siffatta interazione (art. 131 d.lgs. n. 42/2004). L'ecomuseo si qualifica per la componente paesaggistica e del paesaggio offre una rappresentazione tangibile ovvero, come è stato detto, assume e mostra «*la forma e la dimensione del paesaggio*»<sup>19</sup>; con l'ulteriore osservazione che l'ecomuseo, con la sua consistenza strutturale, offre un esempio – tra i pochi ancora disponibili – di formula organizzativa e di strumento che concreta la funzione di valorizzazione del paesaggio<sup>20</sup>.

Il collegamento con l'ambito del paesaggio trova riscontro nella normativa regionale non

18 L'art. 101 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, codice dei beni culturali e del paesaggio, annovera il museo tra gli «*istituti di cultura*» e lo definisce quale «*struttura permanente che acquisisce, cataloga, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio*», definizione mutuata da quella presente nello statuto di ICOM, che pure aggiunge la finalità di «*diletto*».

19 A. ANGELINI, *Per un uso sostenibile e duraturo del territorio*, in G. REINA (a cura di), *Gli ecomusei. Una risorsa per il futuro*, Marsilio, Venezia, 2014, p. 131.

20 La dottrina che ha esaminato il dato codicistico dedicato alla “valorizzazione del paesaggio” ne ha evidenziato il carattere scarno e asimmetrico rispetto a quello riferito all'analoga funzione applicata ai beni culturali: G. SEVERINI, *La valorizzazione del paesaggio*, in G. CUGURRA, E. FERRARI, G. PAGLIARI (a cura di), *Urbanistica e paesaggio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, p. 238. L. CASINI, *La valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, n. 2, p. 388; G. PIPERATA, *Paesaggio*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 270.



solo per l'esplicito riferimento a esso nell'ambito di applicazione dell'ecomuseo, ma anche per la presenza di disposizioni di tipo organizzativo, come quelle che chiamano in causa l'osservatorio regionale per la qualità del paesaggio con l'affidamento di compiti di coordinamento e programmazione delle attività degli ecomusei nonché di promozione di forme di partenariato nella gestione degli stessi (l.r. Puglia, n. 15/2011, art. 2, comma 6; l.r. Basilicata, n. 36/2018, art. 4, comma 7); nonché negli atti regionali di pianificazione paesaggistica, come quello pugliese in cui gli ecomusei sono inseriti tra gli «*strumenti di governance*» muniti di «*compiti promozionali e di attivazione del PPTR sul territorio*» (art. 22 PPTR-regione Puglia) ovvero quello piemontese in cui gli ecomusei sono inseriti tra le «*reti di connessione paesaggistica*», finalizzate all'integrazione delle misure di valorizzazione del paesaggio con quelle relative ai beni culturali propriamente detti (art. 42 PPR-regione Piemonte).

Corollario della nozione ampia di patrimonio culturale è la concezione di esso e dei suoi elementi costitutivi come "risorse territoriali", ossia di fattori che, in quanto identitari e caratterizzanti un territorio, possono contribuire in modo determinante allo sviluppo socio-economico dello stesso. L'ecomuseo diviene, pertanto, strumento di sviluppo del territorio attraverso la valorizzazione delle risorse culturali e ambientali: uno sviluppo che, in base alla natura e alla consistenza dei beni considerati, è diffuso sul territorio e orientato alla sostenibilità ambientale e alla responsabilità sociale. Il comparto economico primariamente interessato è quello turistico: l'ecomuseo si pone come polo di attrattività turistica, capace di generare ricadute positive sul turismo e sui comparti delle economie locali che a esso sono direttamente e indirettamente collegati (artigianato, ricettività, ristorazione, ecc.). Questa vocazione è esplicitata nella legislazione regionale, nella quale, ad esempio, si evidenzia, tra i compiti dell'ecomuseo, quello di «*promuovere la progettazione di forme di turismo culturale improntate alla sostenibilità e finalizzate alla conoscenza del territorio nelle sue varie componenti e articolazioni*» (l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 23/2015, art. 12, comma 3, lett. d), ovvero di «*favorire l'incremento delle ricadute economiche provenienti dall'utilizzo sostenibile delle risorse locali quali il turismo*» (l.r. Lazio n. 3/2017, art. 1, comma 4, lett. f) o di «*favorire l'inserimento dell'offerta ecomuseale nei programmi di marketing e di valorizzazione territoriale promossi dai sistemi turistici locali*» (l.r. Marche n. 9/2022, art. 2, lett. f).

Ulteriore corollario è la centralità del ruolo della collettività locale. La missione dell'ecomuseo di "costruzione" o "recupero" dell'identità territoriale spiega il ruolo attivo che la comunità è chiamata a svolgere nel processo di emersione e riconoscimento degli elementi identitari. Simmetricamente, la concezione estesa di patrimonio culturale, comprensiva dei beni culturali e paesaggistici "diffusi" o "minori", evoca la rilevanza del dato della percezione comunitaria nella lettura elementi del territorio come beni di valore<sup>21</sup>.

In altre parole, il tema della coscienza dell'identità del territorio ispira l'ecomuseo e ne permea profondamente la concezione e le attività: spiega perché la collettività è chiamata a farsi interprete della memoria e della storia dei propri luoghi e, al contempo, a esserne gelosa custode; ma mostra anche il ruolo della collettività come parte attiva nella valorizzazione dei beni identitari, che vuol dire renderli fruibili a ogni componente di quella comunità nonché offrirli con orgoglio ai visitatori "esterni"<sup>22</sup>.

21 Sottolineano il punto F. FRACCHIA, L. GILI, *Ecomusei e aree protette tra sussidiarietà e sviluppo sostenibile*, in W. CORTESE (a cura di), *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio. Atti del Convegno di Lampedusa, 21-23 giugno 2007*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p. 195.

22 V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Interventi sul territorio extraurbano. Ecomusei, paesaggi, periferie*, in *Giustamm*, 2019, n. 11, p. 2.



Il profilo della partecipazione attiva della collettività salda le due prospettive che ispirano l'ecomuseo: quella del senso di conoscibilità, condivisione e appartenenza dell'identità locale, attraverso il recupero delle radici storiche e culturali della comunità, e quello della valorizzazione, anche in chiave socio-economica, del territorio.

### 2.3. Profili organizzativi

La fisionomia complessa e peculiare dell'ecomuseo si riflette anche sul piano organizzativo. Dal modello derivante dalla legislazione regionale emerge uno schema amministrativo imperniato sul livello locale e aperto a forme di sussidiarietà orizzontale: in capo alla regione spetta il compito di definizione dei requisiti e degli standard qualitativi minimi per l'istituzione dell'ecomuseo e l'attività di riconoscimento generalmente tramite iscrizione in apposito registro o elenco regionale, nonché la funzione di incentivazione, anche attraverso, come visto, l'inserimento nell'organizzazione museale regionale, mentre agli enti locali, in forma singola o associata, compete l'attivazione e la conseguente gestione. Peraltro, secondo il disegno maggioritario l'iniziativa è riconosciuta anche a soggetti diversi dagli enti locali, di natura sia privata (associazioni e fondazioni culturali, associazioni ambientaliste, organismi no-profit, ecc.) sia pubblica (enti parco, centri di ricerca, istituti universitari, ecc.), sia mista, e può trattarsi di organismi già esistenti che abbiano come oggetto statutario finalità coerenti con il modello ecomuseale ovvero di soggetti costituiti appositamente per l'istituzione dell'ecomuseo. Minoritaria (provincia di Trento, Sardegna) è l'opzione che riserva l'iniziativa – e la gestione – agli enti locali.

La gestione è affidata generalmente al soggetto che ha promosso l'istituzione, è prevista altresì l'opzione dell'affidamento della gestione a un organismo diverso, con l'avvertenza che soddisfatti i medesimi requisiti richiesti al soggetto proponente l'istituzione dell'ecomuseo.

Costante è il riferimento al coinvolgimento delle diverse componenti della comunità locale nell'organizzazione e nell'attività dell'ecomuseo. Come detto, si tratta di un dato connotante il modello ecomuseale, enfaticamente riconosciuto dalla legislazione regionale in termini di «patto» (Basilicata), «logiche di rete» (Piemonte), più generalmente di partecipazione «attiva» o «diretta». La partecipazione dei privati si declina su più livelli: nel momento istitutivo, in cui il privato può porsi quale esclusivo soggetto promotore ovvero può essere parte di organismo a composizione mista appositamente creato; sul piano gestorio, in cui il soggetto gestore può coincidere con quello promotore ovvero può essere soggetto diverso, affidatario della gestione, a seguito di procedura di evidenza pubblica e sulla base di apposita convenzione con l'organismo titolare; al momento propriamente partecipativo nell'ambito delle politiche e dei processi decisionali, in cui dal modello regionale risalta lo sforzo di formalizzare “luoghi” e “momenti” di partecipazione avanzata, quali possono essere «le mappe di comunità» e «i laboratori di cittadinanza attiva» (Puglia, Sicilia, Piemonte, Basilicata, Marche). Questi moduli implicano la partecipazione diretta della comunità nei processi di rappresentazione – e, ancora prima, di percezione – delle peculiarità dei luoghi e di definizione delle regole di gestione. Si tratta di moduli che assecondano processi collettivi di conoscenza utili, anzitutto, a consolidare la consapevolezza dell'identità di una comunità e del senso di integrazione e appartenenza a un territorio.

Come è stato efficacemente detto, l'ecomuseo si connota soprattutto come «progetto», a differenza del museo che rileva come «istituzione» e la «valorizzazione dell'aspetto progettuale e dinamico, rispetto all' “etichetta” di istituzione [...] pare far risaltare maggiormente la natura dell'ecomuseo, fondata sulla partecipazione e [...] più su che “cosa si fa” che su “cosa si ha”»<sup>23</sup>.

---

23 F. FRACCHIA, L. GILL, *Ecomusei e aree protette*, cit., pp. 198-199.



### 3. Itinerari enogastronomici e territorio: considerazioni preliminari

Questa parte del lavoro si propone di riflettere sui nuovi modelli di marketing dei territori che si vanno sempre più affermando nel contesto di iniziative di valorizzazione e promozione del paesaggio ed in particolare di quello agrario. Il che presuppone il superamento del concetto tradizionale e “vincolistico” del paesaggio e con esso dell’impostazione esclusivamente di tipo conservativa/preservativa e l’opzione per una nozione di paesaggio quale risorsa e fattore di sviluppo anche economico del territorio, ciò in conformità con le sollecitazioni della Convenzione Europea del paesaggio<sup>24</sup>.

L’impostazione accolta costituisce premessa necessaria, da un lato, per aderire ad un concetto di paesaggio come “bene diffuso” e cioè come modo d’essere del territorio, dall’altro, per aprire ad una concezione “partecipata” del paesaggio, aperta alle comunità di riferimento.

Il riconoscimento di un ruolo attivo dei cittadini nelle decisioni che riguardano il paesaggio può offrire un’occasione per questi ultimi per meglio identificarsi con i territori e consolidare le loro identità e con ciò realizzare gli obiettivi di sviluppo sostenibile e con questi quelli di economia circolare.

Come è stato autorevolmente sostenuto, l’economia circolare «porta a riconciliare l’ambiente e lo sviluppo in senso rispettoso dei limiti del pianeta vedendo l’economia come un’attività che non solo non deve incidere negativamente sull’ambiente, ma addirittura, per quanto possibile, lo deve migliorare»<sup>25</sup>.

Si tratta semmai di verificare se, ed a quali condizioni, «l’applicazione dell’economia circolare possa contribuire ad una valorizzazione più sostenibile del patrimonio culturale e se da ciò possano derivare effetti benefici per lo sviluppo di questi territori e dunque per la riduzione delle disuguaglianze territoriali»<sup>26</sup>. La prima questione riguarda quindi il «chi fa che cosa», ciò che presuppone la consapevolezza che «un sistema vero di economia circolare più legato alle specificità dei territori, comporta un ruolo rafforzato delle funzioni esercitate dal potere pubblico nella regolazione delle attività economiche, con le relative ripercussioni sociali» che «allo stesso tempo rispetti le dinamiche della democrazia rappresentativa e partecipativa»<sup>27</sup>.

#### 3.1. Il ruolo del paesaggio agrario

Che sia questa la direzione assunta dalle politiche in materia (che vedono una necessaria interazione tra pubblico e privato), sia nell’ordinamento italiano che in quello comunitario è particolarmente evidente ove si guardi alle esperienze che si sono venute a delineare con riferimento al «paesaggio agrario».

24 La Convenzione europea del paesaggio è stata adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa a Strasburgo il 19 luglio 2000, recepita e resa esecutiva dallo Stato Italiano con la l. 9 gennaio 2006, n.14. Nel Preambolo si legge che «il paesaggio svolge importanti funzioni di interesse generale, sul piano culturale, ecologico, ambientale e sociale e costituisce una risorsa favorevole all’attività economica, e che, se salvaguardato, gestito e pianificato in modo adeguato, può contribuire alla creazione di posti di lavoro». La convenzione apre «a nuove tipologie di paesaggio che esorbitano i ristretti confini in cui tale concezione era relegata dai legislatori nazionali» e ne ridefinisce i contorni all’insegna «sotto il crisma del principio della partecipazione», così N. FERRUCCI, M. BROCCA, *Il paesaggio agrario; dal vincolo alla gestione negoziata*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 17.

25 F. DE LEONARDIS, Voce *Economia circolare (dir. pubbl.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Utet, Padova, 2021, p. 181.

26 C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. le norme e le pratiche*, in *Dir. amm.*, 2022, n. 3, p. 867.

27 F. DE LEONARDIS, Voce *Economia circolare*, cit., p. 182.



Quest'ultimo in quanto risultante di specifici usi del suolo, connessi alle attività di determinati soggetti quali gli operatori agricoli<sup>28</sup>, costituisce una interessante prospettiva alla quale guardare per verificare l'effettivo emergere di nuovi modelli organizzativi.

In questa sede ci si sofferma su di un particolare aspetto del paesaggio agrario costituito dai prodotti enogastronomici, per la relativa capacità di rappresentare un elemento distintivo dell'identità del territorio.

Ed in effetti, la relazione tra cibo e territorio, declinata in chiave di salvaguardia delle tipicità locali, trova una interessante applicazione nelle esperienze degli «itinerari/strade/percorsi enogastronomici».

Si tratta di esperienze incentrate sulla promozione delle risorse agricole tipiche dei territori, che presuppongono la consapevolezza della necessità di «un turismo enologico responsabile, un atteggiamento attento per l'agricoltura, una denuncia delle monoculture, dell'accanimento chimico, delle sacche di caporalato e di sfruttamento dei lavoratori. Il turismo del vino può essere un'autostrada vincente, ma per nulla sostenibile e durevole»<sup>29</sup>.

Come è noto, se per un verso l'agricoltura modella il territorio, riflettendo «le esigenze economiche e sociali e le tecniche produttive del tempo» per altro il territorio «condiziona» l'attività agricola, non solo «favorendo alcune produzioni e scoraggiandone altre, in virtù delle sue invarianti morfologiche» ma anche «della visione culturale e identitaria che del territorio hanno le popolazioni locali»<sup>30</sup>.

Di conseguenza le funzioni del paesaggio possono essere influenzate «da cambiamenti nella struttura del paesaggio, che a loro volta influenzano l'erogazione dei servizi ecosistemici»<sup>31</sup>. Si pensi ad esempio agli impianti fotovoltaici installati al suolo in zone agricole che, ove sganciato da studi effettivi sulla valutazione degli impatti che a vario titolo ne discendono<sup>32</sup> e sulla

28 Per una definizione di operatore/imprenditore agricolo e di imprenditore vitivinicolo, si v. A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, N. LUCIFERO, *Manuale di legislazione vitivinicola*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 29 ss.

29 Come è stato rilevato, si v. C. PETRINI, *Non c'è turismo sostenibile senza la felicità degli abitanti*, in *La Stampa* del 21 settembre 2022, «sostenibilità, e ancor più il concetto di turismo sostenibile, è un'espressione che è entrata in modo dirompente nella dialettica comune, fino a essere abusata... sostenibile ha la stessa radice di "sustain", il pedale del pianoforte che allunga la nota. I francesi lo traducono in "durable". Un termine che contiene l'idea che le azioni che intraprendiamo devono avere come risultato una durata che persiste, più lunga. In questo contesto, miriamo a che i benefici del turismo possano essere goduti sul lungo periodo e non si consumino in fretta. Un punto per me è molto chiaro: il turismo, anche quello del vino, non ha solo aspetti positivi. Ha un impatto e criticità di cui è opportuno essere coscienti, con l'obiettivo di prevenirle. Uno degli elementi distintivi del fare turismo sostenibile, ad esempio, è quello di operare per far sì che gli abitanti del territorio siano felici».

30 M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto. riflessioni sulla categoria del «paesaggio agrario»*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, n. 1-2, pp. 1 ss.

31 A. DE MARCO, I. PETROSILLO, T. SEMERARO, M.R. PASIMENI, R. ARETANO, G. ZURLINI, *Il contributo del fotovoltaico alla regolazione del clima globale ed i suoi effetti sui servizi ecosistemici locali nel comune di Lecce*, in M. BROCCA, M. TROISI, *I boschi e le foreste come frontiere del dialogo tra scienze giuridiche e scienze della vita*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, p. 274.

32 Si v. in proposito le più recenti pronunce giurisprudenziali in tema di cd. agri-voltaico, si v. in particolare Tar Puglia, Lecce, II sez., 11 aprile 2022, n. 586 che ha chiarito come nel procedimento autorizzativo di tale tipologia di impianti vengono in rilievo diversi interessi di pari rango rispetto a quello paesaggistico, *che devono essere bilanciati «l'interesse alla tutela del paesaggio rurale, da un lato; l'interesse all'implementazione di sistemi di approvvigionamento di energia da fonti alternative a quelle fossili»*. Alla stregua di tale impostazione il bilanciamento «non si attua mediante la semplicistica "opzione zero" (no agli impianti FER su di una determinata area), ma comporta l'interrogarsi sulla possibilità di coniugare le esigenze agricole con quelle della produzione di energia da fonti "pulite"». Da qui a dire di detta



compatibilità tra uso delle fonti rinnovabili e caratteri identitari dei territori su cui vengono installati, oltre ad incidere sulla produzione di cibo, e sui servizi ecosistemici, rischia di incidere sulla conformazione del paesaggio e con essa sull' auspicato sviluppo del turismo sostenibile declinato in senso circolare<sup>33</sup>.

### 3.2. Strumenti e profili organizzativi

Ebbene gli itinerari/cammini enogastronomici rappresentano una nuova frontiera per la realizzazione degli obiettivi di valorizzazione e promozione dei territori.

Dette esperienze si diffondono nella prassi alla fine degli anni 90 in epoca di turismo di massa quali ulteriori forme di itinerari culturali<sup>34</sup>. Se questi ultimi realizzano più in generale «forme di *connessione in sistema* e di *rappresentazione* come un *insieme*, di una serie di *nodi* e di *segmenti*, in funzione di un tema culturale unificante», nel caso degli itinerari enogastronomici il tema unificante è rappresentato proprio dalla produzione del vino tipico, in quanto fattore di identità culturale di una certa regione.

Sotto questo profilo si può ritenere che gli itinerari turistico culturali in generale e quelli enogastronomici, in particolare, siano ascrivibili alla categoria dei beni culturali immateriali, il che pone il problema, che non può essere oggetto della presente trattazione, delle relative forme di tutela, se si considera che il codice dei beni culturali ancora non ne prevede l'assimilazione ai beni culturali materiali e dunque l'estensione della relativa disciplina<sup>35</sup>.

Volendo utilizzare la rappresentazione proposta da autorevole dottrina<sup>36</sup>, il collegamento dei vari segmenti/ porzioni di territorio con le produzioni tipiche del territorio ne rappresenta l'elemento strutturale, mentre la valorizzazione e promozione del territorio ne costituisce elemento funzionale.

---

giurisprudenza, la necessità di che le amministrazioni coinvolte non si limitino ad «attribuire peso decisivo alla modifica della "Texture" di riferimento che si realizzerebbe con l'attuazione dell'impianto in esame» ma valutino i benefici dell'impianto.

33 Le riflessioni sui cambiamenti della struttura del paesaggio vanno oggi confrontate con il nuovo testo degli artt. 9 e 41 Cost., risultante dalla riformulazione di cui alla l. cost. 11 febbraio 2022, n.1. In particolare, l'art. 41 Cost. nella nuova formulazione finisce con il legare «la tutela dell'ambiente a doppio filo con lo sviluppo economico ed i un'ottica di interconnessione con altri interessi», così F. DE LEONARDIS, *Il diritto all'economia circolare e l'art.41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, n. 1, p. 67.

34 S. AMOROSINO, *Gli itinerari turistico-culturali nell'esperienza amministrativa italiana*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, n. 6, p. 315, il quale ricorda come gli itinerari culturali sebbene siano stata oggetto di attenzioni sotto il profilo amministrativo e normativo solo in epoca recente, trovino forti addentellati nell'esperienza religiosa tradizionale (le vie dei pellegrini e la via Francigena, l'Appia Traianea sino a Brindisi, il Cammino di Santiago).

35 Si v. sul punto A. AREDDU, *Analisi giuridica degli itinerari culturali*, in *Aedon*, 2020, n. 1; C. VITALE, *Percorsi di valorizzazione sostenibile del patrimonio culturale e promozione turistica: la disciplina degli itinerari enogastronomici per lo sviluppo dei territori*, in *Agr., istituz. merc.*, 2018, n. 2, p. 3. L'impostazione ancora restrittiva del nostro codice dei beni culturali stride con la normativa internazionale che accoglie una concezione di patrimonio culturale pacificamente estesa ai beni immateriali, basti considerare la Convenzione di Parigi del 2003 sulla protezione del patrimonio culturale immateriale, precisa che con l'espressione «patrimonio culturale immateriale» s'intendono le «prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi, che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale».

36 S. AMOROSINO, *Gli itinerari turistico-culturali nell'esperienza amministrativa italiana*, cit., p. 316.



Tali elementi si rinvencono nella disciplina legislativa nazionale<sup>37</sup>. In assenza di una normativa generale sugli itinerari culturali, le esperienze di itinerari/strade/cammini enogastronomiche realizzate dalla prassi, e la legislazione regionale preesistente sono state, secondo un modello bottom up, recepite dal legislatore statale che con la l. 27 luglio 1999, n.268<sup>38</sup>, recante «Disciplina delle strade del vino», ha dato veste formale a tali strumenti, tracciandone le linee fondamentali e, con il successivo d.m. 12 luglio 2000 n.150, anche gli standard minimi di qualità.

Nella prospettiva del legislatore, la «realizzazione delle strade del vino» diviene strumento di valorizzazione dei territori a vocazione vinicola ed in particolare dei luoghi delle produzioni qualitative di cui alla legge 10 febbraio 1992, n. 164, e cioè di quelli riconducibili alle produzioni con denominazioni di origine e indicazioni geografiche tipiche.

Il legislatore statale, in particolare, ha voluto «cristallizzare» il modello delle «strade del vino», individuandone i caratteri distintivi («sono percorsi segnalati e pubblicizzati con appositi cartelli, lungo i quali insistono valori naturali, culturali e ambientali, vigneti e cantine di aziende agricole singole o associate aperte al pubblico»), in tal modo consacrando quale «strumento attraverso il quale i territori vini colti e le relative produzioni possono essere divulgati, commercializzati e fruiti in forma di offerta turistica» (art.1, l. n.268/99).

Alla funzione di sviluppo, oltre che dei territori, delle attività e dell'occupazione locale, risponde poi la delimitazione in chiave soggettiva di coloro che possono offrire servizi nell'ambito di tali percorsi tematici. Il legislatore infatti prevede una particolare disciplina di favore per le «attività di ricezione e ospitalità, compresa la degustazione dei prodotti aziendali e l'organizzazione delle attività ricreative, culturali e didattiche», ove siano svolte da aziende agricole nell'ambito delle strade del vino, che in tal caso possono essere ricondotte alle attività agrituristiche. Allo stesso modo prevede che la «somministrazione delle produzioni agroalimentari tradizionali e delle produzioni designate con denominazione di origine protetta o indicazione geografica protetta delle regioni cui appartengono le strade del vino», non preparate o cucinate contestualmente alla somministrazione del vino, possa essere effettuata ove siano svolte da aziende agricole vitivinicole che insistono lungo le strade del vino, previa presentazione al comune di competenza di una SCIA ex art.19 l.241/90.

Il modello proposto viene completato attraverso l'individuazione degli strumenti di organizzazione, gestione e fruizione di tali esperienze di cui le regioni, in sede di disciplina di dettaglio, possono avvalersi: a) il disciplinare della «strada del vino» sottoscritto dai vari soggetti aderenti; b) il comitato promotore; c) il comitato di gestione; d) il sistema della segnaletica; e) le guide e il materiale illustrativo, divulgativo e promozionale.

In definitiva, il legislatore statale individua gli elementi fondamentali delle «strade del vino» affinché dette iniziative possano essere destinatarie di finanziamenti e agevolazioni pubblici e di un regime autorizzativo di favore. Con la più recente direttiva del Ministero dei beni e delle attività culturali del 29 dicembre 2017, n.596 in occasione dell'«Anno del vino», il 2018, il Ministero ha promosso una serie di iniziative tra cui proprio gli itinerari enogastronomici volti a rafforzare il legame tra cibo e territorio.

Quanto in particolare alla legislazione regionale successiva, essa non ha espresso modelli dotati di carattere di particolare originalità ma si è per più limitata<sup>39</sup> a replicare il modello

<sup>37</sup> Si rileva come mentre manca ancora nel nostro ordinamento una disciplina generale degli itinerari culturali, quelli enogastronomici hanno ricevuto particolare attenzione dal legislatore nazionale per effetto della richiamata l. n. 269/2000.

<sup>38</sup> Successivamente modificata con la l. 12 dicembre 2016, n.238, *Disciplina organica della coltivazione della vite e della produzione e del commercio del vino*.

<sup>39</sup> Si v. l.r. Emilia Romagna, 7 aprile 2000, n. 23, che all'art.6 ha optato per forme di collaborazione strutturale pubblico - privato prevedendo accanto alla costituzione di un Comitato tecnico regionale,



statale, declinandolo attraverso una più compiuta disciplina degli strumenti organizzativi<sup>40</sup>. E tuttavia sono proprio questi ultimi a costituire una prospettiva interessante sotto il profilo della previsione di forme di gestione/amministrazione partecipata da gruppi di cittadini, associazioni, imprese che operano sul territorio, secondo il paradigma della sussidiarietà orizzontale.

### 3.3 La governance del settore. Problemi e prospettive

Sotto il profilo della governance del settore, il sistema è certamente multilivello<sup>41</sup>, e dunque sovranazionale<sup>42</sup>, sia comunitario che internazionale, statale e regionale, il che è ancor più confermato dalla ascrivibilità di quelli enogastronomici al più ampio genere degli «itinerari culturali» e con essi alla categoria dei beni culturali immateriali. Da tale impostazione discende, sul piano interno, il richiamo alla disciplina costituzionale di cui all'art. 117, comma 2 cost. lett. s e comma 3, ed il riparto ivi previsto tra tutela (rimessa alla legislazione esclusiva statale) e valorizzazione/promozione (rimessa alla legislazione concorrente Stato-regioni), per altro verso quello ai principi del codice dei beni culturali e del paesaggio.

Il che del resto è quanto si rinviene nella legislazione regionale di settore<sup>43</sup> si occupa di declinare il modello statale attraverso le formule organizzative individuate dal primo,

---

quella di un Comitato promotore, che si occupa della presentazione dei progetti, del quale possono far parte: a) aziende agricole, agrituristiche e vitivinicole singole o associate; b) aziende di produzione o trasformazione di prodotti tipici del territorio interessato dall'Itinerario; c) imprese turistiche ricettive alberghiere ed extra alberghiere e della ristorazione; d) imprese artigiane e commerciali direttamente collegate ai prodotti tipici del territorio interessato dall'Itinerario; e) Enti Locali, loro consorzi, Camere di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura, Enti Parco e Riserve Naturali; f) organizzazioni professionali ed associazioni dei settori interessati; g) consorzi di tutela dei prodotti tipici; h) istituzioni ed associazioni culturali, ambientali, ricreative; i) organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS); l) altre imprese aventi interesse alla realizzazione dell'Itinerario.

40 Cfr., tra le tante l.r. Umbria, 22 dicembre 1999, n.38, *Disciplina organica della coltivazione della vite e della produzione del commercio di vino dell'Umbria*; l.r. Emilia-Romagna, 7 aprile 2000, n. 23, *Disciplina degli itinerari enogastronomici dell'Emilia Romagna*; l.r. Veneto, 7 settembre 2000 n.17, *Istituzione delle strade del vino e di altri prodotti tipici del Veneto*; l.r. Lombardia n. 31/2008, *Testo unico delle leggi regionali in materia di agricoltura, foreste, pesca e sviluppo rurale*; l.r. Liguria, 30 aprile 2012, n. 19; l.r. Basilicata, 11 agosto 2015, n. 27, *Disposizioni in materia di patrimonio culturale finalizzate alla valorizzazione, gestione e fruizione dei beni materiali e immateriali della Regione Basilicata*; l.r. Friuli Venezia Giulia, 25 settembre 2015, n.22, *Disposizioni per la realizzazione, il riconoscimento e la valorizzazione delle strade del vino e dei sapori della regione Friuli Venezia Giulia*.

41 A. AREDDU, *Analisi giuridica degli itinerari culturali*, cit.

42 Proprio quest'ultimo profilo, ne rimarca anche la vocazione comunitaria e internazionale degli itinerari culturali e con essi di quelli enogastronomici, basti considerare il richiamo al concetto di patrimonio culturale immateriale di cui alla Convenzione Unesco di Parigi del 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale ed alla Convenzione Unesco del 2005 sulla diversità delle espressioni culturali. A livello internazionale va menzionata anche ICOMOS (*International Council on Monuments and Sites*), organismo consultivo dell'Unesco, al quale si deve l'elaborazione della *Carta degli itinerari culturali* del 2008 che indica gli elementi fondamentali per il riconoscimento degli itinerari culturali quali parte di un sistema complesso. Si segnalano a livello comunitario due Risoluzioni adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: la Risoluzione CM/RES (2013)66 definisce gli itinerari culturali come "un progetto di cooperazione culturale, educativo, patrimoniale e turistico volto a sviluppare e promuovere un itinerario o una serie di itinerari basati su un cammino storico, un concetto, una persona o un fenomeno culturale di dimensione transnazionale che presentano rilevanza per la comprensione e il rispetto dei valori europei comuni" e la Risoluzione CM/RES (2013)67 che indica i requisiti per il riconoscimento degli itinerari culturali ai fini della presentazione di progetti destinatari di finanziamenti. SI V. A. AREDDU, *Analisi giuridica degli itinerari culturali*, cit.

43 Si v. A. AREDDU, *Analisi giuridica degli itinerari culturali*, cit.; C. VITALE, *Percorsi di valorizzazione sostenibile del patrimonio culturale*, cit., pp. 45 ss.



garantendo così la realizzazione di un sistema concertato pubblico - privato, in cui agli operatori del settore cioè sono chiamati ad affiancarsi gli enti locali e le altre amministrazioni territoriali di riferimento. Ed è attraverso tale sistema che emerge come la scelta sia quella di privilegiare forme di intervento consensuale e dal basso che confluiscono in forme di gestione del paesaggio di tipo negoziato (si pensi in proposito al ruolo che rispetto a tali iniziative assumono i componenti privati dei Comitati promotori).

È stato acutamente osservato come il modello proposto o comunque auspicato dal legislatore nazionale presuppone una rete di collaborazione pubblico- pubblico e pubblico - che evoca quello dei cd. sistemi turistici integrati di cui al Codice del Turismo, d.lgs. 23 maggio 2011, n.79, e più in generale, quella formula di collaborazione di tipo programmatico e pianificatorio di cui all'art.112, comma 5, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

L'analisi delle esperienze e della legislazione regionale mostra come detto strumento, quale forma di marketing territoriale, va ad affiancarsi, integrandoli, con quegli altri strumenti di promozione dei territori riconducibili al sistema della «certificazione dei territori» (di cui al d.m. 12 novembre 2012 n.17070) ed a quello dei «marchi regionali di qualità»<sup>44</sup>. Si tratta cioè di forme di valorizzazione dei territori attraverso il riconoscimento e quindi la promozione delle specifiche forme di produzione locali in ordine alle quali la Corte Costituzionale ha riscontrato aspetti di incompatibilità con il diritto europeo, per via della relativa surrettizia idoneità ad imporre restrizioni quantitative all'importazione.<sup>45</sup>

Che si tratti di strumenti ancora da mettere a sistema affinché possano realizzare le finalità di sviluppo cui si ispirano, appare evidente se si considera che tra gli obiettivi della Missione 2, dedicata al Turismo, si rinviene proprio quello della «creazione di un ecosistema turistico integrato, composto da operatori turistici, imprese, stakeholders istituzionali, al fine di supportare la scelta del turista nella pianificazione della destinazione e del viaggio». In particolare, è stato previsto un investimento di 114 milioni di euro nel cd. Tourism Hub di cui dovrebbero essere beneficiari Turisti, Imprese, PMI, start-up, associazioni, operatori del turismo, amministrazioni centrali, regionali e locali. Il che conferma come il modello della cooperazione pubblico - privato costituisca punto di partenza ed al contempo di arrivo di ogni modello a finalità di sviluppo territoriale<sup>46</sup>. Questa impostazione, tuttavia, rischia di dover essere rivista per effetto della scelta dei decreti attuativi del PNRR (si v. il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 e quanto più specificatamente al settore turistico il d.l. 6 novembre 2021, n.152) nel senso di una forte centralizzazione degli interventi, il che se per un verso dovrebbe costituire

44 Il che non costituisce una peculiarità interna se solo si considera che l'Unione europea ha istituito con la Decisione n. 1194/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, adottata il 16 novembre 2011, il Marchio del Patrimonio Europeo, attraverso il quale vengono riconosciuti i siti «che rappresentano un'espressione della cultura europea comune, il rispetto dei valori della solidarietà e della tolleranza, con particolare riguardo alla diversità culturale e ai diritti umani, e che favoriscono inoltre il dialogo interculturale».

45 Si v. per un approfondimento sul punto C. VITALE, *Percorsi di valorizzazione sostenibile del patrimonio culturale e promozione turistica*, cit., p. 56.

46 Si consideri ad es. che la l.r. 6 febbraio 2013, n. 4, ha modificato la l.r. 5 agosto 2003, n. 45, recante *Disciplina delle strade del vino, dell'olio extravergine di oliva e dei prodotti agricoli e agroalimentari di qualità*, proprio «per realizzare le finalità che, sia il legislatore statale, sia il legislatore regionale, hanno posto con l'istituzione delle "strade del vino". Infatti, se al fine di valorizzare un determinato territorio e le sue produzioni, il legislatore ha istituito le strade del vino intendendo con ciò creare un percorso turistico segnalato, di cui le aziende sono parte integrante ed essenziale, l'aver aderito ad una determinata strada rende tali aziende dei veri e propri siti turistici e lo scopo della segnaletica turistica e di territorio è proprio quello di consentire l'individuazione dei siti turistici rappresentati dalle aziende agricole aderenti».

garanzia per l'efficiente utilizzo delle risorse, dall'altro potrebbe frustrare lo stesso spirito della promozione territoriale che ha una naturale vocazione «bottom up».

Molto, dunque, resta ancora da fare, in particolare sul tema del rapporto tra livelli di governo in materia, anche nella direzione di forme di collaborazione strutturali e funzionali, ma certamente emerge come l'azione concertata pubblico - privato per la gestione dei percorsi enogastronomici venga oggi, ancor più di prima, a consolidarsi quale strumento di valorizzazione e promozione delle identità locali nel rispetto del paradigma sussidiarietà<sup>47</sup>, capace di costituire il punto di partenza di progetti di sviluppo dei singoli territori capaci, anche attraverso forme di sperimentazione di nuovi modelli, di riconoscere "poteri di intervento dei cittadini nell'ambito dell'esercizio delle funzioni"<sup>48</sup>.

#### 4. Considerazioni finali (ma non conclusive)

Giunti al termine di questo contributo, ma non anche di quello che intenderebbe rappresentare un più ampio percorso d'indagine con esso soltanto avviato, è possibile svolgere alcune considerazioni le quali, più che conclusive, altro non possono essere se non dei semplici spunti di ripartenza sul cammino così intrapreso.

Ecomusei e itinerari enogastronomici rappresentano esempi emblematici di un modello di turismo pensato dal territorio, sul territorio e, oltre che per i suoi diretti fruitori, per il territorio.

Un modello, reticolare e aperto, che parte e si sviluppa dal basso e che, lungi dall'essere circoscritto ai soli soggetti di filiera, coinvolge anche i soggetti "altri" (persone, comunità e istituzioni, tra queste ultime anche quelle fuori settore), favorendo l'instaurazione di relazioni sinergiche fondate sul principio di sussidiarietà, di cui è immediatamente evidente la dimensione orizzontale, che tuttavia non soltanto non esclude quella verticale, ma anzi la presuppone e vi si interfaccia, dando vita a un rapporto di vicendevole implicazione<sup>49</sup>.

Ciò pone le premesse affinché la partecipazione attiva della società civile alle politiche in materia di turismo possa evolversi ed elevarsi nel senso della loro tendenziale piena condivisione, ferma ovviamente restandone la "trazione" pubblica, alla stregua di logiche e attraverso uno strumentario che, come può far leva sui modelli partenariali di stampo cooperativo e collaborativo già esistenti, arricchendoli di contenuti ulteriori, così può introdurne e metterne a punto di interamente nuovi.

Gli ecomusei e gli itinerari enogastronomici, dunque, come parti integranti di un turismo sostenibile e responsabile che costituisce un possibile volano di coesione e sviluppo socio-economico-territoriale, con al vertice la conoscenza, la cultura, le tradizioni e i prodotti locali, a "dire" chi si è stati e "far sapere" chi si è, per "spiegare" e "mostrare" chi si vuol essere.

47 In argomento, senza alcuna pretesa di completezza, cfr., in generale, S. AMOROSINO, *Gli itinerari turistico culturali nell'esperienza amministrativa italiana*, cit., pp. 3 ss.; F. LOPEZ RAMON, *Critica de los itinerarios culturales como categoría jurídica*, in S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, J. TORNOS MAS (coord.), *La Enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer Sector y Fundaciones. Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales*, XIII Congreso Italo-Español De Profesores de Derecho Administrativo (Salamanca, 9-11 de octubre de 2000), Cedecs, 2002, pp. 499 ss.; A. AREDDU, *Analisi giuridica degli itinerari culturali*, cit.; con riferimento a itinerari specifici, G. DE GIORGI CEZZI, *Le "lunghe strade verdi" degli armenti. Gli antichi tratturi tra competenza statale e regionale*, in *Aedon*, 2006, n. 1; D. SANTIAGO IGLESIAS, *La protezione e la valorizzazione del Cammino di Santiago nella Comunità autonoma di Galizia*, *ivi*, 2008, n. 3; C. VITALE, *Percorsi di valorizzazione sostenibile del patrimonio culturale e promozione turistica*, cit., 43 e ss.

48 F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994, p. 23. V. anche G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, n. 1, p. 42.

49 G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2003/03/13/il-principio-di-sussidiarieta-orizzontale-nellart-118-u-c-della-costituzione/>, 13 marzo 2003 (pp. 36).



# TUTELA DEL PATRIMONIO CULTURALE E CONFISCA DEI BENI

Gaetano Bonifacio

**Abstract:** *la confisca, istituto multisetoriale in continua evoluzione normativa nella ricerca della soluzione ultima costituita dall'apprensione di quanto è "derivato" del reato, ora applicata in forma speciale ai delitti contro il patrimonio culturale.*

**Abstract:** *confiscation, a multi-sector institution in continuous regulatory evolution in the search for the ultimate solution consisting of the apprehension of what is "derivative" of the crime, now applied in a special form to crimes against cultural heritage.*

**SOMMARIO:** 1. La tutela del patrimonio culturale dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana; cenni. 2. La Convenzione di Nicosia. 2.1 *segue* - Attuazione della convenzione in Italia. 3. L'ampliamento dei casi di confisca allargata. 4. Confisca dei beni culturali. 4.1 *segue* - La confisca senza condanna. 5. I beni oggetto di confisca. 6. Rilievi conclusivi.

## 1. La tutela del patrimonio culturale dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana; cenni.

Dall'entrata in vigore della Costituzione per circa sessant'anni l'assetto di tutela dei "beni culturali" è rimasto pressoché inalterato<sup>1</sup>.

La valorizzazione dei beni come possibile oggetto di diritti è codificata nell'art. 810 c.c., ove è sottolineato il rapporto tra individuo e bene, secondo un'impostazione napoleonica liberale, già richiamata nel codice civile del 1865, che ne poneva in risalto il rapporto con l'individuo<sup>2</sup>.

1 Cfr. F. MERUSI, *Le leggi Bottai sui beni culturali e sul paesaggio*, a cura di G. MORBIDELLI, *La cultura negli anni '30*, Firenze, 2014, 53 e ss., ove si analizza come nella legislazione più risalente nel tempo il patrimonio artistico fosse assimilato al concetto di "cosa", come tale possibile oggetto di diritti; La sua identificazione come di "cose d'interesse artistico e storico", fu introdotta nell'ordinamento dalla l. 1 giugno 1939, n. 1089, "Tutela delle cose d'interesse artistico o storico"; tale intervento normativo fu preceduto dalle leggi 12 giugno 1902, n. 185, "Portante disposizioni circa la tutela e la conservazione dei monumenti ed oggetti aventi pregio d'arte o di antichità", introduttiva di una disciplina unitaria e l. 20 giugno 1909, n. 364, "Le antichità e le belle arti".

2 P. GROSSI, *I beni: itinerari fra "moderno" e "pos-moderno"*, Riv. trim. di dir. e proc. civ., 2012, p. 1068.



Il processo attraverso il quale veniva conferita importanza alla categoria dei beni è proseguito con l'attribuzione di rilievo costituzionale a quei beni appartenenti al patrimonio storico e artistico della nazione, sancito nell'art. 9 comma 2 Cost.<sup>3</sup>, che rappresenta la tutela normativa prospettata con riferimento al passaggio da cosa a bene<sup>4</sup>.

La rilevanza costituzionale riconosciuta ai beni storici e artistici ne determinava verso la fine degli anni novanta del secolo scorso il recepimento a valore normativo ordinario con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, ove l'art. 148 lett. a), definiva beni culturali "quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà".

A questo testo normativo fece seguito, anche per quanto riguarda il profilo della tutela penale<sup>5</sup>, la promulgazione del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352", pubblicato in G.U. Serie Generale n. 302, del 27 dicembre 1999, ed entrato in vigore l'11 gennaio 2000, ove era adottata la medesima definizione, poi trasfusa nel successivo d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137), che all'art. 2 comma 2, definiva 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".

La nozione di "beni culturali" era successivamente valorizzata dal legislatore costituzionale nell'art. 117 comma 3 Cost.<sup>6</sup>, ove trova collocazione come materia di legislazione concorrente tra Stato e Regioni, finalizzata alla "valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali".

Dalla lettura in combinato disposto delle norme costituzionali emerge come il patrimonio culturale possa essere considerato valore unitario della Nazione, identificando la "cultura italiana" attraverso i beni e le tradizioni storiche e sociali<sup>7</sup>.

I beni culturali rappresentano l'identità nazionale, dovendosi pertanto ritenere la loro presenza all'interno del territorio nazionale strumentale al raggiungimento di tale obiettivo.

3 S. SETTIS, *Il paesaggio come bene comune*, Napoli, 2013, 6 ss.,

4 Cfr. B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988;

5 R. CONFORTI, F. MANISCALCO, *La tutela dei beni culturali mobili in Italia: il problema dei furti d'arte*, in *La tutela dei beni culturali in Italia*, a cura di F. MANISCALCO, Napoli, 2003, 121 ss.

6 La legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, ha disposto con l'art. 6, comma 1, l'inserimento nel testo dell'art. 117 Cost., della "valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali", a decorrere dall'esercizio finanziario relativo all'anno 2014.

7 Cfr. M. G. PULVIRENTI, *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, Torino, 2022, 25 ss.



Già in tempi passati<sup>8</sup> in Italia e in altri paesi, erano oggetto di regolamentazione l'esportazione<sup>9</sup> e i termini di reingresso nel territorio dei beni lecitamente esportati. La loro mancata osservanza è ora sanzionata nella disposizione di cui all'art. 518 undecies c.p., introdotta nel codice penale dall'art. 1, comma 1, lett. b), l. 9 marzo 2022, n. 22, a decorrere dal 23 marzo 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 7, comma 1, che ha operato l'inserimento dell'intero titolo VIII-bis, nel libro II.

La "nazionalizzazione" dell'arte è alla base della richiamata normativa, a ribadire problematiche già emerse nel corso della storia, con la missione diretta al recupero delle opere d'arte nazionali affidata ad Antonio Canova, seguita nel periodo della restaurazione dalla nascita della "Nazionalizzazione dell'arte"<sup>10</sup>, o *Nationalisierung der Kunst*, finalizzata a riconoscere alle opere d'arte straniere, nel contesto della *cultural diversity*, valore utile all'evoluzione della cultura artistica nazionale<sup>11</sup>.

Il dato normativo riferito al "patrimonio culturale", già oggetto di tutela penale nel "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali", poi trasfuso nella riforma introdotta nel codice penale a seguito dell'entrata in vigore dalla l. n. 22 del 2022, richiede specificazione relativamente al rapporto tra cose e beni in senso giuridico, per cui una cosa "storica" come un dipinto di interesse artistico o un edificio di interesse storico, può, a seguito di un determinato procedimento amministrativo, o per disposizione di legge, assumere il carattere di "bene culturale"<sup>12</sup> di pubblico interesse.

Nel caso di beni di interesse storico o artistico di titolarità privata<sup>13</sup>, il diritto di proprietà deve essere bilanciato con il pubblico interesse<sup>14</sup>, che se particolarmente elevato, può motivare un procedimento pubblico perfezionato con una dichiarazione espressa in tal senso notificata

8 A. CANOVA, *Epistolario*, a cura di H. HONOUR e P. MARIUZ, Tomo I, Roma, 1816-1817, XI ss., Antonio Canova nell'anno 1815 ebbe incarico da Papa Pio VII di garantire il ritorno a Roma delle opere d'arte che si trovavano esposte a Parigi nel *Musée Napoleon* a seguito del trattato di Tolentino, opera portata a termine nell'anno successivo con il reingresso delle opere nel nostro territorio.

9 Tar Veneto, sez. II, 19 maggio 2015, n. 531, ove si riconosce tutela al patrimonio culturale anche mediante l'apposizione di limiti all'esportazione delle opere d'arte; l'art. 65 comma 3 del Codice dei beni culturali e del paesaggio prescrive la necessità di autorizzazione per l'uscita definitiva dal territorio di: a) delle cose, a chiunque appartenenti, che presentino interesse culturale, siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, il cui valore, fatta eccezione per le cose di cui all'allegato A, lettera B, numero 1, sia superiore ad euro 13.500; b) degli archivi e dei singoli documenti, appartenenti a privati, che presentino interesse culturale; c) delle cose rientranti nelle categorie di cui all'articolo 11, comma 1, lettere f), g) ed h), a chiunque appartengano.

10 E. JAYME, *Zwischen Klassizismus und Romantik - Antonio Canova und die Kunstschauungen der Goethezeit*, in *Jahrbuch des Freien Deutschen Hochstifts*, 1994, 200 ss.

11 E. JAYME, G. MAGRI, *Arte e Diritto*, fasc.1, 1 giugno 2022, 135.

12 S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1964, 145 ss.

13 Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 58 ss., ove esclude l'applicazione delle norme civilistiche di natura privatistica ai beni demaniali destinati ad uso pubblico sottoposti a speciale regime indicato dalla legge.

14 A. M. SANDULLI, *Spunto per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, Dir. econ, 1956, 163 ss.



al proprietario, non necessario per i beni di titolarità pubblica<sup>15</sup>, per i quali l'interesse culturale è riconosciuto *ope legis*<sup>16</sup>.

Quanto alla tutela dei beni culturali di interesse religioso, il dato normativo di riferimento è quello di cui all'art. 9 del codice dei beni culturali e del paesaggio<sup>17</sup>, rilevata la definizione di "beni culturali" contenuta nell'art. 2 lett. b) della convenzione di Nicosia<sup>18</sup>, ove è richiamato il precedente art. 1, che identifica la nozione di patrimonio naturale facendovi rientrare: a) i monumenti naturali costituiti da formazioni fisiche e biologiche o da gruppi di tali formazioni di valore universale eccezionale in relazione all'aspetto estetico o scientifico; b) le formazioni geologiche e fisiografiche e le zone strettamente delimitate costituenti l'habitat di specie animali e vegetali minacciate, di valore universale eccezionale in relazione all'aspetto scientifico o conservativo; c) i siti naturali o le zone naturali strettamente delimitate di valore universale eccezionale in relazione all'aspetto scientifico, conservativo o estetico naturale, definizioni che inducono a ritenere l'ambito di applicazione della convenzione limitato ai soli beni culturali<sup>19</sup>.

## 2. La Convenzione di Nicosia.

Punto di origine del processo di consolidamento culturale fulcro della normativa introdotta nel titolo VIII-bis del codice penale, "Dei delitti contro il patrimonio culturale", è la convenzione di Nicosia, sottoscritta il 12 maggio 2017 e ratificata dal parlamento italiano il 12

---

15 Cfr. Cass., sez. un. civ., 14 febbraio 2011, n. 3665, Rass. di dir. civ., n. 2, 2012, p. 525 ss., ove è analizzata la distinzione di natura civilistica tra beni demaniali e del patrimonio pubblico, sotto il profilo della concreta fruibilità per il perseguimento di interessi della collettività a tutela della personalità umana.

16 L. CASINI, *Patrimonio culturale e diritti di fruizione*, Riv. trim. di dir. pubbl., fasc.3, 2022, 657.

17 L'articolo 9 del codice dei beni culturali e del paesaggio dispone che: "1. Per i beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti ed istituzioni della Chiesa cattolica o di altre confessioni religiose, il Ministero e, per quanto di competenza, le regioni provvedono, relativamente alle esigenze di culto, d'accordo con le rispettive autorità. 2. Si osservano, altresì, le disposizioni stabilite dalle intese concluse ai sensi dell'articolo 12 dell'accordo di modificazione del Concordato lateranense firmato il 18 febbraio 1984, ratificato e reso esecutivo con L. 25 marzo 1985, n. 121, ovvero dalle leggi emanate sulla base delle intese sottoscritte con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, ai sensi dell'articolo 8, comma 3, della Costituzione".

18 La convenzione di Nicosia all'art. 2 lett. b), individua, in relazione ai beni immobili, qualsiasi monumento, gruppo di edifici, siti o strutture di qualsiasi altro tipo, sia su terra che sott'acqua, che siano, per motivi religiosi o secolari, definiti o specificamente designati da qualsiasi Parte della presente Convenzione o da qualsiasi Parte della Convenzione dell'UNESCO del 1970 come di importanza per l'archeologia, la preistoria, l'etnologia, la storia, l'arte o la scienza o che siano elencati in conformità all'art. 1 e all'art. 11, paragrafi 2 o 4, della Convenzione UNESCO del 1972 sul patrimonio mondiale culturale e naturale.

19 G. DE MARZO, *La nuova disciplina in materia di reati contro il patrimonio culturale*, Foro it., 2022, n. 4, 125 ss.



gennaio 2022, sostitutiva di quella firmata a Delfi<sup>20</sup>, già finalizzata a contrastare il traffico illecito e la distruzione dei beni culturali, nel quadro della lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata.

L'impegno delle parti contraenti è anche quello di sensibilizzare l'opinione pubblica sulla necessità di protezione dei beni culturali, attraverso la cooperazione nella previsione e prevenzione dei reati contro il patrimonio costituito dai beni culturali<sup>21</sup>.

Il testo definitivo della Convenzione era elaborato nella collaborazione di numerose organizzazioni internazionali tra le quali l'Unione europea, l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato "UNIDROIT", l'UNESCO e l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNOD), con finalità di prevenzione del traffico illecito e della distruzione dei beni culturali, nel più ampio progetto di un'azione contro il terrorismo e la criminalità organizzata<sup>22</sup>, attuata attraverso l'elaborazione e la firma di una *Convention on Offences relating to cultural property*.

Le difficoltà nella redazione di un testo che potesse raccogliere l'accordo dei vari stati firmatari, erano da attribuire in via principale alla divergenza di interessi relativi ad alcune figure di reato, ritenuta la convergenza di intenti relativa alla penalizzazione del furto o del danneggiamento di opere d'arte.

Le criticità che si frapponavano ad un accordo sul testo normativo erano relative a condotte di minor disvalore se rapportate agli interessi e alle attività di alcuni stati, quali potevano essere l'esportazione o le operazioni di scavo finalizzate al rinvenimento di opere d'arte di interesse storico-culturale nazionale.

L'applicazione del principio di sovranità nazionale in materia penale ha permesso il superamento degli elementi di disaccordo, con il riconoscimento agli stati contraenti della libera determinazione della sanzione amministrativa o penale, attribuibile a determinate condotte.

Il testo della convenzione all'art. 2 ne delimita l'ambito di applicazione alla prevenzione dei reati in materia di "beni culturali" sia mobili sia immobili, analogamente a quanto già previsto

---

20 La Convenzione di Delfi fu aperta alla firma nel giugno 1985, mai entrata in vigore per il mancato raggiungimento del numero di ratifiche necessarie in quanto firmata soltanto da 6 stati, tra i quali l'Italia.

21 Per un'analisi delle principali problematiche affrontate nella ricerca criminologica cfr. D. CHAPPELL, S. HUFNAGEL, *Art Crime: Exposing a Panoply of Theft, Fraud and Plunder, in The Palgrave Handbook of Art Crime*, a cura di D. CHAPPELL e S. HUFNAGEL, London, 2019, 3 ss.

22 Camera dei deputati Servizio Studi XVIII Legislatura, Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali, fatta a Nicosia il 19 maggio 2017, A.C. 2236, Dossier n. 496; il provvedimento è inquadrato nell'ambito delle materie di "politica estera e rapporti internazionali dello Stato" (art. 117, secondo comma, lettera a) Cost.) riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.



dalla Convenzione UNESCO del 1970<sup>23</sup>, ove l'espressione utilizzata "cultural property"<sup>24</sup>, era quella successivamente recepita in altri trattati internazionali.

Il contenuto della Convenzione è elaborato in tre direzioni: la prima contenuta nel cap. 2 è relativa al diritto penale sostanziale.

La seconda, contenuta nel cap. 3, investe la parte procedurale relativa all'attività di prevenzione e repressione delle condotte di reato.

La terza, contenuta nel cap. 4, è relativa alle misure amministrative sia nazionali sia internazionali adottate nella repressione delle condotte criminose relative ai beni culturali<sup>25</sup>.

23 La convenzione, che aveva ad oggetto le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali, si era conclusa a Parigi il 14 novembre 1970; in essa si era ribadita la teoria, già sostenuta da De Quinci e Canova, in base alla quale sono state la storia e la natura ad aver voluto in Italia le opere d'arte italiane, dovendo essere considerato il loro trasferimento in altro paese fonte di danno.

24 *Report on the International protection of cultural property, by penal measures, in the event of armed conflict*, UNESCO, France, 1958.

25 Ai fini della presente Convenzione, il termine "beni culturali" indica: a) in relazione ai beni mobili, qualsiasi oggetto, situato sulla terra o sott'acqua oppure rimosso da tale terreno o superficie subacquea, che sia, per motivi religiosi o secolari, classificato, definito o specificamente designato da qualsiasi Parte della presente Convenzione o della Convenzione dell'UNESCO del 1970 concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà di beni culturali come di importanza per l'archeologia, la preistoria, l'etnologia, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza e che appartiene alle seguenti categorie:

- (a) rari collezioni e campioni zoologici, botanici, mineralogici e anatomici e oggetti di interesse paleontologico;
  - (b) beni legati alla storia, compresa la storia della scienza e della tecnologia e della storia militare e sociale, alla vita dei leader nazionali, dei pensatori, degli scienziati e degli artisti e di eventi di importanza nazionale;
  - (c) prodotti di scavi archeologici (sia quelli che regolari che clandestini) o di scoperte archeologiche;
  - (d) elementi di monumenti artistici o storici o siti archeologici che sono stati smembrati;
  - (e) antichità che hanno più di cento anni, come le iscrizioni, le monete e le incisioni;
  - (f) oggetti di interesse etnologico;
  - (g) beni di interesse artistico, quali:
    - i) quadri, dipinti e disegni realizzati interamente a mano su qualsiasi supporto e in qualsiasi materiale (esclusi i disegni industriali e gli oggetti manufatti decorati a mano);
    - ii) opere originali di arte statuaria e scultura in qualsiasi materiale;
    - iii) incisioni originali, stampe e litografie;
    - iv) assemblaggi artistici originali e montature in qualsiasi materiale;
  - (h) manoscritti rari e incunaboli, libri antichi, documenti e pubblicazioni di particolare interesse (storico, artistico, scientifico, letterario, ecc.) singolarmente o in collezioni;
  - (i) affrancature, marche e francobolli simili, singolarmente o in collezioni;
  - (j) archivi, compresi gli archivi sonori, fotografici e cinematografici;
  - (k) elementi di mobilio che hanno più di cento anni e antichi strumenti musicali;
- b) in relazione ai beni immobili, qualsiasi monumento, gruppo di edifici, siti o strutture di qualsiasi altro tipo, sia su terra che sott'acqua, che siano, per motivi religiosi o secolari, definiti o specificamente



Le difficoltà nell'attuazione della convenzione erano collegate alla diversità di interessi e di attività dei singoli stati potenziali aderenti, ritenuto come le condotte relative al furto e all'appropriazione indebita di beni culturali, siano oggetto di tutela rafforzata garantita dalla disposizione contenuta nell'art. 3 della convenzione, che impone agli stati aderenti di assicurarne l'applicazione.

Relativamente a condotte quale quella di cui all'art. 4 della Convenzione, concernenti la ricerca illecita di beni culturali anche attraverso la realizzazione di scavi nel sottosuolo o immersioni nelle profondità marine, poste in essere perlopiù da *treasure hunters*<sup>26</sup>, è consentito agli stati aderenti prevedere sanzioni diverse da quella penale.

Nel nostro ordinamento a protezione delle opere d'arte oggetto di importazione illecita da altri paesi, è stata introdotta la disposizione di cui all'art. 518 decies c.p., "Importazione illecita di beni culturali", posta a tutela del patrimonio dei paesi esteri firmatari della Convenzione.

L'esportazione dei beni culturali dall'Italia ad altri paesi è perseguita dall'art. 518 comma 1 undecies c.p., ove sono in parte riprodotte le condotte di "contrabbando artistico", già oggetto di previsione nell'abrogato 174, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2004.

La condotta con oggetto l'evento materiale di esportazione dei beni, deroga uno dei principi cardine del diritto dell'Unione Europea ravvisabile in quello della libera circolazione delle merci previsto nell'art. 35 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in forza dell'art. 36 (TFUE), ove è prevista la possibilità per i singoli stati membri di introdurre divieti all'esportazione qualora siano finalizzati alla protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale dello Stato membro nel quale il bene si trova<sup>27</sup>.

### 2.1 segue - Attuazione della convenzione in Italia.

Il processo attuativo ha avuto luogo con l'entrata in vigore della l. n. 22 del 2022, introduttiva nell'ordinamento di alcune fattispecie penali poste a tutela del patrimonio culturale di nuovo conio<sup>28</sup>, accomunate da un medesimo interesse giuridico identificabile nella

---

designati da qualsiasi Parte della presente Convenzione o da qualsiasi Parte della Convenzione dell'UNESCO del 1970 come di importanza per l'archeologia, la preistoria, l'etnologia, la storia, l'arte o la scienza o che siano elencati in conformità all'art. 1 e all'art. 11, paragrafi 2 o 4, della Convenzione UNESCO del 1972 sul patrimonio mondiale culturale e naturale]

26 N. BRODIE, *An Archeologist's View of the Trade in Unprovenanced Antiquities*, in *Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*, a cura di B.T. Hoffman, Cambridge-New York, 2006, 52 ss.

27 E. JAYME, G. MAGRI, "Patrimonio culturale e limiti all'esportazione: alcune riflessioni a margine di un recente caso canadese", *Arte e dir.*, fasc.1, 1 giugno 2022, 136.

28 L. D'AGOSTINO, *Dalla "Vittoria di Nicosia" alla "navetta" legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti di beni culturali*", *Dir. pen. cont.*, n. 1, 2018, 78 ss.; per una disamina relativa all'impatto delle nuove fattispecie incriminatrici sul sistema della responsabilità degli enti e della gestione dei nuovi rischi-reato cfr. L. PONZONI – F. Di MAGGIO, *I reati contro il patrimonio culturale e l'aggiornamento dei Modelli 231*, *Giur. Pen. Web*, 2023, 4.



protezione del patrimonio culturale da operazioni illecite, punto di inizio di un'inversione di tendenza nella tutela riconosciuto come fenomeno transnazionale<sup>29</sup>.

Il patrimonio culturale, già precedentemente oggetto di tutela penale con il d.lgs. n. 42 del 2004, assume rilievo costituzionale nell'art. 9 commi 1 e 2, ritenuto dovere della Repubblica regolare sia "lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica", sia la tutela del "paesaggio e il patrimonio storico e artistico della nazione".

La disposizione si completa con quella dell'art. 117 Cost., ove è attribuita in via esclusiva allo stato la potestà legislativa in materia di tutela,<sup>30</sup> considerato il riconoscimento di rilevanza nazionale al bene culturale, non solo per il valore della materialità dell'opera, bensì anche per quello immateriale, si da sottrarlo alla potestà legislativa regionale.<sup>31</sup>

La ripartizione è integrata dalla previsione dell'art. 118 comma 3 Cost., ove "La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h), dell'art. 117 comma 2, e "...disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali".

Da qui traspare chiaro il proposito di riconoscere alla cultura il compito di formazione intellettuale degli individui attuato con lo sviluppo della ricerca scientifica e tecnica, ove il paesaggio e il patrimonio storico e artistico fungono da strumenti di cultura.

L'intervento normativo inserito nel codice penale<sup>32</sup> ha la sua ragion d'essere nella tutela della funzione pedagogica svolta dal "patrimonio culturale"<sup>33</sup>, da considerare parallelamente alla riforma dei delitti in materia ambientale.

Nel recepimento degli obblighi contenuti nella Convenzione di Nicosia<sup>34</sup>, in particolare dell'obbligo per gli Stati firmatari di assicurare l'applicabilità delle disposizioni nazionali che sanzionano il furto e le altre forme di appropriazione indebita dei beni culturali mobili, il legislatore nazionale ha previsto, anziché circostanze aggravanti delle fattispecie già esistenti,

---

29 A. VISCONTI, *The Illicit Trade in Cultural Objects: From Marginalization to the Current Surge in Attention by Transnational Criminal Policymakers*, a cura di N. BOISTER, S. GLESS, F. JESSBERGER, New York-Oxford, 2021, 220 ss.

30 P. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, Dir. amm., fasc.4, 1 dicembre 2019, 697 ss.

31 G. CORSO, *Il regime dei beni culturali*, L'amministrazione della Regione, Proposte di riforma, Palermo, 1978, 210.

32 G. P. DEMURO, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, Sist. pen., fasc. 2, 2020, 6 ss.

33 A. CAPUTO, *La tutela penale dei beni culturali dal traffico illecito, dal danneggiamento e da altre forme di aggressione alla luce del disegno di legge italiano*, ac- 4220, in Rev. fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, jan./jun. 2020, 73 ss; S. MOCCIA, *Riflessioni sulla tutela penale dei beni culturali*, Riv. it.dir e proc. pen., 1993, 1302 ss.; C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, collana studi scienze giur. soc., univ. Pavia, 1985, 92 ss.

34 Il riferimento è a quanto contenuto nell'art. 3, ove "Theft and other forms of unlawful appropriation" in relazione al quale la convenzione prevede che "Each Party shall ensure that the offence of theft and other forms of unlawful appropriation as set out in their domestic criminal law apply to movable cultural property".



l'inserimento dell'intero titolo VIII bis, libro II, c.p., ove oggetto materiale del reato comune a tutti i delitti ivi previsti, è l'appartenenza del bene al patrimonio culturale della nazione.

Le norme incriminatrici ivi contenute hanno esclusivamente natura di delitto, che ne accentua il carattere di maggior gravità rispetto alla preesistente legislazione, ove erano previste anche ipotesi contravvenzionali, più facilmente integrabili soggettivamente, ma dotate di minor efficacia deterrente<sup>35</sup>.

### 3. L'ampliamento dei casi di confisca allargata.

Gli sviluppi di politica criminale rendevano lo studio dell'apparato "confiscatorio" tra le tematiche più importanti per l'analisi e lo sviluppo delle tattiche di contrasto al crimine, argomento che vedeva impegnate nella ricerca sia la dottrina sia la giurisprudenza, in uno sforzo argomentativo di precisazione relativo allo statuto dogmatico e ai presupposti applicativi per ogni tipo di confisca.

Uno dei temi più dibattuti, per la sua natura di innovazione rispetto al passato, è quello della possibile applicabilità della confisca pur in presenza di una causa estintiva del reato, nel confronto "multilivello" tra Corte costituzionale, Corte di Strasburgo e Corte di Cassazione nazionale.

Con l'entrata in vigore della l. n. 22 del 2022, si è provveduto ad innovare anche l'impianto relativo alla parte generale del codice penale, al fine di rendere funzionali ed efficaci le innovazioni, peraltro di notevole portata relative all'inserimento, in attuazione del principio della riserva di codice<sup>36</sup>, nel libro secondo del codice penale, del titolo VIII bis "Dei delitti contro il patrimonio culturale", contenente previsioni incriminatrici in parte di nuovo conio, in parte già presenti nell'abrogato d.lgs. n. 42 del 2004.

Funzionale all'operatività di alcune fattispecie è l'inserimento nell'art. 240 bis comma 1 c.p., operato dalla stessa legge n. 22 del 2022, del richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 518 quater, 518 quinquies, 518 sexies e 518 septies c.p., dedicate rispettivamente alla ricettazione dei beni culturali, all'impiego dei beni culturali di provenienza illecita, al riciclaggio e autoriciclaggio di beni culturali, in modo da rendere possibile la confisca in casi particolari in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti.

La tutela ablatoria è rafforzata dalla previsione contenuta nell'art. 240 bis comma 2 c.p., con oggetto la confisca per "equivalente" dei beni estranei alla commissione del reato anche se di provenienza lecita, che si trovano nel patrimonio del reo e dei quali quest'ultimo ne abbia la disponibilità anche per interposta persona.

35 R. E. OMODEI, *Il traffico di beni culturali: un caso studio delle distorsioni e dei limiti nel contrasto ai traffici illeciti*, Riv. it. di dir. e proc. pen., fasc.3, 1 Settembre 2021, 985.

36 Il principio della riserva di codice, previsto dall'art. 3-bis c.p., prevede che "Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia". Detto principio consente di inserire nel codice penale tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge complementari lesive di beni di rilevanza costituzionale.



Quanto all'applicabilità della misura ablatoria della "confisca allargata" a fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della norma, trova applicazione il combinato disposto degli artt. 199 e 200 c.p., considerata la regola del *tempus regit actum* dettata nel comma 1 di quest'ultima disposizione (art. 25 Cost).

Le richiamate disposizioni permettono l'applicazione delle misure di sicurezza anche a condotte poste in essere precedentemente la loro entrata in vigore, contrariamente a quanto previsto dall'art. 39 comma 1-bis, d.l. 26 ottobre 2019, n. 124<sup>37</sup>, ove "Le disposizioni di cui alla lettera q) del comma 1 del presente articolo si applicano esclusivamente alle condotte poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto", limitandone l'applicazione alle condotte successive al 25 dicembre 2019, data di entrata in vigore della l. 19 dicembre 2019, n. 157.

La volontà legislativa in tal senso rendeva necessaria la specificazione, rilevato come il disposto dell'art. 236 c.p., escludendo l'applicabilità del primo e secondo capoverso dell'art. 200 c.p. alla confisca, garantisce dalle modifiche in *peius* successive al tempo di applicazione<sup>38</sup>.

L'operatività della confisca in argomento anche rispetto a beni entrati a far parte del patrimonio prima dell'entrata in vigore delle disposizioni istitutive o estensive, è consentita dalla sua natura di misura di sicurezza, in considerazione della possibile applicazione del principio di irretroattività della legge solo alle ipotesi di confisca aventi natura sanzionatoria e non anche alle ipotesi di confisca misura di sicurezza, tra le quali si annovera la misura ablatoria in questione.

A motivo della natura di misura di sicurezza patrimoniale e non "sanzionatoria" attribuibile alla "confisca allargata", nella quale si intravedono alcuni lineamenti già caratterizzanti la misura di prevenzione antimafia disciplinata dalla legge 31 maggio 1965, n. 575, abrogata dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, tra i quali la finalità preventiva, ne è consentita l'applicazione ai condannati per reati commessi prima dell'entrata in vigore della norma che la disciplina, secondo il combinato disposto degli artt. 200 e 236 c.p., in ragione della valutazione di pericolosità sociale attuale basata sulla legislazione vigente<sup>39</sup>.

In termini generali quindi, in applicazione del "diritto vivente", il principio di irretroattività si applica solo alle confische "sanzionatorie"<sup>40</sup>, ritenute quindi le ipotesi delineate nell'art. 240 bis, commi 1 e 2 c.p., applicabili anche in relazione a beni entrati a far parte del patrimonio in epoca anteriore l'entrata in vigore delle disposizioni istitutive del 23 marzo 2022, come in relazione all'ipotesi di confisca di cui all'art. 12 sexies, d.l. 8 giugno 1992, n. 306<sup>41</sup>.

37 Riferita all'applicazione dell'art. 12 ter, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, con richiamo ai delitti in materia tributaria e della responsabilità degli enti per i quali è prevista l'applicazione dell'art. 240 bis c.p.

38 G. MARINI, Lineamenti del sistema penale, Torino, 1993, 1014.

39 Cass., sez. II, 21 aprile 2022, n. 15551, rv. 283384 – 02, *Italjure*.

40 BVerfG, 10 febbraio 2021 - 2 BvL 8/19, ove la Consulta tedesca valorizzava l'esigenza di contrastare nell'opinione pubblica l'impressione di un deficit nell'azione punitiva statale avvallando la retroattività della confisca dei beni, optando per un'interpretazione retroattiva del § 362 n. 5 StPO.

41 Cass., sez. II, pen., 12 ottobre 2018, n. 56374, Rv. 276299 – 01, *Italjure*.



Nella prospettiva di applicazione della confisca di cui all'art. 240 bis c.p. ai delitti di nuova introduzione, ossia alla ricettazione di beni culturali, all'impiego di beni culturali di provenienza illecita, al riciclaggio e all'autoriciclaggio di beni culturali, stante la natura di misura di sicurezza non sanzionatoria della disposizione, sarebbe preclusa a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, a meno di non voler considerare le fattispecie di nuovo conio riprodotte di fattispecie già esistenti quali il furto, la ricettazione, il riciclaggio e l'autoriciclaggio, che ne consentirebbe l'applicazione anche a fatti di reato pregressi con oggetto materiale beni culturali.

#### 4. Confisca dei beni culturali.

In favore dei beni culturali oggetto dei delitti descritti nel libro II, titolo VII *bis* c.p., il legislatore ha apprestato doppia tutela ablatoria, prevedendo, sia la possibile applicazione delle disposizioni di cui all'art. 240 *bis* c.p. sia la speciale forma di tutela prevista nell'art. 518-*octiesdecies* c.p., dettando un'articolata disciplina speciale di confisca sia obbligatoria sia per equivalente.

La richiamata disposizione prevede al comma 1, che il giudice disponga “..in ogni caso la confisca delle cose indicate all'articolo 518-*undecies*, che hanno costituito l'oggetto del reato, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato”, ipotesi già descritta nell'art. 174, comma 3, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ossia delle “..cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico o altre cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela ai sensi della normativa sui beni culturali”, costitutive l'oggetto del reato, da disporre obbligatoriamente anche se il privato non è responsabile dell'illecito o comunque non ha riportato condanna, fatta salva la sola eccezione delle cose appartenenti a persona estranea al reato<sup>42</sup>, poiché trattasi di misura prettamente recuperatoria<sup>43</sup> di carattere amministrativo la cui applicazione è rimessa al giudice penale a prescindere dall'accertamento della penale responsabilità<sup>44</sup>.

La progressiva “emancipazione” della confisca dal formale giudicato di condanna derivava dall'elaborazione giurisprudenziale, ove se ne accentuava la transazione da provvedimento presupponente la dichiarazione di responsabilità penale<sup>45</sup>, a misura afflittiva del patrimonio

42 G. CERNUTO, *sub D. lg. 22.1.2004, n. 42 – Codice dei beni culturali e del paesaggio ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*, in *Codice delle confische*, a cura di T. EPIDENDIO e G. VARRASO, Milano 2018, 339-349 ss.

43 D. COLOMBO, *La confisca di beni culturali in caso di estinzione del reato per decorso del termine di prescrizione*, *Giur. Pen. Web*, 2023, 3.

44 Cass., sez. III pen., 7 maggio 2018, n. 19692, rv. 272870 – 01, *Italjure*.

45 Cass., sez. I, pen., 20 febbraio 2015, n. 7860, rv. 262759 – 01, *Italjure*.



svincolata dalla presenza un formale giudicato<sup>46</sup>, nella ricerca di un equo bilanciamento tra legalità e effettiva riparazione del danno<sup>47</sup>.

Il progressivo formarsi di una giurisprudenza basata sulla concezione della confisca come di provvedimento poliforme, comprensiva sia degli originari caratteri amministrativi di misura di sicurezza ablatoria conseguente al riconoscimento della responsabilità penale sia dei caratteri afflittivi necessari alla riparazione per la commissione di un reato, ha contribuito all'affermarsi del progressivo svincolamento della misura dalla dichiarazione di responsabilità<sup>48</sup>, ritenuta essere la sua finalità, con riferimento ai beni culturali, quella del recupero del bene culturale al patrimonio dello Stato<sup>49</sup>.

#### 4.1. *Segue* – La confisca senza condanna.

La riparazione del danno da reato nell'affermazione di un ideale di giustizia sostanziale, prende forma nella possibile applicazione della confisca alle ipotesi di estinzione del reato per intervenuta prescrizione<sup>50</sup>.

L'ipotesi è quella dell'art. 240, comma 2, n. 1 c.p., ove è prevista la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322 ter c.p., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato, a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio<sup>51</sup>.

Tuttavia ragioni di giustizia sostanziale evidenziabili nel non far ricadere le conseguenze della commissione di un reato su persone non coinvolte nella sua realizzazione, pongono limiti all'applicazione della misura ablatoria nel caso la cosa appartenga a persona estranea al reato<sup>52</sup>.

Il principio deriva dalla pronuncia di illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute negli artt. 66, l. 13 giugno 1939, n. 1089 e 116, comma 1, l. 25 settembre 1940, n. 1424,

---

46 M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2010, 1672 ss.

47 L. BARON, *La confisca con "condanna sostanziale": verso un nuovo "principio generale" in materia ablatoria? - Confiscation with "substantial conviction": towards a new "general principle" in ablatory matter?*, Cass. pen., fasc.12, 1 dicembre 2020, 4800.

48 Cass., sez. III pen., 3 marzo 2023, n. 9101, in giur. pen. web, 2023, n.3.

49 P. CIPOLLA, *Sulla obbligatorietà della confisca di beni culturali appartenenti allo Stato illecitamente esportati*, in Giur. mer., 9 del 2011, 2207 ss.; P.G. FERRI, *Uscita o esportazione illecite*, a cura di A. MANNA, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Milano, 2005, 168.

50 Cass., sez. III pen., 21 marzo 2018, n. 19692; Cass. sez. III pen., 22 ottobre 2015, n. 42458, con nota di A. VIGLIONE, *Prescrizione del reato e confisca dei beni culturali, sanzione penale o misura amministrativa?*, Cass. pen., n. 11 del 2016, 4180-4189.

51 Cass., sez. un, n. 31617, 21 luglio 2015, rv. 264434 – 01; in senso conforme da ultimo cfr., Cass., sez. III, 7 giugno 2022, n. 21910, rv. 283325 – 02, *Italjure*.

52 Cfr. A.M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca nel sistema penale*, a cura di M. MONTAGNA, Torino, 2017, 4 ss.



poi trasfusa nell' art. 301, comma 1, d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43, considerato come, al di fuori dell'ipotesi di cose il cui possesso configura un'illiceità obbiettiva in senso assoluto che prescinde dal rapporto col soggetto che ne dispone, e che legittimamente debbono essere confiscate presso chiunque le detenga (art. 240 c.p.), in ogni altro caso l'art. 27, comma 1, Cost., non consente che si proceda a confisca di cose pertinenti a reato, ove chi ne sia proprietario al momento in cui la confisca debba essere disposta non sia l'autore del reato o non ne abbia tratto in alcun modo profitto.

Conseguenza ne è l'illegittimità - per contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost. - degli artt. 66 della l. n. 1089 del 1939 e 116, comma 1, della l. n. 1424 del 1940, ora trasfuso nell'art. 301, comma 1, del d.P.R. n. 43 del 1973, nella parte in cui prevedono la confisca di opere tutelate ai sensi della legge n. 1089 del 1939, che siano state oggetto di esportazione abusiva, anche quando esse risultino di proprietà di un terzo che non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto<sup>53</sup>.

La disposizione normativa contenuta nell'art. 518 comma 2, octidices c.p., si differenzia dall'abrogato art. 174 comma 3, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ritenuto come presupposto della disposizione in vigore sia la pronuncia di una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, non richiesto invece per l'applicazione dell'art. 174 comma 3, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ove era prevista la confisca della cosa appartenente "...a un soggetto estraneo al reato il quale, tuttavia, in caso di collegamento del proprio diritto con l'altrui reato, ha l'onere di provare il proprio affidamento incolpevole<sup>54</sup>ingenerato da una situazione di apparenza sulla liceità della provenienza del bene che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza"<sup>55</sup>.

Permane dubbio ad avviso di chi scrive da risolvere in senso positivo, riguardo l'assenza di una esplicita disposizione normativa di applicazione della confisca nelle ipotesi in cui l'autore del fatto non sia punibile o il reato sia estinto<sup>56</sup> e in generale, in tutti i casi di "...illecito

53 Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 2, Foro it. 1987, p. I, 1364, mass. n. 4003.

54 L. LUPARIA, *La tutela penale dei beni culturali nella dimensione processuale: avvertenze e proposte nello scenario di riforma*, AA. VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, 257 ss.; cfr anche E. MOTTESE, *La confisca di beni culturali illecitamente esportati*, Riv. Dir. Int., n. 4 del 2019, 1098-1099 ss.

55 Cass., sez. III pen., 2 aprile 2020, n. 11269, rv. 278764 – 02, *Italjure*.

56 Cass., sez. un pen., 30 aprile 2020, n. 13539, rv. 278870 – 02, ove la cassazione afferma come in caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per intervenuta prescrizione, il giudice d'appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001. (In motivazione la Corte, confermando la confisca disposta nel giudizio di merito, ha precisato che deve riconoscersi al richiamo contenuto nella norma citata alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale), pubbl. su Sist. Pen., 21 maggio 2020, con nota di A. BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*.



trasferimento all'estero di cose di interesse storico o artistico", la confisca prevista dall'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, deve essere obbligatoriamente disposta anche se il privato non è responsabile dell'illecito o comunque non ha riportato condanna<sup>57</sup>, ad eccezione delle ipotesi di cosa appartenente a persona estranea al reato, poiché trattasi di misura recuperatoria di carattere amministrativo la cui applicazione è rimessa al giudice penale a prescindere dall'accertamento di responsabilità per la commissione di un reato<sup>58</sup>.

La natura amministrativa del provvedimento ablatorio è coerente con l'essenza del bene che ne forma oggetto, rilevato come la tendenziale titolarità pubblica giustifica la necessità del suo recupero al patrimonio dello Stato indipendentemente dalla pronuncia di una sentenza di condanna<sup>59</sup>.

Il problema della confisca in assenza di pronuncia di condanna si pone semmai per i beni di interesse culturale di proprietà privata<sup>60</sup>, rilevato non esservi per essi alcuna esigenza restitutiva al patrimonio dello stato, per i quali la confisca non presenterebbe i caratteri né di misura di sicurezza né di misura di prevenzione, dovendo essere classificata come misura con caratteristiche sanzionatorie<sup>61</sup>, che trova la ragione della sua applicazione nel fatto della sottrazione alla funzione culturale attribuita al bene stesso<sup>62</sup>.

Quanto alla tutela processuale delle cose di interesse culturale che hanno costituito l'oggetto del reato, l'art. 518 *octiesdecies* comma 1, secondo periodo, c.p., stabilisce che in caso di estinzione del reato si proceda nelle forme dell'incidente di esecuzione (art. 666 c.p.p.), attivato il quale, ai sensi dell'art. 578 *bis* c.p.p., è possibile procedere all'ablazione della *res* nei casi di pronuncia di estinzione del reato per amnistia o prescrizione, se vi è accertamento della responsabilità penale<sup>63</sup>.

In applicazione della disposizione processuale che regola la decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o prescrizione, il provvedimento ablatorio sarebbe applicabile anche al bene culturale in quanto *res* dalle caratteristiche non intrinsecamente criminose, a differenza dei beni elencati nell'art. 240 comma 2, n. 2, c.p., per i

---

57 V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. Uomo*, 2015, 1, 61-92; M. COLACURCI, *La nozione di "materia penale" nella sentenza n. 49/2015 della corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, *Cass. Pen.*, 2016, 2, 794-806.

58 *Cass.*, sez. III pen., 22 ottobre 2015, n. 42458, rv. 265046 – 01; *Cass.*, sez. III pen., 7 maggio 2018, n. 19692, rv. 272870 – 01, *Italjure*.

59 G. BATTARINO, A. PALOMBA, *Le sanzioni*, in *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, 272.

60 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei 'beni'*, Torino, 2022, ove esamina le tipologie di diritti esercitabili sul patrimonio culturale, con particolare riguardo alla fruizione al godimento pubblico; L. CASINI, *"Patrimonio culturale e diritti di fruizione"*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2022, 657 ss.

61 A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *riv. La leg. pen.*, 52 ss.

62 G. P. DE MURO, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, in *Sist. pen.*, n.2, 2022, 7 ss.

63 *Cass.*, sez. III pen., 7 giugno 2022, n. 21910, rv. 283325 – 01 e 02, *Italjure*.



quali la confisca deve essere disposta anche in caso di sentenza di assoluzione o di estinzione del reato per altra causa.

Il regime riservato alla detenzione o comunque al possesso dei beni culturali è di tipo autorizzatorio, tanto che la confisca di cui all'art. 178, comma 4, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, non è assimilabile a quella obbligatoria prevista dall'art. 240, comma 2, n. 2, c.p., in quanto non riguarda beni di natura intrinsecamente criminosa, sicché, ove disposta in assenza di condanna, rende necessario un accertamento di responsabilità per il reato<sup>64</sup>.

La formula contenuta nell'art. 518 *octiesdecies*, comma 1, secondo periodo, c.p., infatti riproduce quanto già disposto nell'art. 174, comma 3, c. beni cult., ove "la confisca ha luogo in conformità alle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando"<sup>65</sup>.

### 5. I Beni oggetto di confisca.

L'art. 518 comma 2 *octiesdecies* c.p.<sup>66</sup> è applicabile nei casi di pronuncia di sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, secondo la formula "è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persone estranee al reato".

L'individuazione del possibile oggetto del provvedimento ablatorio è indicato nell'ordine delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, identificabili in quelle, che per il loro utilizzo, sono state in rapporto causale con la sua realizzazione<sup>67</sup>, sul presupposto della pericolosità sociale rappresentata dall'utilizzo per la consumazione del reato e, quindi, del rapporto di strumentalità intercorrente tra la cosa e l'attività delittuosa<sup>68</sup>.

Il vantaggio economico derivante in via diretta ed immediata dalla commissione del reato<sup>69</sup>, normativamente indicato negli elementi del prodotto, profitto e prezzo, è tale da poter configurare il profitto come entità variabile nella sua definizione in relazione alla fattispecie cui è riferita; relativamente al delitto di riciclaggio, considerata la possibile continuità normativa tra la fattispecie comune e quella di nuova introduzione di cui all'art. 518 *sexies* c.p., la confisca per equivalente del profitto del reato sarebbe applicabile solo per il vantaggio

64 Cass., sez. III pen., 5 agosto 2021, n. 30687, rv. 282079 – 01, *Italjure*.

65 P. CIPOLLA, *Sulla obbligatorietà della confisca di beni culturali appartenenti allo stato illecitamente esportati*, Giur. mer., n. 9 del 2011, 1 ss.; cfr. anche R. MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?*, nota a Cass., sez. III pen., 22 ottobre 2015, Dir. Pen. Cont., 23 novembre 2015, <https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/d/4312-confisca-dei-beni-culturali-e-prescrizione-contro-o-oltre-varvara>

66 Di diretta attuazione dell'art. 14 par. 3, secondo il quale "Each Party shall take the necessary legislative and other measures, in accordance with domestic law, to permit seizure and confiscation of the: a) instrumentalities used to commit criminal offences referred to in this Convention; b) proceeds derived from such offences, or property whose value corresponds to such proceeds"

67 G. MARINI, op. cit., 1016.

68 Cass., sez. I pen., 27 ottobre 1967, n. 1723, rv. 105818 – 01, *Italjure*.

69 Cass., sez. un pen., 21 luglio 2015, cit.



patrimoniale effettivamente conseguito dal "riciclatore", come determinato in sede di accertamento giudiziale, e non per l'intera somma derivante dalle operazioni poste in essere dall'autore del reato presupposto, poiché, non essendo ipotizzabile alcun concorso fra i due responsabili dei diversi reati, la misura ablatoria non può essere disposta per un importo superiore al provento del reato contestato<sup>70</sup>.

La nozione di prodotto del reato è ricollegabile al risultato empirico, cioè alle cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato, definizione generale a cui dare collocazione con riferimento alla tipologia di reato cui è collegata, ritenuto in tema di confisca, il profitto del reato costituito dal vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dalla commissione dell'illecito, che si contrappone sia al prodotto sia al prezzo del reato<sup>71</sup>.

L'istituto della confisca per equivalente descritto nell'art. 518 comma 3 *octiesdecies* c.p., può trovare applicazione nell'ipotesi residuale in cui non sia possibile procedere alla confisca diretta del prodotto, del prezzo o del profitto del reato secondo quanto disposto nel comma precedente, realizzata attraverso l'apprensione "...del denaro, dei beni o delle altre utilità delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore corrispondente al profitto o al prodotto del reato".

Quanto ai delitti di cui agli artt. 518 *quater*, 518 *quinqes*, 518 *sexies* e 518 *septies* c.p., in forza del richiamo operato con riferimento alla confisca in casi particolari dall'art. 240 *bis* c.p., il giudice dell'esecuzione può disporre la confisca ex art. 240-*bis* c.p., "...del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica".

Nell'applicazione della confisca in casi particolari si evidenzia un problema di carattere temporale relativo alla disponibilità dei beni costituenti il profitto o il prodotto del reato<sup>72</sup>; si tratta di definire il limite temporale entro il quale individuare i beni acquisibili con il

70 Cass., sez. II pen., 5 novembre 2020, n. 30899, rv. 280029 – 01, *Italjure*.

71 Cass., sez. F, 31 ottobre 2013, n. 44315, rv. 258636 – 01, *Italjure*.

72 Cfr. Cass., sez. un pen., 15 luglio 2021, n. 27421, rv. 281561 – 01, *Italjure*, ove in risposta alla seguente questione di diritto volta a dirimere due diversi orientamenti "se la confisca di cui all'art. 240-bis cod. pen., disposta in fase esecutiva, possa avere ad oggetto beni riferibili al soggetto condannato ed acquisiti alla sua disponibilità fino al momento della pronuncia di condanna per il cd. reato "spia" ovvero successivamente, salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati anche in epoca posteriore alla sentenza ma con risorse finanziarie possedute prima", stabilivano il seguente principio di diritto così massimato: "Il giudice dell'esecuzione può disporre la confisca ex art. 240-bis cod. pen. in ordine ai beni che siano entrati nella disponibilità del condannato, fermo il criterio di "ragionevolezza temporale", fino alla pronuncia della sentenza per il cd. "reato spia", salva comunque la possibilità di confisca anche di beni acquistati in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie possedute prima".



provvedimento ablativo, pur ritenuto prescindere tale misura ablativa dal requisito di pertinenzialità e di derivazione causale dal reato<sup>73</sup>.

Il criterio di collegamento delle cose al reato più idoneo a rispettare il dato normativo riferito alla confisca "allargata", va individuato in quello della "ragionevolezza temporale", in base al quale il giudice può disporre la confisca dei beni entrati nella disponibilità del condannato fino alla pronuncia della sentenza per il cd. "reato spia", salva comunque la possibilità di confisca anche di beni acquistati in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie possedute prima<sup>74</sup>, con il solo limite della possibile apprensione del valore corrispondente a quello che avrebbe dovuto essere oggetto di confisca diretta.

L'enunciato principio di diritto derivava dal quesito sottoposto alle Sezioni Unite del supremo Collegio, finalizzato a dirimere la formazione di due orientamenti tra loro contrastanti: "se la confisca di cui all'art. 240-bis c.p., disposta in fase esecutiva, possa avere ad oggetto beni riferibili al soggetto condannato ed acquisiti alla sua disponibilità fino al momento della pronuncia di condanna per il cd. reato "spia" ovvero successivamente, salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati anche in epoca posteriore alla sentenza ma con risorse finanziarie possedute prima".

Il contrasto sorgeva a proposito della possibilità attribuita al giudice dell'esecuzione di disporre la confisca "sul patrimonio del soggetto al momento della condanna o del patteggiamento"<sup>75</sup> che creava incertezza su quali fossero i beni apprendibili con il provvedimento ablativo; se quelli esistenti nel patrimonio dell'interessato al momento della condanna per uno dei reati indicati, o invece quelli entrati nella disponibilità del condannato successivamente alla pronuncia di condanna e sino al suo passaggio in giudicato, contrasto risolto sostanzialmente aderendo al primo dei due orientamenti esposti.

Il percorso ermeneutico seguito presupponeva alcune precisazioni quanto alla derivazione della confisca di cui all'art. 240 bis c.p., da quella originariamente prevista nell'art. 12-sexies del d.l. n. 306 del 1992, convertito nella l. n. 356 del 1992, rapporto di continuità normativa tra le due disposizioni che consente l'applicazione della confisca "allargata" ad ipotesi antecedenti all'abrogazione dell'art. 12-sexies del d.l. n. 306 del 1992.

Norma di chiusura che riguarda l'utilizzo dei beni confiscati quali le navi, le imbarcazioni, i natanti, gli aeromobili, le autovetture e i motocicli è quella contenuta nell'ultimo comma dell'art. 518 octiesdecies c.p., che rende possibile, su richiesta, l'affidamento dei beni in custodia

73 L. TROYER, M. TETTAMANTI, *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto penale d'impresa - le nuove norme in materia di reati contro il patrimonio culturale ed il loro impatto sulla responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Riv. dei dott. Comm., fasc.2, 1 aprile 2022, 315 ss.

74 Cass., sez. un pen., 15 luglio 2021, n. 27421, rv. 281561 – 01, *Italjure*.

75 Cass., sez. un pen., 30 maggio 2001, n. 29022, rv. 219221 – 01, *Italjure*.



giudiziale agli organi di polizia giudiziaria per l'impiego in operazioni a tutela dei beni culturali<sup>76</sup>.

## 6. Rilievi conclusivi.

L'analisi condotta permette di evidenziare profili di innovazione e miglioramento nella tutela penale del patrimonio culturale, rilevata la specializzazione delle figure delittuose introdotte nel codice penale con la novella n. 22 del 2022, alcune delle quali di nuovo conio altre riproduttive di fattispecie già presenti nel codice dei beni culturali e del paesaggio.

Le opzioni operative nella direzione dell'innovazione erano duplici in attuazione di quanto disposto nell'art. 3 bis c.p., "Principio della riserva di codice"; da un lato la codificazione, tecnica alla quale poteva efficacemente affiancarsi quella dell'inserimento in un corpo normativo organico di leggi di disciplina della materia come il d.lgs. n. 42 del 2004.

Da più parti auspicata la "codificazione" dei delitti contro il patrimonio culturale<sup>77</sup>, attuata con l'inserimento del titolo VIII bis, nel libro II, c.p., si possono osservare i delitti di cui agli artt. 518 bis, ter, quater, sexies, c.p., come caratterizzati da condotte analoghe a fattispecie "comuni" già presenti nel codice penale, ma con oggetto giuridico specifico individuabile nella tutela penale del patrimonio culturale.

Discorso analogo vale per le figure di delitto già descritte nel codice dei beni culturali e del paesaggio, rilevato come anche per queste, con l'inserimento nel codice penale, sia stata seguita la tecnica incentrata sulla specialità dell'oggetto giuridico.

I "nuovi" delitti sono caratterizzati dall'inasprimento del trattamento sanzionatorio con finalità di deterrenza<sup>78</sup>, tecnica di tutela giudicata in senso critico, rilevato il rischio di poter condurre ad esiti non accettabili sul piano della proporzionalità e ragionevolezza della pena<sup>79</sup>.

Il metodo utilizzato del più grave trattamento sanzionatorio rimane in parte vanificato dalla recente riforma introdotta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, entrato in vigore il 30 dicembre 2022, orientato verso scelte deflative del processo penale.

L'effetto della riforma è quello della possibile applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p., ai delitti di cui agli artt. 518 bis, 518 ter, 518 octies, 518 nonies, 518 decies,

76 E. MOTTESE, *La confisca di beni culturali*, op. cit., 1097ss; cfr. anche V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Reati contro il patrimonio culturale*, in *Diritto amministrativo degli enti locali*, coll. dir. da V. ITALIA, Milano, 2022.

77 Cfr. S. MOCCIA, *Riflessioni sulla tutela penale*, op. cit., 1297, 1305 ss.; G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Torino, 2002, 500; V. MANES, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, in AA.VV. *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015., 93.

78 Cfr. S. N. DANIEL, *Reforming Criminal Justice*, a report by The Academy for Justice, Arizona State University, 2017, Secondo il quale nel suo recente studio pone in evidenza come l'efficacia dell'inasprimento sanzionatorio mostrerebbe i suoi effetti non nella maggior durezza della pena, bensì nella certezza della sua applicazione,

79 C. IAGNEMMA, *I nuovi reati inerenti ai beni culturali, Sul persistere miope di una politica criminale ricondotta alla deterrenza punitiva*, Arch. pen., n. 1, 1 ss.



c.p. e alle contravvenzioni di cui agli artt. 733 e 734 c.p., in quanto puniti con pena detentiva nel minimo non superiore a due anni e non rientranti nelle ipotesi di esclusione oggettiva elencate nell'art. 131 bis comma 2, c.p., fatta eccezione per i casi di commissione del delitto *in occasione o a causa di manifestazioni sportive*, di cui all'art. 131 bis, comma 3, n.1, c.p.. Il condivisibile "rimodellamento" sanzionatorio avrebbe reso opportuna, magari attraverso una norma specifica di apertura del titolo VIII bis, libro II, c.p., una definizione normativa di bene culturale, nuova e più adatta alla tutela penale rispetto a quella già esistente nel codice dei beni culturali<sup>80</sup>, in assenza della quale il rischio è di trascurare la funzione "promozionale" della personalità umana attribuibile agli oggetti d'arte<sup>81</sup>.

Al trattamento sanzionatorio è affiancata una doppia tutela ablatoria costituita dalla possibile applicazione sia delle disposizioni relative alla confisca in casi particolari di cui all'art. 240 *bis* c.p., sia la speciale forma di tutela prevista dalla confisca di cui all'art. 518 *octiesdecies* c.p., ove è disciplinata la confisca obbligatoria e per equivalente; l'insieme normativo che ne risulta rende agevole il recupero dei beni culturali al patrimonio dello stato, applicabile anche ad oggetti d'arte di titolarità privata ma d'interesse pubblico.

Il risultato che si scorge è quello di una misura di sicurezza svincolata dal giudicato penale, che rende possibile l'effettiva tutela del patrimonio culturale sia italiano sia estero, riferita a condotte poste in essere sia entro il territorio dello stato sia altrove per fatti commessi in danno di oggetti d'arte italiani.

Elemento pregevole è la ricerca di maggior specificità nella descrizione degli elementi accessori alla condotta, tipizzati attraverso le circostanze aggravanti ed attenuanti speciali di cui agli artt. 518-*sexiesdecies*, e 518 *septiesdecies*, c.p.; quanto alle ipotesi aggravate l'art. 518-*sexiesdecies*, annette, con carattere unitario, presupposti circostanziali aggravatori dedicati al titolo VIII bis<sup>82</sup>, mentre l'art. 518 *septiesdecies*, disciplina il regime attenuante speciale applicabile ai delitti contro il patrimonio culturale, riproducendo al comma 1, l'attenuante patrimonialistica in generale prevista nell'art. 61 n. 4, c.p., che può concorrere nell'applicazione con l'attenuante speciale<sup>83</sup>.

---

80 P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in Beni culturali e sistema penale, a cura di S. MANACORDA e A. VISCONTI, Milano 2013, 35.

81 A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, *La leg. pen.*, 12, 2021, 64.

82 G. DE MARZO, *Op. cit.*, 134 ss.

83 Cass., sez. V pen., 29 marzo 2022, rv. 282876 – 01, *Italjure*.



# VERSO LA SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA MORALE E GIURIDICA DEI CONIUGI

(Nota a Cass. pen., sez. 3<sup>^</sup>, 3 aprile 2023, Sent. n. 13786)

Luana Leo\*

**Abstract [It]:** Prendendo spunto da una recente sentenza della Corte di Cassazione, il presente lavoro intende richiamare l'attenzione sulla necessità di preservare il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi da "fattori esterni"; l'attuazione di tale principio risulta ancora oggi compromessa dalla sopravvivenza di tradizioni culturali patriarcali, talvolta riconducibili ad altre realtà. I tempi appaiono ormai maturi per sviluppare un piano educativo teso ad accentuare l'importanza di una concreta parità dei ruoli all'interno dell'ambito familiare.

**Abstract [En]:** Taking a cue from a recent sentence of the Court of Cassation, the present work intends to draw attention to the need to preserve the principle of moral and juridical equality of spouses from "external factors"; the implementation of this principle is still today compromised by the survival of patriarchal cultural traditions, sometimes attributable to other realities. The time now seems ripe to develop an educational plan aimed at accentuating the importance of a concrete equality of roles within the family environment.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. - 2. Il punto di partenza. - 3. Il dibattito in Assemblea Costituente sull'eguaglianza dei coniugi. - 4. Il lento processo di adattamento al dettato costituzionale. - 5. La violenza come "fine educativo": declinazioni di diseguaglianza coniugale. - 6. L'importazione delle tradizioni culturali straniere in Italia. - 7. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

A distanza di settantacinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione<sup>1</sup>, l'eguaglianza tra i coniugi continua ad essere oggetto di discussione – pur in via indiretta – alla luce di

---

1 \* Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale – Università Lum "Giuseppe Degennaro".

Ai sensi dell'art. 29 Cost.: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare". Sulla disposizione costituzionale, tra i numerosi, si veda specialmente M. Bessone, *Commento all'art. 29 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 19 ss.; F. Gaggia, A. Zoppini, *Commento sub art. 29 della Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 607 ss. Sul modello costituzionale di



vicende oggetto di decisione della Corte di Cassazione che coinvolgono soggetti stranieri, portatori di tradizioni culturali ben differenti da quelli occidentali. In tale quadro, si colloca la sentenza n. 13786/2023<sup>2</sup>, con la quale i giudici di legittimità statuiscano che nessuna motivazione socio-culturale possa giustificare violazioni dell'integrità fisica e morale dell'individuo. In particolare, la condotta aggressiva del marito, accusato dei reati di maltrattamenti e violenza sessuale aggravata ai danni della controparte, lascia trasparire chiaramente una concezione distorta della relazione coniugale, oltre che dell'approccio al rapporto intimo.

La suddetta occasione si rivela fruttuosa per ripercorrere il travagliato *iter* italiano in tema di eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi<sup>3</sup>, ponendo in luce la persistenza di situazioni discriminatorie tra di essi. Se è vero che l'affermazione della parità dei coniugi ha segnato un momento di netta rottura con la disciplina civilistica e la mentalità dell'età fascista, è altrettanto vero che il cammino verso la completa attuazione del principio costituzionale in esame risulta ancora lungo. È indispensabile partire dal presupposto che l'educazione all'amore "*non è fatta soltanto di buoni sentimenti, e neppure solamente di virtù individuali: richiede di rendere virtuosa la relazione, quella relazione interpersonale che va al di là dei due per diventare il loro 'terzo'. Il segreto è comprendere questo 'terzo', che è poi il matrimonio*"<sup>4</sup>.

## 2. Il punto di partenza.

Come anticipato, la trattazione della predetta questione prende le mosse da una recente pronuncia della Suprema Corte, di cui appare ragionevole compiere una breve ricostruzione. Nel 2021, il Tribunale di Nola condanna l'imputato alle pene di legge per i reati di maltrattamenti e violenza sessuale aggravata a danno della moglie. La repentina conferma di tale decisione in sede di appello induce la difesa dell'imputato a presentare ricorso in Cassazione, articolato in due motivi. Con il primo motivo, si denuncia la violazione di norme processuali per omessa traduzione della sentenza di primo grado e di tutti gli atti conseguenti in lingua conosciuta all'imputato straniero. Entrando nello specifico, la difesa dichiara che – a seguito dell'esecuzione della misura cautelare – il GIP aveva dovuto rinviare l'interrogatorio

---

famiglia e relativa evoluzione, tra i molteplici, si veda C. Esposito, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, p. 553 ss.; M. Bessone, *Rapporti etico-sociali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 29-31, Bologna-Roma 1976, p. 1 ss.; R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano 1989; G. Giacobbe, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 481 ss; M. Manetti, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2010.

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. III, sent. 3 aprile 2023, n. 13786.

<sup>3</sup> Per un'introduzione sul tema dell'eguaglianza tra uomo e donne nell'ambito familiare, si veda G. Ferrando, *L'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in C.A. Graziani, I. Corti (a cura di) *I diritti delle donne*, Milano, 1996, p. 75 ss.; Id., *Rapporti personale tra coniugi. Principio di eguaglianza, regola dell'accordo e intervento del giudice*, in *Casi e questioni di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Milano, III, 1997, p. 90 ss.; M. Sesta, *Verso nuovi sviluppi del principio di eguaglianza tra i coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2004, pp. 385 ss.

<sup>4</sup> Così, P. Donati, *La complessità del cammino che porta la coppia alla "relazione del noi" come "amore per sempre"*, in *Anthropotes*, n. 32/1, 2016, p. 56.



dell'udienza per l'incapacità dell'uomo di comprendere la lingua italiana, segnalando la presenza dell'interprete anche nel corso del dibattimento e la traduzione da parte del medesimo dell'ordinanza di custodia cautelare. Con il secondo motivo, si denuncia la violazione di legge ed il vizio di motivazione, giustificando la pretesa di rapporti sessuali in virtù del vincolo di coniugio e del desiderio di procreare un figlio di sesso maschile, affermando l'assenza del dolo o comunque l'errore sulla legge penale italiana e, ad ogni modo, l'incapacità di percepire il disvalore della sua condotta.

La risposta della Corte di Cassazione risulta impeccabile. Il primo motivo è considerato infondato sulla base dell'attestata conoscenza della lingua italiana da parte dell'imputato, tale da rendere necessario l'intervento dell'interprete per la sola moglie. I giudici di legittimità, altresì, sottolineano come la legittimazione a rilevare la violazione dell'obbligo di traduzione della sentenza spetti all'imputato e non alla difesa, al fine di riconoscere al primo l'esercizio di un autonomo potere di impugnazione<sup>5</sup>. Pertanto, egli avrebbe potuto sfruttare la diversa decorrenza del termine per impugnare a partire dalla notifica della sentenza tradotta nella lingua di origine<sup>6</sup>. L'argomentazione offerta dalla Suprema Corte per giustificare l'infondatezza del secondo motivo costituisce la parte nevralgica della sentenza in commento: i giudici di legittimità tendono a precisare che ad essere contestata non è la condotta dei maltrattamenti fisici (lesioni personali) e morali (ingiurie e minacce) né quella delle molteplici violenze sessuali perpetrate dall'imputato nei confronti della moglie, bensì la sopraffazione e vessazione imposta a quest'ultima sia nel corso dei maltrattamenti che durante le violenze sessuali. È proprio tale parte che concede al penalista l'opportunità di approfondire aspetti sostanziali, malgrado siano stati già oggetto di attenzione della giurisprudenza di legittimità. In *primis*, l'irrilevanza del motivo culturale sottostante ad una condotta illecita<sup>7</sup>. Con specifico riguardo ai reati sessuali<sup>8</sup>, l'irrilevanza di eventuali giustificazioni fondate sulla circostanza che il soggetto, in ragione della cultura di appartenenza, sia portatore di una differente concezione del legame coniugale e dell'approccio al rapporto intimo, poichè la tutela di beni giuridici che costituiscono espressione di diritti fondamentali prevale nettamente sulla difesa

5 Cass. pen., Sez. II, 21 giugno 2017, n. 3205.

6 Cass. pen., Sez. II, 17 ottobre 2019, n. 45408; Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 2022, n. 22465; Cass. pen., Sez. VI, 21 settembre 2022, n. 40556.

7 Tra le decisioni più recenti, si veda Cass. pen., Sez. I, 14 dicembre 2021, n. 7140; Cass. pen., Sez. V, 13 maggio 2021, n. 30538; Cass. pen., Sez. I, 28 ottobre 2015, n. 11591. Sul tema della scriminante culturale, si veda G. Salcuni, L. Della Ragione, S. Raffaele, A. Salerno, *Profili introduttivi del diritto penale della famiglia*, in P. Di Marzio, F. A. Genovese, A. Morace Pinelli, A. Manna, L. Della Ragione (a cura di), *Responsabilità civile e penale della famiglia*, Milano, 2022, p. 744 ss; M.P. Di Blasio, *La rilevanza della scriminante culturale nel sistema penale italiano*, in *Giurisprudenza Penale*, 2016; F. Basile, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati commessi per una "motivazione culturale" dagli immigrati*, in *Ragion pratica*, n. 39, 2012, p. 357 ss. In una prospettiva più generale, si veda G. Petra, *Diritto penale e diversità culturale*, in *La Rivista Neldiritto*, 2012; F. Alicino, *I reati culturalmente motivati fra assimilazionismo e relativismo multiculturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 5, 2022.

8 Di particolare interesse è il lavoro di I. Ruggiu, *Diritti del minore versus cultura? La decisione della Cassazione, n. 29613/2018 sul caso del padre albanese che bacia il figlio sui genitali per motivi culturali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, 2019, pp. 971-983.



delle proprie tradizioni<sup>9</sup>; l'impossibilità da parte dello straniero imputato di un delitto contro la persona o contro la famiglia di invocare la scriminante dell'esercizio di un diritto correlato a facoltà asseritamente riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza, laddove tale diritto debba ritenersi oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano in cui lo stesso vive per scelta personale, dato il bisogno di valorizzare la centralità della persona umana<sup>10</sup>, quale principio fondante di una società multietnica<sup>11</sup>.

Al contempo, la sentenza si presta ad essere analizzata anche sotto un'altra prospettiva, permettendo così allo studioso di diritto costituzionale di riprendere un tema complesso come quello dell'eguaglianza morale e giuridica tra coniugi<sup>12</sup>. Nel caso di specie, la condotta di sopraffazione e vessazione imposta alla donna sottintende un evidente sbilanciamento dei ruoli all'interno del nucleo familiare. La necessità di riservare peculiare attenzione al tema in oggetto è collegata a due ragioni: da un verso, si coglie la possibilità di accertare la concreta attuazione del principio, di fronte ad atti violenti commessi per scopi "educativi"<sup>13</sup>; dall'altro, si è indotti a riflettere sulla potenziale influenza di tradizioni culturali diverse da quelle occidentali sotto il profilo della parità tra coniugi.

### 3. Il dibattito in Assemblea Costituente sull'eguaglianza dei coniugi.

Prima di affrontare i punti sopracitati, appare indispensabile compiere una succinta disamina del dato costituzionale di riferimento, facendo leva sulle varie e opposte posizioni assunte in sede di Assemblea Costituente sotto il profilo della parità tra coniugi. L'art. 29 Cost., nel riconoscere "*i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*", si sostanzia in un compromesso tra i numerosi attori presenti in tale sede<sup>14</sup>. Le diverse concezioni culturali

9 Corte pen., Sez. III, 20 novembre 2019, n. 7590.

10 Tuttavia, la stessa giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I, sent. 31 marzo 2017, n. 24048) ha statuito che "la società multiculturale non può permettere la formazione di arcipelaghi culturali confliggenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro Paese". Per un'analisi della decisione, si veda G. Cavaggion, *Diritto alla libertà religiosa, pubblica sicurezza e "valori occidentali". Le implicazioni della sentenza della Cassazione nel "caso kirpan" per il modello di integrazione italiano*, in *Federalismi*, n. 12, 2017; A. Simoni, *La sentenza della Cassazione sul kirpan: "voce dal sen fuggita"? Brevi note comparatistiche sull'adesione della Suprema Corte all'ideologia della "diversità culturale degli immigrati"*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2017.

11 Corte pen., 12 dicembre 2019, n. 8986.

12 Come affermato da C. D'Elia, *Il legame tra adulti, la trappola della parità e il riconoscimento delle differenze*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2019, "il riconoscimento dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi si inverte in un contesto profondamente cambiato, ma ancora fortemente segnato da rapporti di potere tra i sessi e divisione sessuale del lavoro".

13 Secondo G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca* (a cura di P. Virgadamo), Torino, 2016, p. 135, il principio costituzionale di eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi "più che essere espressione del superamento della dialettica conflittuale uomo donna, rappresenta il diverso modo di concepire la famiglia e, di conseguenza, si proietta su tutta la disciplina della vita familiare".

14 È opportuno segnalare che la formula "società naturale" è il frutto di un compromesso adottato in sede di Assemblea Costituente tra coloro (interpretazione "giusnaturalista") che intendevano la



e ideologiche esistenti innescarono un animato dibattito in ordine ai rapporti interni tra marito e moglie: da un lato, si sosteneva la rilevanza del principio gerarchico a garanzia dell'unità familiare; dall'altro, si poneva il principio di eguaglianza a garanzia dell'istituto matrimoniale. L'affermazione della parità tra marito e moglie segna un momento di totale rottura rispetto alla disciplina civilistica sviluppatasi in età fascista; come ammesso in dottrina, all'origine della disposizione vi è la volontà di riequilibrare la posizione della donna rispetto a quella dell'uomo, così come scaturente in altre norme (artt. 37, 48 e 52 Cost.)<sup>15</sup>. In realtà, la vera novità racchiusa nell'art. 29 Cost. consiste nella consacrazione della parità "morale" prima ancora che "giuridica" tra i coniugi: la suddetta scelta è espressione della visione culturale di ispirazione cristiana – ampiamente radicata in seno all'Assemblea Costituente – che riponeva il senso del suo impegno politico proprio nei valori dell'etica e della dignità della persona umana<sup>16</sup>. In concreto, se da un verso si assiste alla qualificazione etica di un rapporto giuridico – in un impianto costituzionale nel quale l'intero titolo II è riservato ai "rapporti etico-sociali" – dall'altro si attesta la stretta connessione con l'art. 3 Cost. Sotto tale ultimo profilo, la stessa Corte costituzionale – in svariate occasioni<sup>17</sup> – ha statuito che il principio-cardine in materia di rapporti tra i coniugi rappresenta l'applicazione e l'approfondimento del principio generale enunciato dall'art. 3 Cost.; l'eguaglianza morale dei coniugi non è altro che la specificazione, in merito all'ambito familiare, della norma generale sull'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge senza distinzioni di sesso (art. 3, co. 1, Cost.). È indiscutibile la portata rivoluzionaria dell'art. 29 Cost. *"che sembra riprodurre nell'ambito della più ristretta comunità familiare gli sconvolgimenti che sull'assetto sociale preesistente erano riconducibili all'art. 3, comma 2"*<sup>18</sup>. Lo spessore del lessico impiegato ("eguaglianza morale", "dignità sociale", rimozione degli "ostacoli di fatto" che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, limitandone la libertà e l'eguaglianza) svela la richiesta del Costituente di mettere in atto politiche pubbliche *"dirette a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale"*, e ciò specialmente per le donne, che *"hanno subito in passato discriminazioni di ordine sociale e culturale e, tuttora, sono soggette al pericolo di analoghe discriminazioni"*<sup>19</sup>.

---

famiglia come "società di diritto naturale", preesistente allo Stato e totalmente estranea alle vicende del diritto positivo e coloro (interpretazione "storicistica") che ritenevano legittimo contrapporre/affiancare alla famiglia altre formazioni sociali, dotate di proprie regole distinte dalla famiglia tradizionale, intendendo la predetta formula come una "norma in bianco". Per una ricostruzione puntuale del dibattito in Assemblea Costituente, si veda E. Di Salvatore, *Tradizione come problema costituzionale*, Giulianova, 2012, p. 146 ss. L'ambiguità di tale formula è sottolineata da R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, 10, 1066 ss.

15 F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, 2013, p. 15.

16 Come posto in risalto da G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, cit., p. 126.

17 Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126; Corte cost., 3 dicembre 1969 n. 147; Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91.

18 Così, M. Fortino, *Parità dei sessi*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 705.

19 Corte cost., 26 marzo 1993, n. 109.



Nella stessa disposizione costituzionale, però, sembra permanere traccia di quella tradizione secolare che assegnava preminenza alla figura del marito: si fa leva sulla previsione dei “limiti” che il legislatore italiano può fissare a garanzia dell’unità familiare. In tale senso, appare vitale segnalare che l’interpretazione prevalente – proprio in forza di eventuali limiti a garanzia dell’unità familiare – continuava a ritenere necessaria una radicale diseguaglianza tra le parti, anche all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione; come osservato in dottrina, al dettato costituzionale era assegnato un ruolo di norma di principio, meramente programmatica e priva di un immediato valore precettivo<sup>20</sup>. Ben più interessante – a giudizio di chi scrive – è il diverso modo di intendere l’unità familiare come limite da parte della giurisprudenza costituzionale, per via delle sue sostanziali conseguenze. Se da una parte la Consulta sembra avere anticipato la riforma del diritto di famiglia del 1975 (ove l’unità familiare è invocata come limite all’eguale posizione dei coniugi nei loro reciproci rapporti)<sup>21</sup>, dall’altro essa tende a salvare il dato legislativo incentrato sulla regola della patria potestà (ove l’unità familiare è invocata per risolvere questioni attinenti alla posizione paritaria dei genitori nel loro rapporto con la prole)<sup>22</sup>. È soltanto con l’introduzione della nuova normativa del 1975 che per l’interprete diviene meno complicato cogliere il senso esatto dei principi costituzionali in materia di famiglia. Sebbene in dottrina non si nasconda la difficoltà di individuare il senso in cui il principio di eguaglianza tra i coniugi risulti integrato dai limiti di “garanzia dell’unità familiare”, si esclude comunque che l’art. 29 Cost. stabilisca arbitrarie diversificazioni di poteri o ruoli tra le parti, conferendo altresì un diverso significato all’unità familiare come limite, non più atto a giustificare forme di autoritarismo o di discriminazione, ma invece idoneo a favorire un ordinamento dei rapporti tra i coniugi, fondato sulla eguale libertà e responsabilità<sup>23</sup>. L’intervento legislativo del 1975 induce la Corte costituzionale a compiere un passo indietro, partendo dal porre sullo stesso piano le due figure nel rapporto con la prole<sup>24</sup>; in realtà, essa aveva già provveduto ad espugnare dal sistema talune norme che integravano intollerabili trattamenti discriminatori nei riguardi delle donne, mantenendo però una posizione maggiormente prudente. In tale ottica, si collocano specialmente le decisioni con le quali la facendo leva sul principio racchiuso nell’art. 29 Cost., espunsero dal codice penale il delitto di adulterio della moglie e quello di concubinato del marito<sup>25</sup>.

20 M. Sgroi, *I rapporti personali tra coniugi: accordi e disaccordi*, in G. Oberto (a cura di), *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia*, Padova, 2012, p. 34.

21 Corte cost., 23 maggio 1966, n. 47; Corte cost., 3 marzo 1972, n. 42; Corte cost., 14 luglio 1976, n. 171; Corte cost., 15 luglio 1976, n. 181.

22 Corte cost., 8 luglio 1967, n. 102; Corte cost., 23 maggio 1966, n. 49; Corte cost., 21 giugno 1966, n. 71.

23 M. Dogliotti, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti* (diretto da M. Bessone), Torino, 2014, p. 226.

24 Corte cost., 9 febbraio 1983, n. 30.

25 Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126 (con note di G. Gianzi, *L’adulterio alla luce di due importanti sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2178 ss.; F. Modugno, *L’adulterio come delitto e come causa di separazione. In margine al commento del Prof. Salvatore Satta alle sentenze n. 126 e 127 della Corte costituzionale*, in *ibidem*, p. 2190 ss.; R. Zaccaria, *Adulterio: violazione dell’eguaglianza tra coniugi non giustificata dall’unità della famiglia*, in *ibidem*, p. 2198 ss.) Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 147 (con commento di G. Gianzi, *L’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ed i delitti di relazione adulterina e di concubinato*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 2230 ss.).



#### 4. Il lento processo di adattamento al dettato costituzionale.

L'entrata in vigore della Costituzione del 1948, pur introducendo un assetto dei rapporti familiari innovativo rispetto alla diversa impostazione propria della disciplina civilistica, non riuscì ad attenuare le disparità di trattamento riservate alla donna. La società, dunque, non apparve subito in grado di recepire la portata rivoluzionaria dei principi statuiti nella Carta costituzionale. Per comprendere le ragioni della lunga resistenza all'attuazione del principio costituzionale, si deve tenere conto che autorevoli giuristi come Pietro Calamandrei, Vittorio Emanuele Orlando e Francesco Saverio Nitti avevano espresso una posizione critica circa il riconoscimento dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, intravedendovi il pericolo di una sempre più vicina apertura all'indissolubilità del matrimonio. Tuttavia, alla radice di tale resistenza non vi era soltanto un problema di cultura civile, ma un autentico errore di grammatica giuridica, che indusse le norme del Codice civile e non i principi costituzionali a diventare il principale riferimento<sup>26</sup>.

Alla luce di ciò, solo a distanza di quasi trent'anni, dalle iniziali incrinature di un modello autoritario e gerarchico incentrato sulla potestà maritale si pervenne alle radicali trasformazioni verificatesi innanzitutto in senso alla società civile e poco dopo acquisite dal legislatore nazionale con la riforma del diritto di famiglia del 1975<sup>27</sup>, anche grazie all'importante contributo della giurisprudenza ordinaria e costituzionale; a partire da tale periodo storico, dunque, l'ambito familiare è stato oggetto di sostanziali mutazioni e progressivamente sempre più celeri<sup>28</sup>. Uno dei tratti tipici della predetta riforma è rappresentato dall'introduzione della perfetta parità dei coniugi nei rapporti personali<sup>29</sup> e patrimoniali. Pertanto, l'eguaglianza dei coniugi è estesa sia nei loro rapporti personali e patrimoniali, sia nei rapporti personali e patrimoniali dei figli. Con specifico riguardo ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, la regola base è contenuta all'art. 143, co. 3, c.c., che obbliga ciascuno a contribuire ai bisogni della famiglia in proporzione alla proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo. A livello pratico, l'attuazione del principio

26 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Bari-Roma, 2017, p. 20. Su tale linea, A. Ruggeri, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Diritto comparati*, n. 1, 2017, p. 93.

27 In particolare, R. Tommasini, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario del Codice civile - Della famiglia - Vol. I: artt. 74-176* (diretto da E. Gabrielli), Torino, 2010, p. 73, precisa che "la riforma del diritto di famiglia nasce come riforma tipicamente non parlamentare, cioè come frutto non esclusivo del dibattito tecnico-legislativo sviluppatosi in Aula, ma sollecitata ed accompagnata da un'opinione pubblica che ne ha registrato e seguito il processo di costruzione, a causa del forte scollamento dall'effettiva dinamica sociale della normativa precedente". Sulla notevole influenza della riforma del diritto di famiglia del 1975 a livello socio-culturale, tra i tanti, si veda specialmente V. Scalisi, *La "famiglia" e le "famiglie" (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987; P. Rescigno, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1998, pp. 109-117.

28 Come anche osservato da M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, 2018, p. 37.

29 Art. 143, co. 1, c.c.: "Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri".



paritario si sostanzia non solo nell'abolizione della potestà maritale, ma anche nel superamento della norma contenuta all'art. 316 c.c., che attribuiva l'esercizio della potestà al padre; parimenti, si assiste all'abolizione dell'obbligo unilaterale di mantenimento della moglie, la quale non segue più la condizione civile del marito; sempre la moglie non assume ma aggiunge al proprio cognome quello del coniuge (art. 143-bis c.c.), non essendo altresì più obbligata a seguirlo nella sua residenza, ora stabilita di comune accordo dalle parti; infine, si giunge all'abolizione dei poteri di correzione e controllo prima riconosciuti all'uomo, in modo tale da salvaguardare la personalità di ciascun coniuge. Dalla breve analisi dell'intera disciplina dei rapporti personali tra i coniugi affiora chiaramente la portata progressista della riforma del diritto di famiglia del 1975, tanto da indurre una parte della dottrina ad immaginare che il testo costituzionale avrebbe potuto consentire scelte meno audaci, più in linea con le aspettative e con la cultura della società dell'epoca<sup>30</sup>.

A seguito della riforma del 1975, il processo di equiparazione tra i coniugi non subisce un arresto, susseguendosi invece una catena di interventi legislativi e giurisprudenziali. Sul versante legislativo, si ritiene indispensabile segnalare, tra i numerosi interventi, l'abrogazione della disposizione che attribuiva al padre, nel caso di un grave ed incombente pregiudizio per il figlio, il potere di adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili<sup>31</sup>. A livello giurisprudenziale, si richiama la più recente sentenza<sup>32</sup> con cui il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, co. 1, c.c., *"nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto"*. In tale occasione, la Consulta ha statuito che il cognome *"collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis"* e *"si radica nella sua identità familiare"*; pertanto, questo deve *"rispecchiare e rispettare l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori"*. In un primo momento, il giudice costituzionale aveva riconosciuto che le ragioni di unità familiare potessero rappresentare una legittima deroga – ai sensi dell'art. 29 Cost. –

30 Come riportato da M. Sgroi, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali. Vol. 1: Famiglia e matrimonio* (diretto da G. Cassano), Milano, 2006, p. 375.

31 L'abrogazione è avvenuta per effetto del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Sulla riforma del 2012, si veda C.M. Bianca (a cura di), *La riforma del diritto della filiazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437 ss.; M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 54*, Milano, 2014; R. Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014; Aa.Vv., *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014.

32 Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131. Sulla predetta sentenza, tra i diversi, si veda L. Bartolucci, *La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*, in *Consulta Online*, 2022; E. Scalcon, *L'attribuzione del cognome ai figli: una disputa durata più di trent'anni*, in *Federalismi*, n. 27, 2022; G. Piccardo, *Illegittimità dell'attribuzione automatica del patronimico tra principi fondamentali della persona e (l'ingiustificabile) inerzia del legislatore: nota a prima lettura del comunicato della Corte Costituzionale 27 aprile 2022*, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 2022; L. Mura, *Il modus operandi nella sent. n. 131 del 2022 della Corte costituzionale sul cognome dei figli a confronto con i sistemi della UE e della CEDU*, in *Consulta Online*, 2023.



all'eguaglianza tra i coniugi<sup>33</sup>; in un secondo momento, invece, lo stesso prende atto che il sistema di attribuzione del cognome (e dunque l'automatica attribuzione del cognome paterno ai figli) costituisce "il retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le sue radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento (anche internazionale e comunitario) e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna"<sup>34</sup>, giungendo alla puntuale conclusione che è proprio l'eguaglianza a garantire l'unità della famiglia, in quanto quest'ultima "si rafforza nella misura in cui i reciproci tra i coniugi sono governati dalla solidarietà e della parità"<sup>35</sup>.

Il ruolo determinante della giurisprudenza nel processo di parificazione dei coniugi, nonché termini di garanzia dell'equilibrio della famiglia, rende evidente come tale istituzione tenda "a sfuggire all'invadenza della regolamentazione giuridica, dotandosi di assetti che sono sia la conseguenza, sia la causa dell'evoluzione dei tempi, del mutamento del costume, del modificarsi delle abitudini in una continua reciproca interazione"<sup>36</sup>.

I cambiamenti sociali intervenuti specialmente nel XX secolo hanno spinto una buona parte della dottrina a ripensare il modello costituzionale<sup>37</sup>; la vicenda in esame insegna però che l'eguaglianza tra coniugi non può recedere davanti al bene superiore della famiglia; come ben ammesso in dottrina, vi è netta difficoltà comprendere il motivo per il quale "la salvaguardia del bene prezioso ed indisponibile, dell'unità debba comportare, in talune circostanze o con riferimento a talune fattispecie, il sacrificio dell'eguaglianza"<sup>38</sup>, dal momento che la prima presuppone la seconda.

---

33 Corte cost., 2006, 16 febbraio n. 61. Sulla suddetta sentenza, si veda A. Ciervo, *Il diritto al doppio cognome del minore*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 26 settembre 2006; G. Repetto, *Famiglia e figli in tre recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *ibidem*, 24 marzo 2006; I. Nicotra, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge (nota alla sentenza n. 61 del 2006 della Corte costituzionale)*, in *Consulta Online*, 2006.

34 Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286. Su tale decisione, tra i tanti, si veda C. Ingenito, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2017; A. Fusco, «Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016, in *ibidem*, n. 3, 2017; S. Scagliarini, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017; E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 gennaio 2017.

35 Corte cost., 13 luglio 1970, n. 133. In senso critico, si veda A. Trabucchi, *La contribuzione agli "onera matrimonii" e il principio costituzionale di parità*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, p. 459 ss.

36 Così, R. Tommasini, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Trattato di diritto privato. Il diritto di famiglia. Vol. 4/1: Famiglia e matrimonio* (a cura di T. Auletta), Torino, 2010, p. 27.

37 In particolare, F. D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 354, affermava che "al giurista fedele al dettato costituzionale ma attento al tumultuoso "diritto vivente" emergente dalla prassi spetta il compito di verificare la possibilità di ricostruire un sistema che resti imperniato su tale modello ma che sia in grado di filtrare e di inquadrare armonicamente le istanze della prassi".

38 Così, A. Ruggeri, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, cit., p. 93.



## 5. La violenza come “fine educativo”: declinazioni di disuguaglianza coniugale.

La vicenda oggetto della decisione della Corte di Cassazione permette di evidenziare come la “violenza” implichi disuguaglianza, soprattutto ove questa interessi il rapporto coniugale; la puntuale ed intransigente risposta rilasciata dai giudici di legittimità, nonché la costante frequenza con cui episodi del genere si verificano, inducono a ritenere che ciò non trovi ancora adeguata considerazione nella società attuale. Come noto, l’ordinamento giuridico italiano dispone di una disciplina completa per fronteggiare il fenomeno della violenza contro le donne; a partire dagli anni ’80, si assiste ad un graduale progresso a livello legislativo, accompagnato da un mutamento socio-culturale: i disparati strumenti normativi oggi disponibili per contrastare il predetto fenomeno<sup>39</sup> rispecchiano il risultato di una lunga e travagliata evoluzione normativa che vede il legislatore intervenire più volte, anche in adempimento agli obblighi internazionali, per assicurare una maggiore protezione alle vittime<sup>40</sup>.

Tuttavia, è emblematico – a parere di chi scrive – che la disciplina in materia sia ispirata da un’unica finalità, senza tenere presente che la violenza continui a mettere in discussione (e compromettere) l’eguaglianza tra uomo e donna, specie nella dimensione familiare. In particolare, si tende a trascurare come la violenza prenda forma da “*idee, credenze e convinzioni, stereotipi e pregiudizi, norme giuridiche e pratiche sociali, comportamenti individuali e collettivi, che concorrono a perpetuare e legittimare la gerarchia e la disuguaglianza tra i sessi*”<sup>41</sup>. L’atteggiamento passivo del nostro legislatore non trova giustificazione anche a fronte del rilevante contributo concesso dalla giurisprudenza, alla quale si attribuisce il grande merito di avere posto in luce l’importanza di tracciare un progetto culturale volto al superamento della violenza coniugale, la cui origine è rintracciata in dottrina nelle fondamenta patriarcali del mondo occidentale, stabilendo una stretta connessione tra diritto e logica patriarcale: è il diritto a statuire la predominanza maschile, estendere il dominio del marito sulla moglie e sul suo corpo e parimenti attribuire alla stessa il dovere all’osservanza, alla sottomissione e al debito coniugale<sup>42</sup>. Per ragioni di completezza, si ricorda che la disuguaglianza coniugale è stata tradizionalmente radicata nell’ordine naturale: contestare le differenze di ruolo tra i coniugi, infatti, significava compiere un’azione contro natura; in considerazione di ciò, il filosofo britannico John Stuart Mill invitava a non sovrapporre natura e consuetudine (“*la frase contro natura vuol dire contro il costume e nient’altro, e tutto quel che è abituale sembra naturale. La*

39 Per un approfondimento, tra i tanti, si veda A. Lorenzetti, B. Pezzini (a cura di), *La violenza di genere dal codice Rocco al Codice Rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Torino, 2020; P. Di Nicola Travaglini, F. Menditto, *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi*, Milano, 2020; N. Fiano, *Le recenti novità in tema di protezione delle donne vittime di violenza. Un’analisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Federalismi*, n. 2, 2023.

40 Sul punto, è interessante il lavoro di C. Danisi, *La donna nel diritto internazionale e dell’Unione Europea: verso il superamento o la riaffermazione dei “tradizionali ruoli femminili”*, in A. Pitino (a cura di), *Interventi di contrasto alla discriminazione e alla violenza sulle donne nella vita pubblica e privata. Un’analisi multidisciplinare*, Torino, 2017, p. 117 ss.

41 Così, A. Rivera, *La Bella, la Bestia e l’Umano. Sessismo e razzismo senza escludere lo specismo*, Roma, 2010, p. 29.

42 È la posizione di M. Cavina, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Bari, 2014, p. 3 ss.



*subordinazione della donna all'uomo è un costume universale, una deroga a questo costume appare dunque naturalmente contro natura [...] ma la disparità di diritti fra l'uomo e la donna non ha altra origine che la legge del più forte")<sup>43</sup>.*

Sul versante giurisprudenziale, una risalente sentenza n. 32843/2009 lascia trasparire la sopravvivenza del pensiero patriarcale nelle pratiche e nella morale di settori-chiave della società. In tale circostanza, la Suprema Corte conferma la condanna di un uomo accusato di avere maltrattato – periodicamente – la propria compagna, giustificando i suoi atti in virtù di un “fine educativo”, ossia quello di indurla “*ad osservare regole di comportamento ispirate ad un modello ideale di gestione familiare*”, non avendo mai inteso realmente “vessarla ed umiliarla”, ma soltanto “educarla”. In concreto, la Cassazione statuisce che il delitto non ammette alcuno sconto di pena, non potendo invocare dunque come circostanza attenuante l’aver agito per fini “educativi”; si respinge, altresì, un qualsiasi ruolo di educatore del marito o del compagno nei confronti della controparte<sup>44</sup>.

Il problema cruciale dell’uso della violenza come “fine educativo” affonda le sue radici in epoche lontane, così come rinvenibile in taluni studi riconducibili a soggetti che esulano dal mondo giuridico. Tra i numerosi, il pedagogista latino Marco Fabio Quintiliano, già nel I secolo d.C., condanna con grande fermezza il ricorso a pratiche educative improntate sulla violenza: egli identifica la punizione corporale come una soluzione sconveniente e ingiuriosa che genera vergogna e “*pudor frangit animum et abicit atque ipsius lucis fugam et taedium dictat*”<sup>45</sup>. Rispetto a tale situazione, vigente in Italia così come in altre realtà, il legislatore è chiamato a mettere in atto politiche non solo repressive, ma anche preventive; la sua azione deve trarre ispirazione dalla Costituzione: come sostenuto in dottrina, i principi costituzionali costituiscono “*una premessa indispensabile per rimuovere il terreno di coltura della violenza*”<sup>46</sup>.

## **6. L’importazione delle tradizioni culturali straniere in Italia.**

Sebbene non manchino lievi segnali di un ritorno al “patriarcato fascista”<sup>47</sup>, l’attuazione del principio costituzionale di eguaglianza dei coniugi risulta essere compromessa – nella maggior parte dei casi – da tradizioni culturali appartenenti a realtà non occidentali, ove ancora vige una concezione gerarchica del rapporto coniugale, che sottintende l’obbedienza e la sottomissione della moglie al marito, legittimando quest’ultimo a compiere atti di violenza

43 Così, J.S. Mill, *Sulla servitù delle donne* (Traduzione e prefazione di A.M. Mozzoni), Lanciano, 2011, p. 30 ss.

44 Con sentenza 6 aprile 2022, n. 13145, la Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulle condotte violente in ambito scolastico, ha ribadito che “*esula dal perimetro applicativo della fattispecie incriminatrice dell’abuso di mezzi di correzione o di disciplina in ambito scolastico qualunque forma di violenza fisica o psichica, ancorché sostenuta da animus corrigendi*”.

45 Così, M.F. Quintiliano, *Institutio oratoria*, I, 3, 14-16, 90-96 d.C.

46 Così, I. Pellizzone, *Violenza di genere e diritto: non basta reprimere, occorre prevenire*, in *Treccani. Atalante*, 20 settembre 2020.

47 Sul punto, L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, p. 50 ss., ricorda che “*se il fascismo è un esempio particolarmente grave di spregio per l’eguaglianza a causa delle discriminazioni compiute, non si può tuttavia affermare che l’eguaglianza, nei secoli, abbia avuto un facile cammino*”.



“correttiva” verso la prima. Complice i massici flussi migratori<sup>48</sup>, la nostra società ha subito una metamorfosi a livello culturale e religioso, transitando in una nuova dimensione multietnica e religiosa<sup>49</sup>, non priva però di taluni profili critici: l’ingresso di individui portatori delle tradizioni culturali più disparate<sup>50</sup> – intenti a seguirle – pone un problema di incompatibilità sia con la normativa italiana, sia con i pilastri dell’ordinamento costituzionale italiano. Tale problema si pone – con maggiore evidenza – rispetto a famiglie, o singoli componenti, provenienti da Stati intransigenti di religione mussulmana. Partendo dal presupposto che l’applicazione della *Sharia* influenza *in toto* il diritto di famiglia (matrimonio, divorzio, ripudio, successione e *kafalah*), la questione della reazione dell’ordinamento italiano di fronte alle criticità poste dal confronto con una tradizione giuridica di stampo religioso necessita di essere trattata con estrema sensibilità, poiché talune disposizioni della *Sharia* risultano costituzionalmente illegittime circa il diverso trattamento di uomini e donne<sup>51</sup> in materia di capacità processuali, matrimonio, famiglia e successioni<sup>52</sup>. È ormai da tempo che la giurisprudenza ammette – senza incertezze – l’inammissibilità della concezione gerarchica del rapporto coniugale nel nostro Paese, escludendo altresì che questa possa costituire scriminante del comportamento delittuoso, giacché si pone “*in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell’ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia come formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 Cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, commi 1 e 2, Cost.) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l’introduzione di diritto, o di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili, che suonano come barbari a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l’affermazione dei diritti inviolabili della persona*”<sup>53</sup>.

48 A. Fusaro, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017, p. 28, definisce la migrazione come “l’area delle pretese”.

49 Secondo G. Demaio, L. Di Sciullo, M.P. Nanni, F. Pittau, *Il panorama multireligioso italiano: il contributo dell’immigrazione*, in P. Naso (a cura di), *Religioni, Dialogo, Integrazione, Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione*, Direzione Centrale degli Affari dei Culti del Ministero dell’Interno, Roma, 2013, p. 55, deve considerarsi ormai assodato che la globalizzazione religiosa, accentuata dall’immigrazione, costituisca un fattore strutturale anche in Italia.

50 Al contempo, D. Durisotto, *La libertà religiosa individuale. Contenuti e problematiche*, in R. Benigni (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Principi e temi*, Roma, 2021, p. 93, tiene a sottolineare che il multiculturalismo presenta anche “pratiche, riti o comportamenti che, nelle loro peculiarità, offrono modelli tendenzialmente compatibili con i principi del nostro ordinamento.

51 Sulla posizione asimmetrica tra uomo e donna nel sistema giuridico-religioso musulmano, tra i numerosi, si veda P. Lillo, *Famiglie «musulmane» e diritti «fondamentali» dell’uomo*, in *Arch. giur.*, 1995, n. 1, p. 99 ss.; C. Cardia, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, Cinisello Balsamo (Mi), 2007, p. 170 ss.; I. De Francesco, *Diritti, ruoli, relazioni: i diritti della sposa nell’Islam*, in *Daimon*, Annuario di diritto comparato delle religioni, n. 9, 2009, p. 145 ss.; Z. Mir-Hosseini, *Verso l’uguaglianza di genere*, in *ibidem*, 2009, p. 155 ss.

52 E. Falletti, *L’impatto culturale dell’immigrazione islamica sull’ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 31, 2016, p. 19.

53 Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 55. Tale impostazione è riscontrabile anche in sentenze precedenti (si veda, Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 1999 n. 3398).



Ritornando sulla predetta *querelle*, la Cassazione ha precisato – con maggiore accuratezza – che “l’adesione ad un credo religioso (nella specie l’Islam), che non sancisce la parità dei sessi nel rapporto coniugale, non comporta un nesso indissolubile con i maltrattamenti in famiglia e non incide sulla qualificazione giuridica della condotta”<sup>54</sup>.

Al contempo, appare necessario segnalare che il principio costituzionale di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi è stato messo in discussione anche da risalenti “fossili” del diritto islamico di famiglia, come il ripudio e la poligamia<sup>55</sup>. Con riguardo al ripudio<sup>56</sup>, la sua contrarietà all’ordine pubblico interno italiano<sup>57</sup> è indiscutibile, configurandosi una radicale discriminazione tra i coniugi: solo al marito è infatti permesso ripudiare la moglie e provvedere all’eventuale revoca. Il ripudio, altresì, viola i principi di eguaglianza e solidarietà coniugale, in quanto ignora il controllo dell’*affectio coniugalis* e la possibilità di riconciliazione; esso non consente la quantificazione di alimenti e mantenimento a favore della parte più vulnerabile e dei figli. Senza entrare nel merito del riconoscimento del ripudio<sup>58</sup>, si vuole accentuare come la moglie, trovandosi in una condizione di inferiorità e di soggezione al potere arbitrale del marito, risulta calpestata nella sua dignità e identità<sup>59</sup>. Non vi è dubbio che un posto di primario interesse in ordine ai casi di conflitto tra ordinamento italiano e diritto di famiglia islamico sia occupato dalla poligamia, letta dall’osservatore europeo come un istituto altamente disuguale, palese retaggio di una cultura patriarcale ed ennesimo strumento di

54 Cass. pen., Sez. VI, 26 marzo 2009, n. 32824.

55 Una posizione rigida è assunta da J. Déprez, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil des Cours*, t. 211, 1988-IV, p. 9 ss., per il quale poligamia e ripudio costituiscono quel che di più inaccettabile vi sia per un ordinamento occidentale.

56 Per una delineazione dei profili del ripudio nell’ottica del diritto religioso islamico, si veda E. Giarnieri, *Matrimonio islamico: caratteri e limiti di compatibilità con l’ordinamento italiano*, in C. Cardia, G. Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia*, Torino, 2015, p. 335 ss.

57 Come affermato da, D. Milani, *Diversità e diritto internazionale privato: il ripudio islamico e la sua rilevanza nell’ordinamento giuridico italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 2, 2021, p. 168, “Stretta tra difesa dell’esistente e apertura a valori altri la clausola generale dell’ordine pubblico viene così investita di una funzione particolarmente sensibile, anche per il significato simbolico e culturale che rischia inevitabilmente di assumere”.

58 Da ultimo, Cass. civ., sez. I, 7 agosto 2020, n. 16804. Per un commento, si veda D. Milani, *Diversità e diritto internazionale privato: il ripudio islamico e la sua rilevanza nell’ordinamento giuridico italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, cit.; F. Pesce, *La corte di cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n. 1; A. Licastro, *Scioglimento del matrimonio pronunciato all’estero e «ordine pubblico»: la Cassazione si pronuncia contro la riconoscibilità in Italia del ripudio islamico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, 2020, p. 923-953; Per una precisa ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali, tra i tanti, si veda O. Vanin, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, pp. 1031 ss.; C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 63 ss.

59 A. Bellelli, *La irrisolvibilità nell’ordinamento italiano del provvedimento straniero di scioglimento del matrimonio fondato sul ripudio*, in M. Cavallaro, F. Romeo, E. Bivona (a cura di), *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi “di fatto”*, Vol. I, Torino, 2022, p. 94.



oppressione della donna nelle minoranze culturali<sup>60</sup>. Se sul piano giurisprudenziale non sono mancati timidi segnali di apertura<sup>61</sup>, il predetto istituto trova significativa censura a livello normativo: a parte il reato di bigamia punito dall'art. 556 c.p.<sup>62</sup>, il rifiuto ad accogliere unioni poligamiche affiora nella Carta dei Valori della cittadinanza e dell'integrazione, ove la struttura monogamica è inscindibilmente connessa con l'uguaglianza di diritti e responsabilità tra marito e moglie<sup>63</sup>. Si ritiene opportuno far notare che il contrasto tra il principio costituzionale di eguaglianza dei coniugi e la supremazia patriarcale propria del diritto islamico potrebbe innescare taluni problemi: innanzitutto, la diseguaglianza di trattamento tra la "prima moglie" e le "altre mogli"; in seguito, si ammetterebbe – pur in via indiretta – l'esistenza di una poligamia di fatto, dando luogo ad un effetto contrario ai valori caratteristici del nostro sistema<sup>64</sup>. In definitiva, se da un verso è impossibile negare che talune tradizioni culturali straniere si pongono in contrasto con i principi costituzionali, dall'altra si deve tenere presente che in una società di pluriappartenenze insorge la necessità di *"salvare un'acculturazione comune, quella della Costituzione, e tuttavia anche creare spazi di convivenza, non escludere a priori nessuno dei valori in campo, favorirne il bilanciamento attraverso il dialogo"*<sup>65</sup>. Sebbene la Costituzione costituisca *"espressione e medium di cultura"*<sup>66</sup>, il suo ruolo è anche quello di preservare i diritti fondamentali dalle impulsi individuali.

## 7. Conclusioni.

La delicatezza dell'oggetto di tale operato implica la necessità di compiere brevi considerazioni. Una corrente di pensiero ben sostiene che l'inconciliabilità - ormai oggettiva - di talune tradizioni culturali straniere con il nostro sistema costituzionale suscita riflessione in ordine alle possibili modalità di integrazione e convivenza tra persone e sistemi: il punto cruciale risiede nel *"confine tra ciò che è accettabile e ciò che invece fa parte dei principi non negoziabili e le modalità di tradurre tutto ciò in una società e una cultura non escludenti ma accoglienti, terreno necessario per una pacifica convivenza"*<sup>67</sup>.

60 G. Cavaglion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino, 2018, p. 358.

61 In particolare, App. Torino, 18 aprile 2001, in *Dir. fam.*, 2001, p. 1492 ss.

62 Ai sensi dell'art. 556 c.p.: *"Chiunque, essendo legato da matrimonio avente effetti civili, ne contrae un altro, pur avente effetti civili, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Alla stessa pena soggiace chi, non essendo coniugato, contrae matrimonio con persona legata da matrimonio avente effetti civili"*.

63 Ai sensi dell'art. 17 della Carta dei Valori della cittadinanza e dell'integrazione: *"Il matrimonio è fondato sulla eguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie, ed è per questo a struttura monogamica. La monogamia unisce due vite e le rende corresponsabili di ciò che realizzano insieme, a cominciare dalla crescita dei figli. L'Italia proibisce la poligamia come contraria ai diritti della donna, in accordo anche con i principi affermati dalle istituzioni europee"*.

64 E.W. Di Mauro, *Modelli familiari e integrazione*, in E.W. Di Mauro, F. Sciarra, G. Iovino, M. Menghi, P. Bonini (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Riflessioni su alcuni aspetti giuridici e politici*, Roma, 2019, p. 47.

65 Così, N. Colaianni, *Poligamia e società policulturale: quale diritto*, in *Federalismi*, n. 10, 2020, p. 153.

66 Così, P. Haberle, *Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura*, Roma, 2001, p. 33.

67 Così, M.G. Ruo, *Ripudio islamico: riflessioni - anche extravagantes - a proposito di vulnerabilità*, in *Giustizia Insieme*, 11 giugno 2021.



Occorre partire dal presupposto che il problema si pone soltanto quando la multiculturalità presenta modelli incompatibili, che negano o avviliscono i diritti fondamentali, l'eguaglianza di genere e i principi basilari dell'individuo. Vi è chi ammette la sentita esigenza di accorpare le tradizioni e le identità culturali verso un modello come quello americano incentrato sul principio "*E Pluribus Unum*", introducendo la possibilità di compiere "*trattamenti differenziati nel rispetto delle diverse culture in un percorso di integrazione con la realizzazione dell'eguaglianza nel rispetto delle differenze, purché però, ciò avvenga sempre nel rispetto dei diritti della persona*"<sup>68</sup>. La strada più idonea da perseguire – ad avviso di chi scrive – è quella di promuovere una cultura della dignità della persona umana, e specificatamente della donna<sup>69</sup>, tralasciando la sua cultura di provenienza: il concetto di "dignità", infatti, non conosce alcun limite, compreso quello culturale. In tempi recenti, è stata sottolineata la necessità di valorizzare – in perfetta linea con l'art. 3 Cost. – la centralità della persona umana, "*quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a culture diverse, e di consentire quindi l'instaurazione di una società civile multi-etnica*"<sup>70</sup>.

Il rischio per il principio costituzionale di eguaglianza dei coniugi di essere "travolto" da pratiche culturali avvilenti e umilianti risulta sempre più concreto. Pertanto, oggi preme puntare altresì su iniziative educative dirette a proteggere la pari dignità personale dei coniugi, al fine di prevenire azioni di umiliazione e spersonalizzazione di un coniuge da parte dell'altro, auspicando che ciò non sfoci in un conflitto politico.

---

68 Così, P. Bilancia, *Società multiculturale: i diritti delle donne nella vita familiare*, in *Astrid-Rassegna*, n. 2, 2010, p. 24.

69 A tale proposito, E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, Roma, 2018, p. 9, osserva che "parlare di dignità della donna significa anche individuare un obiettivo politico [...], ormai diffusamente percepito come fondamentale da tutti gli orientamenti, nel convincimento che non debba più ritenersi ammissibile che le donne [...] possano essere trattate come cittadine di Serie B".

70 Cass., pen., sez. III, 5 marzo 2020, n. 8986.



# VERSO UN APPROCCIO “COMPETENCE-BASED” PER LA RIFORMA E LO SVILUPPO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ITALIANA

**Remo Morzenti Pellegrini**

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Bergamo*

**Abstract [It]:** il contributo riguarda gli aspetti salienti dello sviluppo e della valorizzazione delle competenze trasversali o comportamentali nella selezione e formazione del personale pubblico, anche ai fini dell'implementazione di una complessiva riforma della pubblica amministrazione italiana e considerando gli atti normativi e di *soft law* più recenti approvati sulla specifica tematica in attuazione del PNRR.

**Abstract [En]:** *the contribution concerns the salient aspects of the development and enhancement of transversal or behavioral skills in the selection and training of public personnel, also for the purpose of implementing an overall reform of the Italian public administration and considering the most recently approved regulatory and soft law acts on the specific issue in implementation of the PNRR.*

**SOMMARIO:** 1. La centralità delle competenze nella riforma della pubblica amministrazione. – 2. L'individuazione e la valutazione delle competenze trasversali negli atti normativi recenti. – 3. L'applicazione del modello delle competenze trasversali nella selezione e formazione delle risorse umane della p.a. – 4. Il supporto alle amministrazioni per lo sviluppo di un approccio *competence-based* alla gestione del personale pubblico. – 5. Cenni conclusivi.

## **1. La centralità delle competenze nella riforma della pubblica amministrazione.**

Nel 2021 l'OCSE ha inserito tra le grandi sfide alle quali le amministrazioni pubbliche dovranno dare risposta nel prossimo futuro il passaggio da una logica di selezione e valutazione delle risorse umane basata prevalentemente su titoli di studio e conoscenze a una logica cd. *competence-based*, legata alla valutazione delle competenze analitiche e comportamentali<sup>1</sup>. Sempre l'OCSE nel 2019, nelle Raccomandazioni sulla *leadership* e le

---

1 Cfr. OECD, *Public Employment and Management 2021: The Future of the Public Service*, OECD Publishing, Paris, 2021. Le altre sfide individuate sono relative a come: a) attrarre i talenti; b) rendere il pubblico impiego più inclusivo e diverso in termini di genere, origini etniche e background; c) favorire



competenze delle amministrazioni pubbliche, tra le indicazioni per lo sviluppo di servizi adeguati, innovativi e al passo con i tempi aveva sottolineato la necessità di: a) identificare le abilità e le competenze necessarie per trasformare la visione politica in servizi che forniscano valore alla società; b) attrarre e trattenere personale che possiede le competenze richieste dal mercato del lavoro; c) reclutare e selezionare attraverso processi trasparenti, aperti e meritocratici che valorizzino le competenze; d) sviluppare le abilità e le competenze necessarie creando una cultura e un ambiente di apprendimento continuo<sup>2</sup>.

La Commissione Europea ha individuato il 2023 come “*Anno europeo delle competenze*”, nel quadro del più ampio piano strategico pluriennale promosso con l’Agenda per le competenze europee per la competitività sostenibile, l’equità sociale e la resilienza del 2020 e, più recentemente, ha individuato lo sviluppo delle competenze tra i *pillars* dell’iniziativa ComPAct (*Commission Communication on enhancing the European Administrative Space*) finalizzata ad approfondire la cooperazione amministrativa tra gli Stati membri e a rafforzare lo spazio amministrativo europeo, la cui adozione è prevista entro dicembre 2023<sup>3</sup>.

Lo sviluppo delle competenze per la crescita del settore pubblico è previsto anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) “Italia Domani”, approvato nel 2021.

Il PNRR, nell’ambito delle azioni di rafforzamento e ammodernamento della Pubblica Amministrazione assegna, infatti, particolare importanza alla valutazione delle competenze trasversali nei processi di selezione, formazione e sviluppo, carriera dei dipendenti pubblici<sup>4</sup>. Le competenze rappresentano uno dei quattro assi di intervento principale della riforma della Pubblica Amministrazione delineata dal PNRR, insieme alla giustizia una delle riforme di natura trasversale all’intero sistema economico e sociale: accanto a nuove modalità di selezione (Accesso), semplificazione delle norme e delle procedure (Buona amministrazione) e

---

la selezione dei profili specialistici; d) conciliare velocità e innovazione nei processi di selezione. V. altresì, in dottrina, S. HORTON, Introduction -The Competency Movement: Its Origins and Impact on the Public Sector, in *International Journal of Public Sector Management*, 13, 2000, 306-318.

2 OECD, *Recommendation of the Council on Public Service Leadership and Capability*, OECD/LEGAL/0445, adopted on 17/01/2019, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0445>.

3 Per una presentazione dell’iniziativa v. [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13852-Enhancing-the-European-Administrative-Space-ComPAct\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13852-Enhancing-the-European-Administrative-Space-ComPAct_en) e in particolare Pillar 1 “*Public Administration Skills Agenda*”.

4 V. sul tema P. SEVERINO, *La formazione come leva di sviluppo: investire sulle persone e sulle competenze per il cambiamento della PA*, in “*Atti del Convegno nazionale AIPDA - Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo, “Discrezionalità e amministrazione*”, Bologna, 7 ottobre 2022. Sul punto si v. altresì, tra gli altri contributi sul tema: G. MANGIA, *Formare per l’esercizio della valutazione: esperienze e riflessioni teoriche*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Vol. 4, 2019, No. Q4, 123-126; S. ROTA, R. SAPORITO, G. GIACOMELLI, A. M. HIEDEMANN, *Managerializzare e ri-innovare le Pubbliche Amministrazioni*, in E. BAGLIERI (a cura di), *Manager del Futuro*, 2022, Milano, 219-240; V. VECCHI, N. CUSUMANO, L. MOTTA, R. SAPORITO, *Gli investimenti richiedono una nuova leadership nel settore pubblico*, in *Economia & Management*, 2023, 2, 49-56.



Digitalizzazione come strumento trasversale per realizzare le riforme del Piano, vi è appunto l'asse delle Competenze, con l'obiettivo di allineare conoscenze e capacità organizzative alle nuove esigenze del mondo del lavoro e di una rinnovata PA<sup>5</sup>.

In tal, senso, anche al fine di raggiungere tutti gli obiettivi posti dal Piano, occorre una complessiva riforma della pubblica amministrazione volta a migliorare la capacità amministrativa sul piano centrale e locale; occorre altresì puntare su semplificazione e digitalizzazione delle procedure amministrative, nell'ottica di una decisa sburocratizzazione ed effettiva riduzione di costi e tempi oggi gravosi per cittadini e imprese; serve, inoltre, migliorare i processi di selezione, formazione e promozione del personale dell'amministrazione, puntando, in particolar modo, sull'aspetto delle competenze<sup>6</sup>.

Anche altri recenti interventi normativi, come il nuovo *Codice dei contratti pubblici* di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, risultano risentire di un'impostazione di fondo basata sull'enucleazione non tanto o non solo di disposizioni specifiche e dettagliate, quanto di "principi" generali<sup>7</sup>, la cui applicazione nel caso concreto nei termini migliori possibili è strettamente legata, non solo alla conoscenza della normativa da parte del Responsabile della procedura, ma anche delle attitudini dello stesso a plasmare la normativa, adattandola alla fattispecie reale, in vista del raggiungimento di un "risultato", consistente nel pervenire all'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza<sup>8</sup>. Quale ulteriore risvolto e corollario dell'aspetto appena preso in considerazione, viene in rilievo un ulteriore principio, ossia quello della "fiducia" nell'azione legittima,

5 V. in merito, F. CORTESE, *PNRR e nuovo metodo delle riforme amministrative: tra tutela dell'ambiente e competenze territoriali*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Governare la ripresa. La Pubblica Amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, 2022, 65 ss.; A. BELLAVISTA, *PNRR, lavoro pubblico e dintorni*, in *Giur. it.*, 2022, 11, 2532-2535; C. PIO SANTACROCE, *PNRR, «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione e disciplina generale del procedimento amministrativo*, in *Dir. econ.*, n. 110, 1, 2023, 335-372.

6 Cfr. sul tema S. CASSESE, *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2022. V., inoltre, anche in ottica comparata: S. HORTON, *Competency management in the British civil service*, in *International Journal of Public Sector Management*, v. 13, 4, 2000, 354-368; V. GUPTA, S. CHOPRA, R.K. KAKANI, *Leadership competencies for effective public administration: a study of Indian Administrative Service officers*, in *Journal of Asian Public Policy*, 11(1), 2018, 98-120; C. H. Grøn, L. Bro e B. L. Andersen, *Public managers' leadership identity: concept, causes, and consequences*, in *Public Management Review*, 22(11), 2020, 1696-1716; E. De Nito, M. P. Iacono, *Rethinking the Concept of Competencies for Public Managers*, in *Organizational Development in Public Administration*. Palgrave Macmillan, Cham, 2021, 37-60.

7 A proposito dei principi esplicitati nell'ambito del recente *Codice dei contratti pubblici* si v., tra gli altri: M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici, Commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, Giuffrè, 2023, 7 ss. e G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 287.

8 Tra i primi contributi anche a proposito della figura del R.U.P. si v. M. NUNZIATA, *Le stazioni appaltanti e il RUP*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 311.



trasparente e corretta dell'amministrazione nella persona dei suoi funzionari, quale elemento deputato a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

Appare pertanto chiaro come uno degli assunti di fondo del nuovo *Codice dei contratti pubblici* sia quello di pervenire ad una maggiore valorizzazione, non solo o non tanto della (mera) conoscenza del dato normativo, quanto della capacità e attitudine del Responsabile del procedimento ad applicare la normativa quale attività non fine a sé stessa ma funzionale a pervenire ad un corretto ed ottimale equilibrio tra vari interessi pubblici, oltre che privati, coinvolti dall'azione amministrativa. Non a caso la formazione, su conoscenze tecniche e competenze trasversali, è tra i parametri previsti dall'art. 63 del nuovo *Codice* per la qualificazione delle stazioni appaltanti.

La centralità dell'aspetto consistente nell'accertare, oltre che le conoscenze, anche le attitudini e le capacità del dipendente pubblico è stata posta in evidenza di recente, mediante l'individuazione di nuove modalità di accesso della dirigenza, oltre che nella previsione a livello normativo delle competenze quale contenuto dei profili professionali, correlata alle nuove modalità di reclutamento del personale non dirigenziale<sup>9</sup>.

Così, con specifico riguardo alle nuove modalità di accesso alla dirigenza, nell'ambito del d.l. n. 80/2021<sup>10</sup>, si è esplicitata la necessità della valutazione delle "capacità, attitudini e motivazioni individuali"; tale aspetto si traduce in modalità di selezione che devono necessariamente prevedere la valutazione delle competenze accanto alla tradizionale valutazione delle conoscenze, o meglio, modalità di selezione che permettano di valutare congiuntamente conoscenze e competenze<sup>11</sup>.

Il predetto d.l. n. 80/2021, peraltro, ha affidato alla Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA) la predisposizione delle "Linee guida sull'accesso alla dirigenza pubblica", di seguito approvate in sede di Conferenza Unificata Stato Regioni e adottate mediante decreto del Ministro della Pubblica Amministrazione nel settembre 2022<sup>12</sup>.

9 Sul punto, tra gli altri, si rimanda a G. D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2020, 4, 3-50.

10 D.l. 9 giugno 2021, n. 80, recante "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia", convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113. Si cfr., sul tema, G. RIVELLINI, *Il lavoro pubblico dopo il d.l. 9 giugno n 2021, n. 80*, in *Il lavoro nelle p.a.*, 2021, 3, 553-582; L. OLIVERI, *La fiducia nel reclutamento dei dirigenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 6, 691-701.

11 Sul tema si v. quanto già esposto nel contributo di G. BARBETTA, *La selezione e la formazione della dirigenza pubblica in ottica comparata e lo sviluppo delle competenze manageriali*, in *Il lavoro nelle p.a.*, 2013, 5, 875.

12 Le Linee guida in parola, "Linee guida sull'accesso alla dirigenza pubblica" di cui al DM del 28/09/2022, sono state predisposte dalla SNA nell'ambito di un apposito *Advisory Board*, che ha visto la presenza di



In tal senso, dunque, la stessa Scuola Nazionale dell'Amministrazione ha svolto un ruolo cruciale da questo punto di vista attraverso la definizione (per la prima volta nel nostro sistema) di uno specifico Modello di competenze per i dirigenti della PA italiana, definito nell'ambito delle predette *"Linee guida sull'accesso alla dirigenza pubblica"*. Il Modello, in particolare, ha individuato quindici competenze trasversali, suddivise in cinque macro-aree, che rappresentano il "faro" con cui illuminare sia l'accesso alla PA sia la rilevazione dei fabbisogni formativi e, quindi, la progettazione ed erogazione della formazione della dirigenza pubblica<sup>13</sup>.

Inoltre, sempre la SNA, su incarico del Dipartimento della Funzione Pubblica, ha individuato un *"Framework di competenze trasversali"* in relazione al personale non dirigenziale dell'amministrazione pubblica, sfociato nel recente D.M. del 28 giugno 2023 recante il *"Modello delle competenze trasversali"* sviluppato nell'ambito del gruppo di lavoro coordinato dalla SNA<sup>14</sup>.

## **2. L'individuazione e la valutazione delle competenze trasversali negli atti normativi recenti.**

La predisposizione dei modelli di competenze trasversali per la dirigenza e per il personale non dirigenziale si inserisce, come anticipato, nell'ambito della Riforma del mercato del lavoro<sup>15</sup> prevista nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), laddove si è promossa la riprogettazione del sistema dei profili professionali in un modello articolato su conoscenze, competenze e capacità caratteristiche della posizione da ricoprire.

In tal senso, tra i risultati già conseguiti dalla predetta riforma allo stato attuale si riconoscono: l'adozione delle *"Linee di indirizzo per l'individuazione dei nuovi fabbisogni professionali da parte delle amministrazioni pubbliche"* (DM 22 luglio 2022), con il riferimento alle competenze quale elemento centrale di costruzione dei fabbisogni di personale delle pubbliche amministrazioni<sup>16</sup>; la previsione di aree di sviluppo ulteriori per il personale in possesso di elevata qualificazione, al fine di attrarre professionalità specialistiche dal mercato del lavoro e di offrire opportunità di carriera alle figure interne maggiormente qualificate; la necessità di

---

esperti di procedure concorsuali, esperti di *assessment* delle competenze e rappresentanti di amministrazioni centrali e locali.

13 Sul punto, si v. le considerazioni di M. NICOLOSI, *Il sistema delle competenze dopo le linee guida ministeriali del 2021 e nel PNRR*, in *Giur. it.*, 2022, 11, 2550-2561 e di M. DE BENEDETTO, *La formazione dei dipendenti pubblici: appunti sul chi, sul come e sul dove*, in *St. parl. pol. cost.*, 2019, 205/206, 81-95.

14 Si fa riferimento al DM 28/06/2023 di *"Approvazione del modello delle competenze trasversali del personale di qualifica non dirigenziale delle pubbliche amministrazioni"*.

15 Milestone M1C1-58 *"Entrata in vigore degli atti giuridici per la riforma del pubblico impiego"*.

16 Sul punto si v. le riflessioni di A. BOSCATI, *La disciplina della dirigenza e del lavoro pubblico a vent'anni dall'approvazione del d.lgs. n. 165/2001: la costante ricerca di un approdo stabile*, in *Ist. Fed.*, 2021, 2, 337-389.

accertare il possesso di alcune competenze trasversali nella verifica dei requisiti per l'accesso alle carriere, inclusa quella dirigenziale; l'adozione delle succitate "Linee guida sull'accesso alla dirigenza pubblica" e la sottoscrizione di contratti collettivi per il triennio 2019-2021 nei comparti funzioni centrali, funzioni locali e sanità che introducono la riforma del sistema di classificazione del personale, in coerenza con le norme riformate<sup>17</sup>; il recente DM 28 giugno 2023 di "Approvazione del modello delle competenze trasversali del personale di qualifica non dirigenziale delle pubbliche amministrazioni"<sup>18</sup>.

Il *Framework* delle competenze trasversali del personale non dirigenziale, analogamente al modello di competenze per il personale dirigenziale, si pone quale modello, funzionale rispetto alle diverse amministrazioni, oltre che coerente con le necessità di transizione dell'amministrazione italiana verso i traguardi stabiliti nell'ambito del PNRR, riportante un riferimento metodologico in relazione ai percorsi di accesso, di sviluppo di carriera e di formazione del personale di tutta la Pubblica Amministrazione italiana. In altri termini, si tratta di uno strumento, focalizzato sulle competenze trasversali o *soft skills*<sup>19</sup>, volto a fornire alle amministrazioni indicazioni e riferimenti alle principali buone pratiche, adottate anche a livello internazionale, nonché ad indicare un *set* di strumenti per l'accertamento e la valorizzazione delle competenze nell'ambito dei percorsi di accesso, di formazione e sviluppo delle carriere, soggetto anche ad ulteriori e costanti sviluppi e approfondimenti<sup>20</sup>.

Per "competenze trasversali" occorre intendere quel *set* di comportamenti organizzativi che rappresentano l'espressione delle capacità trasversali e delle attitudini individuali rilevanti per svolgere «con successo» il proprio ruolo, ritenuto che i requisiti di ruolo nell'amministrazione ad oggi non possono più limitarsi al complesso delle conoscenze e delle competenze tecnico-specialistiche richieste per svolgere una mansione, ma devono ricomprendere altresì le

---

17 Cfr., tra gli altri, G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, 1, 45-73.

18 Sul punto, in generale, si v. F. MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2022, 2, 359-393.

19 Stante la definizione di *soft skills* nell'ambito del *Framework*, la definizione delle competenze tecnico-specialistiche è, invece, stata rimessa all'autonomia organizzativa dei singoli enti, in funzione delle loro specifiche caratteristiche e del profilo istituzionale; l'analisi dei contesti organizzativi su cui il *Framework* delle competenze è stato costruito ha riguardato le amministrazioni centrali e locali, e dunque le caratteristiche ordinarie del personale dei comparti funzioni centrali e funzioni locali.

20 Il *Framework* appare inoltre certamente modulabile in relazione alle principali variabili che connotano le singole amministrazioni, quali consistenza del personale, complessità organizzativa, tipologie di processi gestiti, livello di *know-how* sulla materia, oltre che in relazione ai diversi ruoli di inquadramento del personale. Del resto, lo strumento si pone quale punto di riferimento comune volto a definire in modo condiviso e unitario le aree e le dimensioni rilevanti affinché le singole amministrazioni possano procedere in modo coerente utilizzando categorie comuni a tutta la Pubblica Amministrazione italiana.



dimensioni comportamentali di carattere trasversale, riferite in particolare al “come” svolgere il lavoro in maniera efficace<sup>21</sup>.

Così, i modelli di competenze rappresentano invece raggruppamenti di un certo numero di competenze trasversali rilevanti nello specifico ruolo/contesto organizzativo, che definiscono i comportamenti efficaci associati ad esso, raggruppati in un numero limitato di dimensioni<sup>22</sup>.

A sua volta, ciascuna competenza trasversale è descritta attraverso una serie di indicatori comportamentali specifici, osservabili e verificabili, che possono essere logicamente e in modo affidabile classificati all’interno della stessa competenza<sup>23</sup>.

In dettaglio, il modello di competenze per i dirigenti, previsto nelle sopracitate “Linee guida sull’accesso alla dirigenza pubblica”, individua 15 competenze articolate in cinque aree: Area Cognitiva, Area Manageriale, Area Realizzativa, Area Relazionale, Area del Self-management, e nell’ambito del modello sono individuate sei competenze considerate più rilevanti (cd. competenze *core*), che si raccomanda di includere sempre nel *set* di competenze da osservare inserito nei bandi per la selezione della dirigenza. Tali competenze sono relative a: Soluzione dei problemi, Gestione dei processi, Sviluppo dei collaboratori, Decisione responsabile, Gestione delle relazioni interne ed esterne, Tenuta emotiva.

Nel recente DM del 28 giugno 2023 di individuazione del modello delle competenze trasversali del personale di qualifica non dirigenziale delle pubbliche amministrazioni sono individuate sei competenze trasversali articolate in quattro aree (“Capire il contesto pubblico”; “Interagire nel contesto pubblico”; “Realizzare il valore pubblico”; “Gestire le risorse pubbliche”), oltre a tre valori, trasversali a tutte le competenze, ossia integrità, inclusione e sostenibilità, principi ideali dell’azione amministrativa individuale e collettiva<sup>24</sup>.

Accanto alla individuazione del modello di competenze, l’altro aspetto fondamentale quando si opera secondo un approccio *competence-based* alla gestione delle risorse umane, è relativo alle modalità di misurazione e valutazione delle competenze. Così, secondo quanto

---

21 V. sul tema P. CANONICO, L. GIUSINO, A. HINNA, A. TOMO, *Lo sviluppo delle competenze nella pubblica amministrazione. Integrare conoscenze tecniche e competenze trasversali*, Milano, 2023.

22 Cfr., in tal senso, il DM 28/06/2023.

23 V., sul punto, G. C. THORNTON III., D. R. RUPP, *Assessment centers in human resource management: Strategies for prediction, diagnosis, and development*, Lawrence Erlbaum, Mahwah, 2006.

24 Si consideri peraltro che, per ciascuna competenza, considerata l’eterogeneità delle amministrazioni e dei diversi ruoli nei quali il Framework delle competenze trasversali può essere applicato, gli indicatori comportamentali sono articolati su tre livelli, che fanno riferimento a diversi livelli di complessità rispetto all’espressione della competenza: il livello 1 pensato per i ruoli in cui, rispetto all’ambito di espressione della specifica competenza, ci si attende un contributo prevalentemente operativo, che implica un minor grado di complessità e di autonomia; il livello 2 è pensato per ruoli in cui, sempre rispetto all’espressione di quella competenza, ci si attende un contributo di media complessità e autonomia; il livello 3 è pensato per ruoli in cui ci si attende una espressione della competenza ad elevata complessità e autonomia.



previsto dal d.l. n. 80/2021, le nuove procedure concorsuali per l'accesso alla dirigenza devono prevedere esplicitamente la valutazione, oltre che delle conoscenze, della "capacità, attitudini e motivazioni individuali", anche attraverso prove, scritte e orali, finalizzate alla loro osservazione e valutazione comparativa, definite secondo metodologie e standard riconosciuti.

Da questo punto di vista, le citate *Linee guida* propongono la metodologia dell'*Assessment Center*<sup>25</sup> per la selezione, la mappatura delle competenze, la valutazione del potenziale, l'analisi delle esigenze formative e lo sviluppo delle risorse umane. Si tratta di una delle più diffuse metodologie utilizzate, in ambito privato, e più recentemente anche in ambito pubblico<sup>26</sup>.

In particolare, l'*Assessment Center* si pone quale procedura di valutazione che, attraverso l'utilizzo di una molteplicità di strumenti standardizzati, ha l'obiettivo di analizzare e valutare il possesso (e il relativo livello) di un *set* predefinito di competenze comportamentali (o trasversali) di una persona, ritenute necessarie per ricoprire con successo un ruolo specifico in una organizzazione. In entrambi i modelli di competenze elaborati dalla SNA, per ciascuna competenza sono indicati anche alcuni indicatori di comportamento specifici e osservabili, utili ai fini della valutazione della competenza stessa: per rilevare le competenze occorre, infatti, che le stesse siano "operazionalizzate", rese cioè misurabili attraverso la costruzione di almeno quattro indicatori di comportamento specifici e osservabili.

La comunità scientifica internazionale ha progressivamente definito, nel corso degli anni, i requisiti minimi che deve possedere l'*Assessment Center*<sup>27</sup>. Tali indicazioni sono riportate nelle

---

25 L'*Assessment center*, strumento ampiamente utilizzato nel settore privato (cfr. in merito, tra gli altri, R.Gallo e D. Boerchi, *Bilancio di competenze e assessment centre. Nuovi sviluppi*, Milano, 2011) e nelle pubbliche amministrazioni europee e internazionali per la selezione del personale, come si evidenzia nelle *Linee guida*, "ha l'obiettivo di analizzare e valutare, tramite l'osservazione del comportamento, il livello di possesso di un *set* predefinito di competenze comportamentali (o trasversali) di una persona, ritenute necessarie per ricoprire con successo un ruolo specifico o un insieme di ruoli in una organizzazione". Sul punto, per un primo esame, cfr. P. C. CONSIGLIO, E. TINELLI, *Assessment center. Tra rigore metodologico e sfide del mondo che cambia*, Milano, 2019; P. AGUGLIARO, *Dagli assessment ai development center. Suggerimenti e indicazioni della ricerca scientifica*, Milano, 2021.

26 Nel contesto pubblico la metodologia dell'*Assessment Center* si è progressivamente diffusa nelle amministrazioni dei Paesi OCSE e anche in alcune amministrazioni italiane, soprattutto a livello locale. In merito si v. R. SAPORITO, *Concorsi competency-based: analisi comparata di quattro procedure innovative negli enti locali italiani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, 346-353, laddove vengono esaminate e comparate fra loro quattro procedure concorsuali per l'accesso alla dirigenza effettuate presso un comune di grandi dimensioni, una provincia, una provincia autonoma ed una regione, aventi in comune l'aver utilizzato logiche e strumenti di selezione basate sulle competenze di ruolo e non solo sulle conoscenze tecniche. L'analisi, in particolare, mostra quali sono le competenze valutate, con quali strumenti ed apre ad alcune riflessioni rispetto agli spazi di innovazione dal basso nelle pratiche di gestione delle risorse umane.

27 V. nella letteratura, anche in ottica comparata: J.L. MOSES W.C. BYHAM, *Applying the assesment center method*, New York, 1977; G.C. THORNTON, W.C. BYHAM, *Assessment Centers and Managerial Performance*,



“*International Task Force on Assessment Center Guidelines*”, pubblicate per la prima volta nel 1975 e successivamente aggiornate. Esse definiscono l’*Assessment Center* come “una valutazione standardizzata del comportamento basata su molteplici input”, rappresentati sia dalla molteplicità di prove sia dalla presenza di più *assessor*. Dal punto di vista tecnico, l’*Assessment Center* si fonda, infatti, sull’uso combinato di più prove e di più valutatori, adeguatamente formati (cd. *assessor*), che contribuiscono ciascuno per la sua parte alla valutazione complessiva, derivante dal confronto e dall’integrazione delle diverse osservazioni<sup>28</sup>.

### 3. L’applicazione del modello delle competenze trasversali nella selezione e formazione delle risorse umane della p.a..

Come accennato, mediante la revisione apportata dal d.l. n. 36/2022 all’art. 6-ter del d. lgs. n. 165/2001 si è rafforzato il collegamento, peraltro già presente nell’ambito del Testo unico sul pubblico impiego, tra fabbisogni di personale e competenze, disponendo che le linee guida che devono orientare le PA nella programmazione dei fabbisogni di personale facciano riferimento “*all’insieme di conoscenze, competenze e capacità del personale da assumere*”.

Si tratta, in altri termini, di un cambio di paradigma nella gestione del personale dell’amministrazione che vede oggi la necessità di coniugare la programmazione dei fabbisogni di personale con un modello organizzativo finalizzato a riconoscere e accompagnare l’evoluzione dei profili professionali necessari alle amministrazioni verso una caratterizzazione fondata sulla specificità dei saperi, sulla qualità della prestazione e sulla motivazione al servizio. Tale mutamento, peraltro, si pone in linea con le esigenze del PNRR e, in particolare, con la necessaria attuazione di quest’ultimo, per la componente legata alla riforma della PA, vista in chiave abilitante e servente rispetto alle diverse missioni del Piano.

In tale quadro, individuare le competenze trasversali caratterizzanti di ciascun ruolo facendo riferimento ad un modello comune, rafforza la padronanza del nuovo modello di gestione delle risorse umane e rende immediatamente intellegibili alcune dimensioni dell’agire nel contesto pubblico ritenute necessarie per offrire servizi adeguati a cittadini e imprese.

Enucleare competenze trasversali consente altresì alle amministrazioni stesse di accrescere il livello di adeguatezza del proprio personale con riguardo al potenziamento delle competenze dell’organico già in servizio, oltre che nel reclutamento di nuovo personale.

---

Academic Press, New York, 1982; G.C. THORNTON, D.R. RUPP, *Assessment centers in human resource management: strategies for prediction, diagnosis and development*, Lawrence Erlbaum, Mahwah, 2006. ulvio 28 Per un approfondimento v. S. BANDERA, “Nuovi” dirigenti pubblici: quali competenze e come misurarle, in *Ripensare i profili professionali per una PA evoluta. Eliminare stereotipi valorizzando la formazione*, Milano, 2023 (in corso di pubblicazione). Cfr., altresì, M. GIOVANNELLI, D. NUGNES, *Dirigenza pubblica, un profilo*, in *Sinapsi*, X, 2020, 1, 91-118.



Nel dettaglio, rispetto al primo aspetto, l'amministrazione è in condizione di misurare i *gap* di competenze sussistenti tra i profili "ideali" e le competenze possedute dal personale in servizio all'interno dell'organizzazione. Dalla suddetta analisi emerge, di conseguenza, un quadro dei fabbisogni formativi che l'amministrazione assume a fondamento delle proprie scelte sulla formazione in tema di competenze trasversali, in aggiunta e ad integrazione delle iniziative formative sulle competenze tecnico-specialistiche. Risulta cioè possibile sviluppare programmi *ad hoc*, di formazione mirata, basata anche su metodologie didattiche specifiche per le competenze da rinforzare.

Con particolare riferimento al secondo aspetto menzionato, il modello di competenze trasversali si pone, in aggiunta, quale supporto su un duplice fronte: nel ricorso al mercato del lavoro (con specifico riguardo a concorsi e mobilità da altre amministrazioni) e nella valorizzazione delle risorse interne (in particolare, mediante progressioni di carriera).

È nel contesto appena descritto che si deve guardare, dunque, alla formazione come ad un tassello del processo più ampio di gestione delle risorse umane: se muta, peraltro in una direzione giusta, il punto di partenza, ovvero il reclutamento e la selezione del personale, occorre un'evoluzione anche rispetto alle politiche e agli interventi di formazione.

La Scuola Nazionale dell'Amministrazione, in tal senso, svolge un ruolo fondamentale nei processi di reclutamento e selezione: particolarmente importante appare l'innovazione introdotta nell'ambito del bando per il reclutamento e la selezione degli allievi al IX Corso-concorso per dirigenti pubblici laddove si è previsto, accanto alla tradizionale valutazione delle conoscenze, anche la considerazione delle competenze e capacità trasversali. Tale impostazione rappresenta un primo concreto utilizzo del modello di competenze dei dirigenti della PA italiana individuato nelle citate *Linee guida* sull'accesso alla dirigenza pubblica.

Il bando<sup>29</sup>, in particolare, individua, accanto all'accertamento delle conoscenze - diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto dell'Unione europea, economia politica, politica economica, economia delle amministrazioni pubbliche, *management* pubblico e innovazione digitale, analisi delle politiche pubbliche, lingua inglese - la valutazione delle capacità e attitudini con riferimento a sei competenze specifiche: Soluzione dei problemi, Gestione dei processi, Sviluppo dei collaboratori, Promozione del cambiamento, Decisione responsabile, Gestione delle relazioni interne ed esterne, dettagliate nel bando stesso.

Per quanto riguarda invece la programmazione dei percorsi formativi per i dirigenti, nello specifico, è possibile individuare tre linee di intervento.

La prima linea di attività concerne le attività formative dedicate agli allievi vincitori della procedura di selezione del Corso-concorso per dirigenti pubblici, che sono state delineate, già

---

29 Concorso pubblico, per esami, per l'ammissione di 352 allievi al corso-concorso selettivo di formazione dirigenziale per il reclutamento di 294 dirigenti nelle amministrazioni statali, anche a ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici (G.U. n. 103 del 30 dicembre 2022).



a partire dal VII Corso-concorso<sup>30</sup>, verso il consolidamento e lo sviluppo delle competenze trasversali e non sul semplice trasferimento di conoscenze specialistiche di dettaglio<sup>31</sup>.

Le attività formative sono state inoltre anticipate da una fase di *assessment* delle competenze trasversali finalizzata a supportare gli allievi nella conoscenza dei propri punti di forza e di debolezza sui quali intervenire, innanzitutto grazie alla formazione<sup>32</sup>.

Tale impostazione è stata seguita anche per il percorso formativo degli allievi reclutati attraverso il primo Corso-concorso per dirigenti tecnici del Ministero della Cultura.

La seconda linea di attività concerne i percorsi di formazione dedicati ai dirigenti direttamente reclutati dalle amministrazioni centrali, chiamati a frequentare obbligatoriamente un percorso formativo presso la SNA prima di entrare in ruolo: anche tali percorsi di formazione risultano connotati da interdisciplinarietà, uso del laboratorio come strumento prevalente, *assessment* iniziale sulle competenze trasversali al fine dell'individuazione delle competenze critiche da sviluppare<sup>33</sup>. Tale approccio è stato recentemente esteso anche ai percorsi formativi per i dirigenti selezionati dagli enti locali.

La terza linea di attività, non meno importante, riguarda la formazione continua dei dirigenti, tema in passato troppo spesso dimenticato, la quale si sostanzia in corsi di formazione *executive* dedicata ai dirigenti, sia delle amministrazioni centrali sia locali, oltre che in iniziative di scambio di esperienze con dirigenti di altri Paesi. I corsi di formazione

---

30 Cfr. L. CASINI e G. MANGIA, *Il VII Corso-concorso per dirigenti pubblici*, in *Formare la PA. Rapporto SNA 2017 – 2020*, Formello Roma, 2021, 183-188.

31 In tal senso, sul piano metodologico, circa l'85% delle attività didattiche ha assunto la forma del laboratorio al fine di aumentare al massimo il livello di coinvolgimento degli allievi e spingerli e guidarli, allo stesso tempo, verso la soluzione di problemi complessi, interdisciplinari e simili a quelli che ricorrono nella quotidiana attività presso l'amministrazione di appartenenza.

32 Nella medesima direzione, la stessa prova di valutazione finale, sul modello del vecchio concorso per professore associato, è concepita quale prova finalizzata a valutare le capacità e attitudini degli allievi più che la semplice conoscenza mnemonica.

33 Il percorso formativo è composto da 8 corsi: 4 sulle conoscenze specialistiche (individuate in raccordo con le amministrazioni di appartenenza) e 4 sulle competenze trasversali, relative ai punti di debolezza che emergono dall'*assessment*. Tutti i partecipanti, inoltre, sono chiamati a frequentare obbligatoriamente due corsi, comuni a tutti i profili: uno sulle politiche pubbliche (*"Decidere e valutare le politiche pubbliche: il ruolo dei dirigenti"*) ed un secondo sulla transizione digitale (*Modelli, strumenti e pratiche di governance del processo di trasformazione digitale*), temi ritenuti fondamentali per l'attività del dirigente pubblico. Il percorso, da realizzare nell'arco di dodici mesi, è completato da un *project work* finale, volto alla progettazione, realizzazione e presentazione di un progetto di miglioramento/cambiamento organizzativo applicato alla propria amministrazione.



specificamente dedicati ai dirigenti mirano a consolidare e sviluppare le competenze trasversali grazie a nuovi approcci sia tematici sia metodologici<sup>34</sup>.

#### **4. Il supporto alle amministrazioni per lo sviluppo di un approccio *competence-based* alla gestione del personale pubblico.**

Il passaggio da modalità di selezione della dirigenza pubblica basate prevalentemente, se non esclusivamente, sulla valutazione delle conoscenze tecnico-specialistiche (inerenti alle materie del bando di concorso) ad un'impostazione basata sulla valutazione combinata sia delle conoscenze sia delle competenze (capacità e attitudini) e delle motivazioni individuali rappresenta una fase di particolare rilievo e attenzione nel quadro della più complessiva riforma della Pubblica Amministrazione italiana prevista dal PNRR<sup>35</sup>. Occorre, infatti, investire su un cambiamento innanzitutto culturale e sull'introduzione di un nuovo approccio generale alla gestione delle risorse umane, basato sulle competenze, che investa non solo il reclutamento e la selezione, ma anche la rilevazione dei fabbisogni formativi e lo sviluppo professionale, la progressione di carriera, la valutazione delle *performance* e, più in generale, lo sviluppo organizzativo.

Per questa ragione, l'applicazione delle Linee guida sull'accesso alla dirigenza pubblica è supportata da un'attività di monitoraggio e accompagnamento delle amministrazioni interessate realizzata dalla SNA, di concerto con il Dipartimento della Funzione Pubblica. La SNA ha, infatti, maturato nel corso degli ultimi anni una significativa esperienza nella mappatura, analisi e valutazione delle competenze dei dirigenti, grazie a un ampio progetto di ricerca-intervento che coinvolge le principali amministrazioni centrali italiane, nell'ambito del quale sono stati progressivamente sviluppati sia modelli di competenze sia processi e strumenti di *assessment* in presenza e *on-line*<sup>36</sup>.

La SNA, pertanto, oltre alla gestione diretta delle procedure di reclutamento e selezione dei dirigenti delle amministrazioni centrali ad essa affidate – Corso-concorso per dirigenti pubblici e procedure comparative per il passaggio dal ruolo di funzionari al ruolo di dirigenti delle amministrazioni centrali – ha promosso la realizzazione di iniziative di monitoraggio,

---

34 S. BATTINI, S. BANDERA, *L'esperienza recente della Scuola Nazionale dell'Amministrazione nel dialogo con le amministrazioni destinatarie della formazione*, in *Annuario AIPA 2019 - Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, Napoli, 2020, 1-17.

35 Sulla specifica tematica si vedano, in prospettiva evolutiva, tra gli altri: A. MARI, *Ancora sulle competenze dei dirigenti degli enti locali (Commento a Cons. Stato sez. III 13 maggio 2003, n. 1350)*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2004, 108-111; F. MANOUKIAN, C. MARABINI, *Problemi e competenze dei dirigenti*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 15/2006, 1-5; V. ITALIA, *Dirigenti, il nodo irrisolto delle competenze*, in *Guida agli enti locali. Il sole 24 ore*, 22/2008, 98-100.

36 SNA, Programma di ricerca "Mappatura, valutazione e sviluppo delle competenze delle Amministrazioni pubbliche" (2019 - in corso).



accompagnamento e *capacity building* dedicate a tutte le amministrazioni, sia centrali sia locali, tra cui:

- il supporto alle amministrazioni per l'individuazione del proprio modello di competenze, a partire dal modello generale;
- l'organizzazione e realizzazione di corsi di formazione dedicati alle nuove procedure selettive, al fine di consentire sia al personale che opera nelle Aree Risorse Umane delle amministrazioni sia ai componenti delle commissioni di acquisire conoscenze e competenze specialistiche sugli strumenti e sulle modalità dell'*Assessment Center*;
- l'attivazione di una *Comunità di Pratica* dei Responsabili della selezione del personale;
- la realizzazione di attività di certificazione degli *assessor* che possano supportare le amministrazioni nell'implementazione delle attività di valutazione delle competenze nelle procedure di selezione.

È prevista, in particolare, la realizzazione presso la SNA, nel quadro delle attività finanziate dal PNRR<sup>37</sup>, dell'*Assessment e Development Center* per la PA italiana per la valutazione e lo sviluppo delle competenze dei dirigenti della PA centrale e locale. L'*Assessment e Development Center* sarà sviluppato come centro di competenze a supporto delle amministrazioni e nell'ambito delle sue attività è previsto, in particolare, lo sviluppo di prove situazionali, di strumenti di *assessment* e dei relativi metodi di valutazione.

## 5. Cenni conclusivi.

Mai come negli ultimi anni stiamo assistendo a evoluzioni sociali e tecnologiche tanto rapide<sup>38</sup>. Basti pensare alla pandemia, alla guerra in Ucraina, ai crescenti e preoccupanti effetti del cambiamento climatico e in tempi più recenti a quelli della crisi energetica<sup>39</sup>. Le contingenze negative ci hanno costretti a cambiare i nostri stili di vita, le abitudini, le modalità

37 PNRR "Italia domani", Sub-investimento 2.3.1 – Titolo progetto: "Investimenti in istruzione e formazione – Servizi e soluzioni tecnologiche a supporto dello sviluppo del capitale umano delle pubbliche amministrazioni".

38 Cfr. in merito D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *federalismi.it*, 12/2023.

39 Con riguardo alla pandemia da Covid-19 in particolare si v., ex multis B. PRIMICERIO, *La nuova Pubblica Amministrazione tra produttività, meritocrazia e responsabilità dirigenziale dell'emergenza sanitaria*, in *Il Diritto Sanitario Moderno*, 1/2016, 5-15; F. FRANCIARI, *L'emergenza Coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 11 marzo 2020; M. COZZIO, N. PARISI, *L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 67, n. 104 (1 2021), 37-73; R. ROLLI, M. D'AMBROSIO, *L'algoritmo nella Pubblica Amministrazione. L'innovazione tecnologica come strumento di contrasto del "virus" Covid-19 e la necessità di una visione antropocentrica*, in *Dir. econ.*, 3/2021, 217-238; P. LAZZARA, *La pubblica amministrazione alla prova del COVID: tutela dei diritti e regimi emergenziali*, in *Riv. trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 4S/2021, 2; A. CATELANI, *Le circolari della Pubblica Amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, in *Società e diritti*, 11, 2021, 40-53.



organizzative del lavoro e, più in generale, dell'economia. Forse, la "normalità" (ammesso che sia mai esistita) non esiste più, quanto meno quella a cui eravamo abituati, quella delle "rassicuranti" certezze. La nostra normalità sembra ormai un susseguirsi di crisi, sullo sfondo di una sensazione di incertezza che, con maggiore evidenza negli ultimi tempi, sta connotando in negativo le aspettative di futuro, soprattutto delle nuove generazioni.

Tuttavia, non appare sufficiente prendere atto della situazione, ma occorre imparare a gestire le crisi. Anzi, ci vuole di più: serve agire in modo adeguato, con strategie appropriate e lungimiranti che le trasformino in opportunità di sviluppo.

Proprio nel delineato complesso e delicato contesto, il ruolo della Pubblica Amministrazione è quanto mai cruciale e l'Italia, in altri termini, cresce solo se sostenuta dalle proprie Istituzioni – da quelle centrali a quelle regionali e locali, dalle Università fino ai Comuni più piccoli – dai servizi digitali, da processi veloci ed efficienti, in una logica di cooperazione e non di contrapposizione con il settore privato.

Il quadro che abbiamo davanti segnala però vistose criticità. La fotografia attuale del nostro settore pubblico, ci mostra, infatti, un numero di dipendenti inferiore a quello dei Paesi OCSE. Per di più, con una età media molto elevata e iniziative di formazione continua ancora molto limitate e soprattutto estemporanee.

Non ci sono dubbi: per essere all'altezza della situazione, la nuova Pubblica Amministrazione ha bisogno di un importante e continuo investimento sul capitale umano<sup>40</sup>. Con il PNRR vi è ora l'opportunità di investire sulle politiche di accesso e reclutamento e sullo sviluppo delle competenze, grazie alla formazione, puntando però anche sulla capacità amministrativa, sulla semplificazione, sulla transizione digitale ed ecologica<sup>41</sup>.

L'obiettivo deve essere quindi quello di una "Next Generation PA": una nuova classe di *civil servants*, orgogliosi del loro ruolo e motivati da un ambiente lavorativo che incentiva il merito, valorizza i talenti personali e promuove nuove forme di organizzazione. In tale ottica, bisogna costruire organizzazioni pubbliche che siano efficienti e innovative per superare le sfide che si presenteranno nel medio e nel lungo periodo.

Alla luce dei continui mutamenti che interessano la stessa attività dell'amministrazione pubblica occorre anche costruire le condizioni per l'innovazione, essere pronti ad affrontare un futuro che, per definizione, non è mai del tutto prevedibile. Un futuro di cui non si possono conoscere ancora tutti i dettagli e i fabbisogni emergenti, ma che la p.a. potrà affrontare se sarà adeguatamente preparata, e in particolare se lo saranno i dirigenti. È questa la sfida che ci

---

40 Cfr. sul tema F. MANGANARO, *Editoriale*, in *Dir. econ.*, 1/2021, in particolare cfr. il § 5 del contributo, laddove si fa riferimento al ruolo della pubblica amministrazione nell'implementazione del PNRR ed alla necessità di una complessiva riforma.

41 Si v. in merito il recente contributo di F. LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 779.



aspetta e che dobbiamo vincere, investendo anche sulle competenze trasversali e sulla formazione come leva di sviluppo per il cambiamento della pubblica amministrazione e, di conseguenza, anche del nostro Paese.





**SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO  
ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA)**



# AMBIENTE DIGITALE E BENESSERE: LA DISCONNESSIONE COME DIRITTO DELLA PERSONALITÀ E STRUMENTO DI TUTELA DELLA DIGNITÀ UMANA

**Antonio Preteroti**

*Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Perugia*

**Abstract [It]:** il saggio affronta il tema delle forme di tutela del lavoratore nell'ambiente di lavoro digitalizzato. L'ambiente di lavoro, infatti, sta smarrendo progressivamente i connotati del luogo esclusivamente fisico, potendosi ormai intendere quale contesto organizzativo, spesso dematerializzato o delocalizzato, entro cui si inserisce la prestazione lavorativa, con l'implicazione della persona del lavoratore che naturalmente ne deriva. Anche all'interno di questo sostrato organizzativo e tecnologico si annida un'insidiosa serie di rischi per i prestatori di lavoro ed è, dunque, essenziale garantire il loro completo benessere psicofisico, sociale e relazionale. Uno dei principali strumenti per l'attuazione di questa forma di tutela è rappresentato dal diritto alla disconnessione. Il diritto alla disconnessione, che ha trovato un espresso riconoscimento legislativo all'interno della disciplina del lavoro agile ed assume una rilevanza sempre più centrale, non va inteso come un mero strumento volto a garantire il rispetto in negativo della disciplina dell'orario di lavoro. Esso rappresenta piuttosto un vero e proprio diritto della personalità, che mira ad assicurare il pieno rispetto di interessi fondamentali e costituzionalmente protetti del lavoratore quali l'integrità psicofisica e la dignità, ossia il suo completo benessere organizzativo, e che necessita di un autonomo apparato rimediabile per tutti i lavoratori.

**Abstract [En]:** the essay addresses the issue of the protection of the worker in highly digital working organisations. Indeed, the working environment is progressively shedding the connotations of a physical place. It can now be understood as an organisational context - often characterised by dematerialisation and relocation - within which the work performance is inserted and the person of the worker is implied. Also beyond such an organisational and technological framework insidious risks for workers lurk. Therefore, it is essential to fully guarantee the psychophysical, social and relational well-being of the workers. One of the main tools for implementing the protection is the right to disconnect. The right to disconnect was expressly provided for in the legal discipline of "lavoro agile" (literally: agile work) and it is progressively increasing its importance. It should not be understood merely as a way to ensure compliance with working time regulations. On the contrary, it consists of a right of the individual related to personality. Indeed, it aims to ensure full respect of the fundamental and constitutionally significant interests of the worker, such as his psychological and physical integrity and dignity (i.e. his complete organisational well-being). For this reason, the correct functioning of the right to disconnect requires an autonomous sanctionary system for all workers.

**SOMMARIO:** 1. L'ambiente di lavoro digitale e il primo riconoscimento legislativo espresso del diritto alla disconnessione. - 2. La rilevanza costituzionale dell'istituto. -



3. La cornice sovranazionale. - 4. (*Segue*) ... aspetti di interesse nella proposta di direttiva europea del 2021. - 5. Le previsioni della contrattazione collettiva. - 6. La disconnessione come nuovo diritto fondamentale del lavoratore e obbligo del datore di lavoro. - 6.1. (*Segue*) ... nonché come dovere del lavoratore verso sé stesso e i terzi. - 7. Rapporto tra disconnessione e diritto alla protezione dei dati personali. - 8. Violazione del diritto di disconnessione e tecniche di tutela all'infuori del lavoro agile. - 8.1. (*Segue*) ... tecniche rimediali al di fuori della disciplina del rapporto di lavoro. - 9. Spunti comparati. - 10. Riflessioni conclusive.

### 1. L'ambiente di lavoro digitale e il primo riconoscimento legislativo espresso del diritto alla disconnessione.

Secondo un autorevole insegnamento<sup>1</sup>, per ambiente di lavoro deve intendersi non solo «il luogo della prestazione», bensì «il sostrato materiale nel quale si svolge la prestazione», e non a caso la riflessione giuridica è giunta a delineare una nozione sempre più estesa e multiforme di ambiente di lavoro<sup>2</sup>.

In particolare, con l'emersione delle nuove tecnologie e della digitalizzazione del lavoro, l'ambiente di lavoro si è avviato verso un processo di progressiva dematerializzazione, che ha condotto ad «una rottura della "fissità" del luogo, o dei luoghi, di lavoro»<sup>3</sup>. Tanto che, più in generale, si è sostenuto che il concetto di organizzazione e, dunque, di ambiente di lavoro «assume sempre più una dimensione/accezione non necessariamente reificata, dovendo essere intesa soprattutto come l'insieme delle regole mediante le quali si realizza il progetto produttivo del datore di lavoro o del committente, e non più solo come entità fisica corrispondente ad un luogo»<sup>4</sup>.

Nell'ambito di questo percorso hanno inciso profondamente le varie forme di lavoro remotizzato, che pongono inediti problemi di tutela della persona nell'ambiente di lavoro digitale, tra i quali spicca il profilo del diritto alla disconnessione del lavoratore.

Qualsiasi riflessione sull'esistenza e sulla portata di tale diritto non può che prendere le mosse dalla prima esperienza di regolamentazione positiva dello stesso nella legge n. 81/2017, con particolare riferimento al capo II, dedicato al lavoro agile. Si tratta altresì dell'unica espressa disposizione legislativa attualmente in vigore in materia di disconnessione nell'ordinamento giuslavoristico, posto che altre previsioni legislative, pur successive, sono da circoscrivere alla fase emergenziale di prevenzione dell'epidemia Covid-19.

1 L. MONTUSCHI, voce *Ambiente di lavoro*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, pp. 86-87.

2 Sul punto si veda, di recente, S. BUOSO, *Sicurezza sul lavoro, ambiente e prevenzione: disciplina positiva e dilemmi regolativi*, in *Lav. Dir.*, 2022, in part. p. 280 e ss.

3 M. MAGNANI, *I tempi e i luoghi di lavoro. L'uniformità non si addice al postfordismo*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 404/2019, p. 7.

4 P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *Dir. sic. Lav.* 2019, n. 1, I, p. 42; analogamente C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, n. 1, p. 138.



Com'è noto, al precipuo fine di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, la legge n. 81 del 2017 promuove il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, caratterizzato dalla libertà di scelta del luogo di adempimento da parte del lavoratore nonché dalla potenziale e piuttosto frequente libertà di collocazione temporale della prestazione nell'arco della giornata. La normativa, applicabile in quanto compatibile anche alle P.A. (art. 18, comma 3)<sup>5</sup>, interviene all'esito di una breve fase di sperimentazione di accordi di cd. *smart working* nella contrattazione collettiva aziendale in nord Italia<sup>6</sup> e/o in alcuni settori più avanzati, e si inserisce nei contesti dell'evoluzione delle tecnologie<sup>7</sup> e del relativo *zeitgeist* (cultura del sempre connessi<sup>8</sup>), dell'organizzazione di impresa (industria 4.0<sup>9</sup>) e del suo nuovo rapporto con la persona che lavora (*homebody economy*<sup>10</sup>, della transizione digitale e dei mercati del lavoro<sup>11</sup>, del capitalismo digitale<sup>12</sup>, che a loro volta sviluppano o comunque vedono contrapporsi crescenti esigenze di tempo libero<sup>13</sup>.

Entro tale quadro di riferimento normativo, non è un caso che l'accordo individuale che instaura lo svolgimento del lavoro subordinato in modalità agile, oltre a definire i tempi di riposo del lavoratore, debba individuare anche le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (art. 19).

---

5 Appare interessante la riserva per l'autonomia privata individuale che la direttiva n. 3 del 2017 del Presidente del Consiglio dei Ministri prevede (13, punto 24) per l'individuazione dei tempi di riposo nonché delle misure di disconnessione, facendo fuoriuscire la materia da schematismi e favorendo così, almeno su un piano formale, modulazioni concordate tra le parti. E a differenza che nel settore privato, nel pubblico impiego, ove la stabilità del rapporto è garantita, non v'è dubbio che gli spazi riconosciuti all'autonomia privata individuale potranno essere effettivamente oggetto di negoziazione. Per mezzo del P.O.L.A. (Piano Operativo Lavoro Agile), introdotto quale unico modello tipico di promozione del lavoro agile, le P.A. devono dotarsi sia di uno specifico regolamento interno, utile a definire tutti gli aspetti indispensabili del lavoro agile e relativi all'influenza che quest'ultimo produce sui rapporti di lavoro, sia di un piano ai fini della programmazione, della gestione e delle modalità di attuazione e sviluppo dell'istituto. Sotto ambo i profili la regolamentazione della disconnessione non può certo difettare.

6 R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 514.

7 T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 1, pp. 1 ss.

8 Cfr. l'ormai noto rapporto OIL Working anytime, anywhere del 2017, M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 659, e la collettanea A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Giappichelli, Torino, 2018.

9 L. CORAZZA, *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, pp. 1066 ss.

10 V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, n. 1, p. 38.

11 Rispettivamente S. CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *Federalismi.it*, 2022, 9, pp. 129 ss. e S. CIUCCIOVINO-D. GAROFALO-A. SARTORI-A. TROJSI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexycurity e mercati transizionali del lavoro*, Adapt University Press, Ancona, 2021.

12 S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo digitale*, Jovene, Napoli, 2020.

13 C. CESTER, *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *L'orario di lavoro*, in *Quad. giorn. dir. rel. ind.*, 1995, pp. 9 ss.; A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010.



In proposito non possono certo sottacersi le perplessità espresse dalla dottrina in ordine alla configurabilità, entro la laconica disposizione legale, di un diritto<sup>14</sup>, dotato di effettività<sup>15</sup> e concrete misure sanzionatorie<sup>16</sup>. E tuttavia, anche alla luce del sostrato costituzionale e sovranazionale sotteso alla disconnessione (*infra*, § 2-3-4), sembra possibile porsi un ulteriore interrogativo, ossia se la disconnessione non integri solamente un diritto del lavoratore agile, idoneo a determinare specifici effetti in caso di violazioni formali e sostanziali, bensì un diritto del lavoratore in sé e per sé considerato<sup>17</sup>, sia egli subordinato o autonomo.

## 2. La rilevanza costituzionale dell'istituto.

Andando oltre l'espreso riconoscimento della disconnessione nell'ambito del lavoro agile, vi è da chiedersi infatti se risulti possibile rinvenire un fondamento costituzionale dell'istituto in termini non già e non più strettamente funzionali al rispetto della durata massima del lavoro<sup>18</sup>, che si limiterebbero alla tutela della salute (art. 32 Cost.), e del riposo minimo consecutivo della persona che lavora (art. 36 Cost.)<sup>19</sup> né, ancora, al mero rispetto del tempo di riposo *tout court*, ossia inteso come tempo esterno all'orario di lavoro.

14 M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, n. 3, pp. 854-859; M. D'APONTE, *Evoluzione dei sistemi organizzativi nell'impresa e tutela dei diritti dei lavoratori nel quadro della regolamentazione europea: dal diritto alla "disconnessione", al lavoro "per obiettivi"*, in *Mass. giur. lav.*, 2022, n. 1, p. 36; S. BELLOMO, *Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 19, p. 189; P. PASCUCCI, *Dignità del lavoratore e sicurezza sul lavoro nella civiltà digitale*, Relazione Convegno «Dignità del lavoro e civiltà digitale», Roma, Accademia dei Lincei, 24 febbraio 2023, (bozza provvisoria), p. 6.

15 C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018, p. 155; V. MAIO, *Lo smart working emergenziale tra diritti di connessione e di disconnessione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, 2020, n. 18, pp. 93 ss., spec. 96; M. DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, n. 3, p. 557.

16 M. ALTIMARI, *Il diritto alla disconnessione: un "vecchio" diritto ineffettivo?*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 181 ss., spec. pp. 184 ss.; E. GRAGNOLI, *La distanza come misura degli spazi contrattuali*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 207-8; A. FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, n. 645; G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Lab. Law & Issues*, 2022, pp. 75 e 109.

17 Cfr. in tal senso, tra gli altri, V. FERRANTE, *Il lavoro a distanza e il diritto alla "disconnessione"*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Torino, 2018, p. 128; V. LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, n. 2, p. 436, nota 41; A. LEVI, *Il potere di organizzazione nell'economia digitale e i suoi limiti*, in A. BELLAVISTA-R. SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 20; G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 273.

18 R. PERRONE, *Il diritto alla disconnessione quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 24, pp. 16 e 17.

19 M. LUCIANI, *Articoli 35-47*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione*, il Saggiatore, Milano, 1995, p. 151 ss.



Occorre in altri termini verificare se si possa o no contemplare il riconoscimento di un “nuovo” diritto fondamentale o comunque costituzionalmente presidiato, nel quadro dei valori esplicitati nella Costituzione.

La questione implica inevitabilmente l’interpretazione in merito ai diritti inviolabili dell’uomo di cui all’art. 2 Cost., che sono riconosciuti sia singolarmente sia nelle formazioni sociali a ogni persona – dunque a prescindere dalla qualificazione del rapporto – e che potrebbero permettere in modo permeabile un progressivo ingresso di “nuovi diritti”<sup>20</sup>. Qui si pongono in evidenza concezioni contrastanti della disposizione<sup>21</sup>: la prima identifica nell’art. 2 una fattispecie chiusa, meramente ricognitiva dei diritti enumerati (poi) nel testo costituzionale<sup>22</sup>; la seconda individua una fattispecie aperta, che permette l’ingresso di valori *aliunde* generati (dal diritto naturale o dalla storia)<sup>23</sup>. Secondo un terzo orientamento, infine, le distinzioni si attenuano accogliendo un’interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali sottese a tali diritti in emersione<sup>24</sup>.

L’espansione del catalogo dei diritti è riscontrabile soprattutto in relazione alla libertà personale, cui sono stati ricondotti, tra i vari, i diritti di identità, all’integrità psico-fisica, alla vita, alla libertà sessuale, come pure al diritto di *privacy* «come diritto strettamente strumentale (conseguentemente) ai diritti di libertà e ai diritti inviolabili enumerati» e, per via di questo, al diritto alla protezione dei dati<sup>25</sup>. È opportuno sottolineare come l’espansione abbia contemplato i diritti sociali e non solamente i diritti della personalità, intesa come *pendant* civilistico dei diritti di libertà<sup>26</sup>. Si osserva, infatti, un consistente catalogo di diritti “nuovi” di

20 Su questo tema, per tutti, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.

21 Brevemente, anche in E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol.1, Utet, Torino, 2006, pp. 46 e 47.

22 A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 20 ss.; in giurisprudenza, per tutte, Corte cost., n. 388/1999.

23 Per tutti, A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 50 ss.; *ex multis* già Corte cost. 23 luglio 1996, n. 297, 12 marzo 1998, n. 50, 11 maggio 2001, n. 120.

24 F. MODUGNO, *op. cit.*, pp. 12 e 92.

25 Come è noto, il tema dell’espansione dei diritti risulta essere da tempo dibattuto anche in termini più generali: cfr. i saggi raccolti in N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, il quale osserva come i diritti “nascono quando l’aumento del potere dell’uomo sull’uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico, cioè al progresso della capacità dell’uomo di dominare la natura e gli altri uomini, o crea nuove minacce alla libertà dell’individuo oppure consente nuovi rimedi alla sua indigenza: minacce cui si contravviene con richieste di limiti del potere” (p. XV). Sul punto si veda, in particolare, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012, il quale tra l’altro rileva come “il convergere delle tecnologie pone di fronte a noi non solo ipotesi apocalittiche, ma una serie di sviluppi la cui accettabilità dipende proprio dalla loro compatibilità con i diritti fondamentali” (374-375). Per una diversa prospettiva, cfr. L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014, in part. pp. 10-19.

26 Sul punto, cfr. il quadro sintetico sull’evoluzione e sui riferimenti positivi offerto in G. RESTA, *Dignità, persone, mercato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 73 ss. Basti il richiamo ad alcune voci enciclopediche che ne attestano l’affermazione diacronica: P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1991; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano,



rango costituzionale, alcuni dei quali sorgono in relazione a un mutamento del contesto tecnologico e sociale – come nel caso della protezione dei dati –, altri invece che dimostrano aspetti marcatamente pretensivi, collocandosi più limpidamente nella trama dei diritti sociali.

In un simile orizzonte, l'ipotesi di un fondamento costituzionale del diritto alla disconnessione può dunque trovare diversi riferimenti positivi nella Carta. Il medesimo, summenzionato art. 2 Cost. integra la propria portata in forza degli artt. 10, 11 e 117, primo comma, con i principi sovranazionali (*infra*, § 3), che dispiegano la loro efficacia secondo l'interpretazione – a sua volta, spesso evolutiva – offerta dalle relative corti, stante la rilevanza del precedente giurisprudenziale<sup>27</sup>.

Tali richiami ai diritti delle Carte sovranazionali evidenziano un potenziale impatto con diritti di libertà contenuti nella Costituzione, quali la libertà personale (art. 13), domiciliare (art. 14), o la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15), in ipotesi di connessione ininterrotta del lavoratore con queste dimensioni inviolabili della persona. Nello stesso senso, alcune relazioni possono rinvenirsi nella protezione della famiglia, della maternità (art. 31 Cost.) e, ovviamente, della salute (art. 32 Cost.)<sup>28</sup>.

Ancora sul fronte dei principi fondamentali, un ulteriore possibile radicamento è rinvenibile nell'art. 3 Cost., sia per via dell'eguaglianza formale delle tutele che si deve riconoscere a tutte le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, sia con riferimento all'eguaglianza sostanziale che impone azioni positive volte a garantire il pieno sviluppo della persona. In tal senso la norma, letta in combinato disposto con l'art. 35 Cost. potrebbe rendere irragionevole attribuire al lavoratore in quanto tale, specie se subordinato, una tutela delle proprie libertà inferiore rispetto al lavoratore subordinato agile.

Questi riferimenti permettono di sottolineare la natura strumentale della disconnessione rispetto all'effettiva portata del testo costituzionale, e suggerire che il relativo diritto possa radicarsi come diritto "nuovo"<sup>29</sup>, proprio perché implicitamente ricondotto alle disposizioni in parola e, quindi, emerso in virtù di un contesto tecnologico che induce un suo riconoscimento, sia con richiamo diretto agli artt. 35 e 36 Cost. che in relazione alla trama di valori citati, fermo il bilanciamento con altri valori costituzionali<sup>30</sup>.

1983, p. 355 ss. Una prospettiva di critica dogmatica ancora attuale è in G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, n. 1, pp. 237-274.

27 Cfr. sul punto, già C. ALESSI, *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di Giustizia*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, n. 2, p. 125 ss.

28 Così la citata Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021, su cui si tornerà *infra*, richiama direttamente la maternità (cfr. M. C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, cit., p. 854). In tema di salute, *ibidem*, 855-857.

29 Cfr. D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, n. 1, p. 8.

30 F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 110. Il quadro dei riferimenti costituzionali si completa poi con il necessario rinvio al ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva (art. 39 Cost.), che possono assumere una significativa centralità: basti il riferimento a M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, in *Dir. lav. mer.*, 2013, n. 2, p. 263 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il tele-lavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP*



### 3. La cornice sovranazionale.

Il diritto alla disconnessione è un diritto fondamentale ancora «tutto da costruire»<sup>31</sup>, con un orizzonte ampio e articolato - non a caso definito «diritto a densità variabile»<sup>32</sup> - ma dotato di indiscusso potenziale espansivo, anche per la sua attitudine ad assicurare un'effettiva e sostanziale modalità di conciliazione tra vita e lavoro<sup>33</sup>, che a sua volta rappresenta un valore giuridico in progressiva emersione<sup>34</sup>. La stessa comunanza delle politiche del diritto del lavoro di diversi Paesi (*infra*, § 9) corrobora la tesi che il fenomeno possa corrispondere al riconoscimento di un vero e proprio diritto "fondamentale", sulla cui esistenza sembrano insistere del resto diverse iniziative anche sul piano sovranazionale.

Esistono infatti indicazioni già sul piano europeo in ordine alla configurabilità del diritto alla disconnessione o quantomeno di un suo articolato sostrato giuridico.

Si può subito menzionare l'art. 24 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che sancisce «il diritto al riposo e allo svago».

Si intende altresì far riferimento all'ordinamento CEDU, a tutela della vita privata (art. 8 e Convenzione n. 108/1981).

Ancora, il pilastro europeo dei diritti sociali rileva nella misura in cui stabilisce il diritto dei lavoratori a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro, indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla promozione di forme di lavoro che garantiscano condizioni di lavoro di qualità ... (principio n. 5), all'informativa scritta circa l'inizio del rapporto di lavoro dei diritti e gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (principio n. 7), e a un ambiente di lavoro sano, sicuro e adeguato alle esigenze professionali del lavoratore, così come alla protezione dei propri dati, e che consenta di prolungare la partecipazione al mercato del lavoro (principio n. 10), oltre a un congedo appropriato e a modalità di lavoro flessibili per lavoratori tenuti all'assistenza (principio n. 9).

E così pure l'accordo europeo UNICE CEEP CES del giugno 2020<sup>35</sup> sulla digitalizzazione, riguardo le modalità di connessione e disconnessione (punto 2) pone la questione in termini di organizzazione flessibile ed attiva dei datori di lavoro e dei lavoratori, riconoscendo

---

CSDLE.IT, 2017, n. 327, p. 10; ma si veda anche S. CAIROLI, *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale: stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP CSDLE.it *Collective volumes*, 2017, n. 6, p. 20, e R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Lab. Law & Issues*, 2019, n. 5, 224 ss.

31 I. ZOPPOLI, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva europea: una road map per le parti sociali*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 1, p. 300 ss.

32 S. BELLOMO, *Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 19, p. 190.

33 A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 3, p. 19.

34 S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro*, cit., 193 ss.

35 A. ROTA, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *Lab. Law & Issues*, 2020, n. 2, p. 23 ss.



l'esistenza di «rischi e sfide in merito alla *delimitazione del lavoro e della vita privata sia durante che dopo l'orario di lavoro*», in modo per nulla limitato alla sola tutela della durata massima della giornata lavorativa o della salute, che pure va garantita<sup>36</sup>.

Peraltro, con la Risoluzione del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181/INL), il Parlamento europeo muove dal corretto presupposto che la digitalizzazione, a seguito della pandemia, abbia comportato enormi svantaggi in termini di organizzazione dell'orario di lavoro, concernenti la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, a fronte dei quali si rende necessaria un'adeguata previsione di un diritto alla disconnessione.

Da un lato, la risoluzione sottolinea che il diritto dei lavoratori alla disconnessione è riferito alla protezione della loro salute fisica e mentale<sup>37</sup>, nonché per la loro tutela dai rischi psicologici e psicosociali sia nelle imprese pubbliche, sia in quelle private.

Dall'altro, la stessa riconosce che tale diritto corrisponde anche all'obiettivo di creare condizioni migliori di lavoro e per la tutela del loro benessere: un concetto che va oltre la protezione della salute.

Conseguentemente, si afferma che «il diritto alla disconnessione è un *diritto fondamentale* che costituisce una parte inseparabile dei nuovi modelli di lavoro della nuova era digitale» (considerando H), corredando tale affermazione con una proposta di direttiva euro-unitaria in materia di disconnessione, parimenti significativa anche nei contenuti e meritevole di approfondimento (*infra*, § 4).

Ma è rilevante anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che parimenti garantisce la vita privata (art. 7), nonché la protezione dei dati (art. 8), e soprattutto assicura al prestatore di lavoro *condizioni di lavoro* che ne rispettino salute, sicurezza e dignità<sup>38</sup>.

Con specifico riferimento al lavoro subordinato, accanto alle condizioni di lavoro, nell'art. 31 si riconoscono come diritti fondamentali la limitazione della durata massima del lavoro e il

36 Inoltre, con specifico riferimento al lavoro agile-*smart working*, già la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 - nel cui solco è stata emanata la legge n. 81/2017 - sulla creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e lavorativa, qualificava l'emergente contesto digitale del lavoro agile quale modello imprenditoriale alternativo «per un sano equilibrio tra vita privata e vita professionale» (punto 48), ponendo al centro della fattispecie «un approccio all'organizzazione del lavoro basato su una combinazione di flessibilità, autonomia e collaborazione» (punto 49).

37 Su questa esigenza di tutela si veda anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2022 sulla salute mentale nel mondo del lavoro digitale (2021/2098(INI)).

38 Sono richiamate altresì le direttive: 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro; 91/383/CEE del Consiglio, che completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute durante il lavoro dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale; 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro; UE/2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea; UE/2019/115, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE.



diritto a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite. Al riguardo, la giurisprudenza eurounitaria ha precisato che detti limiti non possono essere interpretati analogicamente a danno della parte debole del rapporto<sup>39</sup>, e al contrario ha imposto un sistema di registrazione oggettivo, affidabile e accessibile la cui attuazione non deve essere rimessa al datore di lavoro<sup>40</sup>, che in qualche modo presuppone e certamente garantisce anche i tempi di disconnessione, laddove il lavoro sia svolto mediante strumenti digitali in collegamento.

Nella prospettiva tracciata dalla giurisprudenza eurounitaria sono intervenuti in perfetta aderenza sia il legislatore europeo, con la direttiva n. 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a condizioni di lavoro trasparenti, sia quello nazionale in attuazione di quest'ultima, mediante il d. lgs. n. 104/2022.

Quest'ultimo, in particolare, sancisce che il datore di lavoro ha l'obbligo di informare il lavoratore circa l'orario normale di lavoro, le condizioni relative al lavoro straordinario o i cambiamenti di turno (lett. o), e, soprattutto, sancisce l'obbligo di aggiornare l'informazione del lavoratore per qualsiasi variazione a pena di sanzione amministrativa, con ovvi riflessi laddove questi sia chiamato, ad es. da casa, a collegarsi per rendere la prestazione lavorativa<sup>41</sup>.

Lo stesso percorso della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di orario di lavoro, nel confermare con rigore e con parsimoniose eccezioni l'obbligo di misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero<sup>42</sup>, è giunto attraverso un'evoluzione interpretativa della nozione di orario di lavoro a considerare tale, ad esempio, anche il tempo trascorso dal lavoratore al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni<sup>43</sup>, anche in questo con inevitabili implicazioni per qualsiasi lavoro svolto in forma subordinata da remoto.

A ben vedere, il diritto europeo salda le tutele della disconnessione e del riposo, perché da un lato sancisce che la nozione di «periodo di riposo» comprende qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro (art. 2, punto 2, dir. 2003/88) e al contempo, tramite il diritto vivente, riconosce che anche in caso di assenza formale di un vincolo presenziale, se ricorre una situazione di compressione della libertà di autodeterminazione tale da limitare nella sostanza la fruizione del riposo, ossia della gestione autonoma del tempo di non lavoro, i relativi periodi divengono integralmente qualificabili come orario di lavoro<sup>44</sup>. Pertanto nella

39 Corte giust., Grande Sezione, 14 maggio 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, n. 2, p. 309 ss., spec. punti 30-32, con nota di S. BELLOMO, L. ROCCHI, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak*, p. 336 ss., sul punto spec. p. 340.

40 Corte giust., Grande Sezione, 14 maggio 2019, C-55/18, cit., punti 44-45-56-59-60.

41 Cfr. A. PRETEROTI, S. CAIROLI, *Dell'obbligo di disconnessione: effetti, responsabilità e tutele*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, n. 2, p. 355 ss.

42 Causa C-55/18.

43 Causa C-518/15.

44 Come evidenziato da S. BELLOMO, *Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalismi*, 2022, p. 166 ss., spec. § 4, con specifico riferimento a Corte giust. 21 febbraio 2018, C-517 e 518/2015, *Matzak*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 959, spec. punti 63 e 64, nonché alle sentenze Corte giust., Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580-2019, *RJ c. Stadt Offenbach am Main*, punti 39 e 55 e *D.J. c. C-344/19, Radiotelevizija Slovenija*, punti 38 e 66, quest'ultima anche per la parte in cui stabilisce che «il luogo di lavoro deve essere inteso come qualsiasi luogo in cui il lavoratore è chiamato a svolgere un'attività su



prospettiva europea, se in determinati contesti, a prescindere dal luogo di adempimento, l'obbligo di connessione giunge a comprimere il tempo libero del lavoratore e ne integra l'orario di lavoro, inevitabilmente la tutela del diritto al riposo viene a radicare anche (se non a saldarsi con) quella del diritto alla disconnessione, e ciò a prescindere dal fatto che il lavoratore subordinato sia un lavoratore a distanza o no.

Né, infine, si può ignorare l'ampio quadro di riferimenti a studi di settore e documenti di *soft law*<sup>45</sup> che, seppur privi di forza vincolante, contribuiscono alla regolamentazione dell'ambiente digitale.

Nel complesso, il percorso intrapreso dalle istituzioni sovranazionali, oltre a corroborare la più corretta delimitazione del bene giuridico tutelato, iscrive, ancorché in forma potenziale e nel rispetto delle tradizioni e degli ordinamenti dei singoli Stati membri<sup>46</sup>, il diritto alla disconnessione nel quadro dei diritti fondamentali presidiati dalla Carta di Nizza e dai Trattati<sup>47</sup> con dignità giuridica autonoma rispetto al diritto al riposo, ossia accanto allo stesso, e non al suo interno.

Non solo: se nell'interazione con la disciplina l'orario di lavoro la riflessione giuridica sembra limitarsi ai rapporti di lavoro subordinato, non può negarsi che valori quali la salute, la tutela della vita privata e familiare, o la protezione dei dati personali rappresentino beni giuridici concernenti (e suscettibili di tutela per) ogni persona che lavora.

#### 4. (segue) ... aspetti di interesse nella proposta di direttiva europea del 2021.

Come accennato, alla risoluzione del 21 gennaio 2021 del Parlamento europeo è allegata una proposta di direttiva sul diritto alla disconnessione di cospicuo interesse<sup>48</sup>.

Innanzitutto, è opportuno sottolineare che nella proposta la direttiva si applicherebbe a tutti i lavoratori<sup>49</sup> «indipendentemente dal loro *status* e dalle loro modalità di lavoro» (art. 1 della

---

ordine del suo datore di lavoro, anche nel caso in cui detto luogo non sia quello in cui esercita abitualmente la sua attività professionale» (punto 34).

45 Per esempio, la relazione della Commissione per l'occupazione e gli affari sociali (A9-0246/2020), il documento di lavoro dell'Eurofound *The right to disconnect in the 27 EU Member States* (2020), la relazione di UNI Global Union *The Right to Disconnect: Best Practices* (2020).

46 Cfr., *ex multis*, P. CARETTI, *La dimensione sovranazionale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Bari, 2009, p. 175 ss. Si potrebbe far riferimento all'art. 52 CDFUE, comma IV, il quale stabilisce che «laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».

47 Su questo tema, cfr. E. FIATA, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 4, p. 7 ss.; M. BIOLCHINI, G. BIFANO, *Per il Parlamento europeo la cultura del "sempre connesso" può ledere i diritti fondamentali del lavoratore*, in *Quotidiano del Lavoro*, 19 aprile 2021, p. 1 ss.

48 Sul tema D. CALDERARA, *Il diritto alla dis-connessione: evoluzioni e prospettive*, in *Mass. giur. lav.*, 2022, n. 2, p. 261 ss.; E. FIATA, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, cit., p. 7 ss.

49 Come sottolineano M. FERRARESI, *Problemi irrisolti dei tempi di disponibilità e reperibilità dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 2, p. 423 ss., § 5 e M. NICOLOSI, *La disconnessione nel patto di agilità tra legge, contrattazione collettiva e diritto europeo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, p. 701.



proposta di direttiva) e a tutti i settori, sia pubblici che privati, in perfetta aderenza ai considerandi C ed H della risoluzione<sup>50</sup> dalla quale promana la proposta.

In secondo luogo, a differenza della legge n. 81/2017 che costringe l'interprete a uno sforzo ermeneutico, essa definisce in modo espresso il diritto alla disconnessione (art. 2), che non soffre deroghe salvo circostanze eccezionali, quali la forza maggiore o altre emergenze, e a condizione che vengano motivate per iscritto dal datore di lavoro (art. 4).

Come si può desumere invero già dall'ordinamento italiano, la disconnessione viene definita come diritto del lavoratore a non essere contattato - e dunque - di scollegarsi dagli strumenti digitali così come di non rispondere alle richieste del datore di lavoro al di fuori dell'orario di lavoro, con opportuna esclusione di conseguenze negative, come il licenziamento e altre misure di ritorsione (art. 5, comma 1). In tale evenienza debbono essere altrimenti assicurate sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive (art. 8) su un piano sostanziale, e un meccanismo di tutela rapido e dedicato sul piano processual-procedimentale (art. 6), con agevolazioni probatorie (Considerando 29 e art. 5).

Anche secondo la direttiva, pertanto, l'ambito del diritto di disconnessione copre tutti i periodi di non lavoro e non solo i periodi di riposo minimo consecutivo.

Viene inoltre riconosciuta l'importanza di una «consultazione delle parti sociali al livello adeguato»<sup>51</sup>. Il ruolo delle parti sociali<sup>52</sup>, specialmente a livello aziendale, è riconosciuto e incentivato affinché sia realmente garantito il diritto alla disconnessione (art. 4, comma 2 e Considerando 21), a differenza della legge n. 81/2017 dove i riferimenti alla contrattazione collettiva sono limitati e indiretti, seppure non vietati. Anche il ruolo degli ispettorati nazionali del lavoro – e, a monte, della specificazione informativa sulla disconnessione da consegnare ai lavoratori – trova un importante riconoscimento, perché si ritiene opportuno «che i datori di lavoro forniscano ai lavoratori una dichiarazione in cui sono stabilite tali modalità pratiche», con indicazioni precise sulle modalità di disconnessione (ivi e art. 7).

## 5. Le previsioni della contrattazione collettiva.

Anche talune previsioni di fonte collettiva restituiscono un quadro utile a riconoscere la disconnessione come diritto del lavoratore in sé e per sé considerato.

Il riferimento d'obbligo è al CCNL industria elettrica 18 luglio 2022 (art. 27), alla cui stregua «le Parti riconoscono il principio che la disconnessione sia un diritto per tutti i lavoratori - e non solo durante lo smart working - nel rispetto dei doveri contrattuali (reperibilità, turno, straordinari programmabili e non programmabili ecc.)».

Lo stesso principio è rinvenibile nel Ccnl Credito del 2019 il quale sancisce un diritto alla disconnessione in favore di tutti i lavoratori subordinati a prescindere dalla modalità di

---

50 S. BELLOMO-M. VERZARO, *La disciplina legislativa del lavoro agile (smartworking) nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Trabalho, dignidade e inclusão social. Estudos em homenagem ao ministro José Luciano De Castilho Pereira*, Rio de Janeiro, Lumen juris, 2022, p. 549.

51 Sul tema A. FENOGLIO, *Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile*, in *Lab. Law & Issues*, 2022, vol. 8, n.1, p. 196 e le considerazioni conclusive di M. NICOLOSI, *La disconnessione*, cit., 702 ss.

52 Evidenzia la dimensione "collettiva" del diritto alla disconnessione, M. FERRARESI, *dei tempi di disponibilità e reperibilità dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 2, p. 444.



esecuzione del rapporto. L'art. 44 sancisce la facoltà di «disattivare i propri dispositivi di connessione evitando così la ricezione di comunicazioni aziendali...fuori dell'orario di lavoro e nei casi di legittimi titoli di assenza». È interessante notare come la clausola, sebbene preveda un preciso diritto (negativo) in capo al lavoratore, sia priva di un altrettanto specifico obbligo prescrittivo in capo al datore di lavoro e, pertanto, di un conseguente apparato sanzionatorio nel caso in cui questo venga disatteso. Tuttavia, la previsione in esame merita di essere attenzionata poiché è arricchita da linee guida in ordine al corretto utilizzo delle strumentazioni informatiche.

Ancora più ricco di implicazioni concrete appare il Contratto collettivo del comparto istruzione e ricerca per il triennio 2016-2018, che delega alla contrattazione integrativa (art. 22, comma 4, lett. c 8), comma 4) una competenza in ordine alla definizione di criteri generali per l'utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro in orario diverso da quello di servizio, al fine di favorire una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare (diritto alla disconnessione)<sup>53</sup>.

Anche la disposizione in materia di disconnessione contenuta nel CCNL Industria Alimentare del 31 luglio 2020 è rivolta a tutte le tipologie di lavoratori subordinati e sancisce «il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche al di fuori dell'orario di lavoro... o all'interno dello stesso quando si prevede una interruzione temporanea e autorizzata .., evitando così la ricezione di comunicazioni aziendali. L'eventuale ricezione di comunicazioni aziendali nelle predette situazioni temporali non vincola i lavoratori ad attivarsi prima della prevista ripresa dell'attività lavorativa. Il mancato accesso alle comunicazioni aziendali eventualmente inviate nelle suddette situazioni temporali non potrà essere utilizzato a fini disciplinari» (art. 21-quater).

La previsione si colloca sulla scia del contratto Ccnl Credito e non apporta alcuna significativa novità in ordine all'identificazione soggettiva della fattispecie o alla portata precettiva. È interessante notare come l'unico riferimento relativo all'apparato sanzionatorio è formulato in negativo e nei confronti del lavoratore.

La predetta disposizione è peraltro rinvenibile anche nel CCNL per i lavoratori dipendenti da aziende cooperative di trasformazione di prodotti agricoli e zootecnici e lavorazione

---

53 Nella contrattazione collettiva integrativa a livello di istituzione scolastica si registrano diverse soluzioni. Per esempio, l'art. 27 del Contratto di Istituto del Liceo Scientifico G. Galilei di Perugia, per il triennio 2020-2023 sancisce il principio secondo cui, salvo particolari ragioni di urgenza, le circolari e le altre comunicazioni di servizio non possono essere pubblicate al di fuori della fascia oraria 08.00-15.00, e, qualora vengano illegittimamente comunicate, il docente non è tenuto a conoscerle. Di converso, il contratto dell'Istituto Comprensivo Monserrato 1-2 «A. La Marmora» di Monferrato, all'art. 14 stabilisce che il diritto alla disconnessione di tutto il personale scolastico si applica dal lunedì al venerdì dalle 18.30-7.30 e dalle 14.00 del sabato fino all'intera giornata di domenica, oltre che in tutti i giorni festivi e i giorni di chiusura dell'Istituto. In questo caso, una circolare interna (CIRC. 032 del 28.09.2022) ha specificato cosa si intenda per diritto alla disconnessione, ossia il diritto di non ricevere o non rispondere a telefonate, e-mail e messaggi di lavoro e il dovere di non telefonare, di non inviare e-mail e messaggi di qualsiasi tipo al di fuori dalle giornate e dagli orari definiti nella contrattazione collettiva. Entro tale quadro, il diritto alla disconnessione si configura anche come un obbligo del lavoratore, a protezione di questo non solo dalle ingerenze del datore di lavoro, ma anche delle famiglie degli studenti.



prodotti alimentari 2 dicembre 2020 (art. 28-quinques) e nell'accordo tra Unionalimentari Confapi e Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil del 12 luglio 2021 (art. 17-ter).

Questa attitudine della disciplina pattizia ad estendere i beneficiari del diritto alla disconnessione e a presidiare il nucleo più duro del riposo minimo continuativo e della salute fino a graduarsi verso più bilanciate garanzie del tempo libero trova pertanto conferme sia nel settore privato, sia nel settore pubblico. E questo è avvenuto, anche per via dell'esperienza pandemica, sulla base del riconoscimento dei potenziali rischi che la tecnologia e la digitalizzazione potrebbero portare al valore della conciliazione vita-lavoro di qualsiasi lavoratore raggiungibile attraverso dispositivi digitali, indipendentemente dal ricorso al lavoro agile (cfr. art. 106-bis, CCNL Commercio-Aziende di call center- 2021-2024).

Degno di nota è poi il caso dei ciclofattorini, come noto titolari di un diritto alla disconnessione dall'applicativo informatico installato nello *smartphone* il cui godimento non può in alcun modo incidere sul loro ranking reputazionale, posto che i sistemi di ranking tengono conto del diritto al riposo del rider (art. 20, CCNL Rider del 15 settembre 2020).

Sotto altro versante, va menzionato l' «Accordo sulle nuove misure per la promozione della conciliazione fra vita professionale e vita privata dei dipendenti del Gruppo UniCredit del perimetro Italia» perché espressione di precise *policy* aziendali volte alla promozione dell'integrità psicofisica del lavoratore, in ragione della sempre maggior pervasività degli strumenti telematici di lavoro. L'art. 16, rubricato «Tutela dei tempi di disconnessione», dispone che «le apparecchiature aziendali devono essere usate in modo appropriato, evitando abusi dei canali digitali .. di norma rispettando l'orario di lavoro ... si invita ad evitare l'uso eccessivo delle e-mail e a preferire quando possibile il dialogo diretto».

Con tale previsione il contratto collettivo pone dunque in capo al prestatore di lavoro un diritto ma anche un dovere di disconnessione (da intendersi anche come dovere di collaborare all'altrui disconnessione), scongiurando «eventuali abusi dei canali digitali», in un'ottica stavolta di reciproca responsabilizzazione dei dipendenti e a tutela della loro integrità psicofisica, e non solo.

Entro tale cornice si rendono quanto mai necessarie, però, specifiche previsioni circa le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione, nonché concrete misure datoriali di sensibilizzazione, compresa la formazione sul luogo di lavoro, come si osserva in altri ordinamenti (*infra*, § 9).

## **6. La disconnessione come nuovo diritto fondamentale del lavoratore e obbligo del datore di lavoro.**

Tanto la disciplina costituzionale, quanto il diritto vivente sovranazionale e le più avanzate forme di contrattazione collettiva sembrano concordemente suggerire che la disconnessione integri un diritto autonomo e distinto, che attiene alla personalità stessa del lavoratore.

Un diritto che in altri termini, pur potendo trovare fondamento ed essere garantito anche dalla disciplina a tutela della durata normale e massima dell'orario di lavoro, non è esclusivamente preordinato al rispetto dei tempi di riposo minimo consecutivo, né del solo tempo di riposo.



Quanto affermato non esclude inevitabili interazioni: le misure poste a garanzia del riposo possono permettere o agevolare la corretta individuazione dei tempi di disconnessione, laddove il collegamento integri, come spesso accade, la ripresa della prestazione lavorativa e ne consenta la misurazione.

Al contempo, la disconnessione rappresenta uno strumento spesso e ogni giorno più importante per assicurare la fruizione del riposo della persona che lavora, di talché lo sviluppo del diritto alla disconnessione non passa soltanto, ma certo prima di tutto dalla garanzia del riposo minimo.

Ciò si deve certamente al fatto che il riposo minimo è posto a presidio della salute.

Già sotto questo profilo, il diritto alla disconnessione, laddove utile a garantire un genuino riposo al lavoratore, rappresenta una misura di sicurezza al pari di tutte le misure previste dall'art. 2087 c.c. e dal d.lgs. n. 81/2008<sup>54</sup>.

E tuttavia, a ben vedere, l'utilizzo di strumenti tecnologici in collegamento con il lavoratore rappresenta un mutamento organizzativo rilevante in materia di sicurezza e, al contempo, la tutela della salute del lavoratore nell'ambito della disconnessione entra in gioco anche con riferimento a fattori di rischio diversi dal mancato rispetto del riposo minimo. Infatti, la mancata attuazione dell'obbligo di disconnessione, specie se reiterata, può generare una lesione della personalità morale e dell'integrità fisio-psichica del lavoratore, può essere sintomatica di condotte mobbizzanti del datore di lavoro, o più banalmente può essere all'origine di fenomeni di stress lavoro-correlato (*infra*, § 8).

Si tratta, anche in questo caso, di situazioni fattuali e di esigenze di tutela che non riguardano solo il lavoratore che abbia pattuito una forma agile o *lato sensu* a distanza, bensì "la persona che lavora" e che si trovi ad essere contattata mediante strumenti tecnologici.

E se è vero che l'assenza di una predeterminazione dei tempi di lavoro pone in crisi la perimetrazione dell'obbligazione di sicurezza<sup>55</sup>, è specularmente vero che laddove i tempi di lavoro siano perimetrati e individuabili, la disconnessione dispiega al massimo grado e con la massima chiarezza il proprio ruolo di misura di sicurezza.

Sembra allora possibile configurare la disconnessione come un diritto a contenuto variabile, con un nocciolo strettamente interconnesso alla tutela della salute e della vita privata nonché, nel lavoro subordinato, del riposo minimo, ed una gamma di estensioni a beni e interessi giuridici riconosciuti dal legislatore (es. conciliazione vita-lavoro, protezione dei dati personali) nonché dagli equilibri di volta in volta raggiunti dall'autonomia privata individuale e collettiva.

---

54 P. PASCUCCI, *Dignità del lavoratore e sicurezza sul lavoro nella civiltà digitale*, Relazione Convegno «Dignità del lavoro e civiltà digitale», Roma, Accademia dei Lincei, 24 febbraio 2023, (bozza provvisoria), p. 6; M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, Relazione Aidlass - Giornate di studio Campobasso, 25-26 maggio 2023 (dattiloscritto – versione del 17 maggio 2023), p. 32 ss.; R. CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, n. 1, p. 122.

55 M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori - il rapporto individuale di lavoro*, Relazione Aidlass - Giornate di studio Campobasso, 25-26 maggio 2023 (dattiloscritto – versione del 17 maggio 2023), p. 100.



Da quanto detto discende un'ulteriore considerazione. La disconnessione non si identifica semplicemente nella condizione di irreperibilità *rectius* nel diritto del lavoratore a non essere contattato mediante strumenti digitali, bensì come dovere del datore di lavoro di predisporre e adottare misure tecniche e organizzative a presidio della separazione tra ambienti e momenti lavorativi e ambienti e momenti extra-lavorativi.

Il diritto alla disconnessione si distingue così dai meri diritti di protezione (*Abwehrrechte*), evidenziando tratti marcatamente pretensivi<sup>56</sup>, speculari all'obbligo del datore di lavoro di predisporre le garanzie adeguate alla non rintracciabilità del lavoratore nel tempo libero.

Infine, un diritto-obbligo di disconnessione così configurato si avvicina ai diritti della protezione dei dati sotto il profilo della protezione dall'ingerenza esterna del terzo mediante le nuove tecnologie (*infra*, § 7).

Così, potrebbe rivelarsi opportuno se non necessario il ricorso a vere e proprie *policy* aziendali che, o sul piano tecnico (ad es. per mezzo della disattivazione dei dispositivi o dei *server*, sul modello tedesco: *infra*, § 9)<sup>57</sup>, o sul piano organizzativo (ad es. per mezzo del divieto di contattare sottoposti – e non solo - via mail o telefono in determinate fasce orarie) permettano di impedire a monte il fenomeno del collegamento vietato, senza fare aprioristicamente affidamento sull'atto di impulso della parte debole del rapporto che in concreto potrebbe spesso difettare.

### 6.1. (*Segue*) ... **nonché come dovere del lavoratore verso sé stesso e i terzi.**

Le considerazioni sopra esposte non escludono che possa configurarsi un obbligo di disconnessione anche in capo al lavoratore subordinato.

Infatti, se è vero che il diritto alla disconnessione porta inevitabilmente con sé obblighi di specificazione ed attivazione, particolarmente forti in capo al datore di lavoro, dai quali lo stesso non sembra potersi liberare neppure con specifiche pattuizioni (basti pensare alla disconnessione come misura di sicurezza<sup>58</sup> o agli obblighi informativi posti in capo al datore di lavoro, tutte previsioni inderogabili), è altrettanto vero che il lavoratore è inserito entro un'organizzazione e deve svolgere la prestazione di lavoro nel rispetto dei propri obblighi di diligenza e collaborazione.

Di conseguenza, l'eventuale inadempimento può configurare un concorso di responsabilità in capo al lavoratore, sia come danneggiato, sia verso terzi, come frequentemente può avvenire nei confronti di colleghi di lavoro gerarchicamente sottoposti, sia verso l'azienda per il fatto occorso a terzi, laddove la condotta negligente, attiva o omissiva, posta in essere dal lavoratore abbia arrecato un danno ai colleghi che lo stesso avrebbe dovuto proteggere.

---

56 Sul rapporto tra *Abwehrrecht* e *Leistungsrecht*, tra i tanti, J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1992, vol. 5, p. 414 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, p. 29 ss. e ID., *Libertà I) Problemi generali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, p. 20 ss.

57 C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e organizzazione del lavoro: lo smart-working è davvero la nuova frontiera della conciliazione vita-lavoro?*, in A. OCCHINO (a cura di), 2018, *Il lavoro e i suoi luoghi*, pp. 174-6.

58 Si veda, sia pure con riferimento al lavoro agile, A. PRETEROTI-S. CAIROLI, *Dell'obbligo di disconnessione*, cit., p. 365 ss.

La diligenza del lavoratore sarà determinata anzitutto dalla natura della prestazione dovuta e dall'interesse dell'impresa. Questo comporta, ad esempio, che per professionalità ad elevato grado di autonomia operativa o elevata responsabilità decisionale, fermi gli obblighi di tutela della salute e di informativa sull'orario di lavoro, possa essere richiesto un grado di collaborazione più intenso nella fase interruttiva del collegamento, anche con riferimento al comportamento di altri lavoratori nell'unità produttiva. Nulla esclude, ad esempio che al preposto sia richiesto di assicurare la disattivazione di server e dispositivi in una data fascia oraria o che siano individuati turni di reperibilità in determinati orari, con un apposito referente per la distribuzione degli stessi.

Del resto, la stessa disciplina in materia di sicurezza pone in capo a qualsiasi lavoratore subordinato l'obbligo di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro (art. 20, d.lgs. n. 81/2008). Rispetto a tali ipotesi l'esercizio dell'azione disciplinare da parte del datore di lavoro diviene inevitabilmente un obbligo anche nel settore privato.

Infine, lo stesso ricorso a *policy* aziendali in materia di collegamenti con dispositivi digitali e, quindi, delle relative disconnessioni, oltre a definire compiutamente gli obblighi del datore di lavoro, può contribuire in funzione di certezza a precisare gli obblighi di cooperazione posti in capo al lavoratore (ad es. obblighi di attivazione o segnalazione in caso di malfunzionamenti)<sup>59</sup>. Tali previsioni, tanto in via individuale quanto collettiva, possono ben integrare ai sensi dell'art. 2104, comma 2, c.c. le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali il lavoratore gerarchicamente dipende, e al contempo assumere la funzione di modelli di organizzazione e di gestione, che lo sviluppo informatico rende ogni giorno più necessari.

## 7. Rapporto tra disconnessione e diritto alla protezione dei dati personali.

La configurazione del diritto alla disconnessione non solo in termini di diritto del lavoratore a non essere contattato, ma anche di obbligo del datore di lavoro di adottare le misure tecniche e organizzative necessarie ad assicurare la disconnessione, permette una *relatio* alla protezione della privacy per il comune obiettivo della riduzione di ingerenza del terzo nella vita privata<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Sulla falsariga di quanto espressamente previsto per il patto di lavoro agile dall'art. 19 l. n. 81/2017 in materia di disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali e dei relativi strumenti di lavoro: cfr. A. PRETEROTI, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, p. 617 ss.

<sup>60</sup> Cfr. N. MINISCALCO, *Il diritto alla disconnessione: un nuovo profilo della privacy del terzo millennio*, in P. COSTANZO-P. MAGARÒ-L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del Convegno Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Genova, 18-19 giugno 2021, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 457 ss.; o diffusamente in L. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali: quid pluris?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, n. 2, pp. 381-390. Con riferimento a un interessante casistica, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sulla prestazione dei ciclofattorini tra Scoober App e GPS*, in *Labour & Law Issues*, 2021, n. 1, pp. 163-174.



Infatti, nel prisma della protezione della *privacy* la sfera privata è protetta da ingerenze esterne del terzo, e lo è anche rispetto all'inevitabile, ontologica interferenza che le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. TIC) realizzano quotidianamente nei confronti della persona<sup>61</sup>.

Al contempo, nella prospettiva della disconnessione è tutelato il diritto del lavoratore a non essere contattato dal datore di lavoro per mezzo di tali tecnologie, di regola fuori dall'orario di lavoro, e nell'esercizio di tale tutela deve essere garantito che il datore di lavoro non possa giungere all'apprensione di dati ulteriori rispetto a quanto strettamente necessario per l'esecuzione della prestazione lavorativa<sup>62</sup>.

Si determina così, almeno parzialmente, una mutua interrelazione tra le due discipline, che è stata valorizzata in alcuni studi<sup>63</sup> e sembra correttamente assunta anche da parte del Garante *Privacy* durante la fase emergenziale di massiva diffusione del lavoro agile e/o da remoto, secondo cui va assicurato «quel diritto alla disconnessione, senza cui si rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale»<sup>64</sup>.

Una simile prospettiva è del resto assunta anche dal protocollo sottoscritto dal Ministro del Lavoro e dalle organizzazioni sindacali datoriali e dei lavoratori per disciplinare il lavoro agile nel settore privato nel 7 dicembre 2021<sup>65</sup>, dove si afferma, quanto alla regolazione della disconnessione che «[v]anno adottate specifiche misure tecniche e/o organizzative per garantire la fascia di disconnessione» (art. 3, terzo comma), in chiara aderenza al lessico e all'approccio del GDPR.

Qualsiasi trattamento di dati, sia esso informatico o digitale, purché non di carattere personale o domestico, è attratto in questo perimetro normativo; e così pure le tecnologie di

---

61 Cfr., diffusamente, S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2006.

62 Tale profilo sembra accolto anche nella proposta di direttiva allegata risoluzione del Parlamento europeo 2019/2181/INL del 21 gennaio 2021, il cui art. 12, forse in modo eccessivamente *tranchant*, limita il trattamento dei dati «soltanto ai fini della registrazione dell'orario di lavoro del singolo lavoratore».

63 Si vedano in particolare A. PESSI, *I controlli dell'imprenditore nel lavoro agile e nel lavoro tramite piattaforma*, in C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., p. 531 ss., spec. 539-42 e 556 ss. e A. DONINI, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva e individuale*, Jovene, Napoli, 2018, p. 62: «la disconnessione costituisce lo strumento tecnico per garantire la tutela della salute del lavoratore rendendo effettiva la limitazione temporale della prestazione, con una logica simile a quella by design e by default introdotta dal Regolamento europeo in materia di tutela dei dati personali».

64 Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'affare assegnato atto n. 453 relativo al tema Ricadute occupazionali dell'epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro, XI Commissione - Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale, del Senato della Repubblica, 13 maggio 2020.

65 Su cui si veda M. ALOVISIO, *La protezione dei dati ed il diritto di disconnessione nel nuovo protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile nel settore privato*, in *Diritto e Giustizia*, 17 gennaio 2022.



comunicazione e di controllo del lavoratore che si realizzano tramite le più disparate forme di trattamento di dati, in mancanza di altri riferimenti normativi, si collocano in tale spazio<sup>66</sup>.

Ciò implica la soggezione a una trama di adempimenti nell'ottica della progressiva *compliance* al Regolamento europeo 679/2016/UE (sin d'ora GDPR): su tutti, si potrebbe citare il principio di *accountability*, secondo cui il titolare del trattamento, «tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche» dovrà mettere in atto le «misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente» al GDPR (art. 24); e così – il principio di *data protection by design* – che sia tenuto a realizzare «misure tecniche e organizzative adeguate [...] volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati [...] e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie», anche al fine di «tutelare i diritti degli interessati» (art. 25, primo comma).

Tali garanzie sono predisposte sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento, sia «per impostazione predefinita» (art. 25, secondo comma, cd. *data protection by default*). In altri termini, per ogni trattamento di dati (ivi compresi quelli riferibili al contesto lavorativo), è necessario modellare un *design* organizzativo e tecnologico<sup>67</sup> che permetta di realizzare il corretto bilanciamento con i diritti dell'interessato (e, nel caso del lavoratore) sin dalla fase di progettazione, nonché nel corso dell'esecuzione del contratto per mezzo di misure tecniche e organizzative di *default*.

La protezione dei dati non corrisponde a un insieme di astensioni o divieti in capo al titolare del trattamento, ma opera attraverso un complesso di prestazioni cui corrisponde, per contro, una pleora di diritti soggettivi azionabili da parte dell'interessato, di tipo oppositivo e pretensivo. Di tal ch , il trattamento dei dati del lavoratore pu  coincidere con una *species* del pi  ampio *genus* dei rapporti tra l'impresa o il professionista e l'utente interessato dal trattamento<sup>68</sup>.

Sennonch , l'affermazione di un nuovo diritto implica articolate operazioni di ponderazione, che assumono nel contesto digitale una declinazione piuttosto caratteristica, dovendosi «demandare l'opera di bilanciamento (anche) al *design* del *software*»<sup>69</sup>. In altri termini, il consueto bilanciamento che prevede, nel caso di prevalenza di un determinato diritto su un altro rivale, la valutazione sulla legittimit  dell'intervento, sull'idoneit  e

---

66 Tratta, in relazione ai poteri di controllo del datore di lavoro, il rapporto di complementarit  dell'art. 4 St. lav. con il Regolamento 2016/679/UE, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy. Una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018, p. 83 ss.

67 A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione*, cit., p. 4.

68 Si osserva che «spostato sul piano dei diritti digitali, il principio di effettivit  che domina l'angolatura rimediale svela connotati suoi propri: in questa dimensione occorre invero soppesare con attenzione il peso esercitato dal condizionamento tecnologico sulla concreta attuazione dei diritti» (D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, cit., p. 21).

69 F. GIRELLI, F. CIRILLO, *Immuni e green pass. Prospettive di bilanciamento nella pandemia*, in *Consulta OnLine*, n. 1, 2022, p. 257.



necessità della misura, e sulla proporzionalità in senso stretto coinvolge attori nuovi, non inclusi nel rapporto triadico tra legislazione, giurisdizione e giurisdizione costituzionale<sup>70</sup>.

Così, il GDPR, nel precisare che il «diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità» (Cons. 4), coinvolge in questa ponderazione l'organizzazione dell'attività economica e delle tecnologie, secondo un approccio *by design* e *by default*, e dunque anche il diritto alla disconnessione.

Analogamente, l'affermazione di un diritto alla disconnessione dovrà essere affidata al suo bilanciamento nella trama dei diritti del lavoratore e delle prerogative dell'attività economica, ricercando una strada anche organizzativa e ingegneristica per la sua effettiva soddisfazione<sup>71</sup>.

### 8. Violazione del diritto di disconnessione e tecniche di tutela all'infuori del lavoro agile.

A fronte dell'assenza di disposizioni specifiche del legislatore e della contrattazione collettiva, rimane da interrogarsi sulla tutela invocabile dal lavoratore in caso di violazione del diritto alla disconnessione<sup>72</sup>. Occorre cioè chiedersi se sia possibile rinvenire nell'ordinamento dei rimedi e delle tutele applicabili anche al lavoratore non agile e volte a sanzionare "l'ingerenza digitale" nonché la mancata predisposizione di misure organizzative ad opera del datore di lavoro.

Il diritto alla disconnessione, così come inteso nel presente lavoro, è posto a presidio di plurimi beni giuridici che tutelano il lavoratore che assume peraltro, al di fuori dell'orario di lavoro, anche le vesti di cittadino.

L'evenienza di una "connessione" al di fuori dell'orario normale di lavoro può essere senz'altro catalogata come ipotesi di lavoro straordinario ai sensi dell'art. 4, d.lgs. 66/2003, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano dei riposi compensativi, così come dell'applicazione di eventuali maggiorazioni orarie indennitarie previste dalla contrattazione collettiva e, in via sussidiaria, dalla legge.

Ma non solo. Un lavoratore esposto a continui contatti mediante strumenti digitali può vivere problemi di salute mentale, quali *burnout*, stress legato alla tecnologia, *straining*<sup>73</sup>, sovraccarico psicologico e affaticamento<sup>74</sup>, e subire quindi veri e propri danni da stress lavoro

70 In ambito eurounitario, oltre le disposizioni relative ai singoli diritti fondamentali, può farsi riferimento all'art. 52 CDFUE e alla relativa giurisprudenza.

71 Si potrebbe fare riferimento all'analogia questione dei controlli, in cui il bilanciamento *by design* si declina con forti tratti di comunanza. Sul punto, si veda anche G. CASSANO, *Quando il giudizio di proporzionalità salva i controlli difensivi occulti: Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 2, p. 530 ss.

72 Non a caso l'art. 8 della proposta di direttiva del 2021, sopra richiamata, prevede che gli Stati debbano adottare un adeguato apparato sanzionatorio.

73 Cfr. Cass. 11 novembre 2022, n.33428, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 2, p. 17.

74 Cfr. in questo senso la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2022 sulla salute mentale nel mondo del lavoro digitale (2021/2098(INI)), punto 13. Cfr., inoltre, Cass. Sez. Lav., 25 giugno 2020, n.12629, sul risarcimento dei danni per superamento dei limiti di tollerabilità oraria del lavoro.



correlato, risarcibili *ex art. 2087 c.c.*<sup>75</sup>, tenendo presente che ove si provi il dolo, il risarcimento è esteso anche ai danni non prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione, in virtù di quanto disposto dall'art. 1225 c.c.<sup>76</sup>.

In queste ipotesi, peraltro, il datore di lavoro potrà essere chiamato a rispondere anche del comportamento dei colleghi del soggetto leso che si traduca in una violazione del diritto di disconnessione.

E ciò appare in linea con le elaborazioni già acquisite sul *mobbing* orizzontale per *culpa in vigilando* dello stesso datore di lavoro che sia rimasto colpevolmente inerte nella prevenzione e nell'impedimento del fatto lesivo<sup>77</sup>.

Entro questa cornice, quindi, l'art. 2087 c.c. postula la rilevanza di quei doveri del datore di lavoro nei confronti dei suoi subordinati che esulano il mero rispetto delle norme di sicurezza prescritte esplicitamente, essendo estese all'obbligo generale di evitare lo svolgimento della prestazione con modalità ed in un contesto indebitamente "stressogeno"<sup>78</sup>.

---

75 Sul punto cfr. M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione deterrenza*, Giuffrè, Milano, p. 136 e ss.; Cass. Sez. Lav., 2 gennaio 2020, n. 2. Sul mancato godimento del riposo settimanale, che è considerato foriero di un danno c.d. usura psico-fisica risarcibile ove non integri un mero slittamento compensato da una maggiorazione retributiva, cfr. Cass. Sez. Lav., 9 maggio 2023, n. 12249, che ricorda come tale danno si iscriva nella categoria unitaria del danno non patrimoniale causato da fatto illecito o da inadempimento contrattuale e la sua risarcibilità presuppone la sussistenza di un pregiudizio dal lavoratore, sul quale grava, pertanto, l'onere della relativa specifica deduzione della prova eventualmente anche attraverso presunzioni semplici; e Cass. Sez. Lav., 29 dicembre 2021, nn. 41891, 41889, 41890. Si tenga inoltre conto che, come chiarito da Cass. 25 ottobre 2022, n. 31514, Cass. Sez. Lav., 14 maggio 2020, n. 8948 e Cass. Sez. Lav., 5 marzo 2018, n. 5066, tutte in *DeJure*, anche l'organizzazione del lavoro e le sue modalità di esplicazione, lo *stress* subito per le eccessive ore di lavoro o le vessazioni patite, possono dar luogo ad una malattia professionale indennizzabile dall'Inail.

76 Sulle questioni interpretative che pone la norma cfr., tra gli altri, G. ANZANI, *La prevedibilità del danno: un dibattito aperto*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 60 e ss.

77 Cass. Sez. Lav., 4 dicembre 2020, n. 27913. Cfr. inoltre Trib. Bari 17 gennaio 2023, n. 93, secondo cui, in presenza di condotte vessatorie di colleghi, anche ove non si ravvisi il *mobbing*, è configurabile una violazione dell'obbligo di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore. Del resto, come notato da Cass. Sez. Lav., 20 aprile 2023, n. 10691, in relazione al comportamento dei propri dipendenti sul datore di lavoro incombe una responsabilità *ex art. 2049 c.c.* Per una riflessione sui nuovi "modelli di preposizione institoria" derivanti dalla diffusione delle nuove tecnologie, cfr. E. GUARDIGLI, *La responsabilità ex art. 2049 c.c. e i modelli di lavoro nella rivoluzione digitale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 651

78 Così Cass. Sez. Lav., 7 febbraio 2023, n. 3692. Con la precisazione, contenuta in Cass. Sez. Lav., 7 febbraio 2023, n. 3692 che «non sussiste responsabilità quando i pregiudizi lamentati consistano in meri disagi o lesioni di interessi privi di qualsiasi consistenza e gravità, come tali non risarcibili (Cass., S.U., 22 febbraio 2010, n. 4063; Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972), tenendo presente che la giurisprudenza ha ritenuto che le condizioni ordinariamente usuranti dal punto di vista psichico (Cass. 3028/2013 cit. e, prima Cass. 21 ottobre 1997, n. 10361), per effetto della ricorrenza di contatti umani in un contesto organizzativo e gerarchico, per quanto possano eventualmente costituire fondamento per la tutela assicurativa pubblica (d.P.R. n. 1124/1965 e d.lgs. n. 38/2000, nelle forme della c.d. "costrittività



Il lavoratore sarà ovviamente tenuto a provare la condotta eccedente la tollerabilità, per eccessiva durata o ripetitività e ad allegare quindi l'inadempimento datoriale, evidenziando i relativi fattori di rischio.

Spetterà invece al datore la prova negativa, ovverosia di provare che il danno sia dipeso da causa a sé non imputabile<sup>79</sup>, dovendo dimostrare la normalità, congruità e tollerabilità del comportamento e di aver posto in essere tutti gli adeguati dispositivi di sicurezza atti ad evitare l'evento dannoso, e segnatamente di essersi attenuto a tutte le disposizioni materia di utilizzo corretto e responsabile della strumentazione digitale<sup>80</sup>.

Con la precisazione che per l'accertamento dell'allegato danno e della sua effettiva entità, il giudice può disporre una consulenza tecnica d'ufficio c.d. percipiente volta alla diretta percezione di circostanze di fatto non altrimenti accertabili, che per tale ragione assurge a vera e propria a fonte oggettiva di prova e non già a mero mezzo di valutazione<sup>81</sup>.

Peraltro, secondo una recente pronuncia della Cassazione<sup>82</sup>, in caso di lesione del diritto al riposo, e dunque della personalità, del lavoratore, si apre lo spazio per configurare un'ipotesi di danno non patrimoniale in *re ipsa*, che va tenuto distinto dall'eventuale danno da "usura psico-fisica", conseguenza della mancata fruizione del riposo<sup>83</sup>.

Già da tempo la giurisprudenza<sup>84</sup> ha chiarito che la lesione dell'integrità psicofisica (art. 32 Cost.) e della personalità morale intesa come dignità<sup>85</sup> del prestatore di lavoro (artt. 2, 4, 32

---

organizzativa"), non sono in sé ragione di responsabilità datoriale, se appunto non si ravvisino gli estremi della colpa comunque insiti nel disposto dell'art. 2087 c.c.».

79 Cass. Sez. Lav., 28 febbraio 2023, n. 6008; Cass. Sez. Lav., 15 novembre 2022, n. 33639, secondo cui, ove il datore di lavoro indebitamente tolleri l'esistenza di un rischio ovvero di una condizione di lavoro lesiva della salute, per configurare la responsabilità datoriale è sufficiente che l'inadempimento, imputabile anche solo per colpa, si ponga in nesso causale con un danno alla salute subito dal lavoratore.

80 Cass. Sez. Lav., 25 gennaio 2021, n. 1509.

81 Cfr. Cass. Sez. Lav., 26 febbraio 2013, n. 4792, anche se relativa alla consulenza medico-legale. Potendo peraltro il giudice procedere ad una valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., cfr. da ultimo Cass. Sez. Lav., 11 luglio 2023, n. 1973, in *Diritto & Giustizia*, 2023, 12 luglio 2023; Cass. Sez. Lav., 13 giugno 2023, n. 16844. Per una critica alla tesi che ammette la valutazione equitativa dei danni non patrimoniali, cfr. S. PATTI, *Danno non patrimoniale e valutazione equitativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 1029 e ss.

82 Cass. Sez. Lav., 21 luglio 2023, n. 21934, che richiama sul punto Cass. Sez. Lav., 1° dicembre 2016, n.24563; Cass. Sez. Lav., 14 luglio 2015, n. 14710;

83 In questi termini già Cass. Sez. Lav., 20 agosto 2004, n.16398.

84 Il riferimento d'obbligo è alle c.d. sentenze di "San Martino", Cass., S. U., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, su cui, tra gli altri, si v. i commenti di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite* e R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*, entrambi in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, rispettivamente pp. 486 e 510.

85 Sul punto P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, art. 2087, in P. SCHLESINGER (fondato da), F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 50 e ss.



Cost.) è suscettibile di dare luogo al risarcimento del danno non patrimoniale<sup>86</sup> considerato in tutte le proprie componenti<sup>87</sup>.

Il rimedio risarcitorio è tanto più significativo ove si consideri la sua «natura polifunzionale», in virtù della quale accanto alla «preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria», assolve anche le funzioni «preventiva (o deterrente o dissuasiva)» e «sanzionatorio-punitiva»<sup>88</sup>.

Inoltre, sulla scorta di quanto affermato da una parte della dottrina<sup>89</sup> e della giurisprudenza<sup>90</sup> in relazione all'obbligo di sicurezza, si potrebbe anche ipotizzare un'azione giudiziaria del lavoratore volta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica delle misure di disconnessione.

Tuttavia, se, come è stato notato<sup>91</sup>, l'adempimento in forma specifica potrebbe apparire un'ipotesi remota, può risultare sicuramente più densa di risvolti pratici la facoltà,

86 La stessa Corte Costituzionale (Corte Cost., 15 settembre 2022, n. 205 in *Foro it.*, 2022, 11, I, p. 3192) ha avuto cura di ribadire che, in caso di lesione dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., deve essere sempre garantito il risarcimento dei danni non patrimoniali, giacché tale lesione va ascritta ai «casi previsti dalla legge» ai sensi dell'art. 2059 c.c.

87 Cass. 24 agosto 2023, n. 2519, in *DeJure*, ha recentemente ribadito che nel risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente protetti, occorre rigorosamente valutare tanto l'aspetto interiore del danno (cd. danno morale) quanto il suo impatto modificativo *in peius* con la vita quotidiana (cd. danno esistenziale o danno alla vita di relazione, da intendersi come danno dinamico-relazionale).

88 In questi termini Cass. civ., S.U., 5 luglio 2017, n.16601. Sul punto cfr. ancora M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro*, cit., p. 136 e ss. nonché C. Pisani, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, Relazione, Giornate di Studio Aidlass, Torino, 16-17 giugno 2022, ora in *Lav. dir. Europa*, 2023, n.1, pp. 104 e ss.

89 Cfr. P. ALBI, *La sicurezza sul lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto*, in *Dir. sic. lav.*, 2016, n. 1, p. 90 e ss., il quale osserva criticamente che il «diritto vivente è contrassegnato da un processo di dilatazione qualitativa e quantitativa del danno, sfociato inesorabilmente in una vera e propria metamorfosi funzionale del rimedio risarcitorio, chiamato impropriamente a restituire al diritto del lavoro un decoroso livello di effettività: quello che, invece, solo l'adempimento dell'obbligo di sicurezza può garantire» (96). Analogamente E. GRAGNOLI, *La tutela della persona e delle condizioni di lavoro del prestatore di opere*, in F. CARINCI-E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet, 2010, 34; M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1995, 206 e ss. Con più cautela V. SPEZIALE, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 23/2004, 40, secondo il quale l'esecuzione in forma specifica è ipotizzabile solo laddove l'obbligo sia fungibile, riguardando l'adozione di misure tecniche, ma non ove sia infungibile, incidendo "sugli assetti organizzativi dell'impresa".

90 In giurisprudenza cfr. Cass. 30 luglio 2018, n. 20080; Pret. Torino, 8 febbraio 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 281. Più di recente, sia pure con riferimento al particolare contesto dell'emergenza pandemica, cfr. Trib. Firenze 1° aprile 2020, n. 886; Trib. Bologna 14 aprile 2020; Trib. Firenze 5 maggio 2020, tutte in *www.questione giustizia.it*. Per un commento v. E. DAGNINO, *DPI e lavoro da piattaforma: i primi effetti della disciplina sui rider?*, in *Bollettino ADAPT*, 2020, n. 16.

91 Cfr. G. NATULLO, voce *Sicurezza del lavoro*, in *Enc. dir.*, Ann., vol. IV, Milano, 2011, p. 1080.



comunemente riconosciuta al lavoratore<sup>92</sup>, di esercitare l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. (nonché *ex art.* 44 d.lgs. n. 81/2008) a fronte della mancata garanzia del diritto alla disconnessione, soprattutto laddove emergano rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

### 8.1. (segue) tecniche rimediali al di fuori della disciplina del rapporto di lavoro.

Occorre chiedersi se, al di là del perimetro della disciplina del rapporto di lavoro, la condotta del datore di lavoro che non rispetti i tempi di non lavoro, con continue incursioni nella vita privata del lavoratore, mediante persistenti richieste, contatti telefonici o telematici, etc., possa configurare una qualche forma di illecito.

In tal caso, vengono in rilievo le tutele riconosciute dall'ordinamento generale a tutti i cittadini, e dunque anche ai lavoratori, rispetto a comportamenti molesti di terzi.

Anzitutto, tali comportamenti, ove diano luogo ad una condotta petulante e ripetitiva che interferisca con la quiete e libertà della vittima<sup>93</sup>, potrebbero integrare il reato di molestia o disturbo alle persone previsto dall'art. 660 c.p.<sup>94</sup>.

Nei casi più gravi, ossia quando le condotte assumano addirittura carattere vessatorio o mobbizzante, il comportamento molesto del datore di lavoro può configurare il reato di atti persecutori, più comunemente noto come *stalking*, previsto dall'art. 612-bis c.p.<sup>95</sup>, o, nei casi in cui il lavoratore venga costretto con violenza o minaccia a fare, tollerare od omettere qualcosa, il reato di violenza privata, *ex art.* 610 c.p.<sup>96</sup>. Va altresì segnalato che laddove il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore assuma natura "para-familiare", caratterizzandosi per la sottoposizione all'autorità altrui in un contesto di prossimità permanente, gli atti vessatori possono configurare anche il reato di maltrattamenti contemplato dall'art. 572 c.p.<sup>97</sup>.

È evidente che nella misura in cui si configurino i reati appena elencati, la vittima ha diritto anche al risarcimento del danno subito, a partire dal danno morale<sup>98</sup>.

---

92 Cfr. D. MEZZACAPO, *Eccezione di inadempimento e tutela della salute nei luoghi di lavoro*, in *Lav. prev. oggi*, 2020, n. 7-8, p. 436 ss.; P. ALBI, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, nota a Trib. Ravenna 16 gennaio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, n. 2, p. 443. In giurisprudenza v. Cass. Sez. Lav., 15 ottobre 2021, n. 28353, in *Foro it.*, 2021, n. 11, I, p. 3395 e Cass. Sez. Lav., 29 marzo 2019, n. 8911, in *Ilgiuslavorista.it*, 2019; Cass. Sez. Lav., 19 gennaio 2016, n. 836, in *Riv. giur. lav.*, 2016, n. 2, p. 249, nota di F. STOLFA, *L'exceptio inadimplenti del lavoratore a fronte della violazione degli obblighi di sicurezza: limiti dell'elaborazione giurisprudenziale e supplenza della dottrina*.

93 Così Trib. Chieti, 1° giugno 2018, n. 324, in *DeJure*.

94 Trib. Benevento, 15 dicembre 2016, n. 2346, in *DeJure*, in caso in cui il datore di lavoro aveva pedinato e spiato una propria dipendente. Più di recente per un caso di molestie telefoniche, cfr. Cass. pen., 15 febbraio 2022, n. 23186

95 Cfr. Cass. pen., 18 gennaio 2022, n. 12827, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 3, II, 526; Cass. pen. 14 settembre 2020, n. 31273, in *DeJure*; Trib. Lecce 26 gennaio 2022, n. 3199, in *DeJure*; Trib. Taranto, 7 aprile 2014, n. 176, in *Riv. pen.*, 2014, 7-8, 735.

96 Cfr. Trib. La Spezia, 5 maggio 2011, n. 436, in *DeJure*.

97 Cass. pen. 7 giugno 2018, n. 39920, in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 2, p. 528 e Cass. pen. 13 febbraio 2018, n. 14754, in *Cass. Pen.*, 2018, 11, p. 3771.

98 Trib. Roma, 12 luglio 2000, in *DeJure*, in caso di condanna *ex art.* 660 c.p. a seguito di molestie telefoniche.



Più in generale, sotto il profilo civilistico le condotte moleste tenute al di fuori dell'esecuzione del rapporto di lavoro potrebbero integrare una forma di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.

In caso di configurazione di una responsabilità extra contrattuale, va considerato che l'art. 2056 del c.c. (che estende all'illecito extracontrattuale i criteri di valutazione del danno da inadempimento), non richiama l'art. 1225 del c.c., escludendo, quindi, che l'autore di un fatto illecito possa beneficiare della limitazione ivi prevista; sicché, nell'ambito extracontrattuale sono risarcibili anche i danni imprevedibili sebbene l'agente abbia agito con colpa<sup>99</sup>.

Va, però, considerato che la violazione del diritto al riposo o alla disconnessione del lavoratore deriva comunque dall'esercizio di un potere datoriale che ha fonte nel contratto, sebbene esso venga esercitato al di fuori dei propri limiti di legittimità contrattuale. Pertanto, l'esercizio illegittimo di tale potere potrà configurare in ogni caso un inadempimento contrattuale, dando luogo alla conseguente forma di responsabilità.

In questo contesto appare opportuno ricordare che anche in caso di violazione dell'art. 2087 c.c. la giurisprudenza, pur ritenendo che si configuri anzitutto una responsabilità di natura contrattuale<sup>100</sup>, ammette anche la possibilità di agire in via extracontrattuale<sup>101</sup> e in alcuni casi addirittura il cumulo delle due forme di responsabilità<sup>102</sup>.

## 9. Spunti comparati.

Differentemente dall'ordinamento italiano, in altri paesi sono rinvenibili espresse previsioni in materia di disconnessione al di fuori del lavoro agile, sulla base di due modelli.

99 Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.; Cass. 30 marzo 2005, n. 6725, in *Mass. giur. it.*, 2005; Trib. Bologna 2 ottobre 2015, n. 2828, in *DeJure*. Si deve però osservare che secondo una risalente giurisprudenza (Cass. 19 gennaio 1985, n. 164, in *Mass. giur. it.*, 1985) il criterio della prevedibilità del danno tende a coincidere con quello della regolarità causale, applicato per individuare i casi in cui il danno è causa immediata e diretta dell'inadempimento o dell'illecito ex art. 1223 c.c., così sfumando le distinzioni tra le due forme di responsabilità. Sul punto cfr. A. IULIANI, *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 137.

100 Da ultimo Cass. 24 agosto 2023, n. 25217, in *DeJure*.

101 Cass. 23 marzo 2016, n. 5781, in *Giur. civ. mass.*, 2016.

102 Cass. 11 settembre 2007, n. 19022, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1, p. 185, con nota di Bertone; Cass. 20 giugno 2001, n. 8381, in *Orient. giur. lav.*, 2001, p. 744; Cass. 8 aprile 1995, n. 4078, in *Mass. Foro It.*, 1995, p. 506. In dottrina, cfr. G. PROIA, *Il diritto all'integrità psicofisica*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: Il lavoro privato e pubblico*, VIII ed., Utet giuridica, 2020, p. 1315 ss.; E. GRAGNOLI, *La tutela della persona e delle condizioni di lavoro del prestatore di opere (art. 2087 c.c.)*, in F. CARINCI-E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet, 2010, p. 31; G. NATULLO, *Principi generali della prevenzione e "confini" dell'obbligo di sicurezza*, in M. RUSCIANO-G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, Utet, Torino, 2007, pp. 80-81; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, t. II, in A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 99; A. VALLEBONA, *Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori*, in L. MONTUSCHII (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 213.



Il primo modello è caratterizzato dalla presenza di una fonte legislativa che rimanda alla contrattazione collettiva o ai regolamenti aziendali le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione in capo ai lavoratori. Il riferimento è all'ordinamento francese ed in particolare al n. 7, L. 2242-17 del *Code du travail*, così come modificato dalla *Loi travail* del 2016, che ha imposto alle imprese di definire, mediante la contrattazione collettiva obbligatoria concernente la qualità della vita del lavoro, le modalità che garantiscano al prestatore il diritto alla disconnessione e la regolazione da parte dell'impresa dell'utilizzo delle strumentazioni digitali, al fine di assicurare i tempi di riposo e di vita personale.

Infatti, l'ordinamento legislativo si limita a delineare le aspirazioni teleologiche del diritto alla disconnessione (primo periodo del n. 7, L. 2242-17), ponendo un doppio vincolo finalistico alla sua definizione: uno volto alla fornitura di strumentazioni adeguate a garantirlo ed uno volto al rispetto dell'orario di lavoro e della vita privata, con conseguente necessario ristoro delle energie psico-fisiche del lavoratore. Non basta, infatti che vi siano dispositivi idonei a garantire la disconnessione al di fuori dell'orario di lavoro (*hors travail*). È parimenti necessario che tali strumenti garantiscano al lavoratore un benessere tale da favorire il godimento dei beni giuridici indicati dalla norma<sup>103</sup>. Tali parametri orientano le parti sociali nella definizione della portata precettiva del diritto alla disconnessione, configurando un diritto a geometria variabile<sup>104</sup>, con diversi livelli di coinvolgimento<sup>105</sup> e responsabilità in base al contesto aziendale di applicazione.

Pertanto, l'apparato normativo francese demanda appunto alla contrattazione collettiva di settore o aziendale la compiuta definizione del contenuto obbligatorio di tale diritto<sup>106</sup>.

In mancanza di un accordo collettivo<sup>107</sup>, il secondo periodo del n. 7 del L. 2242-17 del *Code du travail* stabilisce che il datore di lavoro debba elaborare una carta d'impresa (*charte d'entreprise*), "sentito il comitato sociale ed economico<sup>108</sup>". Tale carta formalizza precisi valori, diritti e regole di condotta<sup>109</sup>. Tuttavia, in ragione del venir meno del carattere negoziale, non è del tutto chiara la sua reale portata giuridica. Per un verso, vi è chi sostiene che tale documento integri il regolamento disciplinare<sup>110</sup>, ciò conferirebbe alle disposizioni ivi contenute un carattere inderogabile, mentre per altri interpreti si tratterebbe di una mera dichiarazione di intenti da parte del datore di lavoro<sup>111</sup>.

103 J. E.-RAY, *Actualité des TIC - Tous connectés, partout, tout le temps?*, in *Droit Social*, 2015, n. 6, p. 516.

104 L. GRATTON, *Révolution numérique et négociation collective*, in *Droit Social*, 2016, n. 12, p.1053.

105 F. FAVENNEC-HÉRY, *Qualité de vie au travail et temps de travail*, in *Droit social*, 2015, n. 2, p. 113.

106 R. SANTAGATA DE CASTRO-P. MONDA, *Presentazione*, in EAD. (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, in *Quad. dir. lav. merc.*, vol. 13, Esi, Napoli, 2022, p. 18.

107 Nel caso in cui il datore di lavoro si sottragga completamente all'obbligo di contrattazione collettiva previsto per le materie concernenti la qualità della vita del lavoro è prevista una sanzione penale pari ad un anno di reclusione e un'ammenda di euro 3.750,00 (Artt. L. 2242-1, L.2243-1, L.2243-2).

108 Il comitato sociale ed economico (*comité social et économique*) è un organo rappresentativo endoaziendale facoltativo, previsto per le aziende che impiegano più di 11 dipendenti.

109 L. MOREL, *Le droit à la déconnexion en droit français*, in *Labour&Law Issues*, 2017, n. 1, p. 5.

110 C. MATHIEU, *La droit à la déconnexion : une chimère? Pas de droit à la déconnexion (du salarié) sans devoir de déconnexion (de l'employeur)*, in *Revue de droit du travail*, 2016, n. 10, p. 594.

111 J. E.-RAY, *Grande accélération du droit du travail*, in *Droit social*, 2016, n. 11, p. 919.



Infine, non è presente alcuna restrizione soggettiva del campo d'applicazione del diritto alla disconnessione, poiché la norma si rivolge a tutti i lavoratori subordinati (*salariés*)<sup>112</sup> impiegati in azienda, non solo a quelli impiegati in modalità di lavoro agile o telelavoro.

Nondimeno, la disciplina francese sin qui descritta non contempla tutte le imprese, bensì solo quelle che impiegano 50 o più dipendenti.

Per quanto concerne le imprese di minori dimensioni, non vi è una norma che preveda espressamente un accordo collettivo in tal senso. Secondo alcuni autori si tratta di una lacuna apparente<sup>113</sup> perché l'*article* L. 3121-64 del *Code du travail* prescrive di stipulare un accordo individuale atto a disciplinare un complessivo monte di ore e giorni lavorativi durante l'anno, all'interno del quale sarebbe possibile, attraverso la libera autodeterminazione delle parti, individuare un diritto alla disconnessione *lato sensu* inteso. Si è al contempo sottolineato che la stipulazione di un accordo integrativo dotato di un tale livello di definizione, tuttavia, potrebbe realisticamente essere appannaggio solo di lavoratori dotati di un potere negoziale di un certo rilievo (es. dirigenti)<sup>114</sup>.

Il dettato normativo francese offre l'occasione per operare un'ulteriore riflessione in relazione al confine tra diritto alla disconnessione e diritto al riposo, che secondo parte della dottrina francese sono tesi alla protezione di beni giuridici diversi<sup>115</sup>, seppur intimamente connessi, ossia rispettivamente il diritto ad una vita privata familiare e il diritto alla salute. Nel n. 7 della L. 2242-17 del *Code du travail* è sancito come non vi sia identità tra i due, bensì come il primo sia teso alla garanzia dell'effettività del secondo<sup>116</sup>. In tal senso anche la Suprema Corte d'Oltralpe<sup>117</sup>, già vent'anni fa, sottolineava come durante il godimento del periodo di riposo, il lavoratore dovesse essere totalmente esonerato, direttamente o indirettamente, dallo svolgimento dell'attività lavorativa in qualunque forma.

Anche la legislazione giuslavoristica belga (artt. 15-17 L. 26 marzo 2018) è un esempio di rinvio alla negoziazione collettiva, nella parte in cui impone di stipulare con il *Comité pour la*

11 L. MOREL, *op cit.*, 6.

112 M. TUFO, *Il télétravail in Francia tra modelli "partecipativi" e finalità emergenziali*, in R. SANTAGATA DE CASTRO- P. MONDA (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, cit., p. 271.

113 S. MICHEL, *La déconnexion du salarié: entre droit de retrait et retrait d'un droit*, *Gazette du Palais*, 2018, n. 222, p. 8; I. AYACHE-REVAH-A. GALVA, *Garantir l'efficacité du droit à la déconnexion, entre obligation et utopie*, in *CDRH*, 2017, n. 245, p. 2.

114 S. MICHEL, *op. cit.*, 8.

115 G. LOISEAU, *La déconnexion, Observations sur la regulation du travail dans le nouvel espace\_temps des entreprises connectées*, in *Droit social*, 2017, n. 5, p. 463.

116 L.MOREL, *op. cit.*, p. 8; ma già F. FAVENNEC-HÉRY, *Le temps de repos: une nouvelle approche de la durée du travail*, in *RJS*, 1999, n. 12, p. 819.

117 Soc, 10 juillet 2002, n° 00-18452, Bull V n° 238.



*Prevention et la Protection au Travail*<sup>118</sup> un accordo sull'uso degli apparecchi tecnologici e sul diritto alla disconnessione<sup>119</sup>.

L'impianto normativo del 2018, inizialmente a vocazione generalista per tutti i dipendenti e datori di lavoro del settore privato, è stato in seguito novellato dalla l. 3 ottobre del 2022.

In primo luogo, a differenza del passato, si è sancito che l'obbligo di concludere un accordo collettivo aziendale concernente il diritto alla disconnessione riguarda i datori di lavoro che impieghino almeno 20 lavoratori (subordinati) in azienda, e che in difetto di un simile accordo, tale previsione debba comunque essere integrata all'interno del regolamento disciplinare aziendale (nuovo art. 16). Al di sotto di tale soglia dimensionale, invece, la legislazione belga non prevede alcuna garanzia<sup>120</sup>, ma la materia può essere parimenti regolamentata da un contratto collettivo nazionale di categoria<sup>121</sup>.

In secondo luogo, vengono ulteriormente specificati i requisiti minimi per soddisfare, laddove sia tutelato, il diritto alla disconnessione mediante contratto collettivo o regolamento (nuovo art. 17). Questi concernono le modalità pratiche che garantiscono il diritto a non essere contattati al di fuori dell'orario di lavoro, le istruzioni relative all'utilizzo cosciente delle strumentazioni digitali, idonee a garantire il diritto al riposo, e la realizzazione di corsi di formazione e campagne di sensibilizzazione aziendali in materia. Il margine definitorio demandato alla contrattazione collettiva appare molto più ristretto rispetto all'ordinamento francese, essendo tracciati dalla legge degli *standard* essenziali per la completa protezione del diritto alla disconnessione.

Una più compiuta definizione del diritto alla disconnessione è stata invece introdotta con l'*arrêté royal du 2 décembre 2021*<sup>122</sup> per i lavoratori impiegati nel settore pubblico. In questo ambito, esso è definito come il diritto a non essere contattati al di fuori dell'orario di lavoro, se non per ragioni di straordinaria urgenza, dando una precisa collocazione temporale al diritto alla disconnessione, tendenzialmente coincidente con il periodo di riposo.

---

118 Nella legislazione belga, per comitato per la prevenzione e la protezione sul lavoro si intende un organo elettivo che viene votato da tutti i lavoratori in occasione delle elezioni sociali, in tutte le aziende che occupano almeno 50 dipendenti. Ai sensi dell'*article. II.7-1 du Code du bien-être au travail*, se non viene eletto alcun comitato, la delegazione sindacale in azienda assume il ruolo di comitato. Se anche questa non è presente, il datore di lavoro deve consultare direttamente i lavoratori in relazione ai temi che interessano il benessere sul posto di lavoro.

119 D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1, 2017, p.7; M. BIASI, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 2, p. 400; E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, n. 4, p. 1024.

120 V. DE GREEF, *Déconnexion au travail, de la soft law vers la hard law en Belgique*, in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2023, n. 1, p. 246.

121 *Avis du Conseil d'Etat*, n°71.165/1, 20 aprile 2022, n. 2810/001, 302.

122 *Arrêté royal du 2 décembre 2021*, 1. «Le droit a la deconnexion ou une garantie relative à une intervention minimale pendant le temps libre dans le respect du temps de travail, du télétravail, des périodes de repos et de l'équilibre entre le travail et la vie privée».



Di particolare interesse risulta il quadro normativo spagnolo, che con la *Ley Orgánica* n. 3/2012 offre una regolamentazione dei c.d. diritti digitali del lavoro<sup>123</sup>, tra cui quello alla disconnessione<sup>124</sup>.

La norma riconosce cittadinanza universale al diritto alla disconnessione, legandolo a doppio filo alla protezione dei dati personali, sia pure entro il contesto del lavoro subordinato (*trabajadores en el ámbito laboral*), con riferimento all'esercizio dei poteri del datore di lavoro (*empleador*).

Il riconoscimento del diritto alla disconnessione, infatti, si colloca entro il contesto del più generale riconoscimento del diritto alla protezione della riservatezza del lavoratore nell'utilizzo dei dispositivi digitali posti a sua disposizione dal datore di lavoro (art. 87). Dunque a monte di ogni riflessione sulla disconnessione, il datore di lavoro che fornisca dispositivi digitali a (qualsiasi) lavoratore subordinato è vincolato al rigoroso rispetto dei principi di necessità e adeguatezza<sup>125</sup>, nei ristretti limiti del controllo dell'adempimento della prestazione di lavoro e della garanzia di integrità dei dispositivi, e ha l'obbligo di determinare criteri di utilizzo dei dispositivi con la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori.

Nel merito del diritto alla disconnessione digitale (art. 88), la *Ley Orgánica* non ne detta una definizione legale, ma ne circoscrive l'applicazione di tale diritto all'infuori dall'orario di lavoro con l'espressa finalità di garantire tanto il tempo di riposo, di fruizione dei permessi e delle ferie, quanto di garantire la riservatezza personale e familiare.

Allo stesso modo, le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione sono orientate al potenziamento della conciliazione tra il lavoro e la vita familiare e personale per tutti i lavoratori subordinati<sup>126</sup>, tenendo conto *della natura e dell'oggetto del rapporto di lavoro*.

L'individuazione di tali modalità di esercizio dovrà rispettare quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dagli accordi di impresa (principio di sussidiarietà): per tale motivo alla contrattazione collettiva è demandata in ultima istanza la compiuta definizione del diritto alla disconnessione.

Ma anche in assenza di previsioni, la legge prevede che il datore di lavoro, previa audizione dei rappresentanti dei lavoratori, elabori una *policy* interna relativa alle modalità di disconnessione, che comprenda azioni di formazione e sensibilizzazione del personale per un

123 F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador*, in *Revista Trabajo y Derecho*, 2019, n. 59, p. 16 ss.; J.C. GARCÍA QUIÑONES, *Diritto europeo e comparato – Il nuovo regolamento dei diritti digitali nel diritto del lavoro spagnolo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 4, p. 167.

124 R. AGUILERA IZQUIERDO-R. CRISTÓBAL RONCERO, *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión digital*, in AA.VV., *Conferencia Nacional Tripartita OIT. El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, OIT, Madrid, 2017, p. 334 ss.; C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, A. FOLGOSO OLMO, *En torno a la desconexión digital*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 2, p. 233; J. GIL PLANA, *Configuración legal del derecho a la desconexión digital*, in J.P. MALDONADO MONTOYA-I. MARÍN MORAL-A. V. SEMPERE NAVARRO, *La reordinación del tiempo de trabajo*, BOE, Madrid, 2022, p. 433 ss.

125 Allo stesso modo è strettamente vincolato il ricorso a dispositivi di geolocalizzazione (art. 90).

126 Le disposizioni sono sostanzialmente replicate nella disciplina sul lavoro a distanza (*Ley* n. 10/2021, artt. 17-18), con qualche precisazione di rilievo, come il chiaro riconoscimento di un dovere di disconnessione in capo al datore di lavoro.



uso ragionevole degli strumenti di lavoro, con particolare attenzione al rischio del c.d. tecnostress<sup>127</sup> (*fatiga informatica*).

Un secondo modello, tipico del sistema tedesco e austriaco, ha come esclusiva fonte del diritto alla disconnessione la contrattazione collettiva, il cui ambito di applicazione riguarda la generalità del personale e quindi senza alcuna restrizione a favore dei lavoratori agili. Entro tale sistema, l'accordo Volkswagen del 2011 prevede lo spegnimento dei *server* aziendali nelle ore notturne; l'accordo Daimler del 2013 la cancellazione automatica delle comunicazioni pervenute durante il periodo di disconnessione; l'accordo BMW del 2014 riconduce entro il tempo di lavoro l'attività di risposta alle mail svolta durante l'orario "offline"<sup>128</sup>.

In altri ordinamenti, infine, la disconnessione non trova tutela né riconoscimento come diritto, come in quello polacco, dove però sono riconosciute maggiori garanzie rispetto all'orario di lavoro, che anche in caso di lavoro a distanza non è mai riconosciuto come determinabile autonomamente dal lavoratore<sup>129</sup>.

## 10. Riflessioni conclusive

Nel corso dell'esposizione si è avuto modo di analizzare l'esistenza nel diritto vigente di un sostrato giuridico, europeo e nazionale, che non pare limitato ad assicurare la fruizione del diritto di riposo, bensì molto più complesso ed eterogeneo di quanto una prima lettura della disposizione sembrerebbe consentire, teso a garantire la dignità del lavoratore<sup>130</sup>, la sua libertà personale e la sua dimensione familiare.

Se, dunque, il diritto alla disconnessione trova connessioni profonde all'interno di e in relazione a principi universali di tutela, talora antecedenti di decenni la nascita del fenomeno del c.d. *smart working*, appare ogni giorno più irragionevole circoscrivere il riconoscimento del diritto e delle relative tutele al solo lavoro subordinato in forma agile<sup>131</sup>, come già suggeriscono alcune avvedute soluzioni nella contrattazione collettiva. Parimenti, sembra irragionevole circoscriverlo al solo lavoro subordinato, perché questo diritto fondamentale inerisce direttamente la tutela della dignità della persona che lavora, dunque attiene all'universo

127 C. BROD, *Technostress: the human cost of computer revolution*, Basic Books, 1984.

128 M. BIASI, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 2, p. 400.

129 Ł. PISARCZYK, *La Polonia alla ricerca di un quadro giuridico appropriato per il lavoro a distanza*, in R. SANTAGATA DE CASTRO-P. MONDA (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, cit., 178, prefigurando tuttavia importanti modifiche *de iure condendo*.

130 In questo senso, già G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders*, in *Labor*, 2022, n. 1, p. 5 ss.

131 Come riconoscono anche A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disuguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9, p. 173: «se il LA costituisce, senza dubbio, l'ambito elettivo della disconnessione, ormai anche per il lavoro in presenza si pone un problema di disconnessione»; e analogamente M. FERRARESI, *Problemi irrisolti dei tempi di disponibilità e reperibilità dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 2, p. 444.



mondo del lavoro, e potrebbe concernere di frequente tutti i rapporti contrassegnati dal carattere della continuità, che anche in questo appaiono meritevoli di tutela<sup>132</sup>.

Lo stesso riconoscimento della disconnessione come mero diritto può risultare poco adeguato ad assicurare tutela in termini giuridici, perché riconoscere esclusivamente la libertà del lavoratore di disconnettersi in assenza di pregiudizi non esprime adeguatamente il dovere di protezione che, già in forza dei più elementari obblighi di tutela della salute e di garanzia del riposo del lavoratore, dovrebbe gravare in capo al datore di lavoro. Se, del resto, si riconosce la disconnessione come misura di sicurezza, affidarne l'individuazione e l'attuazione al lavoratore non risulta la soluzione conforme all'obiettivo.

Questa prospettiva è altamente assonante rispetto alla disciplina sulla protezione dei dati personali – in linea con le chiare opzioni seguite in altri ordinamenti europei – con la quale la disconnessione può condividere incidentalmente obiettivi e tecniche, esattamente come si osserva rispetto alla disciplina dei riposi.

Queste stesse considerazioni assumono particolare pregnanza nell'approccio giuslavoristico al Metaverso, esempio di luogo di lavoro privo di fisicità spaziale e territoriale, al quale il lavoratore può accedere per mezzo di un *avatar*, che certamente può suscitare, tra le varie preoccupazioni applicative, anche quella di assicurare l'effettiva disconnessione del lavoratore chiamato ad utilizzarlo, particolarmente sentita a fronte della sua immersione virtuale in un'esperienza innaturale e persistente, parallela alla realtà fisica<sup>133</sup>.

I tempi sembrano pertanto ogni giorno più maturi per prevedere con apposito intervento legislativo specifiche tutele a favore di tutti i lavoratori contattabili con strumenti tecnologici<sup>134</sup>.

---

132 Secondo l'intuizione da tempo elaborata nelle conclusioni dell'opera di G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979.

133 Condivisibilmente M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori - il rapporto individuale di lavoro*, cit., p. 59, in «analogia al lavoro agile». Cfr. anche V. MAIO, *Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video)gioco*, in *Lab. law issues*, 2022, vol. 8, n. 2, p. 51 ss.; M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso*, in *Lav. dir. Europa*, 2023, n. 1, p. 11; F. LAMBERTI, *Il metaverso: profili giuslavoristici tra rischi nuovi e tutele tradizionali*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 4, p. 224.

134 S. CAIROLI, *Tempi e luoghi*, cit., 2020, p. 277 ss.; P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9, p. 124.



# LA ÚLTIMA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: UNA VUELTA AL PASADO

**Javier Thibault Aranda**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo nell'Universidad Complutense de Madrid*

**Abstract [It]:** l'autore analizza l'ultima riforma del lavoro in Spagna, che, in un contesto di transizione ecologica e digitalizzazione, tenta di "modernizzare" il sistema giuridico della contrattazione collettiva in Spagna, gravato dalla mancanza di dinamismo e dalla povertà dei suoi contenuti. «Modernizzazione» è la parola che si ripete più volte nel Preambolo del Regio Decreto legge 32/2021, del 28 dicembre, sulle misure urgenti per la riforma del lavoro, la garanzia della stabilità dell'occupazione e la trasformazione del mercato del lavoro, per giustificare cambiamenti giuridici riguardante la contrattazione collettiva. Tuttavia, un'analisi attenta dei presunti sviluppi rivela che in fondo siamo di fronte ad un ritorno al passato. Il «nuovo» quadro giuridico ha poca originalità, perché ricorre a formule e meccanismi del passato e, in molti casi, falliti.

**Abstract [En]:** *the author analyzes the latest labor reform in Spain, which in a context of ecological transition and digitalization, tries to «modernize» the legal system of collective bargaining in Spain, burdened by the lack of dynamism and poverty of its contents. «Modernization» is the word that is repeated most times in the Preamble of Royal Decree-Law 32/2021, of December 28, on urgent measures for labor reform, the guarantee of stability in employment and the transformation of the labor market, to justify legal changes regarding collective bargaining. However, a careful analysis of the supposed developments reveals that basically we are facing a return to the past. The «new» legal framework has little originality, since it resorts to past and, in many cases, failed formulas and mechanisms.*

**SUMARIO:** 1. Introducción. - 2. La reforma laboral de 2010. - 3. La reforma laboral de 2011. - 3.1. La nueva regulación de la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios colectivos - 3.1.1. El reconocimiento de la prioridad aplicativa -relativa- del convenio de empresa frente al sectorial. - 3.1.2. La limitación de la posibilidad de «afectar» los convenios de ámbito estatal a los convenios negociados en el ámbito de una Comunidad Autónoma. - 3.2. La nueva regulación de la denuncia y la ultraactividad. - 3.2.1. Nuevo contenido mínimo del convenio colectivo: plazos para denunciar y negociar y sometimiento a los sistemas de mediación y arbitraje para resolver las situaciones de bloqueo. - 3.2.2. Promoción de los sistemas de mediación y arbitraje para resolver las discrepancias durante la renegociación del convenio colectivo. - 3.3. La comisión paritaria del convenio colectivo sectorial como mecanismo de desbloqueo en el "descuelgue". - 4. La reforma



laboral de 2012. - **4.1.** La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa deviene imperativa. - **4.2.** La limitación de la “ultraactividad” del convenio colectivo. - **4.3.** El arbitraje obligatorio como solución a las situaciones de bloqueo en las negociaciones del “descuelgue”. - **5.** La reforma laboral de 2021. - **5.1.** Retroceso de la prioridad aplicativa del convenio de empresa. - **5.2.** La recuperación de la ultraactividad indefinida. - **5.3.** Contratas y negociación colectiva. - **6.** Valoración crítica de la última reforma laboral.

## 1. Introducción.

En España, al igual que en otros países de nuestro entorno, la crisis económica y financiera de 2008 trajo consigo reformas laborales. En el caso español, la gravedad de la situación económica y su incidencia en el mercado de trabajo obligó a acometer modificaciones del marco legal hasta en tres ocasiones. En 2010<sup>1</sup> y 2011<sup>2</sup>, con gobiernos socialistas, y en 2012<sup>3</sup>, con un gobierno conservador. Son reformas que, a pesar del distinto signo político, comparten el diagnóstico, el objetivo y algunas de las soluciones.

Son reformas motivadas por la misma crisis y que se enfrentan a la principal debilidad del mercado laboral español: la volatilidad del empleo<sup>4</sup>. En España la evolución del empleo se muestra históricamente mucho más sensible a la fase del ciclo económico que en otros países. Algo que resulta muy evidente si se compara, por ejemplo, con Italia, pues en la crisis de 2008 a iguales niveles de caída del PIB, en España se destruyeron casi cuatro millones de puestos de trabajo y en Italia «sólo» un millón y pico. Pero el problema no es sólo la destrucción de empleo y la alta tasa de paro. Junto a ello está la elevada temporalidad. Cualquiera que se detenga a observar la evolución de la contratación desde mediados de los años ochenta comprobará que son las dos caras de la misma moneda. Las empresas recurren a la contratación temporal y los despidos para hacer frente a las oscilaciones recurrentes de la economía. En las fases expansivas las empresas contratan masivamente trabajadores temporales y en las de contracción prescinden de esos mismos empleados. Lo que explica que cuando un indicador mejora el otro empeora y viceversa. Es decir, el mercado de trabajo español nunca funciona correctamente. A esto hay que unir la dualización del mercado de trabajo, porque el desempleo y la temporalidad no afectan por igual a todos los colectivos, sino

---

1 Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante RD-ley 10/2010), posteriormente sustituido por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

2 Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (en adelante RD-ley 7/2011).

3 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante RD-ley 3/2012), posteriormente sustituido por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

4 Lo que en el Preámbulo del RD-ley 10/2020 se describe como una «elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico que se ha venido poniendo de manifiesto en nuestro país, lo que hace que crezca mucho en las fases expansivas pero que se destruya con igual o mayor intensidad en las etapas de crisis».



que golpean en mayor proporción a mujeres y a jóvenes. Un bucle de destrucción de empleo y precariedad absolutamente irracional en términos de eficiencia del mercado de trabajo, además de reprobable en términos de equidad.

La causa de tales desequilibrios es igualmente conocida y se explicita en la Exposición de Motivos de las sucesivas reformas. «A diferencia de lo que sucede habitualmente en otros países, los ajustes no se producen incidiendo sobre los salarios o sobre la jornada de trabajo, sino a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa, más traumáticas, como el despido»<sup>5</sup>. La razón es que la «flexibilidad interna» constituye una auténtica quimera para las empresas, es decir, aquello que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo. Porque, aunque resulte paradójico, en España siempre ha sido más fácil despedir - aunque a veces fuera muy caro- que reducir la jornada o congelar salarios. De ahí que el objetivo también fuera compartido por las tres reformas: facilitar el recurso a los instrumentos de flexibilidad interna como alternativa al despido<sup>6</sup>. Lo que quiero trasladar al lector es que la reforma laboral de 2012 no rompe con la línea reformista emprendida por las reformas precedentes. La diferencia está en la intensidad -radicalidad para algunos- de los cambios. Lo que hace en muchos aspectos es dar el paso que las anteriores no se atrevieron a dar. De hecho, se llega a afirmar que las reformas de 2010 y 2011 fueron un ensayo general de la de 2012.

Otra cosa es que la aprobación de la reforma laboral de 2012 suscitara desde un principio el rechazo de sindicatos, partidos de izquierda y parte de la doctrina académica, que ven en ella una estrategia para incrementar el poder de decisión unilateral del empleador, debilitar la negociación colectiva y devaluar y precarizar el empleo. Razón por la cual, los sindicatos convocarán inmediatamente una huelga general y el partido socialista -que acababa de perder las elecciones- planteará incluso un recurso de inconstitucionalidad. La reforma de 2012 recibirá, sin embargo, todos los «parabienes» del Tribunal Constitucional, al superar el test de constitucionalidad en dos sentencias (SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero) y seguirá plenamente vigente durante casi diez años, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante RD-ley 32/2021).

En contra de lo inicialmente previsto, el RD-ley 32/2021 no deroga ni mucho menos la reforma de 2012. De hecho, es más lo que permanece que lo que desaparece. Probablemente por decisión de las instituciones europeas, firmes defensoras de la reforma laboral de 2012 y

---

5 Exposición de Motivos del RD-ley 7/2011.

6 Concretamente, en el Preámbulo del RD-ley 10/2010 se argumenta la necesidad de «reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas», mientras que en el Preámbulo del RD-ley 3/2012 se incide en la necesidad de establecer «un sistema que genera incentivos adecuados», para que «las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada».



de sus consecuencias. Ahora bien, como ha señalado la doctrina, algo de derogación sí hay y es precisamente en lo relativo a la negociación colectiva. Lo que quiero significar con todo lo anterior es que, como se comprobará al final, la reforma laboral de 2021 es precisamente en esta parte una contrarreforma. Razón por la cual, se procede a continuación a analizar, brevemente, los aspectos más destacables de las reformas de 2010, 2011 y 2012, en materia de negociación colectiva, para poder entender, con posterioridad, el alcance de los relevantes cambios introducidos por parte del RD-ley 32/2021. No se puede comprender lo que aporta esta última reforma sin conocer lo que había antes. Trataré, eso sí, de ser lo más conciso posible al referirme a esas otras reformas, reservando mi opinión o valoración crítica para la reforma laboral de 2021.

## 2. La reforma laboral de 2010.

La reforma laboral de 2010 - como tantas anteriores - pretendía atemperar la extraordinaria sensibilidad del empleo al ciclo económico, debida, según se declara en la Exposición de Motivos, a «un significativo peso de los trabajadores con contrato temporal» y «un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas». Razón por la cual, las medidas incluidas en esta norma se dirigen a lograr tres objetivos fundamentales.

Primero, reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, básicamente limitando y encareciendo la contratación temporal. Segundo, reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada.

Tercero, elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a la política de bonificaciones y mecanismos de intermediación laboral.

Como puede observarse la reforma laboral de 2010 no incide sobre el sistema de negociación colectiva. ¿La razón? Se explicita en la propia Exposición de Motivos: el Gobierno decidió respetar el periodo de negociaciones que habían iniciado sindicatos y patronal para tratar de consensuar los cambios en materia de negociación colectiva<sup>7</sup>.

Ahora bien, que el RD-ley 10/2010 no tuviera entre sus fines la reforma del modelo legal de negociación colectiva, no significa que no llevara a cabo algunas modificaciones que afectaron a su régimen jurídico y a los productos de la misma. Por una parte, amplió las materias negociables por convenio mediante remisiones legales realizadas a tal efecto. Por otra, alteró sustancialmente el régimen legal del descuelgue. Me refiero a un recurso previsto en el Estatuto de los Trabajadores para dejar de aplicar el régimen salarial del convenio cuando la estabilidad económica de la empresa pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación. Una posibilidad que en teoría existía desde la reforma laboral de 1994.

En concreto, conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores -tras la Ley 11/1994- los colectivos supraempresariales eran los responsables de establecer las condiciones y procedimiento para la inaplicación. A lo que se añadía que, si el convenio colectivo no incluía cláusula de descuelgue, la empresa podía descogarse si alcanzaba un

---

<sup>7</sup> La Disposición Adicional única del Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012 dispuso que las partes signatarias iniciarían, a partir de su firma y durante un periodo de seis meses, una negociación bipartita, entre otras materias, sobre la negociación colectiva.



acuerdo con la representación legal de los trabajadores, así como que si surgían discrepancias en la negociación podían tratarse en la comisión paritaria del convenio -órgano integrado por representantes de la organizaciones sindicales y empresariales firmantes del convenio colectivo encargado de la administración del mismo-. Es decir, como principio general se estableció que fuera el propio convenio colectivo el que determinara cuándo y cómo descolgarse y por si acaso el convenio nada decía se reguló un procedimiento alternativo. De un modo u otro, lo que se posibilitaba era la devaluación salarial como alternativa a la extinción de los contratos.

La realidad, sin embargo, es que tres lustros después el descuelgue seguía sin tener aceptación, ni, por ende, aplicación. De forma muy resumida y simplificando mucho, porque las cláusulas de los convenios exigían pérdidas prolongadas para poder inaplicar el convenio. Los requisitos establecidos en la negociación colectiva eran tan restrictivos, que el descuelgue muchas veces llegaba tarde. De otra parte, porque allí donde no había cláusula de inaplicación o descuelgue, a menudo tampoco se alcanzaban acuerdos, ni en la empresa, ni en la comisión paritaria, por razones diversas, desde el rechazo de los representantes de los trabajadores a cualquier tipo de ajuste en las condiciones de trabajo, hasta la percepción por parte de las organizaciones sindicales y empresariales de que podía dar lugar a situaciones de competencia desleal.

Ante el escaso uso de este mecanismo que se configura como una alternativa al despido, en 2010 el Gobierno decide intervenir para, según se dice en la Exposición de Motivos, «favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de régimen salarial establecido afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo». Básicamente, sustituye la remisión a la negociación colectiva por un procedimiento estrictamente legal. Conforme a la nueva redacción del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET-:

Primero, la decisión sobre la inaplicación corresponde a la empresa y a los representantes de los trabajadores. En concreto, «por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en esta Ley, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma». Un acuerdo de inaplicación que deberá contemplar, además de la retribución a percibir, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo, sin que en ningún caso dicha inaplicación pudiera superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración.

Segundo, se articula una solución para el caso de que en la empresa no existan representantes legales de los trabajadores con quienes negociar. Lo cual es muy corriente en España, dado que es un país de pequeñas y medianas empresas. En concreto, en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores, los trabajadores podrán atribuir su representación para la celebración de este acuerdo de empresa a una comisión *ad hoc* integrada



por tres trabajadores de la propia empresa elegidos en asamblea o a una comisión de igual número de componentes designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa<sup>8</sup>.

Por último, se potencia la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias establecidos a través de la negociación colectiva. En concreto, para superar las posibles situaciones de bloqueo el nuevo art. 82.3 ET impone a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico establecer los procedimientos adecuados para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante. A lo que se añade dentro del art. 85.3 ET, sobre contenido mínimo del convenio, una nueva letra c), en virtud de la cual a partir de ese momento los convenios deberán incluir obligatoriamente «procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3».

### 3. La reforma laboral de 2011.

En 2011, después de casi un año de negociaciones entre los agentes sociales y tras constatarse que no alcanzarían un acuerdo sobre la reforma de la negociación colectiva, el Gobierno aprueba el RD-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (en adelante RD-ley 7/2011). Un sistema de negociación colectiva que prácticamente no había cambiado desde la aprobación del texto inicial del Estatuto de los Trabajadores en 1980 y que tras más de tres décadas de funcionamiento mostraba evidentes signos de agotamiento. Presentaba - en palabras del legislador - «unas disfunciones que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales»<sup>9</sup>. Problemas que se detallan en la propia Exposición de Motivos y que reflejan con bastante fidelidad el estado de la negociación colectiva en España, aun hoy.

Primero están las ineficiencias que tienen que ver con la estructura de la negociación colectiva, entendida como la ordenación de las relaciones entre la pluralidad de unidades de negociación existentes. «Por un lado, está la ‘atomización’ de la negociación colectiva». Existe «un muy elevado número de convenios colectivos, con ámbitos de aplicación reducidos y fragmentados» y «paradójicamente también vacíos de cobertura, esto es, «el grado de cobertura de la negociación colectiva no alcanza a la totalidad de los trabajadores». Si en Italia la negociación colectiva se sustenta básicamente en dos niveles, nacional de sector y empresa, en España la estructura se encuentra mucho más dispersa, pues se añaden los convenios sectoriales de Comunidad Autónoma -región- y provinciales -que en algunos sectores tienen todo el protagonismo-. Junto a ello, está «la desvertebración de la negociación colectiva». A menudo la unidad de negociación se configura como un espacio cerrado y autosuficiente, sin conexión con los demás convenios. No hay un reparto de materias, en función de los niveles, sino una superposición -por no decir repetición- de contenidos. Lo que paradójicamente

---

<sup>8</sup> La doble vía se incorpora en la Ley 35/2010, pues el RD-ley 10/2010 sólo contemplaba la comisión sindicalizada.

<sup>9</sup> Preámbulo del RD-ley 7/2011.



contrasta con la pobreza de los mismos y la escasa capacidad innovadora por parte de los negociadores.

Un segundo grupo de problemas de la negociación colectiva tiene que ver con la falta de agilidad y dinamismo de la negociación colectiva, en particular cuando finaliza la vigencia pactada de los convenios colectivos. «Nuestro modelo de negociación colectiva tiene dificultades para ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquella en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica». «Una vez denunciado el convenio, las partes tardan en empezar a negociar, las negociaciones se dilatan en el tiempo y se producen situaciones de paralización y bloqueo». Lo que supone que «las condiciones de trabajo pactadas en el convenio anterior se prolongan en el tiempo sin ser renovadas, sin ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas, lo que termina por producir perjuicios tanto a las empresas como a los trabajadores».

En tercer lugar, «el sistema de negociación colectiva presenta otros problemas relacionados con quienes negocian los convenios colectivos». Está la obsolescencia de las reglas de legitimación que no contemplan las nuevas realidades empresariales, como los grupos de empresa y las agrupaciones de empresas vinculadas por razones productivas u organizativas.

Partiendo de esos objetivos, la arquitectura de la reforma de 2011 se asentó sobre tres ejes básicos: la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios colectivos; las nuevas reglas sobre el contenido y vigencia de los convenios colectivos; y una definición más completa de los sujetos que han de negociar los convenios. Ahora bien, como el objeto de este escrito son los cambios que introduce la reforma laboral de 2021 en el sistema de negociación colectiva español, me referiré únicamente a los dos primeros ejes, pues el RD-ley 32/2021 no ha alterado las reglas de legitimación para negociar convenios colectivos. Sí me referiré, en cambio, a una pequeña modificación que introdujo en el procedimiento de descuelgue, una más, pero no la última.

### **3.1. La nueva regulación de la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios colectivos.**

A diferencia de Italia, en España existe una regulación legal bastante minuciosa sobre el papel de las organizaciones sindicales y empresariales en la fijación de la estructura de la negociación colectiva y las reglas para resolver los supuestos de concurrencia.

El art. 84.1 ET parte de la regla general de prioridad temporal, como criterio de solución en caso de concurrencia de convenios colectivos. Desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores se establece que «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto». Se crea así una especie de preferencia o mejor derecho para el convenio en vigor, es decir, el anterior en el tiempo, pues los que se negocien durante su vigencia no podrán incidir en el ámbito del primero —*prior in tempore, potior in iure*—. Solamente cuando esa vigencia acabe será posible que la unidad de negociación caiga bajo el ámbito de otro convenio distinto. El efecto de esta regla no es, por tanto, la nulidad del nuevo convenio colectivo, sino la declaración de su inaplicación mientras



esté vigente el anterior<sup>10</sup>. Un criterio de prioridad temporal que deriva del principio *pacta sunt servanda*<sup>11</sup> y que básicamente busca dotar de estabilidad y continuidad a los espacios negociales, privilegiando las unidades consolidadas frente a las más modernas.

Dicho esto, la regla del *prior in tempore* se configuró desde un principio como dispositiva. Conforme a lo dispuesto en el art. 84 ET, el convenio colectivo anterior queda «blindado» frente al posterior, «salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2». Lo que significa, conforme a lo dispuesto en este otro precepto, que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal o de Comunidad Autónoma -región- pueden establecer mediante un acuerdo interprofesional o un convenio colectivo sectorial -estatales o autonómicos- reglas distintas del *prior in tempore* para resolver los supuestos de concurrencia conflictiva. Es decir, pueden otorgar preferencia, por ejemplo, al convenio de ámbito superior, al inferior, al más favorable o incluso emplear un criterio cronológico distinto, como dar prioridad al posterior.

Además, desde la reforma laboral de 1994 existía otra excepción a la regla general de prohibición de afectación y del *prior in tempore*. El art. 84 ET permitía a los sindicatos y las asociaciones empresariales -más representativas y suficientemente representativas- negociar, en un ámbito superior al de empresa, acuerdos o convenios que afectasen a lo dispuesto en los de ámbito superior, salvo para determinadas materias (período de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica). Una posibilidad que introdujo la Ley 11/1994 para promover la creación de unidades de negociación colectiva autonómica, pero que en verdad supuso un considerable reforzamiento de la negociación colectiva en el ámbito provincial. Porque del mismo modo que un convenio colectivo de Comunidad Autónoma posterior podía afectar a un convenio colectivo sectorial estatal anterior, el convenio colectivo provincial posterior podía desplazar también a cualquier convenio superior, esto es, fuera de Comunidad Autónoma o estatal.

Pues bien, el RD-ley 7/2011 va a introducir cambios en las reglas de concurrencia, según se dice en la Exposición de Motivos para «favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica». Lo que no significa que cambiara todo, porque mantuvo la regla general del *prior in tempore*, así como su carácter dispositivo para los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET. Lo que hizo la reforma laboral de 2011 es, por una parte, introducir una nueva excepción, al otorgar prioridad al convenio de empresa frente al de sector. Y, por otra parte, modular una de las excepciones que ya existían. Me refiero a la prevalencia del convenio supraempresarial

---

10 Como ha señalado la jurisprudencia, los dos convenios permanecen vigentes y válidos, pero sólo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia para pasar a ocupar su lugar el nuevo cuando aquél pierda la vigencia pactada, STS de 21 de diciembre de 2005, rec. 45/2005.

11 Porque, como recuerda a estos efectos el Tribunal Supremo, el convenio es, antes que norma, un contrato y si existe un contrato vigente y válido entre dos partes, el mismo ha de ser cumplido y respetado por el término pactado (STS 5 de marzo de 2008, rec. 23/2007).



inferior posterior respecto al convenio supraempresarial superior anterior. Vayamos por partes:

### **3.1.1. El reconocimiento de la prioridad aplicativa -relativa- del convenio de empresa frente al sectorial.**

Como se ha anticipado, el RD-ley 7/2011 va a establecer por vez primera en el sistema de negociación colectiva español la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Conforme a lo dispuesto en el nuevo art. 84.2 ET el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto de los convenios de sector estatal, autonómico o de ámbito inferior, en las siguientes materias: la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Igual prioridad aplicativa se reconoció al convenio colectivo de grupo o empresas vinculadas por causas productivas u organizativas nominativamente identificadas.

Obsérvese, no obstante, que la preferencia del convenio colectivo de empresa no era ni completa ni absoluta. De una parte, porque no alcanza a cualquier materia, sino sólo a aquellas que se identifican en la ley como más cercanas a la realidad de las empresas. De otra parte, porque la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa se configura como una regla dispositiva para los acuerdos o convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico a los que se hace referencia en el art. 83.2 ET. Es decir, la reforma laboral de 2011, al tiempo que reconoce cierta preferencia al convenio de empresa, permite que dicha «prioridad» sea excepcionada mediante acuerdos y convenios del art. 83.2 ET.

### **3.1.2. La limitación de la posibilidad de «afectar» los convenios de ámbito estatal a los convenios negociados en el ámbito de una Comunidad Autónoma.**

Junto a lo anterior, con el objetivo de acabar con la «atomización» de la negociación colectiva sectorial, el RD-ley 7/2011 introdujo cambios en la relación entre convenios sectoriales. Conforme a la regulación anterior, recuérdese, se permitía a un convenio colectivo de ámbito superior al de empresa «afectar» a cualquier convenio colectivo de ámbito superior anterior. En cambio, con el nuevo art. 84.3 ET sólo los acuerdos o convenios negociados «en el ámbito de una Comunidad Autónoma» podrán afectar a lo dispuesto «en los de ámbito estatal». Es decir, no se suprime totalmente la prioridad aplicativa de los convenios colectivos supraempresariales de ámbito inferior frente a los de ámbito superior, pero sí que resultó claramente recortada, en perjuicio de los convenios provinciales.

Con un añadido, el nuevo art. 84.3 ET configura esa excepción a la regla general del prior *in tempore* como dispositiva, cuando con anterioridad a la reforma laboral de 2011 se permitía «*en todo caso*». Conforme a la nueva redacción, un convenio colectivo autonómico podrá «afectar» a lo dispuesto en un convenio estatal «salvo pacto en contrario negociado según el



artículo 83.2». Es decir, un acuerdo interprofesional o sectorial puede fortalecer a los convenios estatales, haciéndolos impermeables a los convenios sectoriales inferiores. Los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET, denominados «en la cumbre», pueden ordenar así con plena libertad y garantía jurídica las relaciones entre los convenios sectoriales.

### 3.2. La nueva regulación de la denuncia y la ultraactividad.

En España, para que un convenio colectivo pierda vigencia no basta con que se agote la duración inicialmente pactada, sino que es imprescindible que lo denuncie al menos una de las partes. El art. 86.3 ET establece que «salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes». Es decir, para que deje de estar vigente la ley exige que al menos una de las partes reafirme su voluntad de dar por concluido el convenio. Dicho esto, por el hecho de denunciar un convenio colectivo no necesariamente deja de aplicarse, porque el Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de que siga produciendo efectos más allá de la fecha de pérdida de vigencia.

En su versión original, el art. 86.3 ET dispone que «denunciado un convenio y hasta tanto no se lograse acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo». Lo que significaba que, a pesar de haber expirado el plazo de duración previsto en el convenio y haber formulado una de las partes la oportuna denuncia, la norma convencional continuaría aplicándose hasta que lo sustituyera otro convenio. Una continuidad que, eso sí, presentaba un rasgo diferencial respecto de la vigencia ordinaria, pues las “cláusulas obligacionales” del convenio sí decaían con la denuncia del convenio colectivo.

Una previsión legal que tenía la virtualidad de evitar vacíos de regulación, pero que, como pronto se comprobó, tenía riesgos evidentes desde el punto de vista de las inercias y contenidos negociales. Por una parte, dificultaba de forma importante la adaptación de las condiciones de trabajo y, en particular, de los salarios en las coyunturas de crisis, pues bastaba con no llegar un acuerdo para mantener las retribuciones acordadas en la fase de crecimiento<sup>12</sup>. Por otra, conducía en la práctica a una negociación ascendente en una especie de espiral de mejoras, en la medida en que el convenio anterior actuaba como un «suelo” mínimo para la negociación ulterior. A la vista de lo cual la reforma laboral de 1994 procedió a dispositivizar la ultraactividad. A partir de la Ley 11/1994, el art. 86.3 ET establece que «la vigencia del contenido normativo, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio». Se abre la posibilidad de limitar la ultraactividad, para agilizar la negociación y lograr una más pronta adaptación del convenio a las distintas fases del ciclo económico.

Sin embargo, tres lustros después del cambio legal poco o nada había cambiado. La ultraactividad no se había recortado, las negociaciones se eternizaban y, en consecuencia, los convenios no se adaptaban con prontitud a los cambios en el entorno. Lo que llevó al Gobierno a intervenir nuevamente, para promover, según se afirma en la Exposición de Motivos, una

---

12 A. DESDENTADO BONETE, *La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la sentencia del 22 de diciembre de 2014*, en *Revista de Información Laboral*, 2015, n. 3.



«rápida y ágil transición temporal de los convenios», sin que «se produzcan situaciones no deseadas de prolongación en el tiempo de los convenios más allá de la vigencia inicialmente pactada». En concreto:

### **3.2.1. Nuevo contenido mínimo del convenio colectivo: plazos para denunciar y negociar y sometimiento a los sistemas de mediación y arbitraje para resolver las situaciones de bloqueo.**

Partiendo de lo anterior, lo primero que hizo el RD-ley 7/2011 fue retocar la regulación legal de la denuncia, que, como se ha dicho, constituye un requisito legal insoslayable para que un convenio colectivo decaiga. Es a partir de esa manifestación cuando pierde vigencia y debe obligatoriamente iniciarse la renegociación del siguiente convenio colectivo. En concreto, se dio nueva redacción al artículo 85.3 ET, que es el precepto encargado de regular el contenido mínimo de los convenios colectivos. De suerte que, a partir de la reforma de 2011, los convenios colectivos habrían de expresarse como mínimo:

Un plazo mínimo de preaviso para la denuncia del convenio antes de la fecha de expiración del mismo, a lo que se añade que «salvo pacto en contrario, el plazo mínimo para la denuncia de los convenios colectivos será de tres meses antes de finalizar su vigencia».

Un plazo máximo para el inicio de las negociaciones del nuevo convenio, con el añadido de que, salvo pacto en contrario, serán como máximo quince días a contar desde la constitución de la comisión negociadora.

Un plazo máximo para la negociación de un nuevo convenio, con el añadido de que, salvo pacto en contrario, este plazo será como mucho de ocho meses para los convenios denunciados de menos de dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia.

El compromiso de las partes de someterse a procedimientos de solución efectiva de discrepancias cuando se agotase el plazo máximo de negociación sin alcanzarse acuerdo.

### **3.2.2. Promoción de los sistemas de mediación y arbitraje para resolver las discrepancias durante la renegociación del convenio colectivo.**

Junto a lo anterior, el RD-ley 7/2011 introdujo numerosos y notables cambios en el art. 86.3 ET, que regula los efectos de la denuncia.

En primer lugar, desaparece la distinción entre cláusulas normativas y cláusulas obligacionales, que, ante la falta de especificidad legal, había planteado notables dudas interpretativas acerca de lo que sea reconducible del convenio a uno u otro contenido. De forma más clara, conforme a la nueva redacción, «durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia». Lo que significa que la denuncia del convenio únicamente determina la pérdida de vigencia aquellas de cláusulas que contienen compromisos de paz laboral durante la vigencia del mismo. En todo lo demás el convenio sigue aplicándose. Ello salvo que las partes hayan previsto en el propio convenio colectivo que



se extingue unas reglas distintas en relación con el plazo y las materias afectadas por la ultraactividad.

Por otra parte, para superar las situaciones de bloqueo en la negociación y evitar la prórroga de su vigencia por tiempo superior al pactado, el nuevo art. 86.3 ET dispone que «mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje». A lo que se añade que los mencionados acuerdos interprofesionales «deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio»<sup>13</sup>.

Ahora bien, observe el lector que, aunque la reforma laboral de 2011 apuesta intensamente por el arbitraje, el legislador no asume la responsabilidad de establecerlo de modo definitivo como procedimiento obligatorio, sino que prima en todo caso la voluntad de los firmantes de los acuerdos interprofesionales sobre la materia. Es decir, posibilita que en su lugar se opte por la mediación o se configure el arbitraje como voluntario. En cuyo caso, «en defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo». Es decir, si finalmente se frustraba la negociación y los mecanismos de solución de discrepancias no lograban resolver tales discrepancias, el convenio seguiría aplicándose indefinidamente -salvo pacto en contrario-.

### **3.3. La comisión paritaria del convenio colectivo sectorial como mecanismo de desbloqueo en el “descuelgue”.**

Apenas un año después de la reforma de 2010, que, como se ha expuesto, cambió por completo el régimen legal de descuelgue, el RD-ley 7/2011 modifica nuevamente el art. 82.3

---

13 Además, la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 7/2011 dispuso que «sin perjuicio de la autonomía colectiva, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal y de Comunidad Autónoma adoptarán antes del 30 de junio de 2012 las iniciativas que correspondan para la adaptación de los procedimientos no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores a las previsiones contenidas» en la ley; así como que «hasta tanto los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado anterior establezcan los procedimientos previstos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por este real decreto-ley, en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y transcurrido el plazo máximo de negociación de los convenios colectivos, las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje».



ET, aunque esta vez de manera mucho más limitada. En concreto, se añade que «en caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos a que se refiere el siguiente párrafo», que son los mecanismos de solución no judicial de conflictos laborales dispuestos por los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico del art. 83.2 ET.

Es decir, en caso de que fracasen las negociaciones en la empresa y antes de acudir a los sistemas de mediación o arbitraje, la cuestión se podrá plantear en la comisión paritaria del convenio. Conforme a la nueva regulación, la comisión paritaria podrá acceder a la petición empresarial, autorizando el descuelgue, o rechazarlo, aunque también puede suceder que no se alcance en su seno un acuerdo, en cuyo caso el conflicto se trasladará a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.2 ET. En definitiva, un interviniente más, para tratar de poner punto y final a las discrepancias, aunque sin garantía de éxito.

#### **4. La reforma laboral de 2012.**

A principios de 2012 el Gobierno recién salido de las urnas -ahora de signo conservador- decide aprobar otra reforma laboral, a pesar del escaso tiempo transcurrido desde las anteriores. Probablemente porque no estaban dando los resultados esperados, pues en 2011 se destruyeron más de 600.000 puestos de trabajo y la tasa de paro escaló hasta casi el 23 por ciento. Los problemas del mercado laboral español seguían ahí, también los de la negociación colectiva. Se mantenían las mismas inercias e ineficiencias que antes de la crisis, como si nada hubiera pasado, por lo que, según una expresión empleada por la doctrina, el nuevo Gobierno decidió dar una nueva vuelta de tuerca. De una parte, para garantizar «la descentralización convencional, en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores»; de otra «con el fin de procurar una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos».

Con estos objetivos la reforma laboral de 2012 modifica tanto la regla de prioridad aplicativa del convenio de empresa, como la regulación legal de la ultraactividad, aunque no son las únicas novedades. También introducirá cambios en el art. 82.3 ET, porque, aunque las anteriores reformas habían pretendido «hacer más viable la posibilidad del descuelgue», «a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno» (Exposición de Motivos).

##### **4.1. La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa deviene imperativa.**

Uno de los puntos clave de la reforma laboral de 2012 es que la regla de prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET deja de ser dispositiva, de modo que el convenio de empresa deja de estar definitivamente subordinado al convenio de sector. Conforme a la regulación anterior, recuérdese, el convenio colectivo de empresa tenía prioridad aplicativa frente al de sector, «salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de



Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios», con lo que se encontraba, en una posición precaria y dependiente<sup>14</sup>. De hecho, como se aprecia en los convenios colectivos de sector negociados inmediatamente después de la reforma de 2011, sindicatos y patronal corrieron para desactivar cualquier tentativa descentralizadora a nivel de empresa. Lo que la ley le permitía al convenio de empresa, en la práctica se lo impedía el convenio de sector.

Así que con estos antecedentes el legislador opta finalmente por sustraer a los negociadores de los convenios y acuerdos del art. 82.3 ET la posibilidad de establecer algo distinto de la prioridad aplicativa del convenio de empresa dispuesta en la ley. Tras la reforma laboral de 2012, el convenio de empresa posterior se impone en todo caso al convenio de sector anterior. Eso sí, sólo en las materias que detalla el art. 82.3 ET, que son las mismas que en la reforma de 2011.

#### **4.2. La limitación de la “ultraactividad” del convenio colectivo.**

El otro aspecto clave de la reforma de la negociación colectiva tiene que ver con la ultraactividad del convenio colectivo.

Sobre el papel, después de la reforma de 2011, una vez denunciado el convenio colectivo las partes disponían de un plazo para negociar el siguiente. Mientras tanto el convenio colectivo continuaba aplicándose -salvo que se hubiera acordado otra cosa-. Y transcurrido ese tiempo máximo si no habían alcanzado un acuerdo tenían que someter sus discrepancias a la mediación o el arbitraje. Ahora bien, como prontamente advierte la doctrina, a pesar de la activación de procedimientos de solución no judicial dentro de los plazos que marcaba la ley, el sistema implantado en 2011 no garantizaba el éxito, ni, por tanto, la efectiva y tempestiva revisión del convenio<sup>15</sup>. Y en todo caso tenía que seguir aplicándose el convenio denunciado -salvo pacto en contrario-. Lo que significa que en la práctica negocial poco o nada había cambiado. Alguna doctrina apunta que el Gobierno podría haber esperado a ver si los acuerdos interprofesionales optaban por el arbitraje obligatorio como vía de solución efectiva, pero lo cierto es que no lo hizo. Decidió intervenir y de forma más decidida que en anteriores reformas.

Por una parte, el RD-ley 3/2012 introduce nuevamente cambios en el art. 85.3 ET, esto es, en relación al contenido mínimo del convenio. Básicamente para retornar a la situación previa a la reforma de 2011, pues conforme a la nueva redacción lo que habrá de expresar el convenio colectivo es la «forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia». En consecuencia, tras la reforma laboral de 2012 ya no hay un plazo mínimo de preaviso en defecto de previsión en convenio, ni -lo que es más relevante aun- un plazo máximo legal para negociar el nuevo convenio.

<sup>14</sup> Así la califica J. MERCADER UGUINA, *Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el RDL 7/2011*, en AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Madrid, 2011, p. 98.

<sup>15</sup> J.M GOERLICH PESSET, *La ultraactividad de los convenios colectivos*, Ponencia, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, mayo de 2013.



Junto a ello, el cambio más notable se refiere a la ultraactividad. El RD-ley 3/2012 modifica nuevamente el art. 86.3 ET, aunque respetando parte del andamiaje previo. Permanece tal cual la previsión de que «la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio». La ultraactividad del convenio será, como siempre, la que decidan sus negociadores. Se mantiene también, en términos similares, «que los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, así como la preferencia por el arbitraje obligatorio». La diferencia está en que el RD-ley 3/2012 añade que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación»<sup>16</sup>. Es decir, la reforma laboral de 2012 redujo a un año la ultraactividad legal de los convenios colectivos, en contraposición a la regla que regía con anterioridad en virtud de la cual la ultraactividad era indefinida. La *ratio legis* es clara: introducir un estímulo en la negociación, facilitando así la sucesión de convenios y la renovación de sus contenidos. La misma que en anteriores reformas.

¿Un cambio drástico? Tal vez, pero no radical, porque no estamos ante la supresión total de la ultraactividad, sino ante una limitación temporal, que además tiene carácter dispositivo. En la mecánica de la ley, tras la reforma laboral de 2012 nada impide que las partes acuerden el régimen de ultraactividad que estimen más conveniente para sus respectivos intereses, desde la supresión de cualquier efecto hasta prolongar la aplicación del convenio denunciado *sine die*. La diferencia está en que si nada dicen la ultraactividad ya no será indefinida, sino temporal. Si las partes no han dispuesto otra cosa en el convenio, transcurrido un año desde su denuncia decae definitivamente. A partir de ahí se aplicará el convenio superior, si lo hubiera, y los mínimos legales y reglamentarios, de no haberlo. Una previsión legal que, sin embargo, tendría una tormentosa aplicación judicial, pues el Tribunal Supremo interpretará que, en caso de ausencia de un convenio superior, opera una contractualización *ab origine* de las condiciones del convenio fenecido -aunque sólo para los trabajadores contratados antes de que perdiera vigencia el convenio-<sup>17</sup>.

#### **4.3. El arbitraje obligatorio como solución a las situaciones de bloqueo en las negociaciones del “descuelgue”.**

Finalmente, como se ha anticipado, la reforma laboral de 2012 introdujo también cambios en la regulación legal del descuelgue, porque, a pesar de las reformas de 2010 y 2011, la posibilidad de inaplicar el convenio colectivo seguía siendo más teórica que real. Básicamente,

---

<sup>16</sup> Ello conforme a la Ley 3/2012, pues aprovechando la tramitación parlamentaria del RD-ley 3/2012, como proyecto de ley, se redujo el periodo de ultraactividad legal de dos a un año.

<sup>17</sup> Entre otras, STS 22 de diciembre 2014 (Rec. 264/2014); STS 14 de febrero 2019 (Rec. 3253/2017); y STS 28 de enero 2020 (Rec. 1294/2018).



porque, según se dice en la Exposición de Motivos, la ley no garantizaba «el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo». Ni la comisión paritaria del convenio colectivo, ni los procedimientos de solución no judicial dispuestos en los convenios y acuerdos interprofesionales del art. 83.2 ET servían a estos efectos. Una incapacidad de ajustar los salarios para salvar el empleo que llevó al legislador a adoptar una decisión drástica: imponer el arbitraje obligatorio. Aunque no es la única novedad que el RD-ley 3/2012 introduce en el art. 86.3 ET.

Primero, a partir de la reforma laboral de 2012, el descuelgue puede estar justificado, por la concurrencia de razones económicas, pero también por existir causas técnicas, organizativas o de producción<sup>18</sup>. Además, desde el punto de vista de la causa económica, ya no es imprescindible que exista un riesgo para la estabilidad económica de la empresa, como antes de la reforma laboral de 2010, ni que la situación y perspectivas económicas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de la aplicación del convenio, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma, como antes de 2012, sino que bastará con la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas.

Segundo, a diferencia de la regulación anterior, en caso de bloqueo en las negociaciones la empresa puede imponer a los trabajadores -o sus representantes- un arbitraje obligatorio canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos -u órganos similares de las Comunidades Autónomas-. Es decir, para poner punto y final la reforma laboral de 2012 diseña un arbitraje obligatorio y vinculante a través de un órgano tripartito -pues las vocalías se reparten entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y la Administración-.

Ahora bien, la empresa sólo podrá solicitar el arbitraje obligatorio una vez que se han agotado todas las posibilidades de llegar a un acuerdo y frustrado las vías de solución que contemplaba ya la regulación anterior. Es decir, al igual que antes de la reforma de 2012, si una empresa quiere inaplicar el convenio colectivo lo primero que ha de hacer es entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores para tratar de alcanzar un acuerdo al respecto. Si no lo consigue podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo. Asimismo, en caso de que no haya solicitado la intervención de la comisión paritaria o esta no haya alcanzado un acuerdo al respecto, la empresa tendrá que recurrir a los procedimientos de solución autónoma que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.2 ET. Y sólo en

---

18 Además, el nuevo art. 86.3 ET define las causas. Así, «se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

última instancia, esto es, ante la falta de acuerdo en la empresa o la comisión paritaria del convenio y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, podrá someter la cuestión a un arbitraje en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos -o el equivalente de la Comunidad Autónoma-. De suerte que al final será dicho órgano quien resuelva sobre la concurrencia de las causas objetivas alegadas por la empresa para aplicar el descuelgue y, en su caso, los términos en los que éste se aplicará. Decisión que podrá adoptarse en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos -o el órgano equivalente de la Comunidad Autónoma- y que pone, por fin, punto final a la cuestión.

## 5. La reforma laboral de 2021.

Como he dicho al principio, aunque el RD-ley 32/2021 mantiene la mayor parte de la arquitectura de la reforma de 2012, la parte que sí resulta afectada es precisamente la relativa a la negociación colectiva. En concreto, son tres los objetivos y ejes de actuación que se marca el RD-ley 32/2021 en relación con el sistema de negociación colectiva:

Superar lo que califica como una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Las empresas estarían utilizando los convenios colectivos, que son instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, para afrontar situaciones coyunturales, en lugar de recurrir a los mecanismos de flexibilidad interna. En concreto, se refiere a convenios empresariales que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue.

Dar certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables, particularmente en el marco de la descentralización productiva y como consecuencia de la aparición de un fenómeno novedoso, como son las denominadas empresas de multiservicios, esto es, empresas que no están especializadas en un determinado servicio o actividad, sino que prestan prácticamente cualquier servicio que requiera una empresa cliente.

Matizar las reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa a efectos de reforzar el convenio sectorial. Según se declara en la Exposición de Motivos, para «equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras». A lo que añade que «los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada».

Sobre estas premisas, las claves de la reforma laboral de 2021 en materia de negociación colectiva son tres:

### 5.1. Retroceso de la prioridad aplicativa del convenio de empresa.



En primer lugar, el convenio de empresa deja de tener prioridad aplicativa respecto a la cuantía del salario base y de los complementos salariales. El legislador da así satisfacción a una de las principales reivindicaciones de los sindicatos, que desde un principio se habían opuesto a la prevalencia del convenio de empresa. A sus ojos formaba parte de una estrategia para desequilibrar la correlación de fuerzas existente en la negociación colectiva, inclinando la balanza de forma contundente en favor de los empresarios. Una abrupta ruptura del equilibrio entre las partes sociales que según esas mismas voces habría producido una devaluación salarial sin precedentes. Una conclusión que, pienso, se compadece mal con la realidad, si se tiene en cuenta que no hubo un trasvase masivo de personas trabajadoras regidas por convenio sectorial al ámbito empresarial<sup>19</sup>, y, sobre todo, por el reducido peso que tienen los convenios de empresa en la conformación de la masa salarial total, pues apenas dan cobertura a alrededor del 5 por ciento de los trabajadores. Es verdad que hubo algunas empresas —principalmente de *outsourcing*— donde se negociaron convenios que fijaban salarios más bajos que los preexistentes del sector, amparándose en la prioridad aplicativa *ex lege*. Empresas que la doctrina califica de «oportunistas»<sup>20</sup>, y en las que el resultado negocial es como mínimo «sospechoso»<sup>21</sup>. Ahora bien, son supuestos excepcionales, porque la inmensa mayoría de las empresas con convenio propio continuaron fijando salarios mejores que en el nivel sectorial<sup>22</sup>.

En todo caso, como he dicho, el RD-ley 32/2021 dará nueva redacción al art. 84.2 ET. En concreto, dos son los cambios. Primero, se suprime en la enumeración de materias que aparece en el art. 84.2 ET «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa». A decir de algunos la «medida estrella» del RD-ley 32/2021. Segundo, se extiende la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa a las medidas adoptadas para favorecer la «corresponsabilidad». Una modificación que, como señala alguna doctrina, resulta mucho menos trascendente, por cuanto la ley ya garantizaba la prevalencia del convenio de empresa respecto de las medidas de «conciliación entre la vida laboral, familiar y personal»<sup>23</sup>. En lo demás el artículo permanece inalterado.

Partiendo de lo anterior, tras la reforma laboral de 2021, las reglas de concurrencia entre el convenio de empresa y los sectoriales quedan como siguen:

Primero, la regla general sigue siendo la prohibición de concurrencia, que crea una especie de preferencia o mejor derecho para el convenio en vigor, sea de sector o de empresa. No es posible, por tanto, como ha señalado la doctrina, dar a la reforma de 2021 un alcance mayor

19 J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, en NET21, 2022, n. 8, p. 2.

20 P. GIMNO DÍAZ DE ATAURI, *Cuantía salarial y niveles de contratación*, en AA.VV., *Evolución de contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, CCNCC, Madrid, 2018, p. 164.

21 Porque buscarían competir por medio de unos salarios más bajos, «con la connivencia —o la resignación— de unos representantes unitarios más formales que materiales», J.B. VIVERO SERRANO, *La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia laboral*, en *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022.

22 J.R. MERCADER UGUINA, *El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?*, en *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2022, n. 3, p. 113.

23 M<sup>a</sup>.M. CRESPI FERRIOL, *La concurrencia de convenios en la reforma laboral de 2021*, en *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022.



del que tiene<sup>24</sup>. El hecho de que el convenio de empresa haya perdido la prioridad aplicativa *ex lege* en materia salarial no significa que se haya atribuido —en su lugar— al convenio de sector. El convenio de sector sigue sin tener competencia exclusiva en la regulación del salario ni preferencia absoluta frente al de empresa. Lo único que evita la nueva regulación legal es que, estando vigente un convenio colectivo sectorial, se establezcan salarios inferiores mediante un convenio colectivo de empresa<sup>25</sup>.

En consecuencia, si estamos ante un convenio colectivo de empresa primero en el tiempo, tendrá preferencia en todas las materias frente al de sector posterior. No por aplicación del art. 84.2 ET, sino por aplicación de la regla general de prohibición de concurrencia de convenios colectivos del art. 84.1 ET. Una preferencia del convenio de empresa que opera incluso cuando la regulación del nivel empresarial sea menos favorable que lo contemplado en los niveles sectoriales. Llevado al terreno de la retribución, se aplicará el salario del convenio de empresa, aunque sea inferior al del sector, por jugar en toda su amplitud la regla del *prior in tempore* unida a la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos<sup>26</sup>. La reforma de 2021 no impide que un convenio de empresa anterior al convenio de sector establezca un salario inferior al del sector. Igual que será aplicable el convenio colectivo de empresa que establezca una jornada superior a la del convenio sectorial posterior. Ello, eso sí, salvo que un convenio o acuerdo del art. 82.3 ET haya ordenado la concurrencia entre el convenio de sector y el de empresa de otro modo. Pues, como nada ha cambiado en el art. 84.1 ET, la regla del *prior in tempore, potior in iure* sigue siendo dispositiva frente a los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET.

Segundo, se mantiene como excepción a la regla general del *prior in tempore* la primacía del convenio de empresa frente al de sector en las siguientes materias: «a) el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; b) el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; c) la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras; d) la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; e) las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; y f) aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET». Además, el actual redactado del art. 84.2 ET sigue diciendo que «los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado». Es decir, queda plenamente garantizada en todas esas materias la aplicación del convenio de empresa. El Real Decreto-ley 32/2021 no ha recuperado

24 En palabras de T. SALA FRANCO, *La Reforma Laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2022, p. 80, la «modificación normativa operada por la reforma del art. 84.2 ET hay que encuadrarla limitadamente dentro del art. 84 ET, donde se establece el marco normativo de la concurrencia entre los convenios estatutarios, prohibiéndola como regla general y estableciendo a efectos de su aplicación el principio de prioridad en el tiempo».

25 J. LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2022, p. 38. En igual sentido, T. SALA FRANCO, *La Reforma Laboral*, cit., pp. 81 y 82.

26 T. SALA FRANCO, *La Reforma Laboral*, cit., p. 82; J. LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva*, cit., p. 41.



el carácter dispositivo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, como se reclamaba desde algunos sectores sindicales y académicos.

Esto significa que en la reforma laboral de 2021 no se ha suprimido de raíz la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Ha desaparecido del listado de materias «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa», pero se mantiene la preferencia imperativa en todo lo demás. Los salarios ya no son una materia reservada al convenio de empresa. Ahora bien, respecto de las materias que siguen apareciendo en el art. 84.2 ET, aplicaremos el convenio de empresa, aunque su regulación sea posterior y menos favorable. Es decir, se ha respetado parte del andamiaje de la reforma de 2012.

Vistos los cambios, alguna doctrina ha afirmado que, tras la reforma de 2021, es más lo que se conserva que lo que se pierde. Ciertamente, pero también creo que el cambio es de tal calado que puede suponer un freno importante al desarrollo de la negociación colectiva de empresa. En la práctica, podría laminar las políticas retributivas de empresa, más flexibles y adaptativas. Porque si bien es verdad que la reforma de 2021 no ha impuesto un salario mínimo de sector, está muy cerca de ello. Porque, dejando a un lado los convenios colectivos de empresa o afines que sean primeros en el tiempo, las nuevas unidades de negociación empresarial tendrán un margen de actuación muy limitado, dado que no sólo habrán de respetar el «*quantum*» sectorial, sino también el reparto o distribución que haga el convenio de sector entre los distintos elementos que integran la retribución del trabajador. Es decir, el convenio sectorial determinará qué se paga y cómo se paga. Todavía, en hipótesis, el convenio de empresa podrá actuar sobre el salario mejorando la regulación del convenio de sector, pero incluso esta posibilidad no está exenta de discusión técnica y, lo que es más perturbador, podría dejar de tener sentido para la empresa tras la reforma laboral de 2021. De una parte, porque existe el riesgo de que la empresa tenga que acumular a las mejoras de su convenio los eventuales incrementos posteriores del convenio de sector. De otra, porque resulta igualmente aventurado mejorar cualquier otra condición a través del convenio de empresa -p.e. reducir la jornada, ampliar los permisos, mejorar las vacaciones, etc.- sin tener la capacidad de definir qué se paga y cómo se paga, es decir, controlar los costes salariales.

## 5.2. La recuperación de la ultraactividad indefinida.

La restitución de la ultraactividad indefinida del convenio colectivo constituye el otro elemento definitorio de la reforma laboral de 2021 en lo que respecta a la negociación colectiva. Como en el caso anterior, las fuerzas sindicales consideran que el «recorte» de la ultraactividad que contiene la reforma laboral de 2012 forma parte de la misma estrategia de debilitamiento de la negociación colectiva y devaluación de las condiciones laborales, al abrir la posibilidad de vacíos reguladores y negociaciones regresivas, por lo que establecieron la recuperación de la ultraactividad indefinida como condición irrenunciable para suscribir el acuerdo social que precede al RD-ley 32/2021.

Con estos antecedentes, el art. 86.3 ET ha quedado básicamente como sigue:



Primero, igual que con la anterior regulación, los sujetos negociadores tienen la capacidad la ordenar lo que suceda con los convenios colectivos, una vez estos pierdan vigencia. Sucederá lo que las propias partes hubieran pactado en su convenio colectivo.

Segundo, «durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia». A lo que se añade, como en la anterior regulación, la posibilidad de pactar acuerdos parciales para modificar los contenidos prorrogados durante la ultraactividad.

Tercero, «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes». En cierto modo, se recupera la idea de un plazo máximo de negociación. Ahora bien, a diferencia de la reforma laboral de 2011, el plazo no es dispositivo para las partes, es decir, no pueden acordar en el convenio colectivo un plazo superior, aunque sí, cabe entender, uno de duración más reducida. Llegado el año, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los Acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 ET. Sin perjuicio de que, se añade, «siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91».

Cuarto, y con ello concluye el art. 86.3 ET, «sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo». Es decir, transcurrido el año, si el procedimiento de mediación no aporta una solución y las partes deciden no someterse a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, se mantendrá la vigencia ultraactiva del convenio colectivo. En definitiva, la reforma laboral de 2021 ha vuelto a la situación previa a 2012, restituyendo la ultraactividad indefinida -salvo que las partes acuerden otra cosa-, con los consiguientes riesgos. Me refiero a la falta de ritmo de los procesos de renegociación y a la «petrificación» de los contenidos.

### **5.3. Contratas y negociación colectiva.**

El RD-ley 32/2021 regula por primera vez en España la controversia relativa al convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista. Un problema recurrente en la doctrina judicial y en la jurisprudencia, que había dado incluso lugar a soluciones diversas. En concreto, si para determinar las condiciones de esos trabajadores adscritos a la contrata debe acudir al convenio correspondiente a la actividad de la empresa contratista o ha de ser el sectorial en cuyo ámbito funcional se encuadra la actividad de la empresa cliente, o incluso el convenio de ésta, si lo tiene. Por una parte, estaban quienes consideraban que había que aplicar el convenio colectivo que rige en la empresa principal, en la consideración de que se



está utilizando la contrata y subcontrata para burlar las exigencias legales tuitivas previstas en favor de los trabajadores cuando interviene una empresa de trabajo temporal<sup>27</sup>. En el otro extremo, se ubican los que sostienen que se tiene que aplicar el convenio colectivo que se corresponde con la actividad que ejecuta la contratista, con independencia de que sea coincidente o no con el convenio que rige en la empresa principal<sup>28</sup>. Opción por la que finalmente se decanta el Tribunal Supremo, que declarará que «las relaciones laborales en la contrata o subcontrata quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata» (STS 11 de junio de 2020, rec. 9/2019)<sup>29</sup>.

Pues bien, la reforma laboral de 2021, como consecuencia probablemente de las dimensiones que ha adquirido el fenómeno de la externalización y la aparición de las empresas de multiservicios, interviene sobre el particular. En concreto, incluye un nuevo apartado 6 en el art. 42 ET, a cuyo tenor «el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84». Sobre esta base legal tres son las reglas para resolver la determinación del convenio aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas:

Primero, se establece como regla general que a los trabajadores de la contrata hay que aplicarles el convenio sectorial que se corresponde con la actividad externalizada, esto es, la que se ejecuta en la contrata, no el convenio de la actividad que desarrolla la empresa principal. Si la actividad subcontratada es la limpieza, el convenio aplicable será el de limpieza de edificios y locales, y si es la vigilancia, el de empresas de vigilancia, con independencia de cuál sea la empresa principal.

Segundo, la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata constituye el fundamental criterio identificador del convenio colectivo aplicable en la empresa contratista o subcontratista, pero, como se ha adelantado, no es el único. Porque el precepto establece una excepción cuando dice «salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III». Una previsión ciertamente enigmática y que, según apunta alguna doctrina, supone que legislador ha venido así a reconocer la posibilidad de negociar un convenio colectivo de empresas de multiservicios<sup>30</sup>. De ser así, a los trabajadores de las

---

27 Incluso hay algunos fallos judiciales en tal sentido, como la STSJ Castilla-La Mancha de 6 de noviembre de 2002 (rec. 1068/2001) y la STSJ Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2006 (rec. 478/2006).  
28 STSJ Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2005 (rec. 1137/2005) y STSJ Castilla y León Valladolid de 2 de octubre de 2006 (rec. 1563/2006).

29 En igual sentido, la STS de 22 de febrero de 2019, (rec. 237/2017). Y más recientemente la STS de 12 de febrero de 2021 (rec. 2839/2019) que señala que el art. 42 ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollen trabajadoras de otra empresa.

30 J. LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva*, cit., p. 55; T. SALA FRANCO, *La reforma laboral*, cit., pp. 86 y 87.

empresas de multiservicios no se les aplicaría el convenio que se corresponde con la actividad ejecutada en la contrata, sino este otro convenio, concebido específicamente para empresas con servicios múltiples.

Tercero, el párrafo segundo del art. 42.6 ET establece que, «cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84». Es decir, la relación entre el convenio colectivo de empresa contratista y los convenios colectivos de sector se rige por las mismas reglas que en cualquier otra empresa. La contrata y subcontrata no pone ni quita.

Para concluir, dos observaciones en relación al nuevo art. 42.6 ET. Primero, la opción legislativa viene a dar carta de naturaleza legal al criterio que venía aplicando el Tribunal Supremo. Segundo, a pesar de las expectativas, no se exige una paridad de tratamientos análoga a la que se establece en la Ley de Empresas de Trabajo Temporal. El art. 42.6 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni a que las empresas contratistas o subcontratistas apliquen el convenio colectivo de la empresa principal -sea de empresa o de sector-. Lo que tiene todo el sentido, porque una cosa es el mero prestamismo laboral y otra distinta la contrata lícita de servicios, donde la empresa contratista realiza una verdadera y propia actividad productiva, con recursos humanos y materiales propios y diferenciados de los de la empresa principal.

## 6. Valoración crítica de la última reforma laboral.

Hasta aquí este breve análisis de los cambios que introduce el RD-ley 32/2021 en el régimen jurídico de la negociación colectiva, que, me atrevo a pronosticar, tampoco serán los últimos. Ciertamente habrá que esperar para comprobar los resultados, puede que años. Básicamente para observar cómo se desenvuelve a partir de aquí la negociación colectiva. Ahora bien, a la vista del texto aprobado pueden extraerse ya algunas conclusiones generales.

Primero, aunque no se haya cumplido la expectativa de una derogación total, el RD-ley 32/2021 sí ha alterado sustancialmente dos aspectos cruciales de la reforma laboral de 2012. Me refiero a las reglas de concurrencia y a la ultraactividad del convenio colectivo. La recuperación de la ultraactividad indefinida supone volver directamente a la situación previa a 2012. Igual que supone un cambio notable la supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial en lo que respecta al salario. A cambio, eso sí, se ha mantenido la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa en las restantes materias y no se ha tocado el mecanismo de inaplicación de convenios. A decir de alguna doctrina se han revertido aquellos cambios que suponían una degradación del poder contractual colectivo de los trabajadores, pero manteniendo los aspectos que conectan más directamente con la flexibilidad interna. De otra parte, conforme al análisis efectuado a lo largo del presente escrito, la sensación que le queda al que suscribe el presente estudio es que la reforma laboral de 2021 supone un retorno al pasado. Porque por más que se repita en la Exposición de Motivos que se persigue «modernizar» la negociación colectiva, cuando se limita la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa y se restablece la ultraactividad indefinida del convenio denunciado, volvemos a fórmulas pasadas. El RD-ley 32/2021 no desbroza nuevas sendas, sino



que tan sólo deshace parte del camino andado. Y ahí reside, pienso, el aspecto más discutible de la reforma de 2021. Porque, dejando a un lado el debate sobre si la reforma de 2012 debía derogarse o no, lo que en todo caso cabía esperar era cierta originalidad en la alternativa. Sin embargo, no hay nada realmente nuevo en el texto que finalmente se aprueba. Son fórmulas fracasadas. Me refiero a que ya se ensayaron en el pasado y no lograron cambiar hábitos de negociación colectiva obsoletos. Como normativamente hemos vuelto al punto de partida, lo más probable es que poco o nada cambie en la negociación colectiva española y, por ende, se sigan arrastrando los problemas de siempre. Me refiero a la pobreza y reiteración de los contenidos, la “atomización” de la negociación colectiva sectorial, la subordinación del convenio de empresa y la falta de dinamismo en la negociación. El tiempo dirá si las cosas evolucionan, pero vistos los mimbres me permito ser escéptico.



# *FOCUS*



*Focus***ECONOMIA CIRCOLARE E SVILUPPO SOSTENIBILE.  
I SOTTOPRODOTTI DI ORIGINE INDUSTRIALE.****Paola Bologna<sup>1</sup>**

**Sintesi.** Il rafforzamento del principio di prevenzione nella gerarchia sulle priorità di gestione dei rifiuti, conseguente all'implementazione del pacchetto c.d. sull'economia circolare, ci impone di approfondire la normativa in materia di sottoprodotti industriali. L'articolo riflette sul relativo contesto normativo e giurisprudenziale, offrendo un'indicazione su quali siano i presupposti e le conseguenze della qualificazione del residuo industriale come sottoprodotti e non come rifiuto.

*Abstract.* The strengthening of the principle of prevention in the waste management hierarchy, following the implementation of the so-called circular economy package, requires us to take a closer look at the legislation on industrial by-products. The article reflects on the relevant regulatory and jurisprudential context, offering an indication of what are the prerequisites and consequences of classifying industrial residue as by-products and not as waste.

**SOMMARIO.** 1. I sottoprodotti. Obbligo o facoltà. Il rilievo del principio di prevenzione nel contesto del nuovo modello economico di riferimento per il diritto ambientale comunitario e nazionale. 2. Qualificazione dei materiali/sostanze come sottoprodotti. Presupposti e conseguenze. 3. Conclusioni.

**1. I sottoprodotti. Obbligo o facoltà. Il rilievo del principio di prevenzione nel contesto del nuovo modello economico di riferimento per il diritto ambientale comunitario e nazionale.**

---

<sup>1</sup> 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).



Il sottoprodotto di origine industriale è definito dall'ordinamento vigente come una sostanza/un materiale o un oggetto, originato da un processo di produzione, di cui costituisce parte integrante, ma il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza od oggetto.

Pensiamo ad esempio agli sfridi di metallo prodotti dalla limatura di un pezzo meccanico. Il pezzo meccanico è il prodotto principale, lo sfrido è un potenziale sottoprodotto di quella linea produttiva. Parliamo di "potenziale sottoprodotto", perché il termine "sottoprodotto" è una categoria individuata dalla normativa ambientale comunitaria e nazionale, ma non è una nozione appartenente al mondo dagli operatori dell'industria.

La sostanza o l'oggetto di cui sopra, per essere qualificati legittimamente come sottoprodotti nel rispetto della normativa ambientale vigente, devono infatti rispondere ad alcune condizioni previste espressamente dalla legge: a) certezza del loro riutilizzo nel corso dello stesso o di un successivo/diverso processo di produzione o di utilizzazione da parte del produttore o di soggetti terzi; b) utilizzabilità diretta, senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale; c) legalità dell'ulteriore utilizzo, vale a dire che la sostanza/il materiale o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti analoghi e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà ad impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana.

La conseguenza giuridica principale della qualificazione di un residuo di produzione come sottoprodotto è la sottrazione dello stesso dal novero dei materiali individuati per legge come rifiuti risultanti dall'attività di una determinata linea di produzione, con la conseguenza che non si applicheranno al sottoprodotto le norme relative alla gestione dei rifiuti.

Mentre l'applicazione delle norme relative alla gestione dei rifiuti è, come noto, obbligatoria, l'individuazione e la qualificazione a norma di legge dei sottoprodotti esitati da una linea di produzione non è un'operazione obbligatoria, ma facoltativa.

Il nostro ordinamento, infatti, mentre impone (anche attraverso unanimi e costanti interpretazioni giurisprudenziali) la qualificazione come rifiuto di qualsiasi materiale di cui il produttore intenda disfarsi (salvo che non si tratti dei materiali esclusi dal novero dei rifiuti per espressa previsione del legislatore),<sup>2</sup> al contrario attualmente non impone in modo espresso la qualificazione dei materiali come sottoprodotti.

È opportuno sottolineare però che, tale operazione rappresenta un'importante applicazione in concreto del principio di "prevenzione", da sempre individuato dalla normativa comunitaria e nazionale come primo criterio di priorità nella gestione dei rifiuti: evitare di produrli alla fonte.

Con l'implementazione a livello nazionale del pacchetto di direttive comunitarie c.d. sull'economia circolare incominciata nel 2020 e via via implementata, il principio di prevenzione è stato significativamente rafforzato e dettagliato con l'inserimento, al comma 2 dell'art. 180 del d.lgs.n.152/2006 (articolo rubricato "*Prevenzione della produzione dei rifiuti*") e

---

<sup>2</sup> Art. 185 co.1 lett. a del d.lgs.n. 152/2006, annovera ad esempio gli scarichi e le emissioni in atmosfera tra le esclusioni.

dedicato all'enunciazione ed alla regolamentazione del principio stesso), una espressa *call to action* normativa rivolta ai Ministeri competenti (sviluppo economico ed ambiente) perché promuovano misure che: a) "riducono la produzione di rifiuti nei processi inerenti alla produzione industriale, all'estrazione dei minerali, all'industria manifatturiera, alla costruzione e alla demolizione, tenendo in considerazione le migliori tecniche disponibili,"<sup>3</sup> sollecitazione che porta a pensare alla categoria dei sottoprodotti industriali; b) "riducono la produzione di rifiuti, in particolare dei rifiuti che non sono adatti alla preparazione per il riutilizzo o al riciclaggio"<sup>4</sup>, sollecitazione che porta a pensare alla categoria dei rifiuti recuperati a materie prime seconde mediante il c.d. *end of waste*.

A completamento del quadro, va tenuto in debita considerazione che il principio di prevenzione è una chiara espressione del principio dello sviluppo sostenibile, già da tempo esplicitato nel testo unico ambientale all'art. 3 *quater* che, tra le altre cose, impone alle amministrazioni di garantirne l'attuazione in concreto mediante la loro azione amministrativa.

Va letta in questo contesto l'adozione da parte del Ministero dell'Ambiente della cosiddetta Strategia Nazionale per l'Economia Circolare (SNEC), risalente al giugno 2022 e rappresentante la risposta del MASE (Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica) alla *call to action* di cui all'art. 180 comma 2 del d.lgs.n.152/2006 e diretta all'individuazione di strumenti che garantiscano in concreto l'attuazione del principio di prevenzione.

L'Economia Circolare, come noto, è il nuovo paradigma economico a cui la normativa ambientale comunitaria e nazionale si sta gradualmente conformando, delineando un sistema di regole via via più stringenti, atto ad agevolare il passaggio dal modello "dalla culla alla tomba" (ovvero dalla produzione alla discarica) al modello "dalla culla alla culla" (ovvero dalla produzione ad un'altra produzione mediante il recupero di materia o la valorizzazione energetica dei residui).<sup>5</sup>

Il grado di importanza della SNEC si coglie, in particolare, considerando che si tratta di una riforma abilitante del PNRR, in quanto individuata come necessario supporto agli investimenti (e dunque all'allocazione dei fondi) afferenti alla c.d. Missione 2 (M2) "rivoluzione verde e transizione ecologica" - componente1 "Agricoltura sostenibile ed economia circolare".

Relativamente al tema della presente analisi, la SNEC adottata dal MASE individua tra i temi definiti strategici per la sua stessa attuazione, lo sviluppo di un mercato delle Materie

3 Art. 180 co.2 lett. f del d.lgs.n.152/2006, articolo sostituito dal d.lgs.n.116/2020 "Attuazione della direttiva UE 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva UE 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio".

4 Art. 180 co.2 lett. l del d.lgs.n.152/2006, articolo sostituito dal d.lgs.n.116/2020 "Attuazione della direttiva UE 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva UE 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio".

5 L' Osservatorio nazionale per l'Economia Circolare, costituitosi in base alla SNEC ed insediatosi nel dicembre 2022, nel verbale della riunione di insediamento dichiara che l'obiettivo della Strategia Nazionale per l'Economia Circolare è proprio quello di "passare da un'economia lineare ad un'economia circolare".



Prime Seconde (tra cui si annoverano i sottoprodotti) e la simbiosi industriale,<sup>6</sup> suggerendo di regolamentarla mediante lo strumento dei contratti di rete, esistente da tempo nel nostro ordinamento giuridico, ma sinora poco utilizzato a questo fine.<sup>7</sup> Come previsto dalla SNEC, le Regioni si stanno attivando per costituire propri gruppi di lavoro regionali sui sottoprodotti ed economia circolare, che fungono da raccordo tra le Regioni e l'Osservatorio Nazionale per l'Economia Circolare costituito presso il MASE. Al momento risultano costituiti i seguenti gruppi di lavoro regionali: Piemonte (cfr. DGR Piemonte 11 aprile 2023 n.10-6722); Lombardia (cfr. DGR Lombardia 12 aprile 2023 n.XII/134).

Il contesto normativo multilivello sopraricordato evidenzia un mutato contesto di riferimento per l'applicazione del principio di prevenzione, da cui la necessità dell'applicazione in concreto del principio stesso (anche sotto il profilo dell'azione amministrativa e dunque esecutiva della SNEC e comprendente l'azione amministrativa volta al rilascio delle autorizzazioni ambientali) risulta molto accentuata rispetto al periodo antecedente l'adozione del pacchetto direttive c.d. sull'economia circolare.

E' possibile dunque concludere evidenziando che, l'ordinamento multilivello considera oggi maggiormente tutelante per l'ambiente (rispetto alla qualificazione *tout court* come rifiuto) la ricerca e l'attuazione di sistemi di produzione industriale che riescano ad individuare tra i propri residui di produzione dei materiali/sostanze che possano essere qualificati come sottoprodotti/materie prime seconde, legittimamente utilizzabili come input di altri processi industriali, con la conseguenza che si riducano novero e quantità di materiali/sostanze classificabili come rifiuti.

## 2. Qualificazione dei materiali/sostanze come sottoprodotti. Presupposti e conseguenze.

**In forza dell'art. 184 bis del d.lgs.n.152/2006** *"È un sottoprodotto e non un rifiuto ai sensi dell'articolo 183 comma 1 lett. a), qualsiasi sostanza od oggetto che soddisfa tutte le seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto è originato da un processo di produzione, di cui costituisce parte integrante, e*

---

<sup>6</sup> Per simbiosi industriale si intende l'interconnessione tra filiere industriali, anche molto diverse tra loro, al fine di agevolare il più possibile l'individuazione di materiali esitati da alcuni cicli produttivi (output) che possano fungere da materia prima (input) per cicli produttivi simili o diversi tra loro. La SNEC si spinge anche a suggerisce agli operatori economici di regolamentare la simbiosi industriale mediante lo strumento dei contratti di rete, esistente da tempo nel nostro ordinamento giuridico, ma sinora poco utilizzato a questo fine.

<sup>7</sup> La SNEC adottata nel giugno 2022 dal MASE suggerisce di recuperare lo strumento giuridico del contratto di rete per costruire e regolamentare la simbiosi industriale necessaria per la realizzazione del nuovo modello economico. *"Il contratto di rete è un contratto plurilaterale di cooperazione inter-imprenditoriale con finalità e caratteristiche che lo contraddistinguono e lo rendono pienamente compatibile con i business model circolari. Infatti, con il contratto di rete - introdotto nell'ordinamento dall'art. 3, comma 4-ter e ss. del DL n. 5/2009 - più imprenditori, aggregandosi e condividendo idee, iniziative e investimenti, perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, sulla base di obiettivi strategici definiti e misurabili e di un programma condiviso di attività da attuare nel tempo"* (testo estratto dalla SNEC).



*il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza od oggetto; b) è certo che la sostanza o l'oggetto sarà utilizzato, nel corso dello stesso o di un successivo processo di produzione o di utilizzazione, da parte del produttore o di terzi; c) la sostanza o l'oggetto può essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale; d) l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana."*

Con Decreto Ministeriale dell'allora MATTM del 2016 ed una Circolare esplicativa del 2017,<sup>8</sup> vengono successivamente individuati ed esplicitati i criteri per agevolare la dimostrazione della sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 184 *bis* sopracitato, condizioni che devono risultare tutte contemporaneamente verificate e presenti costantemente presso ciascuno dei soggetti componenti la filiera che si rapporta e/o utilizza quel determinato materiale/sostanza ed in tutte le fasi di gestione dei residui per poter qualificare un residuo di produzione come sottoprodotto di origine industriale.

A questo proposito è opportuno sottolineare che al sottoprodotto non si applica la normativa prevista per i rifiuti, compresa la regola dell'Extended Producer Responsibility (c.d. EPR).<sup>9</sup> Ciò significa che, nel caso in cui una o più condizioni necessarie alla qualifica del materiale/sostanza cessino di esistere, la responsabilità della cessazione è imputabile esclusivamente al soggetto che ha in gestione il sottoprodotto al momento della cessazione stessa, mentre restano esclusi da responsabilità gli altri soggetti della filiera.

Dalla lettura coordinata della normativa sopra ricordata emerge in prima battuta che, risultano esclusi dall'applicazione della normativa sui sottoprodotti: i prodotti; le sostanze ed i materiali esclusi dal regime dei rifiuti (es. suolo non contaminato e altro materiale allo stato naturale scavato a seguito di attività di costruzione); i residui derivanti da attività di consumo.<sup>10</sup>

---

8 D.M. 13 Ottobre 2016 n.264 "Regolamento recante criteri indicativi per agevolare la dimostrazione della sussistenza dei requisiti per la qualifica dei residui di produzione come sottoprodotti e non come rifiuti"; Circolare MATTM 30 maggio 2017 n.7619 "Circolare esplicativa per l'applicazione del decreto ministeriale 13 ottobre 2016, n. 264".

9 Per responsabilità estesa del produttore si intende quella regola comunitaria e nazionale che, con riferimento alla gestione del rifiuto, rende responsabili sempre e comunque per eventuali gestioni non conformi tutti i soggetti della filiera, dal produttore del rifiuto fino al recuperatore e/o lo smaltitore, indipendentemente da quale di essi sia il soggetto che materialmente ha posto in essere la singola violazione.

10 Cfr. art. 3 del D.M. 13 Ottobre 2016 n.264. La Giurisprudenza ha recentemente ribadito l'esclusione della FORSU dal novero dei sottoprodotti. La frazione organica dei rifiuti urbani (secondo il Tar Puglia) non è un sottoprodotto ma un rifiuto, in quanto la FORSU non deriva da alcun processo produttivo, ma da processi di consumo, esclusi dalla sfera di applicazione della normativa sui sottoprodotti. Per questa ragione, il TAR Puglia ha escluso che la FORSU potesse essere considerata biomassa ai fini dell'applicabilità delle norme sulla produzione di energia rinnovabile, considerando di conseguenza l'impianto di produzione del biogas da trasformare in biometano un impianto di trattamento rifiuti e



Va tenuto in considerazione che, le condizioni individuate dal TUA vanno valutate caso per caso per ciascun operatore industriale, anche mediante certificazioni tecniche utili, ma non considerate costitutive e/o esaustive dalla legge. I mezzi di prova per dimostrare la sussistenza delle quattro condizioni richieste non sono tassativi e la legge non richiede necessariamente una prova scritta che però, come noto, resta in ogni caso prova principe in sede processuale ed appare dunque preferibile rispetto ad altri mezzi di prova. Le prove scritte suggerite dalla normativa vigente sono, ad esempio, la scheda tecnica del sottoprodotto, il contratto di compra/vendita tra produttore e utilizzatore, la redazione di un dossier di qualificazione del materiale/sostanza come sottoprodotto.

A questo proposito è opportuno sottolineare che il D.M. e la Circolare esplicativa prevedono la possibilità di iscrizione nell'elenco CCIAA *"Piattaforma di scambio tra domanda e offerta"* dei sottoprodotti individuati da ciascuna realtà produttiva, ma precisano che l'iscrizione non è obbligatoria e non ha alcun effetto costitutivo.

La condizione potenzialmente dirimente ed allo stesso tempo problematica per individuare correttamente un sottoprodotto è la terza (art. 184 *bis* co.1 lett. c del d. lgs.n.152/06), ovvero la possibilità di riutilizzare la sostanza/il materiale/l'oggetto senza ulteriori trattamenti diversi dalla *"normale pratica industriale"*.

La normativa vigente non vuole essere esaustiva nel definire cosa sia e cosa non sia la normale pratica industriale, lasciano a ciascun operatore l'onere/onore di valutare il proprio ciclo produttivo e la filiera di destinazione del potenziale sottoprodotto in modo da identificare in concreto la sussistenza della condizione. Alcune indicazioni più specifiche possiamo invece trovarle nella giurisprudenza comunitaria e nazionale, consolidatasi negli anni dal 1998 ad oggi, e tendenti a considerare *"normale pratica industriale"* le operazioni *"minime"* di trattamento, come il lavaggio, l'essiccazione, la selezione, la cernita, la vagliatura, la macinazione, la frantumazione, sempre a condizione che l'effettuazione del trattamento minimo non trasformi il materiale in un materiale del tutto diverso da quello originario (ad es. miscelandolo con altri componenti vergini).<sup>11</sup> In alcuni casi, ci vengono in soccorso anche

---

non come impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili, con tutte le conseguenze del caso in relazione alla tipologia di autorizzazione alla costruzione ed alla gestione dell'impianto che il proponente è tenuto a conseguire (cfr. T.A.R. Puglia n.724 del 2023).

11 Considerate ad esempio le seguenti pronunce. a) I materiali che residuano dalla demolizione di una pista aeroportuale ("fresato d'asfalto") rientrano nel novero dei rifiuti, ferma restando la possibilità di gestirli come sottoprodotti purché ricorrano tutte le condizioni previste dall'art. 184 *bis* d.lgs.n.152/2006: in particolare, la certezza del riutilizzo va apprezzata con riferimento esclusivo alla fase della produzione e, per accertare se il trattamento cui è sottoposto il materiale prima del riutilizzo possa rientrare nella "normale pratica industriale", vanno esclusi gli interventi manipolativi del residuo diversi da quelli ordinariamente effettuati nel processo produttivo in cui viene utilizzato (nella specie, ai fini del suo utilizzo quale componente del nuovo conglomerato bituminoso il fresato non veniva impiegato "tal quale", ma era sottoposto a una lavorazione a caldo che, attraverso la miscelazione con altre componenti vergini, dava luogo a un materiale diverso da quello originario – C. Cass. Pen. Sez. III n.53136 del 2017). b) In materia di disciplina dei sottoprodotti, non è richiesto che il residuo produttivo



norme regionali (piuttosto recenti), adottate con l'obiettivo di dare un indirizzo unitario alle amministrazioni competenti al rilascio delle autorizzazioni ambientali di settore,<sup>12</sup> o norme comunitarie e/o nazionali che regolamentano un settore specifico (ad es. utilizzo dei sottoprodotti di origine animale per la produzione del biogas).

Il D.M. n.264/2016 all'art.6 definisce invece la nozione di trattamento diverso dalla normale pratica industriale come *"processi e/o operazioni necessarie a rendere le caratteristiche del residuo idonee a soddisfare, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e a non portare a impatti complessivi negativi sull'ambiente, salvo il caso in cui siano effettuate nel medesimo ciclo produttivo"*. Stabilisce dunque che, nel caso in cui il materiale/sostanza presa in considerazione per il riutilizzo debba essere in qualche modo trattata al fine di essere utilizzata legittimamente per l'uso specifico individuato ed, in particolare, tali trattamenti siano necessari per renderla conforme alle regole di tutela della salute umana e dell'ambiente esistenti per quel particolare riutilizzo, tali trattamenti risultano esclusi dalla normale pratica industriale salvo che vengano effettuati nel medesimo ciclo produttivo da cui il materiale/sostanza viene originato.

L'obiettivo di questo vincolo è, infatti, non quello di limitare il novero dei sottoprodotti, bensì quello di assicurare che il materiale non sicuro per salute umana e /o per l'ambiente viaggi come rifiuto e di conseguenza, sin dalla sua prima uscita dal processo produttivo di cui costituisce residuo, con la maggiore tutela assicurata dal complesso di regole esistenti in materia di tracciabilità per l'ambito rifiuti.

Altrettanto essenziali sono le condizioni della certezza del riutilizzo *"dello stesso o di un successivo processo di produzione o di utilizzazione, da parte del produttore o di terzi"* e della legalità del riutilizzo *"ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti*

---

sia utilizzato "tal quale", in quanto sono permessi trattamenti minimi, che si rendono utili o funzionali per il suo ulteriore e specifico utilizzo presso il produttore o presso altri utilizzatori, rientranti nella normale pratica industriale, come le operazioni di lavaggio, essiccazione, selezione, cernita, vagliatura, macinazione, frantumazione (C. Cass. Pen. Sez. III n.40109 del 2015). c) Vanno esclusi dalla "normale pratica industriale" tutti gli interventi manipolativi del residuo, anche minimali, diversi da quelli ordinariamente effettuati nel processo produttivo in cui il sottoprodotto viene utilizzato. Per questa ragione, i trattamenti consentiti sul sottoprodotto sono esclusivamente quelli che l'impresa normalmente effettua sulla materia prima che il sottoprodotto va a sostituire (C. Cass. Pen. Sez. III n. 17453 del 2012).

12 Vedi ad es. D.P.G./2017/17246 Emilia Romagna del 23 ottobre 2017, che approva la scheda tecnica dei sottoprodotti *"polveri e impasti di ceramica cruda, polveri da ceramica cotta, formati ceramici crudi, formati ceramici cotti"*; D.G.R. Lombardia 12 aprile 2023 n. XII/134 di approvazione delle linee guida per la gestione delle terre di fonderia di metalli non ferrosi come sottoprodotti o in operazioni di recupero EoW. Va sottolineato che la D.P.G. dell'Emilia Romagna si spinge oltre la normativa nazionale, definendo come costitutiva della qualifica di sottoprodotti l'iscrizione all'elenco presso CCIAA previsto dall'art.10 DM 264/2016, mentre su analogo tema la D.G.R. Lombardia esplicitamente scrive che le linee guida sono uno strumento di supporto ai produttori, ma non costituiscono dei criteri costitutivi *ad hoc*, risultando necessaria la valutazione caso per caso della sussistenza contemporanea delle quattro condizioni previste dal d.lgs.n.184 *bis* del d.lgs.n.152/2006.



*riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana".<sup>13</sup>*

Per quanto attiene la certezza del riutilizzo, il D.M. e la Circolare esplicativa chiariscono che la condizione va dimostrata sin dal momento della produzione del sottoprodotto fino al suo impiego e riguarda tutto il ciclo di produzione documentabile. Come sopra detto, la normativa non impone un mezzo di prova specifico, ma attualmente indica la *"scheda tecnica e dichiarazione di conformità del sottoprodotto ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n.445/2000"* e di cui l'all.2 al D.M. n.264/2016 fornisce un modello, come mezzo di prova potenzialmente idoneo allo scopo.

Relativamente all'ultima delle quattro condizioni, ovvero la legalità dell'utilizzo specifico del sottoprodotto nel medesimo o in altri cicli produttivi, consiste nel verificare la completa equivalenza (relativamente ai requisiti legali di utilizzo) tra il sottoprodotto e la materia prima normalmente utilizzata come input del processo produttivo in cui il sottoprodotto viene utilizzato in sostituzione della materia prima stessa ed in un'ottica di circolarità dell'economia. Tema particolarmente impattante sotto questo profilo, ad esempio, risulta essere la conformità del sottoprodotto alla normativa REACH/CLP (Regolamento CE 1907/2006 e sue modificazioni successive) e CLP (regolamento CE 1272/2008 e sue modificazioni successive), conformità anch'essa da valutarsi caso per caso a seconda della composizione chimica del sottoprodotto di volta in volta considerato. Anche sotto questo profilo, il D.M. del 2016 non impone un mezzo di prova specifico, ma all'art. 7 rubricato *"Requisiti di impiego e di qualità ambientale"* indica la *"scheda tecnica e dichiarazione di conformità del sottoprodotto ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n.445/2000"* e di cui l'all.2 al D.M. n.264/2016 fornisce un modello, come mezzo di prova potenzialmente idoneo allo scopo.

### **3. Conclusioni.**

Dall'esame della normativa attualmente vigente in materia di sottoprodotti di origine industriale, appare evidente che il contesto attuale è favorevole al cambio di paradigma che sinora ha connotato l'approccio delle istituzioni, delle autorità competenti, degli enti di controllo e della magistratura rispetto ai residui di produzione. Fino ad oggi, infatti, l'approccio dominante è stato quello di considerare maggiormente cautelativa ed auspicabile la qualificazione dei residui come rifiuti, con tutte le conseguenze del caso. L'ordinamento

---

<sup>13</sup> Tutte le condizioni previste dall'art. 184 *bis* d. lgs.n.152/2006 devono sussistere contemporaneamente per poter qualificare un residuo come sottoprodotto. Se manca anche soltanto la certezza del riutilizzo, il residuo va considerato rifiuto, con tutte le conseguenze anche penali del caso riguardo al trasporto, alla gestione, all'eventuale discarica abusiva e/o all'abbandono. (Fattispecie relativa ad accumulo sul terreno di residui di lavorazione di lapidei e altri materiali quali asfalto, cemento, piastrelle, laterizi, per i quali mancava qualsiasi piano di caratterizzazione che identificasse il materiale, tanto da convincere gli inquirenti che non sarebbe stato possibile nemmeno identificare il residuo e distinguerlo dal terreno. Tale circostanza rendeva impossibile il riutilizzo del residuo – cfr. C. Cass. Pen. Sez. III n. 36555 del 2022).



multilivello vigente post 2020, al contrario, suggerisce di valorizzare il principio di prevenzione, prendendo in considerazione senza pregiudizi anche l'iniziativa economica che individua i sottoprodotti, con tutte le conseguenze del caso.

Tale cambio di paradigma è senz'altro dimostrato dall'impulso che Ministero e Regioni stanno dando in questi ultimi anni all'adozione di norme chiarificatrici sul tema ed a strutturare meccanismi di monitoraggio sull'implementazione degli strumenti diretti all'attuazione in concreto del modello di circolarità dell'economia che costituisce l'attuale riferimento della normativa ambientale comunitaria e nazionale.

Questo clima di maggior favore nei confronti della classificazione dei residui quali sottoprodotti è certamente positivo per lo sviluppo industriale del nostro paese e va certamente colto come importante opportunità per le imprese. Per non incorrere in contestazioni, l'opportunità va colta tenendo presente l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale ponendo particolare attenzione al sistema delle fonti in essere e rifuggendo il miraggio delle semplificazioni, considerando con particolare attenzione previsioni regionali che, pur apparendo appunto semplificatorie rispetto alle norme nazionali, qualora si pongano in contrasto con le norme primarie, potrebbero rendere contestabili le scelte imprenditoriali effettuate sulla loro base.



## FOCUS

# RIFORMA COSTITUZIONALE: ISTRUZIONI PER L'USO

**Gian Paolo Dolso**

*Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Trieste*

Tra i vari temi in agenda, nei prossimi mesi il Governo tornerà ad occuparsi di riforme istituzionali. Non sono emerse ancora indicazioni univoche, ma non pare inopportuno cercare di mettere a fuoco alcune delle caratteristiche dei modelli che sono stati in questi mesi a più riprese evocati e che potrebbero essere utilizzati come paradigmi per orientare l'azione della maggioranza che aveva inserito anche le riforme costituzionali nel programma di governo. Incidere sulla forma di governo significa intervenire sul complesso di regole, scritte o anche consuetudinarie, che disciplinano i rapporti tra i poteri dello Stato. Vi sono una serie di modelli astratti che si traducono in altrettante formule: forma di governo parlamentare, presidenziale, semi presidenziale... Si tratta di modelli che divergono da Paese a Paese, dato che molte sono le variabili che cospirano a conformarli, tra cui vanno annoverate per lo meno l'assetto dei partiti e il sistema elettorale adottato<sup>1</sup>. A ciò si aggiunga che le modalità in cui ciascun sistema di regole vive nella prassi finisce rendere ogni ordinamento diverso dall'altro, ancorché il modello a cui entrambi si ispirano possa essere lo stesso.

Fin dalla campagna elettorale del 2022 è stato a più riprese evocato il "presidenzialismo". L'archetipo di questo sistema è dato dall'esperienza costituzionale degli Stati Uniti d'America che funge, anche a livello di manualistica, da paradigma per riassumerne le caratteristiche. Immane è l'elezione popolare del Presidente, vertice del potere esecutivo, in capo al quale sono concentrate importanti funzioni, in un sistema ove di norma il principio di separazione dei poteri risulta particolarmente accentuato<sup>2</sup>. Gli Stati Uniti forniscono un esempio eloquente della posizione del Presidente il quale dispone di una gamma significativa di poteri tra cui quello di nominare e liberamente revocare i Segretari di Stato. In Europa è una forma di governo molto poco diffusa, mentre è stata importata, con alterne fortune, in diversi Paesi dell'America latina e dell'Asia.

---

1 L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 638.

2 D. GIROTTO, L. MAZZAROLLI, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Torino, 2023, 56.



Negli Stati Uniti tale assetto istituzionale, disegnato dai Padri fondatori nella Costituzione, ha resistito all'usura del tempo pur conoscendo, a seconda dei periodi, diverse manifestazioni. Il vero è che, pur a fronte di una indubbia concentrazione di funzioni in capo al Presidente, il robusto sistema di *checks and balances* ha scongiurato ogni rischio di accentrimento di poteri, come si è registrato in altri Paesi dove la stessa forma di governo è stata adottata o "trapiantata". Negli Stati Uniti molti sono i fattori di bilanciamento: i penetranti poteri di controllo riconosciuti in capo agli organi parlamentari, la cui maggioranza non sempre coincide con quella che ha espresso il Presidente (di *Repubblica congressuale* si è non a caso ragionato in dottrina), il potere della Camera dei rappresentanti di mettere in stato di accusa il Presidente in caso di commissione di reati, l'esistenza di un potere giudiziario forte ed indipendente, il riconosciuto ruolo della Corte Suprema, che non di rado ha sottoposto a verifica (se del caso sancendone l'illegittimità) misure adottate dal Presidente o allo stesso riconducibili. Non va poi trascurato l'assetto schiettamente federale del sistema nella cui cornice ampi poteri spettano proprio ai singoli Stati e sono quindi sottratti al Governo federale e in definitiva al Presidente.

Si tratta di elementi per lo più caratteristici del sistema statunitense e non facilmente trapiantabili in altri contesti., anche alla luce, tra l'altro, del ruolo che gioca nel sistema nordamericano l'assetto e l'organizzazione dei partiti che un ruolo decisivo hanno nella selezione dei candidati alla presidenza. I poteri dello Stato, in quell'ordinamento, sono quindi separati, anche se talvolta in senso solo formale, ma tale separazione è temperata dal sistema dei pesi e dei contrappesi. Si tratta di un sistema che assicura una coesistenza equilibrata tra i vari poteri: in difetto di queste articolate interazioni, il sistema non avrebbe lo stesso "rendimento".

Sulla base delle considerazioni appena svolte e, d'altra parte, anche per temperare alcuni tratti problematici dei regimi tipicamente parlamentari, si è creata una forma di governo che coniuga elementi caratteristici della forma di governo parlamentare ed altri elementi propri invece del sistema presidenziale. Si tratta di una forma di governo che è stata adottata in Francia con la V Repubblica e che è sostanzialmente parlamentare, nella misura in cui è prevista l'esistenza di un rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento, che condiziona la permanenza in carica del Governo: se la fiducia viene meno, il Governo è tenuto a rassegnare le dimissioni, e questo fa sì che la forma di governo sia (per lo meno anche) parlamentare (la dottrina francese non a caso ha ragionato di "*régime parlementaire à captation présidentielle*")<sup>3</sup>. Oltre a questo elemento, questa forma di governo contiene un tratto tipico del modello presidenziale: il Presidente della Repubblica è infatti eletto dal popolo, alla stregua del Parlamento, e si colloca al vertice dell'Esecutivo; pur nominando un Presidente del Consiglio dei ministri, egli conserva tuttavia una serie di prerogative meglio individuate dalla Costituzione.

---

3 A. LE DIVELLEC, *La chauve-souris, quelques aspects du parlementarisme sous la Ve République*, in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, 2001, 350 ss.



Come l'archetipo della forma di governo presidenziale è costituito dagli Stati Uniti d'America, il paradigma del modello sopra descritto è fornito dalla Costituzione francese del 1958 (anche se va precisato che all'elezione diretta del Presidente si giunse solo dopo il *referendum* del 1962 voluto dal generale De Gaulle). È interessante notare che la denominazione oggi utilizzata per identificare tale forma di governo, cioè quella di Repubblica *semipresidenziale* è stata coniata solo nel 1970 da Maurice Duverger. Si tratta in sostanza di un modello in cui il Presidente della Repubblica è eletto dal popolo ma condivide, pur avendone l'indubbia primazia, il potere esecutivo con un Presidente del Consiglio che per vero lui stesso nomina. Il Governo, similmente a quanto accade nelle forme di governo parlamentare, deve essere sostenuto dalla fiducia. Il Presidente della Repubblica ha svariati poteri, tra i quali va annoverato quello di scioglimento delle Camere. In certi casi può accadere che il Presidente della Repubblica e il Parlamento siano espressi di maggioranze politiche diverse: si tratta dei casi che in Francia sono stati etichettati come "*cohabitation*". Non sono molti in realtà i Paesi europei che hanno adottato questa forma di governo.

In diversi momenti, anche nel passato, si è fatto riferimento, anche di recente, a modelli che si ispirino a qualche forma di "premierato", anche se in questo caso non esiste un modello specifico di forma di governo, se non intesa in senso atecnico<sup>4</sup>. Con tale formula, in effetti, si vuole alludere non tanto ad una forma di governo avente caratteristiche tipiche, ma a modelli anche diversi tra loro accomunati però da una più o meno spiccata accentuazione di poteri del capo del governo il quale gode di norma di una legittimazione popolare, anche se non necessariamente "diretta". Proprio quest'ultimo è il caso della Gran Bretagna, ove il voto popolare non investe direttamente il Capo del governo. Secondo una risalente consuetudine costituzionale, verrà dal Sovrano nominato *premier* il capo del partito che ha vinto le elezioni. Si tratta di una designazione scontata che tuttavia è legata alla permanenza del *premier* alla guida del partito: perdendo la *leadership* del partito le dimissioni del *premier* saranno inevitabili, in sostanza un atto dovuto (come anche di recente confermato dal caso di Teresa May; si tratta del resto di una vicenda che si era verificata nel 1990 anche con riguardo a Margaret Thatcher).

È possibile che venga prevista l'elezione popolare del capo del Governo anche se il Governo deve comunque avere la fiducia delle Camere. Si tratta di un modello che dà luogo ad una forma di governo che è stata denominata "neo parlamentare". Tale formula è oggi praticamente sconosciuta nel panorama del diritto comparato. Adottata infatti in Israele, fu poi abbandonata non avendo tale forma di governo realizzato gli obiettivi di governabilità per i quali era stata pensata. Di norma, anche se non invariabilmente, può essere previsto che in ogni caso di cessazione dalle funzioni del Presidente eletto dal popolo si determini *ispo iure* lo scioglimento delle Camere, con un meccanismo simile a quello che nel nostro ordinamento è stato adottato con riguardo al sistema dei Comuni a far data dal 1993. Anche nelle Regioni a

---

<sup>4</sup> Sul punto, diffusamente, T.E. FROSINI, *Premierato e sistema parlamentare*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005.



statuo ordinario dalla riforma del titolo V del 2001 è stato previsto un meccanismo in base al quale il Presidente della Regione viene eletto dal popolo *in unum* con il Consiglio regionale. E' stato introdotto poi il meccanismo del *simul stabunt, simul cadent* che comporta lo scioglimento automatico del consiglio in caso di mozione di sfiducia, dimissioni o morte del Presidente (come previsto dall'art. 126 Cost.). Si tratta di un approccio che sta alla base del progetto di legge costituzionale recentemente presentato dall'On. Renzi che reca modifiche agli artt. 88 ss. della Costituzione.

Se si pone l'accento sui poteri del Capo del Governo, anche la forma di governo vigente in Germania può essere fatta rientrare tra i modelli connotati dalla centralità della figura del vertice dell'esecutivo. La forma di governo adottata in Germania assume non a caso la denominazione di *Cancellierato*, rimarcando in tal modo il "peso" del Cancelliere nelle dinamiche dei rapporti tra i vari poteri dello Stato. Tale centralità conosce due declinazioni. Da una parte il Cancelliere, pur eletto dalla Camera "politica" (il *Bundestag*), dispone di poteri più ampi del nostro Presidente del Consiglio: tra le sue prerogative spicca quella di poter nominare e revocare i ministri che compongono il Governo e la possibilità, a certe condizioni, di chiedere che il Presidente federale proceda allo scioglimento delle Camere (art. 68 della Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania). Dall'altra parte la sua posizione è rafforzata dal fatto che ogni tentativo di togliere il sostegno parlamentare al governo passa attraverso la cosiddetta "sfiducia costruttiva", con ciò intendendosi quel meccanismo in base al quale la mozione di sfiducia deve essere accompagnata, per determinare la cessazione del Cancelliere in carica, dall'elezione di un successore da parte del *Bundstag* (art. 67 della Legge Fondamentale).

Si tratta, come è evidente, solo delle linee essenziali di alcuni dei modelli a cui si fa e si è fatto riferimento. Va precisato che vi sono numerosi ulteriori aspetti che contribuiscono a conformare ogni forma di governo e che sono inestricabilmente legate alle caratteristiche di ciascun Paese. E' infatti evidente che le forme di governo vivono in determinati contesti storici e politici che in vario modo influenzano i modelli "astratti". Il meccanico trapianto di paradigmi costituzionali non potrà dare luogo a sistemi che abbiano la stessa "resa" che ciascun modello esibisce in altri contesti. Al di là del caso britannico, dove le consuetudini costituzionali costituiscono la vera architrave della forma di governo di quel Paese, un ruolo decisivo, nel funzionamento delle istituzioni, riveste la *prassi*. Tanto è vero che alcuni ordinamenti si sono modificati in modo (anche) sensibile a seguito della loro evoluzione nel tempo, evoluzione condizionata dal contesto politico e che si è registrata in assenza di formali modifiche del quadro costituzionale. Basti a esempio por mente al sistema francese. Se nei primi anni successivi alla Costituzione del 1958 da più parti si metteva in guardia sui potenziali rischi del sistema adottato, caratterizzato da una concentrazione di poteri in capo al Presidente della Repubblica, legittimato per giunta, a far data dal 1962, dal voto popolare, in



anni più recenti si è addirittura ragionato di una virata in senso “parlamentare” di quello stesso sistema: non a caso il fenomeno è etichettato come “ri-parlamentarizzazione”<sup>5</sup>.

Si tratta solo di un esempio di come gli ordinamenti si possano evolvere nella prassi anche in assenza di processi di revisione costituzionale. Le forme di governo, in altre parole, sono soggette a modifiche che finiscono in certi casi anche per andare oltre a quello che è il quadro costituzionale vigente in un determinato Paese. E’ il caso, ad esempio, dell’Ungheria, ove, a fronte di un quadro costituzionale per molti versi simile a quello tedesco, e quindi di impronta parlamentare, si è instaurata una prassi che ha portato il sistema ad evolversi in un presidenzialismo piuttosto pronunciato, al cospetto di una Costituzione rimasta sostanzialmente (e curiosamente) immutata anche dopo il crollo del regime comunista, motivo per cui non a caso si è ragionato nell’ambito di quel sistema di “Costituzione invisibile”<sup>6</sup>.

Anche sulla base degli esempi da ultimo indicati, appare evidente come le forme di governo vadano maneggiate con cautela in quanto esse trovano certo radice nelle Costituzioni dei diversi Paesi, ma esse indubitabilmente si nutrono di *prassi* e si radicano in convenzioni e/o consuetudini costituzionali. Di questo dato va tenuto conto sotto una duplice prospettiva: da una parte quando si pensa di trapiantare modelli di forma di governo da un sistema all’altro, va tenuto in considerazione il fatto che il terreno di coltura su cui si innestano le nuove regole è diverso, anche sensibilmente, da Paese a Paese; dall’altra parte è consigliabile essere avvertiti del fatto che, quando si adotta un diverso quadro di regole, è assai probabile queste stesse regole, data la loro irriducibile elasticità, risentiranno del contesto politico istituzionale in cui sono inserite, potendo nel tempo produrre risultati anche non collimanti rispetto a quella che erano i *desiderata* del legislatore costituente<sup>7</sup>.

---

5 In questa prospettiva, tra gli altri, P. AVRIL, *Le Parlementarisme rationalisé*, *Revue de droit public*, 1998, 1506 ss.; J. GICQUEL, *La reparablementarisation: une perspective d’évolution*, in *Pouvoirs*, n.126, 2008, 47 SS.. Non sono mancate per la verità anche tendenze opposte volte a ridare centralità alla figura del Presidente della Repubblica, come è accaduto ad esempio nel corso della Presidenza Sarkozy e nel primo mandato del Presidente Macron, al contrario del secondo ora in corso che vede una ri-centralizzazione del Parlamento. In dottrina si è osservato, citando P. Avril, che “la dizione di “forma di governo semipresidenziale” è più “*object mythique, espèce de licorne*” che una vera realtà: se dal punto di vista giuridico la Quinta Repubblica è indubbiamente una forma di Governo Parlamentare (per via del rapporto fiduciario che sussiste tra Governo e Assemblea Nazionale) anche dal punto di vista politico i periodi di “prevalenza” del Presidente nella determinazione dell’indirizzo politico si alternano a quelli in cui tale funzione è esercitata dal Primo Ministro” così S- DONDI, *Le modificazioni costituzionali più o meno tacite della forma di governo della Quinta Repubblica francese*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 gennaio 2008.

6 L’espressione si deve all’ex Presidente della Corte costituzionale ungherese, L. SÓLYOM, *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary*, in *International Sociology*, 1/2003, 133 ss. Sui processi in atto in Ungheria, più nel dettaglio, F. TANACS MANDAK, *La presidenzializzazione del sistema politico ungherese*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2022.

7 Basti por mente ancora al caso francese in cui, ad esempio, anche dopo la riforma del 2008, in dottrina si osservava come la fisionomia della forma di governo, ad onta della riforma appena varata (la ventitreesima dopo l’adozione della Costituzione del 1958), era in buona misura condizionata dalla



In relazione alle riforme di cui si sta ragionando in Italia, si possono formulare alcune considerazioni, sia alla luce delle esperienze di diritto comparato, sia tenendo conto dei pregressi tentativi di riforme costituzionali che nel passato si sono susseguiti in Italia.

In primo luogo il modello del presidenzialismo “puro” pare da abbandonare non solo perché di fatto (e non a caso) assai poco praticato, almeno in Europa, ma anche perché si tratta del modello che più si distanzia dall’attuale, anzi è simmetricamente opposto nella misura in cui da un Presidente della Repubblica di garanzia si passerebbe ad un Presidente della Repubblica vertice dell’esecutivo, con tutta una serie di necessari aggiustamenti conseguenti che investirebbero diversi istituti tipici del nostro sistema istituzionale.

La forma di governo semipresidenziale, mantenendosi in fin dei conti nell’alveo dei sistemi parlamentari, atteso il rapporto di fiducia che deve sempre intercorrere tra Governo e Parlamento, si discosta in modo meno sensibile dalla nostra tradizione. Pur tuttavia il Presidente della Repubblica cambierebbe decisamente pelle e le ricadute in termini di adattamenti delle disposizioni che ne disciplinano la posizione nel sistema non sarebbero molto diverse dal caso in cui si adottasse un modello di presidenzialismo “puro”: è chiaro che il Presidente della Repubblica non potrebbe avere il potere di nominare i giudici costituzionali né di presiedere il Consiglio superiore della magistratura, tanto per limitarci agli aspetti più vistosi e non revocabili in dubbio.

Quanto al cosiddetto “premierato”, fermo restando che non esiste un modello unico, e forse nemmeno un “modello” in senso stretto, si può certo pensare ad un assetto del tipo di quello contenuto nel disegno di legge “Renzi” appena depositato, ma occorre chiedersi se l’elezione diretta del *premier*, di fatto sconosciuta nel panorama del diritto comparato, sia indispensabile per raggiungere i risultati auspicati. La risposta, sulla base dei modelli diffusi negli altri Paesi, sembra ad ogni modo di segno negativo.

Atteso che l’elezione diretta del *premier* non è il modo che viene correntemente utilizzato per realizzare le finalità di governi più duraturi (tendenzialmente di legislatura) e caratterizzati da una più incisiva capacità decisionale dell’esecutivo, dovuta anche ad una *leadership* più forte, abbiamo visto che tale risultato viene perseguito attraverso la designazione del *premier* da parte di altri organi costituzionali, sulla base delle indicazioni emerse in sede elettorale. Ciò accade, pur in forme diverse, nel Regno Unito ed anche in Germania. La designazione, ancorchè indiretta, da parte del popolo, unitamente alla previsione di qualche correttivo (rispetto alla disciplina attuale) con riguardo alla posizione e ai poteri del Capo del Governo, potrebbero in fin dei conti raggiungere gli stessi obiettivi dell’elezione diretta.

I corretti i possono esser svariati, ma riducibili in sostanza ai seguenti. Potrebbe essere previsto, accanto al potere di nomina (o di proposta di nomina) anche il potere di revoca dei Ministri da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri. Potrebbe poi essere previsto, sulla

---

“prassi”: in questo senso, e per ulteriori considerazioni sul “semipresidenzialismo”, si rinvia al denso contributo di M. VOLPI, *La forma di governo in Francia alla luce della riforma del luglio 2008*, in *Astrid. Rassegna*, n. 18/2008.

falsariga di quanto prescritto dalla Costituzione tedesca, che la fiducia vada accordata al solo Presidente del Consiglio e non a tutto il Governo, previsione conseguente del resto alla sussistenza del potere di revoca dei Ministri da parte del Presidente. Si potrebbe ancora contemplare la possibilità che il Presidente della Repubblica proceda allo scioglimento del Parlamento (anche) su richiesta del Presidente del Consiglio, a seguito eventualmente, come previsto in Germania, del voto di sfiducia del Parlamento. Non decisiva appare invece la previsione di una sfiducia costruttiva, anche tenuto conto dell'esperienza tedesca ove essa è stata utilizzata pochissimo nonostante la sua previsione costituzionale.

Il pregio dell'ipotesi appena tratteggiata sta anche nel fatto che, più ampio è il raggio della riforma, maggiori sono le possibilità che il disegno complessivo si possa arenare, nella misura in cui alcune forze politiche -pur appartenenti alla medesima coalizione- potrebbero essere d'accordo su alcuni punti, ma non su altri. Il secondo elemento da tenere in considerazione è dato dalla circostanza che una modifica costituzionale nel senso indicato non comporterebbe ricadute sui poteri attuali del Presidente della Repubblica, il cui ruolo di garanzia rimarrebbe immutato e in qualche modo "alleggerito" alla luce della possibilità del *premier* di chiedere e ottenere (se del caso a seguito di sfiducia) lo scioglimento delle Camere: si tratta dello snodo - quello dello scioglimento anticipato- che più ha esposto i Presidenti della Repubblica a critiche nel passato, alla luce dei margini di discrezionalità che in tali frangenti finiscono inevitabilmente per connotare l'azione del Presidente. Ulteriore vantaggio risiede nel fatto che si tratta di interventi piuttosto mirati e "chirurgici", tali da non richiedere particolari *iter* procedurali, quali ad esempio la predisposizione di una commissione bicamerale, come avvenuto in passato senza che si siano raggiunti i risultati desiderati. Attesa infine l'entità tutto sommato circoscritta e perimetrata degli interventi, essi potrebbero essere più facilmente condivisi rispetto a tentativi di riforma più incisivi e a largo spettro che comporterebbero la necessità di mettere mano a una pluralità di norme della Costituzione.

Altre modifiche puntuali sono poi immaginabili -come "contraltare"- nella misura in cui gli interventi sopra sommariamente descritti potessero accreditare l'idea di un Esecutivo -o di un vertice dell'Esecutivo.- "troppo" forte a scapito delle prerogative del Parlamento, che nessuno in definitiva mette in discussione, nemmeno i fautori della riforma. In questo senso si potrebbero immaginare strumenti che rafforzino il ruolo delle minoranze in Parlamento: ad esempio attraverso un ampliamento della possibilità di istituire commissioni di inchiesta da parte di una frazione di ciascuna camera, oppure attraverso una limitazione a livello costituzionale della prassi dei maxi-emendamenti, soprattutto con riguardo alla posizione della questione di fiducia<sup>8</sup>, oppure anche introducendo una disciplina che limiti il ricorso alla decretazione d'urgenza; in sostanza -con misure del tipo di quelle indicate, o con altre ancora- si potrebbe procedere all'enunciazione, in Costituzione, di alcuni principi che delineino uno

---

<sup>8</sup> Sul punto, tra gli altri, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in AA.VV., *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione. Atti del convegno* (Roma, 17 marzo 2006), a cura di E. GIANFRANCESCO, N. LUPO, Roma, 2007, 41 ss.



statuto dell'opposizione, da completare poi attraverso la disciplina dei regolamenti parlamentari.

Alle condizioni appena indicate, una modifica di un numero tutto sommato circoscritto di norme costituzionali, che dia luogo ad un disegno unitario, che del resto per certi versi finisce per recepire una situazione che nella prassi si è già andata delineando, pur in modo intermittente, nel nostro ordinamento, avrebbe maggiore probabilità di essere condivisa da una maggioranza anche più larga di quella che sostiene il Governo, come del resto sarebbe desiderabile quando si mette mano a riforme costituzionali. Anche alla luce del fatto l'agenda politica dei prossimi mesi appare piuttosto fitta, a cominciare dalla predisposizione del bilancio, e continuando con le riforme -anche di livello costituzionale- della giustizia, a tacere dell'approvazione della legge (ordinaria, ma con valenza ordinamentale) sull'autonomia differenziata *ex art. 116 Cost.*, un approccio in qualche modo "minimalista" rispetto alle norme che disciplinano la forma di governo potrebbe essere una scelta consigliabile onde evitare che progetti molto più strutturati finiscano, come già molte volte accaduto (da ultimo nel 2006 e nel 2016), con il tradursi in un nulla di fatto.



*Focus***AMBIENTE E BIOSFERA: LA ROVINA DEL PIANETA E  
QUELLA DEL TERRITORIO<sup>1</sup>****Paolo Maddalena***Vice Presidente Emerito della Corte costituzionale*

1. - Nel 1972 fu pubblicato il primo Rapporto sui limiti dello sviluppo, elaborato dal Club Roma, che era stato fondato nell'aprile del 1968, presso l'Accademia dei Lincei a Roma, dall'imprenditore Aurelio Peccei e dallo scienziato scozzese Alexander King. Come è noto, questo Rapporto prediceva che la crescita economica non potesse continuare indefinitamente a causa delle limitate disponibilità delle risorse naturali, specialmente del petrolio, e della limitata capacità di assorbimento degli inquinanti da parte del pianeta.

Il rapporto provocò grande scalpore anche a causa della crisi petrolifera del 1973. Ma poi i fatti dimostrarono che la Terra aveva più risorse di quelle previste (specie quelle petrolifere) e più capacità di assorbimento rispetto a quanto in un primo tempo ipotizzato.

Come contraccolpo attecchirono allora le teorie di Friedman e di Stigler, esponenti della Scuola di Chicago, i quali avevano sostenuto invece la possibilità di uno sviluppo senza limiti, arrivando persino ad affermare che la concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi avrebbe prodotto benessere per tutti, considerato che il mercato avrebbe imposto, meccanicisticamente, una equa redistribuzione del benessere collettivo. Un'affermazione che dette la stura all'epoca Tachaeriana e Regaliana e ci ha portato alla disastrosa situazione economica attuale, che riguarda l'intero occidente (Stati Uniti compresi) e soprattutto l'Italia.

Quanto alla situazione planetaria, i dati scientifici sul surriscaldamento terrestre hanno poi dato ragione a Peccei e a King. Ora l'effetto serra non è più negato da nessuno e i frequentissimi uragani con le loro tragiche conseguenze, sono sotto gli occhi di tutti. I ghiacciai polari e quelli delle più alte montagne si sciolgono inesorabilmente ed è di non molto tempo fa la notizia dello scioglimento nell'Oceano glaciale artico del restante tratto di ghiaccio risalente all'ultima glaciazione, che ricopriva lo spazio intercorrente tra l'America e l'Europa. In sostanza siamo

---

1 (N.d.r.) Scritto inedito del 2017 contenente alcune riflessioni sulla vita del pianeta oggi divenute irrefutabili.



arrivati ad un punto di non ritorno: l'equilibrio del nostro clima è stato completamente rovesciato minacciando da vicino la continuazione della vita sulla Terra.

I media non danno risalto a queste notizie, ma è un fatto che è stata prevista una apposita seduta dell'Assemblea dell'ONU per discutere su questo indilazionabile e gravissimo problema.

Dunque, non c'è tempo da perdere ed occorre una mobilitazione generale, se davvero si vuol salvare la vita nostra e quella dell'intero pianeta. È tutta la Terra, l'intera biosfera, quella che il Leopold definiva già nel 1949 la "Comunità biotica", che è in pericolo imminente di vita. È indispensabile un'eccezionale convergenza dei vari Stati su questo problema, che va risolto in tutta la sua ampiezza planetaria, ma che richiede altresì l'impegno di un'azione pronta e decisa di ogni Stato in riferimento ai vari "territori", che sono soggetti alla loro sovranità.

2. - Concentrando la nostra attenzione sull'azione dei singoli Stati, è evidente che, anziché parlare di ambiente, deve parlarsi di "territorio", cioè di quella parte di biosfera che cade sotto l'impero di un dato ordinamento giuridico e che comprende il suolo, il sottosuolo, il soprassuolo e tutto ciò che esiste su quest'ultimo, vale a dire le rocce, le acque, la vegetazione, gli animali, gli uomini, le attività umane, l'agricoltura, l'industria, il turismo, il web, gli stessi ordinamenti giuridici, nonché i sistemi economici esistenti. In una parola, occorre una revisione universale della situazione esistente, per renderla compatibile con la conservazione della vita sul pianeta. Si vuol dire che il problema globale non si risolve, se ogni Stato non si impegna a salvare ciascuno il proprio territorio. Non si dimentichi, infatti, che la fonte del diritto è ancora quella statuale e che i Trattati sulla Comunità e sull'Unione Europea, nonché gli altri Trattati internazionali poggiano tutti sulla sovranità degli Stati.

Certamente si può e si deve agire sul piano comunitario ed internazionale, ma il primo intervento immediato, in molti casi quello risolutivo, dipende dall'azione dei singoli Stati.

In sostanza, è decisivo che ogni Stato, o meglio "ogni Comunità politica", faccia di tutto per salvaguardare il proprio territorio, neutralizzando l'azione di coloro che lo "devastano" o lo "alienano", pur di avere "maggiori profitti", o, semplicemente, per perseguire l'obiettivo di "far cassa".

Ne consegue che, sul piano strettamente giuridico, si deve innanzitutto verificare se i singoli ordinamenti giuridici sono in grado di affrontare questa immane sfida, oppure se, come accaduto in Italia, ci sono state "deviazioni" da correggere, in modo che gli ordinamenti possano raggiungere i loro fini. Effettivamente, concentrando l'attenzione sul nostro Paese, salta immediatamente agli occhi che si è verificata un'alterazione degli istituti giuridici proprietari e che sono queste alterazioni che, sul piano giuridico, impediscono un'azione concreta per la salvaguardia del territorio. Vogliamo dire che il giurista, anche ad un primo sommario esame, scopre che la causa prima dello scempio del nostro territorio ha le sue radici



profonde in un errato concetto di “proprietà privata”, secondo il quale ciascuno può fare tutto quel che vuole del suo bene, anche se danneggia il paesaggio ed il territorio che appartengono a tutti, e, in particolare, nell’oblio del fatto fondamentale della “prevalenza costituzionale” della “proprietà collettiva” del territorio. Sicché il compito del giurista è quello soprattutto di correggere questa supervalutazione della proprietà privata, la cui posizione reale nell’ambito dell’ordinamento generale, lo diciamo subito, è di assoluta “subalternità” alla proprietà collettiva del popolo sovrano.

Soltanto se si elimina questo “strapotere” giuridico, sul quale si fonda l’azione della speculazione finanziaria e delle imprese sovranazionali che agiscono nel loro esclusivo interesse ed a danno della collettività, diventa possibile cancellare in radice la causa prima della distruzione del territorio e si possono agevolmente apprestare gli strumenti giuridici concreti per la sua salvaguardia.

Su questa esigenza, purtroppo, si è arenata persino la teoria dei “beni comuni”, la quale ha eluso il tema dell’appartenenza pubblica o privata del bene, affermando che ciò che interessa è la “destinazione” del bene, il suo uso comune, e non importa se il bene appartiene a tutti o sia in proprietà privata. Si tratta di una affermazione alquanto frettolosa, poiché non tiene conto del fatto che il bene in proprietà privata ha già una sua “destinazione”, quella di soddisfare i bisogni, o anche solo i desideri, del privato proprietario.

3. - Alla luce di questa premessa e limitando l’esame alla situazione italiana, è da porre innanzitutto in evidenza che il “territorio” è oggi sottoposto ad un triplice attacco: a) la speculazione edilizia e la conseguente “devastazione” ambientale; b) il pensiero unico imperante neoliberista, che ha offuscato anche le menti dei giuristi; c) la speculazione finanziaria, che, alla fine porta alla “alienazione” del territorio. E non si dimentichi che salvare il territorio significa evitare non solo la sua “devastazione”, ma anche la sua “privatizzazione” e la sua “alienazione”.

Quanto alla speculazione edilizia, è sotto gli occhi di tutti lo spettacolo inverosimile della devastazione ambientale: cementificazioni, impermeabilizzazioni, edificazioni legittime ed abusive, consumo indiscriminato di suolo agricolo appaiono come una forza impetuosa che tutto travolge.

L’insidia maggiore, tuttavia, è quella culturale. Come si accennava, il nefasto “neoliberismo economico” ha conquistato l’immaginario collettivo e, fondando tutto sull’egoismo individuale, sulla proprietà privata dei beni economici, sul profitto e sul danaro, è riuscito ad intrappolare del tutto la politica e in gran parte anche la scienza giuridica civilistica, la quale ignora la Costituzione e tutto fonda sul codice civile, scritto nel 1942 sotto la vigenza dello Statuto di Carlo Alberto del 1848.



Un attacco micidiale è poi quello della speculazione finanziaria. La finanza non percorre più il procedimento “finanza-prodotto-finanza”, ma preferisce il procedimento “finanza-finanza”, acquistando debiti e lucrando sugli immancabili default. In tal modo non c’è più investimento produttivo (tranne che in Germania), sicché le imprese chiudono, gli operai sono licenziati, la recessione avanza e, con essa, la miseria di tutti. L’ultimo atto sarà, senza tema di smentite, l’alienazione e la perdita totale del territorio, e così il popolo italiano si troverà nella condizione degli Ebrei sotto la schiavitù di Babilonia.

Ma c’è di più, la finanza speculativa crea anche “prodotti finanziari”, i cosiddetti “derivati”, che sono “debiti” ad altissimo rischio e che provocano soltanto fallimenti con raschiamento dei beni reali esistenti a vantaggio dei solo cosiddetti “creditori”.

C’è infine, l’attacco al debito sovrano. La finanza, agendo contro tutti i Trattati internazionali, a cominciare da quello di Bretton Wood del 1944, al quale abbiamo aderito nel 1947, ed utilizzando l’invereconda legge n. 130 del 1999, la quale, in contrasto con precise norme del codice civile, ha ammesso la “cartolarizzazione dei diritti di credito”, trasformando i “debiti” in “titoli commerciabili” e valutabili in Borsa, ha agito, indisturbata, come un “antisovrano”, facendo salire o scendere in Borsa codesti titoli (si ricordi che la svalutazione del titolo, fa aumentare il tasso degli interessi), incidendo così sulla stabilità dei prezzi e dei cambi.

Ha avuto grande rinomanza la parola “spread”, ma nessuno ha obiettato che in tal modo il “debito pubblico” del nostro Paese, e quindi i tassi da pagare, venivano a dipendere, non più dalla nostra reale situazione economica, ma dalla volontà degli speculatori, i quali scommettevano concordemente in Borsa sul fallimento economico del nostro Paese.

Incredibilmente, poi, gli stessi speculatori finanziari, che, come è noto, hanno occupato le Istituzioni europee ed internazionali e sono diventati i veri padroni dell’Europa, permettendosi anche di darci “prescrizioni” vincolanti, ci hanno imposto il “fiscal compact”, firmato dal governo Berlusconi e attuato in parte dal governo Monti, in virtù del quale, a partire dal 1 gennaio 2015, avremmo dovuto (non si hanno notizie precise in proposito) accantonare circa 50 miliardi all’anno per 20 anni, non al fine dichiarato di “ridurre il debito”, ma al fine reale di aumentarlo, sempre per favorire gli speculatori, poiché tutti sanno che il debito si riduce con lo sviluppo e non con l’accantonamento di risorse, che alimenta soltanto la “recessione” e, quindi, l’aumento del debito stesso. Con la conseguenza ultima della ulteriore “privatizzazione” e “svendita” del territorio.

4. - Contro questo stato di cose, è ovvio che determinante è l’azione della politica. Tuttavia, è doveroso sottolineare, ed è qui che viene in evidenza l’azione del giurista, che si tratta di una situazione che può essere rovesciata anche agendo soltanto sul piano del diritto, poiché essa è contro la Costituzione, contro i Trattati sulla Comunità e sull’Unione Europea (che prescrivono



il principio della “coesione economica e sociale” dei Paesi membri), e contro il diritto internazionale consuetudinario e pattizio.

Si può anzi affermare che, in ogni caso, per il principio giurisprudenziale dei cosiddetti “contro limiti” (che, per quanto riguarda la Germania, la Corte costituzionale tedesca ha ribadito con due ben note sentenze), è sufficiente riferirsi alla sola Costituzione, poiché nel nostro caso si tratta di “violazione dei diritti umani”, causati dalla recessione economica impostaci dall’Europa e realizzata dal Governo Monti, e non è necessario far riferimento ai Trattati Europei.

A questo punto, come si accennava, spetta al giurista dimostrare che l’intero sistema sopra descritto poggia su piedi di argilla, poiché tutto fonda sulla “proprietà privata” considerata un diritto assoluto ed inviolabile, là dove la Storia degli istituti proprietari e la vigente Costituzione repubblicana dimostrano che “inviolabile e sovrana” non è la proprietà privata, ma la “proprietà collettiva” del popolo, la quale ha avuto una “precedenza storica” ed ha tuttora una “prevalenza costituzionale” sulla proprietà privata. E questo la dice lunga sulla impellente necessità di evitare le “privatizzazioni”, che tolgono a tutti per dare a pochi, ed eliminare la sopravvalutazione dei poteri del privato, dimostrando la priorità costituzionale dell’interesse pubblico e, soprattutto, la “subalternità” della “proprietà privata rispetto alla “proprietà collettiva”.

Quanto alla Storia degli istituti giuridici proprietari, è opportuno far riferimento a quanto accade sul piano giuridico quando si costituisce una “Comunità politica”. Prendendo ad esempio la fondazione di Roma, appare evidente che, con il “*finis regere*” di Romolo, cioè con il tracciare i confini (confine è una parola chiave per il nostro discorso), della nascente *Civitas Quiritaria*, vennero in luce tre fenomeni giuridici fondamentali: a) l’aggregato umano (costituito dalle tre tribù dei *Ramnes*, dei *Tities* e dei *Luceres*) si ordinò nel “*Populus*” in base ad un altro concetto chiave, quello della “parte e del tutto”, secondo il quale ogni *civis* veniva considerato “parte strutturale” del Popolo, cioè del loro insieme. Ne conseguiva che l’azione del singolo cittadino, posta in essere quale membro della Comunità, giovava nello stesso tempo al singolo ed all’intera Comunità; b) il terreno delimitato dal confine divenne “*territorium*”, dalle parole “*terrae torus*”, letto di terra, luogo sul quale veniva a stanziarsi il Popolo, nei confronti del quale si instaurava un rapporto di “appartenenza” di tipo quasi “personale”, nel senso che il territorio apparteneva al Popolo che doveva usarne in modo pari e trasmetterlo intatto o migliorato alle future generazioni. Si trattò proprio di quel tipo di appartenenza che oggi serve per la tutela dell’ambiente, tipo di appartenenza “inclusiva” detta “proprietà collettiva”, che si oppone nettamente alla distruttiva ed “esclusiva proprietà privata”; c) sorse, infine, il concetto di “sovranità popolare”, nel senso che la “somma dei poteri” per regolare la vita civile veniva originariamente riconosciuta al popolo con la conseguenza, da non sottovalutare, che tra questi poteri si rinvenne anche quello



dell'appartenenza del territorio, cioè della "proprietà collettiva" del territorio stesso, tipo di proprietà "originaria", "inviolabile" e "sovrana".

Ne fu conferma il fatto che per "cedere" a privati una vaga appartenenza di parti del territorio sovrano (si parlò prima di "*mancipium*" e poi di "*possessio*"), fu necessaria una "*lex centuriata*", una solenne manifestazione di volontà del Popolo stesso, cui seguiva la solenne cerimonia di origine etrusca della "*divisio et adsignatio agrorum*", sulla base di quanto era già avvenuto sotto Numa Pompilio, che dette ai *Patres familiarum* due iugeri a testa, mediante la "*divisio*" del territorio cittadino, lasciando la maggior parte di questo all'uso comune dei *cives* per i pascoli delle greggi e degli armenti, il cosiddetto "*ager compascuus*".

Di vera e propria "proprietà privata" nel senso moderno della parola, si poté parlare soltanto agli albori del 1 secolo a. C., quando, dopo una lunga e tormentata riflessione giurisprudenziale, si parlò di "*dominium ex iure Quiritium*". È dunque dimostrato che a Roma la "proprietà collettiva" precedette di ben sette secoli la "proprietà privata", ed è soprattutto dimostrato che forme molto vagamente somiglianti alla nostra proprietà privata, furono possibili attraverso una "cessione" a singoli di parti della proprietà collettiva del territorio, a seguito di una legge, cioè di una chiara manifestazione di volontà del Popolo stesso.

Questo concetto fu ulteriormente affinato nel Medio evo, quando, passata la sovranità dal popolo all'Imperatore e poi al Re, si riconobbe a questi ultimi un "*dominium eminens*" anche sui terreni dati ai singoli per la loro coltivazione, che furono considerati oggetto di un "*dominium utile*" del coltivatore. In sostanza, si affermò il principio che al Sovrano spettasse una sorta di "superproprietà", come la denominò Carl Schmitt, in virtù della quale egli poteva in ogni tempo revocare il "*dominium utile*" concesso al privato.

Come si nota la "proprietà collettiva del territorio" fu sempre collegata alla "sovranità", nel senso che essa fece sempre parte della "somma dei poteri sovrani", che, come è noto, in democrazia, spetta al Popolo.

Questa connessione tra "territorio" e "sovranità" fu infranta dalla restaurazione napoleonica di stampo borghese, ed è noto che il *code civil* del 1804, fu ispirato dal Tomalis al principio "L'imperio al sovrano, la proprietà al privato". La proprietà privata divenne allora un diritto originario inviolabile e fu fortemente combattuta la stessa idea della proprietà collettiva. Questo pensiero, tanto nefasto per gli interessi collettivi, è comunque profondamente penetrato nell'immaginario collettivo ed influenza ancor oggi, sotto la spinta del neoliberismo economico, la scienza giuridica civilistica e, come si visto, persino la moderna teoria dei "beni comuni".

Ma a correggere tutto è finalmente venuta la nostra Costituzione repubblicana, la quale, per un verso ha ridato vita alla "proprietà collettiva" e per altro verso ha dichiarato la subordinazione giuridica della proprietà privata alla proprietà collettiva del popolo sul territorio.



Infatti, il primo alinea dell'art. 42 afferma che "La proprietà è pubblica e privata". Nell'aggettivo "pubblica" è insito, come molto lucidamente osservò Massimo Severo Giannini, la "proprietà collettiva demaniale", nella quale oggi, dopo le sentenze del 2011 della Suprema Corte di cassazione sulle Valli di pesca della Laguna veneta sono da inserire anche il paesaggio ed il territorio, non ostante non siano ancora formalmente elencati in una disposizione di legge.

Da parte di qualche autore si è detto che la dizione "la proprietà è pubblica e privata" vorrebbe dire che i beni hanno sempre la disciplina della proprietà privata e che la distinzione riguarda il soggetto dell'appartenenza, che potrebbe essere un soggetto pubblico o privato. Si tratta, ovviamente, di un'obiezione priva di consistenza, poiché la distinzione in parola, come è stato già autorevolmente affermato da Massimo Severo Giannini (il più autorevole amministrativista del Novecento), riguarda il diverso regime della proprietà e non il rapporto di appartenenza al soggetto, ed in più è da tener presente che il seguito del primo alinea dell'articolo in questione continua affermando che "i beni economici (cioè quelli che rientrano nel concetto di commerciabilità e quindi di proprietà privata) appartengono allo Stato, ad enti o a privati". Se si accettasse quanto sostengono i predetti autori, la Costituzione avrebbe ripetuto due volte che la proprietà privata appartiene al pubblico ed al privato il che, ovviamente, non avrebbe senso.

Ma l'affermazione più forte, che "ricompon" la "cesura" borghese tra "territorio" e "sovranità", la troviamo nel secondo comma dello stesso articolo 42 Cost. Là dove leggiamo che "La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti". Se si dice che è la "legge", cioè una manifestazione di volontà del popolo, che "cede" in proprietà privata al singolo parti del territorio stesso, ponendo peraltro il limite invalicabile della "funzione sociale" e dell'"accessibilità" a tutti dei benefici del bene "ceduto" in proprietà, è evidente la posizione subalterna della proprietà privata, che "deriva" da quella collettiva ed è inoltre sottoposta a ben precisi limiti posti nell'interesse generale, ed è altresì evidente che i caratteri della "originarietà" e della "sovranità" sono propri della "proprietà collettiva" e non della "proprietà privata".

Qui viene in evidenza che la Costituzione, dopo aver assicurato ai singoli il diritto di proprietà personale inviolabile dei beni che esprimono utilità atte a soddisfare gli stretti bisogni personali o familiari (il vestito, la prima casa, ecc.), ha sancito che i proprietari dei beni che esprimono utilità eccedenti gli stretti bisogni personali o familiari, devono perseguire la funzione sociale, cioè devono rendere accessibili a tutti il godimento di questo surplus di utilità.

E se la "funzione sociale" vien meno, se un'impresa, per avere maggior profitto, licenzia gli operai, chiude la fabbrica e delocalizza la sua organizzazione produttiva, si deve logicamente affermare che, a termine di Costituzione, vien meno anche "il riconoscimento e la garanzia"



costituzionale del diritto di cui si discute, vien meno, in altri termini, la “tutela giuridica” del diritto di proprietà privata, con l’inevitabile ritorno del bene nella proprietà collettiva del Popolo.

E inoltre, si badi bene, se vien meno la tutela giuridica della proprietà, vien meno anche il diritto all’indennizzo espropriativo, poiché, venuto meno il diritto, ovviamente, non c’è nulla da indennizzare.

Ultima, importantissima conseguenza di quanto sin qui detto è che il diritto di costruire, il cosiddetto *ius aedificandi*, non rientra affatto nel diritto di proprietà privata, poiché, a parte la considerazione che nessuna norma di legge prevede questo diritto, sta di fatto che l’edificazione, e cioè il potere di “modificare” il territorio, non può che spettare al “proprietario collettivo” del territorio stesso, e cioè al popolo. Il diritto di costruire, cioè, è “contenuto” dei poteri sovrani del popolo e certamente non è “contenuto” del diritto soggettivo individuale di proprietà privata.

E qui si apre il grande tema dei beni abbandonati e quello, ad esso connesso, della mera incostituzionalità di tutte le norme sulla proprietà privata, che affermano la imprescrittibilità del diritto del proprietario. Un’intera materia, dunque, da rivedere e da risistemare, in vista soprattutto dell’azione spontanea di cittadini, che si adoperano per mantenere in vita la “funzione sociale” di quei beni che sono stati dismessi dagli originari proprietari.

5. - Centrale diviene a questo punto il tema della “partecipazione dei cittadini”.

A termine della Costituzione, i cittadini, singoli o associati, hanno potere di “iniziativa” sul piano legislativo, potendo proporre leggi di iniziativa popolare (art. 71 Cost.), o referendum abrogativi (art. 75 Cost.). Essi hanno inoltre un potere di partecipare con le Istituzioni alla “funzione amministrativa”. Lo proclama in via generale, l’art. 3, comma 2, della Costituzione, sancendo che la Repubblica garantisce “la partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Lo dichiara in particolare l’art. 43 Cost. secondo il quale le imprese che ineriscono a servizi pubblici essenziali, a fonti di energia o a situazioni di monopolio, proprio per assicurare la concorrenza delle altre imprese, devono essere in mano pubblica o in mano di “Comunità di lavoratori o di utenti”, in modo da assicurare un livello di prezzo molto vicino al costo di produzione e favorire così le imprese che agiscono in altri comparti produttivi. Infine è da ricordare l’art. 118, ultimo comma Cost., secondo il quale Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni “favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di solidarietà”. Il che significa che tutti, senza fini di lucro, e previa intesa con le Istituzioni, possono svolgere tutte quelle attività che sono più vicine alle esigenze della cittadinanza, per perseguire il bene comune, e, nel caso sopra descritto, il perseguimento della “funzione sociale” della proprietà.



Infine c'è un potere di partecipazione all'iniziativa giudiziaria: la cosiddetta "azione popolare sovrana". Sé il popolo e i singoli cittadini come "parti strutturali" del popolo sono i veri proprietari del territorio e del paesaggio a titolo di sovranità, è chiaro che spetta a loro anche il diritto di proteggerlo sul piano giudiziario. Ciò significa, in pratica, che di fronte alla eventuale revindica del proprietario privato, i cittadini, singoli o associati, hanno il potere di opporre una revindica di ben maggior peso, quella di riavere intatto il territorio che è stato deturpato.

Il quadro fin qui tracciato pone in evidenza che esiste, oltre ad una chiara disciplina costituzionale, anche una "strategia" costituzionale per lo sviluppo, strategia che, come si è visto è sostanzialmente fondata sulle prescrizioni di cui al citato art. 43 della Costituzione.

Tale articolo, come si nota, è decisamente contro le "privatizzazioni" e guarda all'azione della mano pubblica come ad un elemento indispensabile per la rinascita del nostro Paese. Sicché alla fine bisogna concludere affermando che non potremo mai risollevarci dalla cosiddetta "crisi economica", se non "applichiamo la Costituzione", dando a ciascun istituto proprietario il peso che merita, ed agendo per il bene comune nella "visione dinamica" della Costituzione stessa, che vuole l'impiego diretto ed immediato, sia delle risorse del territorio, sia delle risorse della forza lavoro. E per far questo, non si può prescindere, né dall'azione dei cittadini, né dall'azione delle Istituzioni, alle quali, nel momento attuale, anziché mettere da parte 50 miliardi all'anno per 20 anni come prescrive il "fiscal compact", si deve chiedere di porre in essere una grandiosa opera pubblica di ristabilimento dell'equilibrio idrogeologico del nostro territorio, in modo da distribuire ricchezza a milioni di lavoratori ed incrementare così i consumi, che costituiscono il volano capace di rimettere in moto l'intera nostra economia.

Varie sono, dunque, le azioni che i cittadini, singoli o associati, hanno il potere di proporre e far valere. Oltre la grande opera pubblica alla quale si è appena fatto cenno, è infatti indispensabile ottenere, mediate proposte di legge di iniziativa popolare, la revisione di tutte le norme sulla proprietà privata, in modo di farle corrispondere ai principi costituzionali, e mediante referendum, l'abrogazione delle seguenti disposizioni legislative: tutte le disposizioni che consentono la "PRIVATIZZAZIONE" di beni demaniali (si ricordi che la Corte costituzionale, con le citate sentenze del 2011, sulle Valli di pesca della Laguna Veneta, ha considerato "demaniale" anche il "paesaggio", benché non formalmente elencato dal legislatore tra questi beni), ed in particolare del disastroso decreto legislativo n. 85 del 2010, che ha imposto il cosiddetto "federalismo demaniale", consentendo la vendita dei demani idrico, marittimo, minerario e culturale, nonché le leggi che consentono la cosiddetta "CARTOLARIZZAZIONE" dei diritti di credito e simili, e cioè dei debiti, ed in particolare la legge n. 130 del 1999, nonché la legge n. 480 del 2001, che consente di pareggiare i bilanci pubblici con i perniciosi "derivati". Si tratta, infatti, come ognuno vede, di effettive



“DEVIAZIONI” del moderno legislatore rispetto ai principi fondanti del nostro ordinamento costituzionale.

Non sfugga, comunque, che oggi potremmo utilizzare, ai fini della tutela del territorio, anche il dibattuto e criticato assorbimento del Corpo forestale dello Stato nell’Arma dei carabinieri. Se effettivamente si riuscirà a fare in modo che il Corpo forestale transiti nell’Arma conservando le sue specifiche funzioni, conoscenze e professionalità, un provvedimento legislativo, emesso per fini di riduzione dei costi (come se la distruzione dell’ambiente un avesse un costo altissimo), potrebbe tradursi in un beneficio per la tutela ambientale stessa. Infatti, sempre che, ripetiamo, dette competenze a tutela della flora e della fauna, della professionalità nello spegnimento degli incendi, nell’osservanza dei Trattati a tutela delle specie vegetali e animali in via di estinzione restino intatte, l’interazione tra Carabinieri e agenti forestali potrebbe dare ottimi frutti. Infatti All’attività preventiva e costante dei forestali, si aggiungerebbe quella repressiva e specializzata del Carabinieri, chiamati a reprimere gli autori degli inquinamenti di vario genere e gli autori degli incendi boschivi. La fiducia che ci hanno ispirato i Comandanti dell’Arma dei Carabinieri e del Corpo forestale ci inducono a sperare che ciò sia possibile. Se “difendere la Patria (e quindi il territorio è dovere sacro del cittadino” (art. 52 Cost., primo comma), tale dovere è ancora più pressante per chi è investito di pubbliche funzioni, che devono essere “adempite e con disciplina ed onore”, nel rispetto della Costituzione e nell’interesse di tutti i cittadini (art. 54 Cost.).



## 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, Accredimento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. [www.ambientediritto.it](http://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.*

