



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 1/2019
ISSN 2421-0528

SOMMARIO*

Vincenzo Sciascia – *Enti locali di area vasta e principio costituzionale di economicità* (p. 3)

Raffaele Picaro – *The Court of Cassation waltz dance around principle of public order in family questions* (p. 36)

Guillaume Protière – «*Dictionnaire des biens communs. Enjeux constitutionnels*». Table-ronde, Naples, 29 novembre 2018 (p. 54)

Stefania Cavaliere – *Il caso ILVA, l'interesse economico nazionale e la sua compatibilità con la dignità dei lavoratori e dei cittadini nella sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale* (p. 64)

Nadezhda Vyacheslavovna Chub – *Gender equality in the representative power of local self-government in Russia* (p. 81)

Cristina Bertolino e Tanja Cerruti – *Recensione a O. Roselli (a cura di), Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018 (p. 86)

Giampiero Buonomo – *Su due sentenze della Sesta Sezione penale della Cassazione in tema di corruzione dei parlamentari* (p. 96)

Luca Di Majo – *Libertà sindacale dei militari: condizioni e limiti* (p. 114)

Giovanni Terrano – *La dimensione sociale del diritto ambientale (Nota a Corte costituzionale 26 settembre/8 novembre 2017, n. 232)* (p. 132)

Simone Berretta – *Investor State Settlement: profili di incompatibilità con il sistema democratico e la Costituzione, i diritti umani e lo sviluppo sostenibile* (p. 149)

Luca Longhi – *I magistrati e l'uso dei social. Appunti sulla deontologia professionale di categoria nell'era della comunicazione di massa* (p. 192)

Andrea Napolitano – *Riflessioni sul ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle Pubbliche amministrazioni* (p. 203)

* Secondo la data di pubblicazione

Maria Chiara Girardi – *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno* (p. 226)

Lea Brizzi e Valentina Spagna – *Diritto al paesaggio. Un approccio multilivello* (p. 244)

Giovanni Luchena e Vittorio Teotonico – *Il ruolo in Europa delle autonomie territoriali (con particolare riguardo al caso italiano)* (p. 263)

Notizie sugli autori (p. 280)

ENTI LOCALI DI AREA VASTA E PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI ECONOMICITÀ*.

di Vincenzo Sciascia**

Sommario. 1. Profili generali ed evolutivi. – 1.1. (*Segue*) Legislazione statale. – 1.2. (*Segue*) Legislazione delle Regioni a Statuto speciale. – 1.3. (*Segue*) Il disegno di riordino fallito per le Regioni a Statuto ordinario. – 1.4. (*Segue*) Città metropolitane: una storia recente. – 2. Il principio di economicità come parametro costituzionale per determinare i confini e le dimensioni demografiche degli Enti locali di area vasta. – 3. Il principio di economicità come parametro costituzionale per l'attribuzione delle funzioni amministrative. – 4. Il principio di economicità come limite costituzionale all'istituzione di Enti locali di area vasta, funzionalmente autonomi, attributari di funzioni amministrative. – 5. Il principio di responsabilità politica come sostegno all'economicità nell'amministrazione. – 5.1. (*Segue*) Il principio di sussidiarietà verticale come parametro per la nomina degli organi di vertice di Enti locali di area vasta funzionalmente autonomi. – 5.2. (*Segue*) Elezione di secondo grado degli organi di vertice negli Enti locali di area vasta. – 5.2.1. (*Segue*) Parametri di diritto interno. – 5.2.2. (*Segue*) Parametri di diritto internazionale. – 5.3. (*Segue*) Designazione del Sindaco metropolitano. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Profili generali ed evolutivi.

1.1. (*Segue*) Legislazione statale.

Ai sensi dell'art. 1, co. 2 e 3, della l. n. 56/2014 le Città metropolitane e le Province sono «enti territoriali di area vasta»¹.

Le Province italiane furono istituite con la l. n. 2248 del 20 marzo 1865² che recepiva la legge preunitaria del Regno di Sardegna n. 3702 del 23 ottobre 1859.

Al momento dell'unità d'Italia, nel 1861, le Province italiane già appartenute al Regno di Sardegna erano 15³, provenienti a loro volta (almeno in parte) dalle *divisioni* in cui, nel 1838, erano stati ripartiti i domini sabaudi⁴.

* *Sottoposto a referendum*.

** Magistrato – Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Per un'analisi di tipo sociologico circa l'impatto sulle popolazioni e sui territori e riguardo alle conseguenze del nuovo impianto normativo (l. 56/2014) in termini di rappresentazione, organizzazione e gestione del potere a livello locale, si confronti F. Fanizza, *L'abolizione delle Province in Italia. Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, Roma-Bari, 2014.

² A norma dell'art. 1 dell'allegato A alla Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, «*Il Regno si divide in Province, Circondari, Mandamenti e Comuni*», mentre, ai sensi dell'art. 2 «*In ogni Provincia vi è un Prefetto ed un Consiglio di prefettura*». Il successivo art. 152, confermando la previsione dell'art. 145 della legge c.d. Rattazzi, prevedeva che «*La Provincia è corpo morale, ha facoltà di possedere ed ha un'amministrazione propria che ne regge e rappresenta gli interessi*».

³ Torino, Novara, Cuneo, Alessandria, Porto Maurizio, Genova, Milano, Como, Sondrio, Bergamo, Brescia, Cremona, Pavia, Cagliari e Sassari.

⁴ Per una ricostruzione storica più dettagliata, si confronti G. Palombelli, *L'evoluzione delle circoscrizioni provinciali dall'Unità d'Italia ad oggi*, in www.provincia.torino.gov.it.

Nel realizzare la costruzione del nuovo Stato unitario, la monarchia piemontese esportò il modello organizzativo territoriale già adottato e si conformò alle suddivisioni territoriali degli Stati preunitari.

In particolare, nel Mezzogiorno, rimasero ferme le suddivisioni che si erano affermate nel corso di una storia secolare. Le *province napoletane* in cui era suddiviso il Regno delle due Sicilie al momento dell'unificazione derivavano, infatti, dalla ripartizione territoriale definita in epoca normanno-sveva con l'istituzione dei *Giustizierati*⁵.

Tali articolazioni territoriali del regno meridionale subirono alcune variazioni, sicché, al momento della conquista garibaldina, il Regno delle due Sicilie era suddiviso in 22 Province, delle quali 15 continentali⁶ e 7 insulari⁷.

Vi erano inoltre le 21 Province derivate dall'annessione dei Ducati dell'Italia centro-settentrionale e di parte dello Stato pontificio⁸ e la Provincia di Benevento⁹.

Al momento dell'unità d'Italia, nel 1861, quindi, il Regno era suddiviso in 59 Province. Successivamente, nella fase del completamento dell'unità nazionale (1866-1870), furono istituite altre 9 Province, derivanti dall'annessione dei territori del Nord Est già sotto il dominio austroungarico¹⁰, e la Provincia di Roma.

Nel periodo tra le due guerre mondiali furono istituite 21 nuove Province¹¹, mentre in epoca repubblicana sono state istituite 12 Province durante la c.d. prima repubblica¹² e 8 (4 delle quali soppresse) nel corso della c.d. seconda repubblica¹³.

Le Province italiane costituiscono un esempio di ente territoriale intermedio, comprendente nel suo territorio diversi Comuni, i quali, tuttavia, non possono essere ritenuti elementi costitutivi dell'ente, tali essendo (al pari che nei Comuni) soltanto la comunità locale, il

⁵ Nelle Costituzioni di Melfi del 1231, risultavano istituite da Federico II le seguenti province: Sicilia, Calabria, Terra Giordana, Val di Crati, Basilicata, Capitanata, Puglia, Principato, Terra di Lavoro, Molise, Abruzzo.

⁶ Teramo, Aquila, Chieti, Campobasso, Napoli, Caserta, Salerno, Avellino, Foggia, Bari, Lecce, Potenza, Cosenza, Catanzaro e Reggio.

⁷ Palermo, Messina, Catania, Girgenti, Trapani, Noto e Caltanissetta.

⁸ Bologna, Forlì, Ferrara, Ravenna, Piacenza, Parma, Modena, Reggio Emilia, Firenze, Massa-Carrara, Livorno, Pisa, Lucca, Arezzo, Siena, Grosseto, Perugia, Ancona, Pesaro-Urbino, Macerata, Ascoli Piceno.

⁹ Cfr. www.provincia.benevento.it/index.php?option=com_content&view=article&id=20&Itemid=110.

¹⁰ Venezia, Belluno, Padova, Rovigo, Treviso, Verona, Vicenza, Udine, Mantova.

¹¹ Trento (1920); Trieste, La Spezia (1923); Bolzano, Vercelli, Savona, Varese, Gorizia, Pistoia, Terni, Pescara, Frosinone, Rieti, Viterbo, Matera, Brindisi, Enna, Ragusa, Nuoro (1927); Latina (1934); Asti (1935).

¹² Taranto (1951), Pordenone (1968), Isernia (1970), Oristano (1974), Biella, Verbano-Cusio-Ossola, Lecco, Lodi, Rimini, Prato, Crotone, Vibo Valentia (1992).

¹³ Carbonia-Iglesias, Medio Campidano, Ogliastra, Olbia-Tempio (2001; soppresse a seguito di referendum popolare del 06.05.2012), Monza e Brianza, Fermo, Barletta-Andria-Trani (2004), Sud Sardegna (2016).

territorio e la personalità giuridica.

Esse sono state concepite originariamente come enti *artificiali* (a differenza dei Comuni, considerati enti “naturali”¹⁴, rappresentativi della popolazione locale raccolta intorno ad una comune identità municipale): porzioni di territorio delimitate dallo Stato, al fine di controllare le vicende locali attraverso i propri organi periferici (fra i quali, in particolare, il prefetto). Solo successivamente il potere di livello provinciale ha potuto rinvenire la sua fonte nel principio democratico, quando si è affermata l’elettività del relativo consiglio rappresentativo della popolazione locale¹⁵.

1.2. (Segue) Legislazione delle Regioni a Statuto speciale.

In deroga alla norma di cui all’art. 133, co. 1, Cost., alcune Regioni a statuto speciale sono intervenute a modificare l’assetto delle Province determinato dalla legge statale.

Per quanto riguarda la Regione Sardegna, l’art. 4 della l. cost. n. 2/1993 interveniva a modificare la lett. b) dell’art. 3 della l. cost. n. 3/1948 (recante «*Statuto speciale per la Sardegna*»), attribuendo alla Regione potestà legislativa nella materia dell’ordinamento degli Enti locali e delle relative circoscrizioni.

Il rango costituzionale¹⁶ di tale disposizione ha consentito alla Regione Sardegna di istituire, con l’art. 1, co. 1, della l.r. n. 9/2001, quattro nuove Province, successivamente

¹⁴ Cfr. L. Vandelli, *Ruolo e forma di governo delle Città metropolitane. Qualche riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2018, p. 6.

¹⁵ Si è evidenziato in dottrina il progressivo affrancamento della Provincia dalla stretta correlazione con l’amministrazione statale decentrata, e in particolare con la Prefettura, in modo tale da evolversi come Ente autarchico rappresentativo della comunità locale. A partire dalla legislazione crispina (poi confermata nel Testo Unico della legge comunale provinciale del 1915) essa fu dotata anche di un presidente elettivo e, salva la parentesi del periodo fascista, si è consolidata come ente democraticamente rappresentativo con il subentro dell’ordinamento repubblicano, che ha costituzionalizzato le Province come Enti autonomi, riconoscendone la mappa territoriale così come delineatasi nel primo secolo della loro esistenza (cfr. così G.C. De Martin, *Un ente strategico ancorché misconosciuto: la Provincia. Audizione davanti alla I commissione della Camera 30.07.2009*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 17/2009).

¹⁶ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 230/2001, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della delibera legislativa della Regione Sardegna del 14 aprile 2000, riapprovata il 6 giugno 2000 (“*Istituzione delle province di Carbonia-Iglesias, del Medio Campidano, dell’Ogliastra e di Olbia-Tempio*”), sollevata, in riferimento all’art. 3, lettera b), dello Statuto speciale per la Sardegna (l. cost. 26 febbraio 1948, n. 3), dal Presidente del Consiglio dei ministri. Afferma la Corte: «*L’art. 133, primo comma, della Costituzione stabilisce che “[...] la istituzione di nuove Province nell’ambito d’una Regione” è stabilita “con leggi della Repubblica, su iniziative dei Comuni, sentita la stessa Regione”. Ma l’art. 116 della Costituzione prevede anche che “alla Sardegna [...] sono attribuite forme e condizioni particolari di autonomia”, secondo lo statuto speciale, adottato con legge costituzionale. Avendo dunque lo statuto forza*

soppresse a seguito del referendum popolare del 6 maggio 2012, con cui si abrogavano le leggi n. 4/1997 e n. 9/2001. Tale sopravvenienza, unitamente all'approvazione della legge statale n. 56/2014 (recante «*Disposizioni sulle città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni*»), induceva la Regione Sardegna ad approvare la l. n. 2/2016 (recante «*Riordino del sistema delle autonomie locali della Sardegna*») con cui sono state istituite la Città metropolitana di Cagliari (art. 17) e la Provincia del «Sud Sardegna» (artt. 24 e 25).

Quanto alla Regione Sicilia, l'art. 15, co. 2 e 3, r.d. lgs. n. 455/1946 (recante «*Approvazione dello statuto della Regione siciliana*»), prevede l'attribuzione alla Regione della legislazione esclusiva in materia di circoscrizione, ordinamento e controllo degli Enti locali (Comuni e liberi Consorzi comunali). Nell'esercizio di tale potere, la Regione dapprima articolava l'amministrazione locale in liberi consorzi di Comuni denominati «Province regionali» (art. 3, l. r. n. 9/1986) e, successivamente, disponeva «al fine di razionalizzare l'erogazione dei servizi al cittadino e di conseguire riduzioni dei costi della Pubblica amministrazione [...] per l'esercizio delle funzioni di governo di area vasta» l'istituzione di nove liberi Consorzi comunali (coincidenti, in sede di prima applicazione, con le Province regionali già esistenti), alcuni dei quali costituiti nelle Città metropolitane di Palermo, Catania e Messina (artt. 1, co. 1, e 7, co. 1, l. r. n. 8/2014).

In Friuli - Venezia Giulia, invece, si è adottata una soluzione difforme dalla precedenti. Sia pure nell'esercizio del potere di cui all'art. 4, co. 1, n. 1*bis*, della l. cost. n. 1/1963, recante lo Statuto della Regione, la l.r. n. 26/2014 ha previsto l'istituzione delle Unioni Territoriali Intercomunali (U.T.I.), «Enti locali dotati di personalità giuridica, aventi natura di unioni di Comuni, istituiti [...] per l'esercizio coordinato di funzioni e servizi comunali, sovracomunali e di area vasta [...]» (art. 5, co. 1). Conseguentemente, la l. r. n. 20/2016 ha previsto la soppressione delle Province del Friuli - Venezia Giulia.

Nelle residue Regioni a statuto speciale, Trentino-Alto Adige e Valle d'Aosta, peraltro, non era concretamente prospettabile un problema di rideterminazione numerica delle articolazioni provinciali per ragioni intuitive¹⁷ consistenti, nel primo caso, nella stessa

derogatoria rispetto alla disciplina dell'autonomia regionale stabilita nel Titolo V della Parte II della Costituzione, si tratta di stabilire la portata del citato art. 3, lettera b), dello statuto stesso».

¹⁷ Anche la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 230/2001, ha ritenuto che il problema della rideterminazione numerica delle articolazioni provinciali non potesse porsi per la Valle d'Aosta e il Trentino-Alto Adige. Afferma, in particolare, la Consulta: «*È da considerare che, dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2 del 1993, in ambedue le regioni ad autonomia differenziata in cui concretamente era*

natura delle Province autonome di Trento e di Bolzano, costitutive della Regione, e, nel secondo caso, nella mancanza, all'interno della Regione Valle d'Aosta, di qualsiasi articolazione territoriale provinciale, in conseguenza del già ridotto numero di abitanti.

1.3. (Segue) Il disegno di riordino fallito per le Regioni a Statuto ordinario.

È anche opportuno osservare che l'art. 2, co. 1, del d.l. n. 188/2012 (decaduto perché non tempestivamente convertito) aveva (in attuazione dell'art. 17, d.l. 95/2012) riordinato le Province delle Regioni a statuto ordinario, come indicato nell'elenco ivi contenuto¹⁸.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 220/2013 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 18 del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. n. 135/2012), pur sanzionando l'illegittimità del quadro complessivo delineato dalla riforma, ha lasciato aperto uno spiraglio alla possibilità che una revisione ordinamentale di carattere generale sia adottata con legge ordinaria, anche senza il procedimento rinforzato di cui al citato art. 133, co. 1, Cost. Il Giudice delle leggi, infatti, pur ritenendo l'illegittimità costituzionale della trasformazione per decreto legge dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale¹⁹, non ravvisandosi un caso straordinario di necessità e urgenza, e la necessità dell'iniziativa dei Comuni interessati (incompatibile con lo strumento del decreto legge), non ha respinto esplicitamente l'argomentazione – sostenuta dall'Avvocatura generale dello Stato –

prospettabile un problema di rideterminazione numerica delle articolazioni provinciali – vale a dire il Friuli-Venezia Giulia e, per l'appunto, la Sardegna (escluse restando, per diverse ed evidenti ragioni, la Valle d'Aosta e il Trentino-Alto Adige) – è stata affrontata la questione sul piano normativo, dando per scontata la portata più pregnante dell'innovazione statutaria derivante dalla previsione della legge costituzionale».

¹⁸ Il riordino determinava la riduzione del numero delle province, probabilmente in nome della c.d. *antipolitica*, che in esse individuava l'anello più debole della catena delle autonomie. Lo stesso legislatore statale fissava dei parametri di popolazione e superficie, tali da consentire di ridurle ad una settantina, in modo da razionalizzare non tanto la rappresentanza politica locale, quanto il corrispondente numero degli organi di decentramento amministrativo statale, tradizionalmente modellati sui confini provinciali (Tribunali, Prefetture, Questure, Camere di commercio, Direzioni locali di tesoro e uffici finanziari, Uffici INPS e INAIL, e quant'altri enti strumentali), Cfr. P. Carrozza, *Le province della post modernità: la città territoriale*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 3/2018, p. 6.

Nello stesso anno il decreto legislativo n. 155/2012 aveva provveduto al riordino della *geografia giudiziaria* (tramite la «Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del Pubblico ministero»); cfr. M. Carrer, *Il riordino della geografia giudiziaria: appunti per un inquadramento costituzionale delle riforme di circondari e distretti*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 9/2017.

¹⁹ Sulla dimensione costituzionale dell'autonomia delle Province, si confronti A. Sterpa, *L'indisponibile autonomia: la riduzione delle Province*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 11/2010.

secondo cui il riordino complessivo delle Province italiane non rientrerebbe nella previsione dell'art. 133, co. 1, Cost.²⁰.

Tale disposizione limiterebbe la sua portata normativa – secondo quella tesi – soltanto alle singole modificazioni circoscrizionali, ma non sarebbe applicabile a un riassetto generale delle circoscrizioni provinciali, per l'estrema difficoltà di coordinare le iniziative, per loro natura libere, di tutti o di gran parte dei Comuni italiani. La Consulta ha anzi riconosciuto la necessità che un riordino circoscrizionale globale sia ispirato da criteri determinati, che presiedano alla formazione delle Province²¹.

1.4. (Segue) Città metropolitane: una storia recente.

Il fenomeno della formazione delle metropoli, che tendono a oltrepassare fisicamente i confini del Comune in cui erano sorti gli originari nuclei urbani, determina una situazione in cui, da un lato, l'ente comunale risulta inadeguato ad amministrarle, non potendo esercitare i propri poteri su parti del territorio metropolitano, e, dall'altro, le Province finiscono per avere la parte centrale e più significativa del proprio territorio occupata dalla metropoli ed amministrata, in larga misura, da altro ente – il Comune – dotato di maggiore visibilità e di poteri più incisivi.

Il possibile conflitto tra i due tipi di Ente locale è stato risolto in alcuni Paesi (come la Germania e la Gran Bretagna), nell'ambito di un più complessivo disegno di riordino degli Enti locali, scorporando le maggiori città dal territorio provinciale e affidando agli Enti di

²⁰ In tal senso A. Patroni Griffi, *Le città metropolitane nel guado costituzionale*, www.federalismi.it, n. 14/2016, p. 22, secondo cui una riforma di sistema della geografia istituzionale giustificerebbe «la mancata applicazione delle regole procedurali contenute nell'articolo 133 Cost., che risultano riferibili solo ad interventi singolari, una volta rispettato il principio, espresso da quelle regole, del necessario coinvolgimento delle popolazioni locali interessate».

Sulla possibilità di distinguere tra *riordini puntuali* e *riordini generali* si confronti D. Trabucco, *Il territorio delle Province: tra riordini generali e puntuali. Dal Decreto-Legge n. 95/2012 alla Legge ordinaria dello Stato n. 56/2014*, in www.federalismi.it, n. 1/2015.

²¹ Secondo una parte della dottrina, alla luce dell'interpretazione fornita dalla stessa Corte con la sentenza n. 50/2015, nel caso in cui si decidesse di provvedere al complessivo riordino delle circoscrizioni provinciali con una legge organica, la norma costituzionale di cui all'art. 133, co. 1, sarebbe comunque rispettata prevedendo anche solo dei meccanismi capaci di assicurare un serio coinvolgimento delle popolazioni locali (cfr. F. Grandi, *La Provincia futuribile*, in www.federalismi.it, n. 6/2018, p. 39). Critica sulla decisione della Consulta *de qua* M.G. Nacci, *La riforma dell'ente di area vasta fra criticità costituzionali e difficoltà attuative*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 735 ss., pp. 746 ss., e ivi ulteriore bibliografia.

tipo provinciale l'amministrazione di territori prevalentemente rurali, onde evitare la sovrapposizione dei due livelli. In Italia, invece, con la legge di riforma dell'ordinamento locale del 1990, è stato introdotto l'ente *Città metropolitana* che, in corrispondenza dei territori delle maggiori città italiane sostituisce la Provincia.

La norma di cui all'art. 17 l. n. 142/1990 (recante «*Ordinamento delle autonomie locali*») è rimasta sostanzialmente inattuata per circa 24 anni, nonostante l'attribuzione del rango costituzionale alle Città metropolitane, in virtù della riforma dell'art. 114 Cost., fino all'entrata in vigore della l. n. 56/2014 (c.d. *legge Delrio*), che ha imposto l'avvio definitivo di un ente a carattere associativo di rilievo costituzionale²².

Autorevole dottrina ha evidenziato che “dall'unificazione amministrativa in avanti la città metropolitana costituisce l'unica vera innovazione nel panorama italiano, sconosciuta al disegno organizzativo iniziale e, dunque, degna di tutto rispetto come dimostrano le moltissime riflessioni che negli anni si sono accumulate sul tema”²³.

2. Il principio di economicità come parametro costituzionale per determinare i confini e le dimensioni demografiche degli Enti locali di area vasta.

Posto tale necessario inquadramento dei caratteri generali e dei profili evolutivi degli Enti territoriali di area vasta, occorre affrontare alcune questioni che li riguardano, in relazione ai principi, tra loro connessi, di economicità e di responsabilità politico-democratica²⁴.

Il concetto di *economicità* rinviene il principale fondamento normativo nell'art. 1, l. n. 241/1990 e si riferisce al rapporto trilatero fra risorse, obiettivi e risultati (nell'organizzazione pubblica e nell'azione amministrativa), quali elementi tra loro

²² Cfr. M. Zupetta, *L'istituzione della Città Metropolitana in Italia: un punto di arrivo o di (ri)partenza?*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 1003 ss.; M. Brocca, *Coesione territoriale e Città metropolitane: le sollecitazioni comunitarie e le difficoltà italiane*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 2/2017.

²³ A. Poggi, *I rapporti con il territorio*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2018, p. 2.

²⁴ Si è evidenziato, con particolare riferimento alle Città metropolitane, che la delimitazione del territorio assume un particolare rilievo, dovendo dimostrarsi adeguata al raggiungimento dell'obiettivo perseguito con l'istituzione dell'ente, e confrontarsi con la duplice accezione di *territorio-efficienza* e *territorio-democrazia* (cfr. A. Poggi, *I rapporti con il territorio*, cit., p. 3).

strettamente collegati²⁵.

È ragionevole ritenere che, pur non essendo dotato di un esplicito fondamento costituzionale, il principio di economicità sia assimilabile a quello – costituzionalmente rilevante – di buon andamento, rispetto al quale si pone la questione se il legislatore ordinario, nel determinare i confini territoriali e le conseguenti dimensioni demografiche degli Enti di area vasta, incontri dei vincoli di rango costituzionale ovvero possa esercitare la propria discrezionalità senza alcun limite.

L'individuazione dell'esatto significato del principio di buon andamento risulta alquanto complessa. Se inizialmente, a causa dell'evidente genericità della formula utilizzata nell'art. 97 Cost., si era negata dignità giuridica al buon andamento, ritenendo che esso costituisse un mero auspicio del Costituente, piuttosto che un principio vincolante e giustiziabile, successivamente è stato possibile individuarne un significato più preciso, grazie alle categorie elaborate dalla scienza dell'amministrazione (recepita dal legislatore ordinario nella l. n. 241/1990²⁶, pur dedicata all'azione – e non all'organizzazione – degli uffici amministrativi: efficienza, efficacia, economicità).

È stato così attribuito al principio un significato tale da renderlo giustiziabile, ferma restando, tuttavia, l'ampia discrezionalità del legislatore ordinario nell'organizzare gli uffici pubblici: «la violazione del principio di buon andamento della Pubblica amministrazione [...] non può essere invocata se non per l'arbitrarietà e la manifesta irragionevolezza della disciplina denunciata»²⁷, che sarebbero riscontrabili qualora, ad esempio, si istituissero apparati amministrativi senza funzioni e compiti, all'esclusivo scopo di impiegare del personale²⁸.

Le (relativamente) recenti tensioni di politica del diritto impongono, tuttavia, di riconsiderare il significato sin qui attribuito al principio di buon andamento.

Da un lato, infatti, si è manifestato nella comunità politica un movimento di riforma delle strutture amministrative teso a razionalizzarle e a renderle idonee al raggiungimento dei fini imposti dall'ordinamento, dall'altro, lo stesso legislatore si è dimostrato particolarmente sensibile alla necessità di garantire il buon andamento organizzativo, sia

²⁵ Cfr. M. Nigro, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, vol. III, p. 35.

²⁶ Ai sensi dell'art. 1 l. n. 241/1990, «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza (...)».

²⁷ Cfr. Corte cost., n. 243/2005.

²⁸ Cfr. Corte cost., n. 14/1962.

nell'ambito di alcune particolari discipline di settore in cui si è riferito al concetto di «ambito territoriale ottimale»²⁹, sia con un provvedimento di carattere generale in materia di servizi pubblici locali³⁰.

Tale ultimo riferimento è all'art. 3 bis, co. 1, D.L. n. 138/2011³¹ (rubricato «*Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*») secondo cui «[...] le Regioni e le Province autonome [...] organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio [...]. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale».

Si è ritenuto, quindi, che il principio di buon andamento, nella sua concezione sostanziale, implichi l'ingresso della regola economica nella regola giuridica, in modo da restringere la discrezionalità del legislatore. Il buon andamento, pertanto, determinerebbe non soltanto il divieto per il legislatore di compiere scelte organizzative manifestamente *irragionevoli*, ma anche l'obbligo di adottare soluzioni organizzative efficienti, efficaci ed economiche.

Tale diversa interpretazione appare preferibile anche alla luce del criterio ermeneutico sistematico (*ex art. 1363 cod. civ.*), in quanto consente di attribuire al principio di buon andamento (*ex art. 97 Cost.*) autonomia e specificità rispetto al principio di ragionevolezza³² (*ex art. 3 Cost.*).

²⁹ Il riferimento è, in particolare, al d.lgs. n. 152/2006 (c.d. *Codice dell'ambiente*), che, all'art. 147, co. 1, prevede: «I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni (...); mentre, all'art. 200, co. 1, stabilisce: «La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati ATO, delimitati dal piano regionale (...).»

³⁰ Il tema della rideterminazione dei confini territoriali degli Enti locali di area vasta è stato sollecitato dalla consapevolezza circa l'inadeguata dimensione territoriale delle istituzioni, rispetto alla cura degli interessi loro affidati, tenuto conto che i servizi c.d. locali (acqua, energia, rifiuti, trasporti, servizi alla persona e assistenziali) costituiscono un momento essenziale dei diritti costituzionali di cittadinanza (cfr. P. Carrozza, *Le province della post modernità*, cit., p. 4). Si è anche evidenziato che il tema del dimensionamento territoriale è biunivocamente collegato a quello delle funzioni attribuite, con la conseguente necessità di «fare corrispondere l'unità amministrativa ad una comunità di persone, legate da comuni interessi anche di rilievo economico e sociale; pur nella consapevolezza che la perimetrazione di enti territoriali è tema da sempre, anche costituzionalmente, assai sensibile e per di più politicamente complicato, toccando profili attinenti all'identità delle popolazioni interessate», A. Patroni Griffi, *Le città metropolitane*, cit., p. 17.

³¹ Convertito, con modificazioni, in legge n. 148/2011.

³² È utile confrontare, sul tema del principio di proporzionalità inteso come specificazione di quello di ragionevolezza, nonché come esame degli effetti dell'atto legislativo, in chiave di analisi costi-benefici, F. Grandi, *La Provincia futuribile*, cit., nota 58. La propensione a valorizzare le regole dettate dalle scienze economiche nello studio delle discipline giuridiche, del resto, rinviene una propria radice negli studi di "Economic Analysis of Law" [EAL], nell'ambito dei quali si è affermato che «Le scelte legislative sono in

Tanto chiarito, occorre chiedersi, in particolare, se la Corte costituzionale possa dichiarare illegittima la legge (statale o regionale) istituiva di una Provincia (ovvero di una Città metropolitana, assimilata nel concetto di *ente di area vasta*) che ne determini i confini territoriali e le dimensioni demografiche in modo difforme rispetto alle indicazioni fornite dalle scienze economiche.

A tal fine occorre anche domandarsi se – secondo l’ordinamento vigente – il Giudice delle leggi possa estendere la propria cognizione all’accertamento di tali regole tecniche (elaborate in seno alla scienza dell’amministrazione) integrative delle norme giuridiche, avvalendosi, in particolare, dello strumento della consulenza tecnica, quale ausilio alla decisione giudiziaria costituzionale³³.

Tenuto conto che l’art. 22 l. n. 87/1953 rinvia anche alle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, ed essendo stato abrogato il r.d. n. 642/1907 (recante «*Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*»)³⁴, in sede di approvazione del c.d. *Codice del processo amministrativo*, è ragionevole ritenere che il rinvio operato dalla l. n. 87/1953 si estenda ora alle norme procedurali (in quanto compatibili) vigenti nel processo amministrativo, ed, in particolare, all’art. 19 d.lgs. n. 104/2010, che consente al Giudice di farsi assistere da verificatori e consulenti muniti di specifiche competenze tecniche.

Il potere del Giudice delle leggi di avvalersi di consulenti tecnici, del resto, rinviene fondamento anche nella deliberazione della Corte costituzionale del 7 ottobre 2008 (recante «*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*») che, all’art. 12,

realtà scelte essenzialmente incomplete o indeterminate, che richiedono, per essere amministrate, un’opera di completamento, di ri-determinazione, o di riattivazione da parte del giurista. (...) L’EAL può pertanto essere tanto una critica dei processi ideologici non svelati dal diritto, quanto uno strumento di amministrazione professionale delle “parole” della legge» (così R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006, pp. 20 s.). L’approccio gius-economico è stato valorizzato anche nel campo del diritto pubblico, oltre che in quello del diritto civile nel quale si rinvengono le sue radici. Si è affermato, in particolare, che “L’applicazione del metodo economico allo studio dei pubblici poteri e alle regole che ne governano l’organizzazione e il funzionamento (...) può servire a evidenziare problemi abitualmente trascurati dall’analisi giuridica. (...) l’analisi economica presuppone quella giuridica e la integra, svelando nuove prospettive, offrendo soluzioni de jure condendo e orientando le prassi applicative e i giudizi interpretativi” (così G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, p. 52).

³³ Si confronti più ampiamente sul punto M. D’Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in Rivista del Gruppo di Pisa (Relazione introduttiva al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, 9-10.06.2017), in www.gruppodipisa.it.

Sulla necessità di un’adeguata sede tecnica in cui trattare la materia della ridefinizione dei confini delle circoscrizioni territoriali provinciali, si confronti B. Caravita, F. Fabrizzi, *Riforma delle Province. Spunti di proposte a breve e lungo termine*, in www.federalismi.it, n. 2/2012, pag. 4.

³⁴ Abrogato dall’articolo 4, co. 1, punto 2), dell’allegato 4 al d.lgs. n. 104/2010.

attribuisce la facoltà di disporre, con ordinanza, i mezzi di prova ritenuti opportuni, stabilendo i termini e i modi per la loro assunzione.

Se ne ricava che, alla luce del principio di buon andamento, nella sua concezione sostanziale, la Corte costituzionale, nel verificare la legittimità della legge istitutiva di un Ente locale di area vasta, può non limitarsi ad accertare che la soluzione legislativa adottata non sia manifestamente irragionevole, spingendosi a scrutinare, applicando le regole elaborate in seno alla scienza dell'amministrazione, se tali soluzioni organizzative siano propriamente razionali e conformi al principio di economicità (inteso, appunto, come declinazione del principio di buon andamento, riferita al rapporto trilatero fra risorse impiegate, risultati prefissati e obiettivi raggiunti).

Per quanto riguarda specificamente il tema del numero di abitanti residenti nel territorio di un Ente locale di area vasta, necessario a garantirne un'organizzazione conforme al suddetto criterio di economicità, merita di essere segnalato lo studio pubblicato dal *Centro di ricerca in economia regionale, trasporti e turismo* dell'Università commerciale *Luigi Bocconi*³⁵, nelle cui conclusioni si afferma che l'autonomia finanziaria delle Province cresce con la dimensione demografica e che la dimensione di trecentocinquantamila abitanti può essere assunta come riferimento per un'aggregazione degli attuali confini³⁶.

Occorre segnalare la significativa circostanza che, probabilmente, proprio tale dato numerico è stato tenuto in considerazione dal Consiglio dei Ministri presieduto da Mario Monti che, nella riunione del 20 luglio 2012, adottava una delibera al cui art. 1 si stabiliva: «Ai fini dell'attuazione dell'art. 17 del decreto-legge 6 luglio 2012 n. 95 [...], tutte le Province delle Regioni a statuto ordinario esistenti alla data di adozione della presente

³⁵ A cura di L. Senn, R. Zucchetti, presentato all'Assemblea dell'Unione delle Province Italiane del 06.12.2011 (cfr. http://www.upinet.it/3734/istituzioni_e_riforme/certetbocconi).

³⁶ Così pag. 62. Si afferma anche, tuttavia, che “Le informazioni ricavate dalla analisi della vasta base dati disponibile ha dimostrato in modo certo che non vi è una relazione statisticamente significativa tra dimensione, territoriale e demografica, delle province e il loro livello di efficienza amministrativa. Questo non significa affatto che non vi siano inefficienze da superare, come bene evidenziato con la prima linea propositiva, ma che una migliore efficienza non si ottiene semplicemente eliminando le amministrazioni più piccole. Anzi, i dati mostrati in questa sezione dello studio evidenziano che la maggiore efficienza può essere anche raggiunta con l'accorpamento delle amministrazioni, ma che questo non può essere fatto applicando in maniera automatica un criterio di natura statistica. Occorre invece entrare nell'esame di valutazioni più analitiche e complesse”. La letteratura sull'argomento non appare particolarmente ricca. Si segnalano, comunque, G. Barone, *Sull'ampiezza ottimale delle giurisdizioni locali: il caso delle province italiane*, in <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1429/38297>; nonché M. Castelnovi (a cura di), *Il riordino territoriale dello Stato. Riflessioni e proposte della geografia italiana*, Roma 2013 [in http://societageografica.net/images/stories/Pubblicazioni/NUOVA_EDIZIONE_e-book_Il_riordino_territoriale_dello_Stato.pdf].

delibera sono oggetto di riordino sulla base dei seguenti requisiti minimi: [...] b) popolazione residente non inferiore a trecentocinquantamila abitanti»³⁷.

La Corte costituzionale potrebbe, quindi, in presenza di studi economici caratterizzati da sufficiente univocità e ragionevole certezza (eventualmente elaborati per incarico conferito dallo stesso Giudice delle leggi, avvalendosi dei suddetti poteri istruttori), dichiarare l'illegittimità costituzionale di leggi istitutive di Enti locali di area vasta non conformi, nella loro dimensione demografica, ai principi di buon andamento ed economicità³⁸.

Una particolare attenzione meriterebbero, per esempio, le norme emanate nel 1992 e nel 2004, istitutive, rispettivamente, delle Province di Biella, Crotone, Lodi, Prato, Verbano-Cusio-Ossola, Vibo Valentia e Fermo, tutte con popolazione residente largamente inferiore al suddetto limite minimo³⁹.

3. Il principio di economicità come parametro costituzionale per l'attribuzione delle funzioni amministrative.

A seguito della riforma dell'art. 118, co. 1, Cost., la Corte costituzionale ha chiarito che «con l'avvenuta riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, i mutati criteri di

³⁷ Circa un anno prima, invece, il d.l. n. 138 del 13 agosto 2011 aveva stabilito, all'art. 15, co. 1: «In attesa della complessiva revisione della disciplina costituzionale del livello di governo provinciale, a decorrere dalla data di scadenza del mandato amministrativo provinciale in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, sono soppresse le Province diverse da quelle la cui popolazione rilevata al censimento generale della popolazione del 2011 sia superiore a 300.000 abitanti (...)». Tale comma veniva soppresso, in sede di conversione, dall'articolo 1, co. 1, della l. 14 settembre 2011, n. 148.

³⁸ Con particolare riferimento all'istituzione delle Città metropolitane (come previste l'art. 1, co. 12, della L. n. 56/2014) ed alla necessità di politiche di governo del territorio che abbiano specificamente ad oggetto le grandi aree urbane, si è criticata la scelta legislativa di far coincidere il territorio delle nuove Città metropolitane esattamente con quello delle province preesistenti. Tale decisione è stata considerata difforme dall'apparente intenzione legislativa di privilegiare la *buona amministrazione* (intesa come *efficacia, efficienza, economicità*), nonché insoddisfacente, *per eccesso* nei casi di Bari e di Torino (considerato l'elevato numero di Comuni montani, anche assai lontani dal Capoluogo) e *per difetto* nei casi di Firenze (per l'esclusione di Prato e Pistoia, con l'inclusione di zone montane anche assai distanti dal Capoluogo, come alcuni Comuni mugellani), Milano (per l'esclusione della Provincia di Monza), Napoli (con riferimento alla Provincia di Caserta) e Venezia (a proposito della quale da tempo si era ipotizzato un *collegamento istituzionale* con Padova e Treviso). Cfr. G. Tarli Barbieri, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria: considerazioni introduttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2018, p. 7, nonché A. Poggi, *I rapporti con il territorio*, cit., p. 6.

³⁹ Cfr. P. Carrozza, *Le province della post-modernità*, cit., pp. 2 s., secondo il quale «basta pensare alla proliferazione, dopo l'avvento della L. n. 142/1990, delle “nuove” province, una proliferazione spesso dovuta più alla volontà di dotare il territorio di organismi di decentramento statale (quali tribunali, direzioni “provinciali” di ministeri, questure ecc.) piuttosto che di più adeguate istituzioni rappresentative locali».

riparto delle funzioni amministrative si sono articolati, per un verso, nell'attribuzione generale delle stesse all'ente comunale e, per l'altro, nella flessibilità assicurata al sistema dalla clausola in base alla quale si prevede, al fine di “assicurarne l'esercizio unitario”, il conferimento di funzioni amministrative a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, “sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza” [...]. Sulla scorta della compenetrazione tra questi due criteri, la concreta allocazione delle funzioni amministrative ai vari livelli di governo non può prescindere da un intervento legislativo (statale o regionale, a seconda della ripartizione della competenza legislativa in materia), che deve, di volta in volta, manifestare la prevalenza del criterio generale di allocazione al livello comunale ovvero la necessaria preminente considerazione di esigenze unitarie che impongono una allocazione diversa»⁴⁰.

Ciò premesso, occorre indagare l'esatto significato della norma costituzionale citata, con particolare riguardo ai criteri in base ai quali opera la clausola di flessibilità che consente di attribuire le funzioni amministrative ad Enti diversi dai Comuni: sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza.

Quanto al concetto di sussidiarietà (verticale), non si può prescindere dalla definizione normativa di rango ordinario contenuta nell'art. 4, co. 3, l. n. 59/1997: «attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai Comuni, alle Province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche [...], alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati».

Il principio di differenziazione è riferito dal legislatore ordinario alla «allocazione delle funzioni in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi»⁴¹, mentre il principio di adeguatezza è riferito alla «idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri Enti, l'esercizio delle funzioni»⁴².

È significativo che le norme citate si riferiscano, nel delineare i criteri generali a cui si deve uniformare l'attribuzione delle funzioni amministrative, (anche) alle dimensioni territoriali

⁴⁰ Corte cost., n. 172/2004.

⁴¹ Art. 4, co. 3, l. 59/1997.

⁴² Art. 4, co. 3, lett. g), l. 59/1997.

e demografiche, tenuto conto dello stretto legame che appare sussistere tra la demografia (afferente al campo delle scienze economiche) e la democrazia (afferente al campo delle scienze giuridiche).

I criteri di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, pur assumendo significati distinti, appaiono riconducibili ad un modello organizzativo unitario: le funzioni amministrative devono essere attribuite all'ente più vicino ai cittadini, purché esso sia idoneo a svolgerle, con la conseguente possibilità che le medesime funzioni siano attribuite anche ad enti di livello superiore.

Tale modello, contenuto nell'inciso finale dell'art. 118, co. 1, Cost., si pone in un rapporto di coerenza con il principio di buon andamento, innanzi esaminato, di cui all'art. 97, co. 2, Cost..

Lo stesso art. 7, co. 1, l. n. 131/2003 evidenzia lo stretto legame di coerenza sussistente tra il modello costituito dalla sintesi dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza e il principio di buon andamento, declinato nel senso dell'economicità: «Lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono a conferire le funzioni amministrative da loro esercitate alla data di entrata in vigore della presente legge, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, attribuendo a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato soltanto quelle di cui occorra assicurare l'unitarietà di esercizio, per motivi di buon andamento, efficienza o efficacia dell'azione amministrativa ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale [...]».

Si è anche evidenziato che, pur non potendosi fare a meno dell'intervento del legislatore (statale e regionale) per stabilire a quale ente sia specificamente attribuita una determinata funzione, i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza sono comunque dotati di un intrinseco valore operativo che produce conseguenze giuridiche concrete: “mentre non deve giustificarsi l'attribuzione di libertà e diritti ai cittadini, o singoli o associati, oppure di funzioni e poteri ai Comuni (quando solo Enti pubblici possono provvedere ai bisogni della collettività), ogni attribuzione ad Enti superiori va giustificata razionalmente, dimostrando che l'ente inferiore non è in grado di rispondere adeguatamente alle esigenze ed ai bisogni meritevoli di tutela”⁴³.

Ne deriva che il valore concreto di tali principi consiste nel consentire alla Corte

⁴³ G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2010, p. 574.

costituzionale di dichiarare, in caso di violazione macroscopica dei medesimi, l'illegittimità costituzionale delle leggi, statali e regionali, contrastanti.

Tuttavia, se si interpreta il principio di buon andamento (e quelli connessi di adeguatezza ed economicità) nel senso sostanziale innanzi illustrato, anziché nel classico senso formale, si può concludere che il Giudice delle leggi, avvalendosi del rinvio alle scienze economiche, può dichiarare incostituzionali non solo le norme di legge manifestamente contrastanti con tale principio, ma anche quelle che non si rivelino propriamente efficienti e razionali.

In tale ottica, dovrebbe essere valorizzato il ruolo degli Enti locali di area vasta, quali primi e principali soggetti ai quali attribuire le funzioni amministrative che i Comuni, titolari originari delle medesime ai sensi dell'art. 118, co. 1, Cost., non siano in grado di esercitare in modo conforme al principio di economicità.

Il citato studio *Una proposta per il riassetto delle Province* ha evidenziato, che il confronto con i livelli di efficienza dei Comuni, mediamente inferiori a quelli delle Province, mette in evidenza i rischi di un trasferimento di funzioni verso il basso: "proprio questo aspetto, invece, indica che la via dell'efficientamento possa essere percorsa in senso inverso, valorizzando la funzione di assistenza che le Province possono attuare nei confronti dei Comuni"⁴⁴.

Qualora si consentisse una considerazione *de jure condendo*, peraltro, si potrebbe aderire ad una delle prospettive di riforma (anche per i suoi caratteri di semplicità e leggerezza dell'impatto normativo) considerate dalla dottrina: "prendere a punto di riferimento, come una sorta di "unità base", l'ente territoriale più omogeneo territorialmente in tutto il paese e [...] costruire su di esso un meccanismo semplificatorio, che riduca per quanto possibile la discrasia tra confini delle autonomie territoriali, rappresentanza politica e cura di interessi settoriali affidata a Enti tecnici o pseudotecnici, dei quali si cerca la legittimazione mediante forme - per lo più del tutto ininfluenti - di partecipazione di rappresentanti degli Enti locali. [...] gli Enti autonomi più omogenei territorialmente nel nostro paese, e non solo, non sono i Comuni (si va da poche decine di abitanti a ben oltre il milione), e neppure le Regioni (si pensi alla distanza di popolazione e di peso economico tra la Lombardia e il Molise o l'Umbria o la Basilicata), ma sono proprio le Province, che pure si volevano, e forse ancora qualcuno vorrebbe abolire, come ente inutile, non riuscendo a percepire la loro

⁴⁴ L. Senn e R. Zucchetti (a cura di), *op. cit.*, p. 61.

utilità»⁴⁵.

4. Il principio di economicità come limite costituzionale all'istituzione di enti locali di area vasta, funzionalmente autonomi, attributari di funzioni amministrative.

È anche importante notare che, a norma del citato art. 7, co. 1, l. 131/2003, «Lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono a conferire le funzioni amministrative da loro esercitate alla data di entrata in vigore della presente legge [...] nel rispetto, anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli Enti di autonomia funzionale [...]»⁴⁶, tali potendosi considerare quegli Enti estranei al circuito dell'indirizzo politico.

Sul piano normativo, occorre tenere conto dell'esplicito riferimento al concetto di autonomia funzionale⁴⁷ contenuto nell'art. 1, co. 4, l. n. 59/1997, secondo cui «Sono [...] esclusi dall'applicazione dei commi 1 e 2: [...] d) i compiti esercitati localmente in regime di autonomia funzionale dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e dalle università degli studi [...]».

Meno esplicito appare il successivo art. 21, co. 1, secondo cui «L'autonomia delle istituzioni scolastiche e degli istituti educativi si inserisce nel processo di realizzazione della autonomia e della riorganizzazione dell'intero sistema formativo».

Posto che lo stesso legislatore si riferisce alle Camere di commercio ed alle Università (esplicitamente) nonché alle Istituzioni scolastiche (meno esplicitamente) come ad *Enti di autonomia funzionale*, appare ragionevole ritenere che anche le funzioni amministrative di tipo tecnico esercitate da altri organismi (il cui ambito territoriale di riferimento si colloca in posizione intermedia tra Regioni e Comuni, coincidendo spesso, almeno in parte, con quello di Province e Città metropolitane) siano riferibili più al concetto di autonomia funzionale che a quello di autonomia di indirizzo politico.

⁴⁵ Così P. Carrozza, *Le province della post modernità*, cit., p. 9.

⁴⁶ Al concetto di *autonomie funzionali*, peraltro, il legislatore si era già riferito con l'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 112/1998: «Il presente decreto legislativo disciplina, ai sensi del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59, il conferimento di funzioni e compiti amministrativi alle regioni, alle province, ai comuni, alle comunità montane o ad altri enti locali e, nei casi espressamente previsti, alle autonomie funzionali (...)».

⁴⁷ Per un approfondimento sul concetto, si confronti A.M. Poggi, *L'autonomia funzionale degli enti*, in www.altalex.com/documents/news/2008/08/05/1-autonomia-funzionale-degli-enti.

Sussistono nell'ordinamento, oltre le Camere di commercio (l. n. 580/1993), le Istituzioni scolastiche (art. 117, co. 3, Cost.) e le Università (art. 33, co. 6, Cost.), organismi quali: i Consorzi di bonifica (r.d. n. 215/1933); le Autorità di bacino idrografico (l. 183/1989); gli Enti parco (art. 9 l. n. 394/1991); le Aziende sanitarie locali⁴⁸ (d.lgs. n. 502/1992); le Agenzie regionali per l'ambiente (art. 03 d.l. n. 496/1993, convertito nella l. n. 61/1994)⁴⁹; le autorità di sistema portuale (art. 20 l. n. 84/1994); gli Enti per l'edilizia residenziale pubblica⁵⁰; le Autorità d'ambito territoriale ottimale per la gestione del servizio idrico integrato (art. 148 d.lgs. n. 152/2006); le Autorità d'ambito territoriale ottimale per la gestione integrata dei rifiuti urbani (art. 201 d.lgs. n. 152/2006).

Tenuto conto che tali organismi amministrativi, riconducibili al concetto di autonomia funzionale⁵¹, non figurano tra quelli a cui – ai sensi dell'art. 118, co. 1, Cost. – sono attribuite le funzioni amministrative, appare ragionevole domandarsi se le norme di legge, statale e regionale, che attribuiscono loro tali funzioni siano compatibili con tale disposizione costituzionale.

Si pone, più precisamente, la questione se le funzioni amministrative che i Comuni non siano in grado di svolgere adeguatamente possano essere legittimamente attribuite ad enti (*funzionalmente autonomi*) diversi dagli Enti territoriali di area vasta il cui ambito territoriale, tuttavia, coincida sostanzialmente con quello di questi ultimi⁵².

La legittimità delle norme attributive di tali funzioni dovrebbe essere scrutinata, in particolare, alla luce dei parametri costituzionali di buon andamento ed economicità. È conforme a tali parametri istituire, in un ambito territoriale coincidente con quello degli

⁴⁸ Si pensi, per esempio, che, a norma dell'art. 5, co. 1, l.r. Puglia n. 39/2006, «In attuazione dell'articolo 14 della legge regionale 3 agosto 2006, n. 25 (Principi e organizzazione del Servizio sanitario regionale), le Aziende sanitarie locali (ASL) della Regione Puglia sono ridotte a una per ciascuna delle province di Bari, Barletta-Andria-Trani, Brindisi, Foggia, Lecce e Taranto».

⁴⁹ L'effettiva istituzione di tali organismi è avvenuta, ad esempio, in Basilicata, con la l.r. n. 27/1997, e, in Puglia, con la l.r. n. 6/1999.

⁵⁰ Si confrontino, ad esempio, per la Regione Basilicata, la l.r. n. 29/1996, e, per la Regione Puglia, la l.r. n. 22/2014, che, all'art. 6, trasforma i preesistenti *Istituti autonomi case popolari* (IACP) in *Agenzie regionali per la casa e l'abitare*, il cui ambito territoriale di riferimento coincide con quello delle Province pugliesi già istituite.

⁵¹ Cfr. ancora P. Carrozza, *Le province della post-modernità*, cit., p. 8.

⁵² La questione non si pone, naturalmente, per le Università e per le Istituzioni scolastiche, sia per il rango costituzionale di cui gode la loro autonomia (si confrontino, rispettivamente, gli artt. 33, co. 6, e 117, co. 3, Cost.), sia per la considerazione di ordine pratico che risulterebbe particolarmente arduo, soprattutto per le università, individuarne un ambito territoriale di riferimento. Sulla questione v. M. Zuppetta, *L'istituzione della Città Metropolitana in Italia: un punto di arrivo o di (ri)partenza?*, cit., pp. 1020 ss.

Enti locali di area vasta⁵³, ulteriori organismi amministrativi cui attribuire funzioni e compiti?

Tale dubbio sorge rispetto a talune disposizioni normative che, nell'istituire Enti funzionalmente autonomi, diversi dagli Enti territoriali da cui «la Repubblica è costituita» (ex art. 114, co. 1, Cost.), ai quali attribuire funzioni e compiti, determinano un aumento delle spese della Pubblica amministrazione (complessivamente considerata), difficilmente compatibile con le regole di economicità che costituiscono espressione del principio di buon andamento.

Si pensi, per fare solo un esempio, che, a norma dell'art. 9, co. 2, l. n. 394/1991 (istitutiva dell'*Ente parco*), «Sono organi dell'Ente: a) il Presidente; b) il Consiglio direttivo; c) la Giunta esecutiva; d) il Collegio dei revisori dei conti; (...)», mentre, ai sensi del successivo comma 12 bis, «Ai Presidenti, ai vice presidenti e agli altri componenti dei Consigli direttivi nonché ai componenti dei Collegi dei revisori dei conti degli Enti parco, ivi compresi quelli di cui al comma 1 dell'articolo 35, spetta un'indennità di carica articolata in un compenso annuo fisso e in gettoni di presenza per la partecipazione alle riunioni del Consiglio direttivo e della Giunta esecutiva, nell'ammontare fissato con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze [...]».

Si potrebbe obiettare che l'istituzione di simili Enti può essere resa economicamente opportuna (si da risultare compatibile con il principio costituzionale di buon andamento) dalla necessità di soddisfare (anche alternativamente) due possibili esigenze: 1) istituire un Ente dotato di competenza per un ambito territoriale non coincidente con quello dell'ente locale di area vasta; 2) affidare allo stesso funzioni di tipo tecnico difficilmente compatibili

⁵³ Secondo autorevole dottrina, si avverte pressante la necessità di una semplificazione del quadro istituzionale, tenuto conto che buona parte delle funzioni attribuite a tali organismi amministrativi ben potevano essere concentrate nelle Province. Il riferimento è alla tendenza di Stato e Regioni a complicare ulteriormente un quadro istituzionale già abbastanza complesso, mediante l'introduzione di vari altri soggetti ed enti funzionalmente diretti alla cura di interessi settoriali (spesso configurati in modo da salvare le apparenze di una partecipazione al loro governo degli enti locali e/o della Regione): autorità di bacino per i fiumi, vari ambiti territoriali ottimali, sia per il ciclo delle acque sia per quello dei rifiuti, ASL e zone socio-sanitarie, un certo numero di consorzi di bonifica; il tutto accanto alle autonomie *funzionali tradizionali* (Università, porti, aeroporti, Camere di commercio (cfr. così P. Carrozza, *op. loc. ult. cit.*).

Per l'opportunità di mantenere in vita le Province e di compiere un'opera di razionalizzazione, con una chiara allocazione di funzioni in capo all'ente di area vasta, con la conseguente eliminazione di tutti gli altri enti strumentali che nel corso degli anni ad esso si sono sostituiti e/o sovrapposti, si esprime F. Fabrizzi, *Il problema è il metodo. Brevissime considerazioni in tema di riforma delle province (e non solo)*, *www.federalismi.it*, n. 14/2013.

con l'autonomia di indirizzo politico propria degli Enti locali, i cui organi di vertice sono, direttamente o indirettamente, espressione di rappresentanza politica (cfr. art. 4, co. 4. d.lgs. n. 165/2001).

Entrambe tali esigenze, tuttavia, paiono poter essere soddisfatte anche senza ricorrere all'istituzione di ulteriori organismi amministrativi *ad hoc*.

Quanto alla prima esigenza, appare sufficiente riflettere sulla considerazione che, anche qualora la funzione richiedesse, per sua natura, di essere esercitata rispetto ad un ambito territoriale diverso da quello dell'Ente locale di area vasta, sarebbe sufficiente affidarla (in base al principio di sussidiarietà verticale) all'ente territoriale di livello superiore, quale la Regione⁵⁴ e, in ultima analisi, lo Stato.

Rispetto alla seconda esigenza, è opportuno considerare che, a norma dell'art. 4 d.lgs. n. 165/2001, gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, mentre ai dirigenti spetta la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, sicché non appare necessario, al solo fine di separare l'esercizio delle funzioni di indirizzo politico da quello delle funzioni tecniche, istituire un ulteriore organismo *ad hoc*, essendo possibile, soprattutto a livello locale, che la distinzione tra tali funzioni operi anche tra organi appartenenti al medesimo ente.

⁵⁴ Ad esempio, il d.P.R. 10.03.2004 (in G.U. n. 152 del 01.07.2004), attuativo dell'art. 2, co. 5, della l. n. 426/1998, istitutiva del Parco nazionale dell'Alta Murgia, delimita l'ambito territoriale del Parco ponendolo a cavallo tra i territori della Città metropolitana di Bari e della Provincia di Barletta – Andria – Trani. Sicché sarebbe sufficiente affidare alla Regione Puglia, anziché ad un ulteriore Ente appositamente istituito, le funzioni relative alla gestione del Parco.

5. Il principio di responsabilità politica come sostegno all'economicità nell'amministrazione.

Un'organizzazione amministrativa conforme al principio di economicità costituisce presupposto indispensabile per l'effettivo esercizio dei diritti, con particolare riguardo a quelli fondamentali.

La stessa giurisprudenza costituzionale, infatti, ha sottolineato che «Organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione»⁵⁵.

Il Giudice delle leggi ha anche chiarito che i diritti costituzionali a prestazioni positive (c.d. *diritti sociali*) sono garantiti ad ogni persona come diritti condizionati dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione, in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone⁵⁶.

Tale orientamento giurisprudenziale rinvia conferma nell'art. 2, 1. cost. n. 1/2012 che, nel premettere il nuovo comma 1 all'art. 97 Cost., ha stabilito che le Pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

Risulta evidente pertanto che – tanto più in un periodo storico in cui si avverte pressante l'esigenza di garantire l'equilibrio della finanza pubblica – il rispetto del principio costituzionale di buon andamento e di economicità nell'organizzazione e nella gestione amministrativa assume un ruolo determinante nel garantire l'effettivo esercizio dei diritti, riconosciuti o attribuiti ai cittadini, anche da disposizioni di rango costituzionale.

⁵⁵ Corte cost., n. 383/1998.

⁵⁶ Fermo restando che le esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica non possono, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avere un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto connesso all'inviolabile dignità della persona umana (cfr. Corte cost., n. 304/1994).

È opportuno osservare che l'art. 97, co. 2 Cost., nell'enunciare il principio di buon andamento, prevede una riserva di legge relativa⁵⁷ circa l'organizzazione dei pubblici uffici, nel senso che essi “non hanno bisogno di una normazione legislativa dettagliata: basta che la legge li istituisca, li preveda e li disciplini nelle loro linee fondamentali, lasciando ai regolamenti la normazione di dettaglio”⁵⁸.

Ne consegue che il principio costituzionale di buon andamento, declinato nel senso dell'economicità, deve orientare sia il legislatore, nel tracciare le linee fondamentali dell'organizzazione dei pubblici uffici, sia l'amministrazione, nel porre le norme organizzative di dettaglio e nel gestire le funzioni e i servizi attribuiti⁵⁹.

Al fine di sostenere la capacità pratica del principio di economicità di orientare le decisioni legislative ed amministrative appare essenziale il ruolo del parallelo principio di responsabilità politica, la cui osservanza è necessaria affinché il legislatore e gli amministratori possano rispondere ai cittadini elettori dell'idoneità delle proprie scelte (nell'organizzare la Pubblica amministrazione e nel gestire funzioni e servizi) a soddisfarne e garantirne effettivamente i diritti.

È stato osservato in dottrina, in tema di diritto al lavoro, che la Repubblica è giuridicamente impegnata a promuovere le condizioni perché il fine della piena occupazione venga conseguito, e che, spettando essenzialmente agli organi dell'apparato autoritario dello Stato (ed in particolare agli organi di indirizzo politico) di porre in essere le misure idonee al conseguimento di tale fine, si può configurare l'applicazione a loro carico, qualora il fine non venga conseguito, di una sanzione, avente natura politica e consistente nell'insorgere in capo agli organi di indirizzo politico di una responsabilità politica, da far valere attraverso gli strumenti giuridici previsti dall'ordinamento, quale, in primo luogo, la mancata rielezione dei parlamentari⁶⁰.

⁵⁷ «La riserva costituzionale prevista dall'art. 97 non è assoluta, in quanto non vieta qualsiasi normazione diversa da quella legislativa, né esclude che la legge consenta al potere esecutivo di emanare norme secondarie di efficacia subordinata» (Corte cost., n. 221/1976).

⁵⁸ C. Lavagna, *Diritto pubblico*, Torino, 1979, pp. 772 s.

⁵⁹ Conformemente all'idea, affermata dalla corrente riformista dell'analisi economica del diritto, secondo cui spetta ai pubblici poteri assicurare il funzionamento dei beni e servizi necessari alla vita delle società organizzate, in modo da coniugare efficienza ed equità distributiva (cfr. G. Napolitano, *Analisi economica del diritto pubblico*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 2006, p. 306).

⁶⁰ Cfr. T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 1995, p. 58.

Negli ultimi anni, tuttavia, alcuni provvedimenti legislativi hanno generato l'effetto di indebolire il principio di responsabilità politica attraverso la compressione del connesso rapporto di rappresentatività democratica fra elettori ed eletti⁶¹.

Ciò è accaduto, anzitutto, in relazione al Parlamento, competente, ai sensi dell'art. 97, co. 2, Cost., per l'organizzazione dei pubblici uffici nelle loro linee fondamentali. Il riferimento è alla l. n. 270/2005, modificativa del d.P.R. n. 361/1957 (recante norme per l'elezione della Camera dei deputati) e del d.lgs. n. 533/1993 (recante norme per l'elezione del Senato della Repubblica), parzialmente dichiarata incostituzionale per l'eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, per la coartazione della libertà di scelta degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, e, in definitiva, per la contraddizione con il principio democratico.

Un fenomeno analogo appare profilarsi nella legislazione, di seguito specificamente esaminata (ed, in particolare, nella l. n. 56/2014), relativa agli Enti locali di area vasta, competenti (sempre nel rispetto del principio di buon andamento) per la regolamentazione di dettaglio della propria organizzazione e per la gestione di taluni servizi pubblici e funzioni amministrative.

Sussiste, in particolare, il dubbio della violazione del rapporto di rappresentatività democratica e del principio di sussidiarietà verticale, che, inteso come necessità della massima vicinanza possibile tra l'autorità amministrativa e i cittadini, appare rappresentare una particolare espressione del più generale principio democratico⁶².

⁶¹ Si è affermato in dottrina che le Province, a seguito delle recenti riforme di rango ordinario che hanno preceduto l'esito negativo del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, non sono più enti rappresentativi dotati di identità politica, chiamati a definire un indirizzo ed una strategia complessiva per un territorio di *area vasta*; cfr. M. Gorlani, *Quale futuro per le Province dopo l'esito del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016*, in *federalismi.it*, n. 5/2017, p. 26.

⁶² "L'idea di autogoverno democratico che sta al fondamento della nozione costituzionale di autonomia suppone la perfetta corrispondenza tra rappresentanza politica elettiva e dimensione territoriale e personale degli interessi che mediante la rappresentanza sono curati e soddisfatti: suppone insomma, oltre ad un governo e a un corpo elettorale, un confine, un territorio definito, secondo la teoria dell'ordinamento giuridico dovuta a Santi Romano per cui ogni ordinamento giuridico è composto necessariamente da tali tre elementi" (così P. Carrozza, *Le province della post-modernità*, cit., p. 2). Si è anche evidenziata la necessità che la città metropolitana (ma il discorso sembra potersi estendere anche alla Provincia), pur nell'ottica di un modello di governo del territorio volto alla buona amministrazione, non vada esente dai processi democratici di legittimazione ed investitura dal basso, sottolineando che l'amministrazione del territorio, sia pure rifondata in un'ottica più *efficientista*, deve essere espressione, al contempo, sia di dinamiche politiche e democratiche sia di istanze funzionali di buona amministrazione (cfr. A. Patroni Griffi, *Le città metropolitane*, cit., p. 30).

5.1. (Segue) Il principio di sussidiarietà verticale come parametro per la nomina degli organi di vertice di Enti locali di area vasta funzionalmente autonomi.

Quanto al rapporto tra organismi di *autonomia funzionale* (in senso lato) e principio di sussidiarietà verticale (inteso come espressione del più ampio principio democratico), occorre considerare che talune disposizioni normative affidano la nomina dei vertici di tali organismi a livelli di governo diversi da quello più vicino possibile ai cittadini interessati. Per esempio, a norma dell'art. 3 bis, co. 3, d.lgs. n. 502/1992, «La Regione provvede alla nomina dei direttori generali delle aziende e degli Enti del Servizio sanitario regionale», mentre, ai sensi dell'art. 5, co. 1, l.r. Puglia n. 39/2006, «[...] le Aziende sanitarie locali (ASL) della Regione Puglia sono ridotte a una per ciascuna delle Province di Bari, Barletta-Andria-Trani, Brindisi, Foggia, Lecce e Taranto».

Ciò implica che l'organo di vertice (il direttore generale) dell'ASL della Provincia (ad esempio) di Lecce è nominato da un ente (la Regione) politicamente rappresentativo di cittadini anche diversi da quelli destinatari del servizio sanitario erogato dalla ASL medesima, e quindi, in questo senso, da un ente che non è il più vicino possibile ai cittadini interessati dal servizio.

Analogamente, ai sensi dell'art. 9 l. n. 394/1991, il Presidente e i componenti del Consiglio direttivo dell'Ente Parco sono nominati con decreto del Ministro dell'ambiente. Ne deriva che gli organi di vertice (ad esempio) del Parco nazionale dell'Appennino Lucano - Val d'Agri - Lagonegrese⁶³ sono nominati da un ente (lo Stato) politicamente rappresentativo di cittadini anche diversi da quelli, residenti nella sola Provincia di Potenza, destinatari dei compiti espletati dall'Ente Parco, e quindi, anche in questo caso, da un ente che non è il più vicino possibile ai cittadini interessati.

Qualora si volesse accedere, quindi, ad una nozione di *sussidiarietà verticale* (intesa anche come *vicinanza democratica*) riferita non solo all'attribuzione delle funzioni amministrative ai vari Enti territoriali che compongono la Repubblica, ma anche alla designazione degli organi di vertice dei suddetti organismi amministrativi, insorgerebbero dubbi circa la legittimità costituzionale (rispetto al parametro di cui all'art. 118, co. 1, Cost.) dei descritti meccanismi di nomina, che non appaiono soddisfare l'esigenza che gli

⁶³ Istituito dall'art. 2, co. 5, l. n. 426/1998.

organi di vertice (anche di Enti diversi da quelli costitutivi della Repubblica, *ex art.* 114 Cost.) rispondano del loro operato alla comunità territoriale interessata, attraverso il percorso più breve possibile di trasmissione della legittimazione politica e della rappresentatività democratica.

5.2. (Segue) Elezione di secondo grado degli organi di vertice negli Enti locali di area vasta.

La riforma contenuta nella l. n. 56/2014 (c.d. *Delrio*), nel prevedere l'elettorato attivo e passivo per gli organi consiliari degli Enti locali di area vasta in capo ai soli Sindaci e Consiglieri comunali (art. 1, co. 25 e 69), ha introdotto un modello di governo di secondo grado⁶⁴, rispetto al quale sono stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale⁶⁵, anche in relazione alla sua compatibilità con la *Carta europea dell'autonomia locale*.

Il Giudice delle leggi, con la nota sentenza n. 50/2015⁶⁶, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale relative ai citati commi 25 e 69, argomentando che: a) un meccanismo elettivo di secondo grado è compatibile con il principio democratico e con quello autonomistico, dovendosi escludere che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio venga meno in caso di elezioni di secondo grado, «che, del resto, sono previste dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato»⁶⁷; b) la *Carta europea dell'autonomia locale* (convenuta a Strasburgo il 15 ottobre

⁶⁴ Si è ritenuto che tale modello comporti una minore democraticità del nuovo Ente provinciale e una violazione del principio (collocato alla base dell'estensione del suffragio, fino a trasformarlo in universale) *no taxation without representation*, considerato che le Province sono titolari di autonomia impositiva (sebbene limitata), nei confronti dei cittadini, privati ora della possibilità di scegliere i propri amministratori e di far valere le loro responsabilità politiche (cfr. M. Volpi, *Le Province nell'ordinamento costituzionale*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 17/2012, p. 4).

⁶⁵ Cfr. G.M. Salerno, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neocentralismo repubblicano di impronta statalistica?*, in *federalismi.it*, n. 7/2015, pp. 13 ss.

⁶⁶ «La sentenza in oggetto venne criticata da più parti, persino da coloro che avevano sempre sostenuto la legittimità costituzionale della riforma locale, non tanto per le conclusioni a cui essa perveniva quanto per la stringatezza e la superficialità delle motivazioni utilizzate (...)» (così G. Gardini, *Brevi note sulla incostituzionalità sopravvenuta della legge Delrio*, in *federalismi.it*, n. 19/2016). Si confronti, più ampiamente, B. Di Giacomo Russo, *La Corte costituzionale e la legge "Delrio": quale futuro per le Province?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 23.10.2015.

⁶⁷ Corte cost., n. 365/2007. Cfr. anche Corte cost., n. 96/1968: «Il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo degli enti territoriali è strumento essenziale dell'autonomia, cui hanno riguardo gli artt. 5 e 128 della Costituzione. Inoltre, la elettività di tali organi è principio generale dell'ordinamento (...). In materia di elettorato attivo l'art. 48, secondo comma, della Costituzione ha, poi, carattere universale ed i principi, con esso enunciati, vanno osservati in ogni caso in cui il relativo diritto debba essere esercitato. Non può ritenersi,

1985 dagli Stati membri firmatari del Consiglio d'Europa) assume natura di documento di mero indirizzo, con la conseguenza che le sue disposizioni non sono idonee ad attivare la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost.⁶⁸; c) l'espressione usata dalla norma sovranazionale, nel richiedere che i membri delle assemblee siano *freely elected*, ha, sì, un rilievo centrale quale garanzia della democraticità del sistema delle autonomie locali, ma va intesa nel senso sostanziale dell'esigenza di un'effettiva rappresentatività dell'organo rispetto alle comunità interessate, conseguibile anche mediante meccanismi alternativi (quale, ad esempio, la sostituzione di coloro che sono componenti *ratione muneris* dell'organo indirettamente eletto, quando venga meno il *munus*) che comunque permettano di assicurare una reale partecipazione dei soggetti portatori degli interessi coinvolti. Da ultimo la Consulta ha pure affermato che le disposizioni sull'elezione indiretta degli organi territoriali, contenute nella l. n. 56/2014, si qualificano come «norme fondamentali delle riforme economico-sociali» che, in base all'art. 14 dello Statuto speciale per la Regione siciliana, costituiscono un limite anche all'esercizio delle competenze legislative regionali di tipo esclusivo⁶⁹.

5.2.1. (Segue) Parametri di diritto interno.

Quanto all'argomentazione relativa alla legittimità del modello di governo di secondo grado, rispetto ai parametri forniti dalle norme costituzionali di diritto interno, non appare irragionevole l'affermazione del Giudice delle leggi secondo cui tale modello è compatibile con il principio democratico e con quello autonomistico⁷⁰. Meriterebbe forse un

invero, che quei principi non possano osservarsi, anche in caso di elezioni di secondo grado e, conseguentemente, non può escludersi la possibilità di siffatte elezioni, che, del resto sono prevedute dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato (art. 83)».

⁶⁸ Cfr. Corte cost., n. 325/2010.

⁶⁹ Corte cost., n. 168/2018. Sulla base di tale affermazione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nella l.r. siciliana n. 17/2017, preventivi: a) un procedimento elettorale a suffragio universale e diretto per il Presidente del libero Consorzio comunale (artt. 1 e 5), per il Sindaco metropolitano (artt. 2 e 5), per il Consiglio del libero Consorzio comunale (artt. 3 e 5) e per il Consiglio metropolitano (artt. 4 e 5); b) un numero di componenti del Consiglio del libero Consorzio comunale e del Consiglio metropolitano superiore a quello previsto dalla legislazione statale (artt. 3 e 4); c) la corresponsione al Presidente del libero Consorzio comunale e al Sindaco metropolitano di un'indennità di carica pari a quella spettante al Sindaco del Comune capoluogo del relativo libero Consorzio comunale o della relativa Città metropolitana (art. 6).

⁷⁰ Quanto invece al rapporto tra il modello in esame e il principio di economicità, piuttosto apodittica appare l'affermazione della Corte costituzionale (n. 168/2018) secondo cui «i previsti meccanismi di elezione indiretta degli organi di vertice dei nuovi "enti di area vasta" sono, infatti, funzionali al perseguito obiettivo di semplificazione dell'ordinamento degli enti territoriali, nel quadro della ridisegnata geografia istituzionale,

approfondimento – tuttavia – la questione della compatibilità di tale modello con il principio di sussidiarietà verticale (intesa come *vicinanza*), introdotto dalla legge costituzionale n. 3/2001.

A tal proposito, non appare pienamente conferente il richiamo operato dalla Corte alla precedente sentenza n. 96/1968, in cui si affermava la legittimità delle elezioni di secondo grado, prevista dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato. L'elezione del Presidente della Repubblica e quella dei Consigli degli Enti locali (anche di area vasta), infatti, non paiono presentare elementi di analogia tali da poter assumere la prima elezione come modello di riferimento per la seconda. Infatti, in disparte l'ovvia considerazione che il Presidente della Repubblica è un organo monocratico, mentre i Consigli locali degli Enti di area vasta sono organi collegiali, è opportuno evidenziare che il primo, in quanto supremo organo di garanzia di una Repubblica parlamentare, ben si presta ad un'elezione di secondo grado caratterizzata dalla ricerca di una maggioranza quanto più ampia possibile (anziché ad essere eletto direttamente dal popolo), mentre i secondi, in quanto organi espressivi dell'indirizzo politico-amministrativo locale, dovrebbero più opportunamente essere eletti direttamente dai cittadini, alla stessa stregua delle assemblee parlamentari, dei consigli regionali e dei consigli comunali. In secondo luogo, il Capo dello Stato si colloca al vertice della Repubblica, intesa (ai sensi dell'art. 114, co. 1 Cost.) come il complesso degli Enti territoriali che la costituiscono. Pertanto, mentre è plausibile che l'organo collocato nel vertice supremo dell'ordinamento costituzionale, nel punto più alto e più *distante* dai cittadini, sia eletto attraverso un'elezione di secondo grado, appare meno ragionevole – alla luce del principio di sussidiarietà verticale (inteso nel senso di maggiore vicinanza democratica possibile tra autorità amministrativa e cittadini) – che i Consigli degli Enti locali di area vasta, collocati al secondo posto (subito dopo i Comuni) nella scala degli Enti territoriali più *vicini*, siano eletti senza la partecipazione diretta dei cittadini⁷¹.

e contestualmente rispondono ad un fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta» (cfr. G. Tarli Barbieri, *Le Città metropolitane*, cit., p. 3). Si confronti sul punto, per altro verso, L. Vandelli, *Ruolo e forma di governo delle Città metropolitane*, cit. p. 7: “La regola secondo cui gli incarichi rivestiti nella Città metropolitana – così come nella Provincia – sono “esercitati a titolo gratuito” stride, a mio avviso, con fondamentali principi democratici, logici e funzionali. In effetti, ritengo che sia da riconoscere e da salvaguardare un criterio in base al quale, all'opposto, all'esercizio di funzioni pubbliche debba corrispondere uno status ed un ristoro economico proporzionato all'impegno richiesto ed al carico di responsabilità assunto. Consentendo, dunque, a chiunque sia eleggibile ad un certo incarico di assumerlo effettivamente, a prescindere dalle condizioni economiche personali”.

⁷¹ Cfr. anche F. Grandi, *La Provincia futuribile*, cit., p. 19, sulla *fumosità* dei meccanismi di responsabilità politica che sono il nerbo dell'effettività della partecipazione.

5.2.2. (Segue) Parametri di diritto internazionale.

Merita un approfondimento anche l'affermazione della Corte secondo cui la *Carta europea dell'autonomia locale* assume natura di documento di mero indirizzo, le cui disposizioni non sarebbero idonee ad attivare la violazione dell'art. 117, primo comma Cost.⁷².

La disposizione normativa europea che appare in contrasto con il modello dell'elezione di secondo grado è quella contenuta nell'art. 3: «1. Per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici. 2. Tale diritto è esercitato da Consigli e Assemblee costituiti da membri eletti a suffragio libero, segreto, paritario, diretto ed universale, in grado di disporre di organi esecutivi responsabili nei loro confronti. [...]». Appare evidente, infatti, l'incompatibilità tra l'elezione di secondo grado e l'elezione a suffragio diretto ed universale prevista dalla Carta europea.

È anche noto che, a norma dell'art. 117, co. 1, Cost., la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Occorre quindi domandarsi se la norma internazionale riportata sia idonea a costituire, nei confronti dello Stato italiano, un obbligo ed un vincolo.

A tale proposito è utile rilevare che, a norma dell'art. 12, della medesima Carta, «1. Ciascuna Parte s'impegna a considerarsi vincolata da venti almeno dei paragrafi della Parte I della Carta, di cui almeno 10 prescelti tra i paragrafi seguenti [...]. 2. Ciascuno Stato contraente, al momento del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione, notificherà al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, i paragrafi prescelti in conformità alla norma del paragrafo 1 del presente articolo». Appare

⁷² Cfr. ancora F. Grandi, *La Provincia futuribile*, cit., p. 17, nt. 51, anche in ordine alle risposte rese dalla Corte costituzionale in data 3 novembre 2011 alla *Commissione monitoraggio del Congresso dei poteri regionali e locali*, in occasione del primo monitoraggio effettuato in Italia sull'applicazione della Carta, in cui sembrava aver mutato indirizzo rispetto a quanto già affermato nella sentenza n. 325/2010. Si confronti comunque, più ampiamente, D. Mone, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015 e la Carta europea dell'autonomia locale: l'obbligo di elezione diretta tra principi e disposizioni costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 11.07.2015.

condivisibile l'opinione dottrinale⁷³ secondo cui, qualora le parti nulla specificino al momento del suddetto deposito, vale la regola generale per la quale la Carta è vincolante in tutti i suoi paragrafi, compreso quindi il secondo paragrafo dell'art. 3 che qui rileva.

Diversamente opinando, si dovrebbe concludere che, in caso di mancata specifica notificazione dei paragrafi prescelti, lo Stato contraente non sarebbe vincolato ad alcuno di essi, dando luogo ad un'interpretazione in palese contrasto con lo stesso vincolo di cui al citato comma 1, secondo cui la parte contraente «si impegna a considerarsi vincolata» a rispettare almeno 20 paragrafi della parte prima della Carta. Pertanto, non risultando – *de facto* – che il Governo italiano abbia specificamente notificato al Segretario generale del Consiglio d'Europa i paragrafi della Carta prescelti, occorrerebbe concludere che la Repubblica italiana sia vincolata (ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost.) a tutti gli obblighi da essa derivanti, compreso quello dell'elezione dei Consigli e delle assemblee degli Enti locali a suffragio diretto ed universale (ex art. 3, par. 2, della Carta medesima). Ne consegue, quindi, la necessità di ritenere che l'affermazione del Giudice delle leggi di conformità del modello di elezione di secondo grado al parametro di legittimità interposto di cui all'art. 117, co. 1, Cost., meriterebbe di essere rivalutata.

5.3. Designazione del Sindaco metropolitano.

Una ulteriore questione di legittimità costituzionale si pone esclusivamente in relazione alle Città metropolitane, rispetto al modello di *governance* delineato dai seguenti Commi: «19. Il Sindaco metropolitano è di diritto il Sindaco del Comune capoluogo. [...]; 21. Il consiglio metropolitano dura in carica cinque anni. In caso di rinnovo del Consiglio del Comune capoluogo, si procede a nuove elezioni del Consiglio metropolitano entro sessanta giorni dalla proclamazione del Sindaco del Comune capoluogo; 22. Lo statuto della città metropolitana può prevedere l'elezione diretta del Sindaco e del Consiglio metropolitano

⁷³ Cfr. G. Boggero, *Il diritto all'elezione diretta negli Enti locali tra Carta europea dell'autonomia locale e convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo la c.d. legge Delrio*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2014, p. 574. L'affermazione ivi contenuta è riferita, in realtà, al medesimo meccanismo previsto dall'art. 13 della Carta (secondo cui i principi contenuti nella Carta si applicano a tutte le categorie di collettività locali esistenti sul territorio di uno Stato, salva la facoltà di quest'ultimo di designare, al momento del deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione, le categorie di collettività locali e regionali alle quali intende limitare il settore di applicazione o che intende escludere dal settore di applicazione della Carta), ma appare analogicamente estensibile anche ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 12, qui in esame.

con il sistema elettorale che sarà determinato con legge statale. È inoltre condizione necessaria, affinché si possa far luogo a elezione del Sindaco e del Consiglio metropolitano a suffragio universale, che entro la data di indizione delle elezioni si sia proceduto ad articolare il territorio del Comune capoluogo in più Comuni. A tal fine il Comune capoluogo deve proporre la predetta articolazione territoriale, con deliberazione del Consiglio comunale [...]. È altresì necessario che la Regione abbia provveduto con propria legge all'istituzione dei nuovi Comuni e alla loro denominazione ai sensi dell'articolo 133 della Costituzione».

La Corte costituzionale, con la suddetta sentenza, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 19, argomentando che l'individuazione del Sindaco metropolitano nella figura del Sindaco del Comune capoluogo di Provincia non è irragionevole, in fase di prima attuazione del nuovo ente territoriale (attesi il particolare ruolo e l'importanza del Comune capoluogo intorno a cui si aggrega la Città metropolitana) e che tale individuazione non è, comunque, irreversibile, restando demandato allo statuto della città metropolitana di optare per l'elezione diretta del proprio Sindaco.

Gli argomenti addotti dal Giudice delle leggi meritano qualche riflessione critica.

In primo luogo, bisognerebbe approfondire che cosa la Corte abbia inteso significare con l'espressione «in fase di prima attuazione del nuovo ente territoriale».

È utile tenere presente che, a norma del comma 16, le Città metropolitane sono subentrate alle Province omonime il 1° gennaio 2015, succedendo ad esse in tutti i rapporti attivi e passivi ed esercitandone le funzioni, mentre, alla stessa data, il Sindaco del Comune capoluogo assumeva le funzioni di Sindaco metropolitano. Leggendo tale norma in combinato disposto con il citato comma 21, appare ragionevole ritenere che *la fase di prima attuazione* decorra dal 01.01.2015 sino alla data del primo rinnovo del Consiglio del Comune capoluogo⁷⁴. Ci si domanda, quindi, se l'automatica individuazione del Sindaco metropolitano nella figura del Sindaco del Comune capoluogo sia da ritenere ancora ragionevole (e costituzionalmente legittima) una volta trascorsa *la fase di prima attuazione*. In secondo luogo, occorre riflettere sull'argomentazione adottata dalla Corte circa la reversibilità di tale individuazione, attraverso il rinvio allo Statuto della Città

⁷⁴ Nel caso, ad esempio, della Città metropolitana di Napoli, la fase di prima attuazione – secondo tale interpretazione - avrebbe avuto inizio il 01.01.2015 e si sarebbe esaurita al momento del rinnovo del Consiglio comunale di Napoli, avvenuto con le elezioni amministrative del giugno 2016.

metropolitana. Appare evidente – tuttavia – il contrasto tra il modello delineato dai commi in esame e i principi di rappresentatività democratica e responsabilità politica, se si considera il rapporto tra il Sindaco metropolitano (eletto esclusivamente dai cittadini del Comune capoluogo) ed i cittadini dei Comuni non capoluogo⁷⁵.

È pur vero, infatti, che, ai sensi del comma 22, lo Statuto della Città metropolitana può prevedere l'elezione diretta, a suffragio universale, del Sindaco (e del Consiglio metropolitano); ma è altrettanto vero che la possibilità che i cittadini dei Comuni non capoluogo partecipino (anche indirettamente) all'elezione del Sindaco metropolitano è subordinata all'approvazione della legge regionale (che articoli il territorio del Comune capoluogo in più Comuni) la cui proposta può essere formulata esclusivamente dal Consiglio comunale del Comune capoluogo (in cui i cittadini degli altri Comuni non sono rappresentati)⁷⁶.

L'evidente violazione dei principi di rappresentatività democratica e responsabilità politica, derivante dall'insussistenza di qualsiasi relazione rappresentativa tra i cittadini dei Comuni non capoluogo ed il Sindaco metropolitano⁷⁷, avrebbe potuto indurre la Corte a correggere il sistema nel senso di prevedere, quanto meno, che (in disparte le precedenti considerazioni circa la legittimità del modello di elezione di secondo grado dei Consigli metropolitani e provinciali) l'elezione del Sindaco metropolitano avvenisse ad opera del Consiglio metropolitano ovvero dei Sindaci e dei Consiglieri dei Comuni della Città metropolitana, così come è previsto (co. 58) per l'elezione del Presidente della Provincia.

6. Considerazioni conclusive.

⁷⁵ Afferma sul punto G. Mobilio, *"I diversi 'modelli' di Città metropolitana a partire dai primi quattro anni di esperienza istituzionale"*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2018, p. 6, che "un Sindaco metropolitano che coincide con il Sindaco del Comune capoluogo, e che quindi gode di una legittimazione che gli deriva solamente dall'investitura tramite il voto dei cittadini di quel Comune, difficilmente potrebbe pretendere di esercitare funzioni attraverso cui vincolare autoritativamente altri Comuni".

⁷⁶ Cfr. G. Tarli Barbieri, *Le Città metropolitane*, cit., p. 5.

⁷⁷ Si confronti sul punto ancora G. Tarli Barbieri, *Le Città metropolitane*, cit., p. 9, secondo il quale "Diverso è anche l'impatto della popolazione del Comune capoluogo sul totale dell'ente: si va da un massimo del 68% (Genova) a un minimo del 25% (Bari), anche se diverse Città metropolitane si attestano al di sotto o a cavallo del 30% (in particolare, Venezia, Napoli, Reggio Calabria). Si tratta di un dato interessante anche a proposito del dibattito mai sopito sulla coincidenza tra Sindaco metropolitano e Sindaco del Comune capoluogo". Cfr. anche M.G. Nacci, *La riforma dell'ente di area vasta fra criticità costituzionali e difficoltà attuative*, cit., p. 745.

Qual è “la dimensione ottimale dell’ambito territoriale più adatto all’espressione della volontà popolare”?⁷⁸

Il presente contributo non pretende di fornire una risposta ad una così impegnativa domanda.

Cerca di dimostrare, tuttavia, come gli Enti locali di area vasta (Province e Città metropolitane) siano un’articolazione essenziale delle Istituzioni democratiche italiane.

Le tracce della dimensione originaria della democrazia, propria della *polis* greca, sono rinvenibili negli odierni Comuni, i quali tuttavia, nelle complesse società contemporanee, spesso non sono idonei (per le loro dimensioni demografiche e territoriali) a svolgere determinati compiti (ad esempio: bonifica dei territori rurali, tutela di zone di pregio naturalistico, servizi sanitari, edilizia residenziale pubblica, servizio idrico, gestione dei rifiuti urbani, gestione delle strade extraurbane).

Si rende necessario pertanto aggregare i Comuni in organismi più grandi e idonei a tali scopi, senza recidere il rapporto tra il potere amministrativo e la sua legittimazione rappresentativa e democratica.

I profili evolutivi illustrati testimoniano che, soprattutto negli ultimi decenni, il legislatore, statale e regionale, è stato impegnato nel modificare frequentemente le mappe di aggregazione⁷⁹ dei Comuni all’interno di Enti più ampi, senza mai negare la sussistenza di «funzioni e servizi sovracomunali e di area vasta»⁸⁰, implicitamente affermata dalla norma di rango costituzionale di cui all’art. 118, co. 1, Cost.

Si è cercato di dimostrare come il disegno di tali mappe di aggregazione, dei confini e delle dimensioni demografiche degli Enti locali di area vasta non sia rimesso all’arbitrio del legislatore ordinario, ma incontri dei vincoli di rango costituzionale rappresentati dai

⁷⁸ Riferisce G. Ciampi, *Comuni provinciali o province comunali? Una scelta facile e impossibile*, in M. Castelnovi (a cura di), *Il riordino territoriale dello Stato*, cit., p. 87, che la domanda gli veniva posta da un esponente politico al termine di un dibattito. Rispondeva l’A. che, probabilmente, la dimensione ottimale era quella dell’Agorà di Atene, “Ma allora vigeva la democrazia diretta; ora vige quella rappresentativa che, a rigor di termini, corrisponde a quella che, nella classica pentapartizione politica di Diogene Laerzio, il biografo di Platone, era l’oligarchia, non la democrazia (cioè la penultima, dopo tirannide, monarchia, aristocrazia, e prima di democrazia)”.

⁷⁹ Si confronti l’interessante pubblicazione di B. Caravita, G.M. Salerno, F. Fabrizzi, S. Calzolaio e F. Grandi, *Mappe d’Italia. Alla ricerca della riorganizzazione territoriale tra funzioni, reti e servizi*, Universitas Mercatorum Press, 2018. Lo studio è corredato dalle osservazioni contenute in B. Caravita, G.M. Salerno, F. Fabrizzi, S. Calzolaio e F. Grandi, “*Mappe d’Italia*”: dove la riorganizzazione territoriale? Prime osservazioni sul problema dello zoning amministrativo, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 8/2018.

⁸⁰ Cfr. art. 5, co. 1, l.r. Friuli Venezia Giulia n. 26/2014.

principi di buon andamento ed economicità dell'organizzazione amministrativa, che non si limitano a vietare al legislatore di compiere scelte organizzative manifestamente irragionevoli, imponendogli piuttosto anche l'obbligo di adottare soluzioni organizzative efficienti ed efficaci, conformi alle regole mutuata dalle scienze economiche.

Tali principi costituzionali, compenstrandosi con quello di sussidiarietà verticale, forniscono al legislatore ordinario anche un criterio necessario a stabilire quali funzioni amministrative e quali servizi pubblici debbano essere affidati ai vari Enti territoriali che compongono la Repubblica (*ex art. 114 Cost.*), nonché ad evitare la proliferazione di Enti locali (c.d. funzionalmente autonomi) in cui l'esercizio del potere amministrativo non rinviene fondamento (se non in via estremamente indiretta) nella legittimazione rappresentativa e democratica.

Per altro verso, la rappresentatività democratica, fondamento del rapporto di responsabilità politica, lungi dal contrapporsi agli interessi costituzionali espressi dai principi di buon andamento, economicità e sussidiarietà, ne costituisce un sostegno irrinunciabile. Solo attraverso lo strumento della responsabilità politica, infatti, i cittadini potranno – tanto più in un periodo storico in cui si avverte pressante l'esigenza di garantire l'equilibrio della finanza pubblica – ottenere garanzia che l'organizzazione e la gestione amministrativa siano le migliori possibili, in modo tale che lo svolgimento di funzioni amministrative e di servizi pubblici consenta il soddisfacimento dei loro diritti fondamentali.

Il dubbio della violazione del rapporto di rappresentatività democratica (e del più particolare principio di sussidiarietà verticale) si pone soprattutto in relazione ai recenti provvedimenti legislativi che, comprimendo il rapporto di legittimazione politica fra cittadini e amministratori, hanno riformato la *governance* degli Enti locali di area vasta.

Abstract: Il contributo si sofferma sulla necessità di aggregare i Comuni in organismi più grandi e idonei a svolgere determinati compiti, cercando di dimostrare come il disegno di tali mappe di aggregazione non sia rimesso all'arbitrio del legislatore ordinario, ma incontri vincoli di rango costituzionale, quale anzitutto il principio di economicità. Il saggio evidenzia inoltre la necessità di coordinare tale ultimo principio con quello di sussidiarietà verticale, per allocare funzioni e servizi presso i vari Enti territoriali ed evitare la proliferazione di Enti strumentali. Si sottolinea, inoltre, il collegamento tra economicità e responsabilità politica, inteso come strumento a disposizione dei cittadini per ottenere

l'effettivo soddisfacimento dei diritti fondamentali attraverso l'esercizio di funzioni e servizi pubblici.

Abstract: The essay focuses on the need to aggregate the municipalities in larger bodies and suitable to perform certain tasks, trying to demonstrate how the drawing of these maps of aggregation cannot be arbitrary, but has to respect constitutional rules, such as first the principle of economy. The essay highlights the need to coordinate this principle with the vertical subsidiarity one, to allocate functions and services to the various local authorities and to avoid the proliferation of instrumental bodies. It also emphasizes the relationship between economic and political responsibility, as an instrument available to citizens to obtain the effective fulfillment of fundamental rights, through the exercise of public functions and services.

Parole chiave: Area vasta – economicità – sussidiarietà verticale – Sindaco metropolitano – elezioni di secondo grado

Key words: Municipalities – vertical subsidiarity – local authorities – political responsibility – public functions

THE COURT OF CASSATION WALTZ DANCE AROUND THE PRINCIPLE OF PUBLIC ORDER IN FAMILY QUESTIONS*.

di Raffaele Picaro**

Index. 1. *So, where were we?*. – 2. The step backwards of the Supreme Court: decree no 4382/2018. – 3. The systematic framework suggestiveness: a coordinated interpretation of Council decision no 272/2017, with Court of Cassation decree no 14007/2018. – 4. *How can a cliff dike the sea?*

1. *So, where were we?*

With these words Enzo Tortora, on 20 february 1987, after four years of absence from sets because of the drama of which he had become a victim, gave way to the fortunate television programme thanks to which he had partaken in the most intimate family dimension of an entire generation of Italians. The recalled fact aims at remarking upon the effect of solemn decisions taken in Courtrooms with regard to persons' destinies, but also at highlighting, like the anchorman himself said in the circumstance, that they often leave a mark in those who can't talk "and who are many, too many"⁸¹: there is no doubt that there are minors among them⁸², the only ones who aren't responsible, as they certainly never asked to be born, yet exposed as they are to status and affection impairment effects due to the engulfing morphogenesis of the actual family relationship in its substantial dimension⁸³. But the

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore Associato di Diritto privato – Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

⁸¹ The attention and solidarity towards the individual are the constitutional basis of our law system: as for the topic, we may refer to the doctrine by P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*; Id., *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legal giust.*, 1986, page 484 onwards.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, II, Napoli, 2006, pages 433 onwards.

⁸² P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti*, *Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, page 170; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, 2012, page 3211 onwards; V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, 4, page 387 onwards; A. Gorgoni, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, page 123 onwards; R. Pane, *Mutamenti sociali e itinerari del diritto di famiglia*, in *Quaderni di Diritto delle successioni e della famiglia*, 24, Napoli, 2018, page 93 onwards. As for a discussion on the fundamental Italian-French aspects regarding the effect of procreative techniques onto filiation relationships, see L. Chieffi (by), *Tecniche procreative e nuovi modelli genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Milan-Udine, year 2018, *passim*. On the topic, A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, page 75 onwards.

⁸³ M. Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 4, page 1314, standing to whom «it's in filiation, in other words, that we may find the major interest of a family that we have strived to remove from conjugal unions, and family law so becomes automatically filiation law»; Id., *Libertà e responsabilità dei conviventi nella vita familiare e nella crisi del rapporto*, in *Dir. succ. fam.*, 2018,

purpose of this initial survey is also that of referring to recent in-depth analysis results⁸⁴, with particular concern for parental responsibility within family structure expressions and evolutions, to be considered as the only parameter able to grant, *de jure condendo*, concreteness to the much proclaimed but still little pursued *best interest of the child*⁸⁵.

In particular, by examining surrogate maternity in the transnational context, a reasoning contamination emerged between penal and civil sections of the Supreme Court, tending to unprecedented interpretive horizons concerning delegated pregnancy as well as biological and social parenthood modalities. As from the *trenchant* intervention of the Italian Civil Court of Cassation no 24001/2014⁸⁶, going through Penal Court of Cassation decision no 13525/2016⁸⁷ and ending with Civil Court of Cassation decision no 19599/2016⁸⁸, the jurisprudence orientation finally denying the contrariness to the transcription fixed by public order of birth certificates regarding minors born abroad from gestation of a third person in compliance with *lex loci*, was at last outlined, defining an evolutionary interpretation of such a principle and basing the consideration on the relevance of the interest of minors meant as a right to the continuity of the *status filiationis* obtained abroad. But the Supreme Court⁸⁹ grasped the occasion for a reflection on the convenience of legal

1, page 271 onwards; G. Recinto, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, page 895 onwards.

⁸⁴ As for all, R. Picaro, *Famiglie e genitorialità, tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017, *passim*.

⁸⁵ G. Corapi, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, page 777 onwards.

⁸⁶ Cass., Sec. I, 11 november 2014, no 24001, in *Guida dir.*, 2014, 48, page 44 onwards; *in Fam. dir.*, 2015, 3, page 306 onwards, with a comment by A. Vestò, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*; in *Foro it.*, 2014, 12, 1, page 3408, with note by G. Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, page 10235, with a note by F. Benatti, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corr. giur.*, 2015, page 471, with note by A. Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; furthermore A. Figone, *Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata*, in *quotidianogiuridico.it*, november 25th 2014; B. Salone, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *dirittocivilecontemporaneo.com*, december 7th 2014. On this topic, see also M. Sesta, *La Filiazione*, in R. Clerici, M. Dogliotti, M. Sesta e T. Auletta, *Filiazione-Adozione-Alimenti*, IV, in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, *passim*.

⁸⁷ Cass. peno, Sec. V, 10 march 2016, no 13525, in *Dir. peno proc.*, 2016, page 1085 onwards, with a note by A. Madeo, *La cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; in *Foro it.*, 2016, II, subparagraph 286; Cass. peno, Sec. VI, 11 october 2016, no 48696, in *Quotidiano giur.*, 2016.

⁸⁸ Cass., Sec. I, 30 september 2016, no 19599, in *iurisprudenzia.it*, october 27th 2016, with a note by C. Cucinella, *Il riconoscimento dello status filiationis di un minore che risulta figlio di due donne*; in *Familia*, october 11th 2016, with a note by E. Contu, *Non è contraria all'ordine pubblico il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di un bambino con due mamme*; in *ilfamiliarista.it*, 1 decemeber 2016, with a comment by A. Fasano, *La Costituzione non vieta alle coppie dello stesso sesso di generare figli*; in *Quotidiano giuridico*, 2016; in *Foro it.*, 2016, 11, 1, c. 3329, as well as the reconstruction by M.G. Stanzione, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in *www.comparaziondirittocivile.it*, october 2016, page 2.

⁸⁹ Cass., Sec. I, 30 september 2016, no 19599, above.

protection for same sex unions *ex art. 2* of the Constitution, to be considered as horizontal relationships between persons of age, thus valued to be a possible context for a parental project. The hermeneutic development was to be: if the union between same sex persons is a social formation in which the individual «expresses his or her personality» and if becoming parents and creating a family represents «the expression of the fundamental and general self-determination freedom» in compliance with articles 2, 3 and 31, and not with article 29 of the Constitution, so a constitutional ban obligation for same sex couples desiring to have or generate children is to be excluded. Notwithstanding some ambiguities, the orientation of jurisprudence has had the merit to achieve an analysis of the prevalent needs revealed by the social context that underlines the importance of parenthood will and responsibility, influenced by a widespread and sometimes also selfish necessity of parental fulfilment of single persons. In any case the Court of Cassation, without the ontological preclusions that had marked their previous leanings⁹⁰, has so avoided that the gestation of third persons could undermine the minor's right to personal and social identity, thus safeguarding this principle regardless of conception and birth modalities⁹¹. The adaptation of techniques and notions to community primary values appeared to be quite clear, as well as the respectful interpretation of law decisions with regard to the basic law sources hierarchy, standing to an orderly, fundamental meaning⁹². On the basis of this perspective the Supreme Court⁹³ considered international public order⁹⁴ as prime example of the complex of principles that typify the internal law system in a fixed historic period, although directed towards tutelage necessities of human fundamental rights, which is in common with different law systems: public order aversion is not to be deduced from the mere dissimilarity with the entirety of internal law regulations, seen as the comparison is to be made with the main values that bind the ordinary legislator, and not with the rules issued by virtue of subjectivity of a given subject matter.

The fact is that in an unstable social dimension characterized by evanescence of family roles, the sound and harmonious development of family-community members may be

⁹⁰ Cass., Sec. I, 11 november 2014, no 24001, above.

⁹¹ M.G. Stanzione, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, above, page 5 onwards.

⁹² Under the teaching of Pietro Perlingieri, interpretation should always be systematic, in the view of the unity of the legal system, and assiologic, as far as any regulations or single rules aim to implement constitutional, European and international values.

⁹³ Cass., Sec. I, 30 september 2016, no 19599, above.

⁹⁴ On which topic, see lastly V. Barba, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, page 403.

achieved only if concrete relationships and stable functions are granted. If a legislative atrophy is present the whole law system must seek the necessary protection answers inside itself, in a self-restoring manner⁹⁵. On the basis of this interpretation the law judge is obliged to grant fundamental rights effectiveness and ordinary judges have to satisfy tutelage requirements so as to be able to avoid that family formation changes may become a cause of prejudice in relation to primary community standards⁹⁶, apart from juridical, national and over national law systems, because of the personality of the members⁹⁷. In a context characterized by the persisting absence of a reforming legislative design but also by the legal difficulty to grant adequate regulation answers to such fast and deep changes - on the contrary ending up in a loop of cold and agnostic precepts whereby it resorts to rules rather than principles - as the most recent law surveys regarding surrogated maternity demonstrate, we are assisting to an out of control self-restoring drift of the jurisdictional function, that risks lacking systematic and homogeneous answers. Never as much as in this historic phase, value judgments concerning the family sphere must be remarked in terms of merit leanings of a community⁹⁸, as an expression of society needs and necessities, in a reasonable balance between objectivity of interpretation and its ontological and existential

⁹⁵ On the creative function of judges and on the connected implications, in particular see also A.C. Nazzaro, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, page 843 onwards; G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996, page 148 onwards; M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, page 11 onwards; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo and Mengoni also dealt by Schlesinger, Milano, 2004, page 259 onwards, and lastly G. D'Amico, *Angelo Falzea e il ruolo della dogmatica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, page 1015 onwards.

⁹⁶ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi*, Milano, 1996, page 10; V. Scalisi, *Per un'ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, page 1256; G. Alpa, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. impr.*, 2000, page 357 onwards; Id., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, page 75 onwards; Id. by Paolo Grossi, *alla ricerca di un ordine giuridico*, Roma-Bari, 2011, page 191 onwards; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, I, Napoli, 2006, page 116 onwards. See also the reconstructions by F. Marinelli, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009; F. Macario and M. Lobbuono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010; M. Pennasilico, *Il diritto civile tra storia e metodo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, I, page 337 onwards.

⁹⁷ See also V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi, Parte seconda, «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, page 1292; Id., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 3, page 585 onwards, now in Id., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, page 55 onwards; G. Iudica, *Il mezzo secolo lungo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, page 1355.

⁹⁸ See lastly P. Perlingieri, in F. Pedrini e P. Perlingieri, *Colloquio su (Scienza) del diritto e Legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, page. 1146, where he states that «non v'è sistema ordinamentale che non abbia una sua assiologia e anche qualora non la esplicasse sarebbe la sua una falsa neutralità».

dimension, and between scientific objectivity and subjectivity of the exegete⁹⁹.

2. The step backwards of the Supreme Court: decree no 4382/2018.

The public order principle meaning at the basis of the conclusions of the legitimacy judges in decision no 19599/2016, actually tended to conform the position of the Italian law system to the one emerging in the international setting, even though in accordance with the fundamental principles of the Constitution, but also, where compatible, with the foundation Treaties and both the Charter of the European Community fundamental rights and the European Convention of Human Rights¹⁰⁰.

From this point of view the international public order is an expression of «that complex of fundamental principles that characterize the internal law system in a given historic period, yet inspired by tutelage necessities of the fundamental human rights that are common to different law systems»¹⁰¹. In compliance with this qualification, within the limits dictated by public order, it's first of all necessary not so much to verify if the foreign deed is compliant with internal ordinary decisions, even though commanding or binding, but rather if it's in contrast with the supreme or prime principles of the Constitution -and therefore impossible to be subverted by the ordinary legislator- or, instead, with the principles of the foundation Treaties and of the European Charter of Fundamental Rights, whether compatible with these and, furthermore, of the European Convention of Human Rights. The Supreme Court didn't omit to remark how the research of such parameters is subject to a delicate hermeneutic operation, not by limited interpretation of the regulation itself, even though of constitutional level, on the assumption that there are constitutional rules that don't express inviolable principles and, as such, don't contribute to integrate the notion of public order. As a matter of fact, the lack of conformity with public order is effective only in case the legislator actually isn't in the condition to introduce rules similar to foreign ones, because of overcoming differences, with regard to prime constitutional values. Thus

⁹⁹ This way G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, page 16 onwards; Id., *Sul criterio di ragionevolezza*, in G. Perlingieri e A. Fachechi (by), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, page 1 onwards.

¹⁰⁰ On the constitutional principles and their auxiliological range see also P. Grossi, *Dalle "clausole" ai "principii" a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, 1, page 11 onwards.

¹⁰¹ Verbatim Cass., Sec. I, 30 september 2016, no 19599, above.

having to considerate the compatibility with public order for a foreign civil condition act to be acknowledged in Italy¹⁰², it's necessary to verify if it's in contrast with human fundamental rights tutelage necessities, such as the mentioned over national and national fundamental Charters sanction, and certainly not - on the other hand - if it's consequent to a topic regulation more or less compliant with local laws, even though imperative or binding¹⁰³. From this point of view particular significance is to be reserved to the superior interest of the minor with regard to his personal and social identity, as well as persons' right to determine themselves and to form a family, in consideration of the fact that these are sound constitutional values (artt. 2, 3, 31 e 32 cost.), the tutelage of which has been all the way enshrined by the over national law sources that contribute to the development of the principles of international public order.

The outlined legal framework, as a confirmation of judges' more and more asserted decision authority, has recently been overturned by decision no 4382/2018, with which, setting apart the detail of the question submitted to the close examination of the Court¹⁰⁴, the Supreme Court decided that the notion of international public order assumed by the Court of Cassation itself with decision no 19599/2016, needs guaranty of the United Court Sections, as it doesn't express the internal juridical tradition. The mentioned decision discusses the causal judgement connected to the conception of public order as defined by its terms of comparison: on one hand the foreign act, and on the other hand the fundamental values to which the ordinary legislator is bound, and that therefore cannot be modified. Standing to the reasons offered by the ordinance, differently from the statement of sentence no 19599/2016, the public order principle involves not only the above mentioned fundamental values, but also the rules representing legislative discretionary power in somehow connected arguments and rather directly implied matters.

¹⁰² Articles 16, 64, 65, l. no 218/1995, and art. 18 d.P.R. no 396/2000.

¹⁰³ M. Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, page 310 onwards. On the topic, M.G. Stanzione, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, above, p. 15, states that «non ha senso, in questa prospettiva, invocare il contrasto della normativa ordinaria straniera con quella italiana di pari rango, sia pure costituita da norme inderogabili».

¹⁰⁴ Actually, the case in question is to be distinguished from the one examined in sentence no 19599/2016 for two aspects: on one hand the second parent has no biological bond with the child (whereas, in the case examined in sentence no 19599/2016, the second mother had contributed genetically); on the other hand, the adopted technique is that of the surrogated maternity, which is forbidden and prosecuted (while, in the case examined by sentence no 19599/2016, standing to the judges, it was a matter of a particular type of heterologous artificial insemination).

The question requires a precise definition. As a matter of fact, apart from the full-bodied doctrine expressing agreement in the direction of sentence no 19599/2016¹⁰⁵, in the very context of this decision the necessity of a sound jurisprudence orientated appeal is perceived, concerning the wide spread sedimented notions on the matter¹⁰⁶ within the Supreme Court. Among the *rationes* alleged by ordinance no 4382/2018 there's a reference in terms of guaranty to the recent decision taken by the United Sections, with regard to punitive damage¹⁰⁷. But differently from what stated in the mentioned ordinance, the United Sections, in this very argument context, recall the description of international public order, *i.e.*

¹⁰⁵ That of public order is a concept «circondato, se non proprio da un alone di mistero, da una forte dose di ambiguità» (Ang. Federico, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in F. Di Marzio (by), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, page 53). Differently from those who talk about the argument only in terms of negative limit to rule validity, P. Perlingieri, *Autonomia privata e diritti di credito*, in A. Belvedere and C. Granelli (by), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, page 93 onwards, describes public order also as «impegno positivo della Repubblica all'attuazione dei principi fondamentali». G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, and Id., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, page 1038 ss., identifies the reason for the principle in question in «quelle idee e [...] quei valori politici, sui quali si fonda ed è ordinata la società» (page 1053): the lawfulness limit imposed upon negotiation activity should avoid the subverting of social system fundamental values by private persons. See also F. Galgano, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. impr.*, 1989, page 363; F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, p. 7 ss.; A. Guarneri, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; Id., *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, page 154 onwards; L. Lonardo, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, page 443; U. Breccia, *Causa*, in G. Alpa, U. Breccia and A. Liserre (by), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 1999, page 161 onwards and page 207 onwards; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*¹², Napoli, 2017, page 799 onwards; O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012. In the same perspective, P. Lotti, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato e i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005, page 64 onwards; L. Lonardo, *Ordine pubblico*, in Various Authors, *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 10-11 novembre 2016, Sala degli Affreschi, Complesso di S. Andrea delle Dame-Napoli*, by G. Perlingieri and M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, page 317 onwards. International public order represents a complicated, indefinite and varying concept, covering judicial, social, economic and political values and principles, that are fundamental for a national law system, meaning that they contribute to qualify its essence. See also A. Correrà, *(Bi)genitorialità e ordine pubblico internazionale: la famiglia non è solo quella fondata sul legame genetico*, in *Gazzetta forense*, 14 march 2017. On the topic, NO Palaja, *L'ordine pubblico internazionale. Problemi interpretativi dell'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile*, Padova, 1974, page 14 onwards; R. De Felice, *Diritto di famiglia e ordine pubblico internazionale*, in www.personaedanno.it, 29 october 2006.

¹⁰⁶ Cfr., tra le tante, Cass. no 1302/2013, no 19405/2013, no 27592/2006, no 22332/2004, no 17349/2002.

¹⁰⁷ Cass., 5 july 2017, no 16601. On the topic, A. Carrato, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Quotidiano giuridico*, 7 july 2017; G. Ponzanelli, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, in *Quotidiano giuridico*, july 12th 2017; R. Savoia, *Le Sezioni Unite aprono la strada al riconoscimento in Italia di sentenze straniere che contengano risarcimenti punitivi*, in *Dir. giust.*, 2017, page 7 onwards; A. Lamorgese, *Luci e ombre nella sentenza delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 8, pages 317-327; G. Scarchillo, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 1, pages 289-327; M. Franzoni *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 8, pages 283-299.

«the complex of the fundamental principles characterizing the internal law system in a given historic period, based on fundamental human rights tutelage common to various law systems and first of all deducible from the upper ordered tutelage systems in relation to ordinary legislation», and thus in line with what indicated in sentence no 19599/2016.

Actually, reading the ordinance -which as a matter of fact lacks organic unity and consistency of argument- we can clearly notice the will to make a step backwards, in the attempt to stop the disruptive effects of sentence no 19599/2016, replacing the question, conceived in the current discussion context substantially as *a maxim of no particular importance*, in accordance to art. 374, par. 2, c.p.c., to be examined by the United Sections.

3. The systematic framework suggestiveness: a coordinated interpretation of Council decision no 272/2017, with Court of Cassation decree no 14007/2018.

The hermeneutic course of sentence no 19599/2016 underlines how in the current family configuration prevails its being an affection community based on the relationships actually achieved within the sphere of its members, to whom law must grant tutelage, also pursuing a conforming compromise as far as potential conflicting values are concerned, and duly attributing importance to the prevalent interest of the minor. With regard to this aspect, the Supreme Court sets the conclusion that when acknowledging a birth act of a child born of two women abroad, within a parenthood project planned by a couple once again married abroad, we can't take position against a public order principle consisting of the presumed existence of a constitutional restriction or ban precluding child embracing and bearing, but rather take into consideration persons' freedom to self-determinate and form a family without discriminations, with respect to heterosexual couples¹⁰⁸.

In the above mentioned sentence the Supreme Court favorably solves the problem concerning the acknowledgement of a foreign birth act on the *lex loci* basis, through a well-structured reasoning aimed at verifying if the differences between Italian and Spanish law regulation may legitimize an acknowledgement contrast of such a juridical act with Italian public order, even though other aspects have been taken into consideration, going far

¹⁰⁸ On the topic, see also law no 76, 20 may 2016, Regulation of civil unions and coexistence between same sex persons.

beyond this minimum objective, aimed at the redefinition of the contents of the public order principle, as well as the value system present in Law no 40/2004, and furthermore of the current significance of Civil Code art. 269, par. 3, which is not considered as a realization of a constitutional principle¹⁰⁹. This ascertained, standing to the judges of legitimacy, it's not possible to assert the existence of a fundamental constitutional principle - in this particular case to be referred to public order - suitable in terms of impeding the transcription in Italy of a birth certificate legally edited abroad, concerning a child born of a parenthood project of two mothers, one having materially given birth to him/her, and the other one having given an ovum fertilized by the semen of an anonymous man

The *rationes decidendi* of the examined decision, as become evident in our survey, brought to less inadequate results compared to previous decisions, even though referred to a case dissimilar to the one here examined because of the absence of a genetic bond with both the demanding parents¹¹⁰. In any case the Court of Cassation finally sets free from the mainly ontological preclusions that had previously led to the declaration of the abandonment status of a minor born of a surrogated mother abroad. The intention to avoid that resorting to gestation of another person may compromise the minor's right to a personal and social identity is quite clear, and in this specific case it's safeguarded by means of the juridical acknowledgement of the parental bond between the minor and the genetic parent, regardless of the qualification the local legislator attributes to conception and birth modalities¹¹¹. But in an even more relevant way the Court of Cassation considers the constitutional legality principle in the over range context of international law sources as a guarantee of respect of the fundamental values of the juridical system, achieving an interpretation of normative regulations in compliance with the hierarchy of law sources and

¹⁰⁹ G. Chiappetta, *Questioni transnazionali del diritto di famiglia e della vita nascente*, in P. Perlingieri and G. Chiappetta (by), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, *Quaderni Rass. dir. civ.*, Napoli, 2017, page 42, standing to which, Cass. NO 19599/2016, «il brocardo *mater certa est* è ormai superato. La definizione di maternità è controversa».

¹¹⁰ Cass., 11 november 2014, no 24001, above.

¹¹¹ A. Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto* in *Fam. dir.*, 2015, 3, page 209, standing to which «si tratta piuttosto di sapere se la madre genetica abbia un titolo per far valere la sua maternità, che possa ritenersi poizore rispetto a quello della madre uterina. L'ultimo quesito deve risolversi negativamente, in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto»; M.G. Stanzione, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, above, page 5, stating «nel tempo attuale, le identità genitoriali, come quelle coniugali o di altre relazioni familiari, non sono attribuite o imposte una volta per tutte, ma negoziate e costruite nel lungo periodo».

principles, in a systematic and ethical sense¹¹². An original reconstruction able to acknowledge even same sex couples' requests made of men, for whom surrogated maternity represents the only possibility to have a child with a genetic bond with one of the partners¹¹³. It's right from this perspective that we may state that *obiter* the real challenge in this field is man negation and gender bias¹¹⁴, or rather going beyond the strongly influencing approach in the debate on homosexual rights and their families, that associates the procreative function exclusively to marriage or to stable heterosexual couples, relegating in a sort of limbo in which the non-discrimination reasoning prevails rather than the pursuit of the *best interest of the child*¹¹⁵, the duty of law significance of same sex couples parenthood¹¹⁶. On the basis of the prevalence of the right to family life, the legitimacy judges in fact point out the wide spread conviction of the inexistence of objective indicators on which the inappropriateness of a same sex couple to bring up children may lie on, the same way as the unquestionable right of homosexual parents' children to see their social parenthood bond being recognized, in compliance with the

¹¹² This way Pietro Perlingieri's lecture, consistently traceable in all his works.

¹¹³ About the parental relationship recognition concerning two men having had twins of a surrogated maternity in one of the USA country members, considering the biological father and relative life companion distinction, see also App. Trento, 23 february 2017, in *www.articolo29.it*, 28 february 2017, with a comment by A. Schillaci, *Due padri, i loro figli: la Corte di Appello riconosce per la prima volta il legame tra figli e il padre non genetico*, and in *Quotidiano giuridico*, 3 march 2017, with a comment by M. Winkler, *Maternità surrogata: due gemelli a due padri, la storica senza della Corte di Appello di Trento*, in which it's clear how «l'insussistenza di un legame genetico tra i minori e il padre non è di ostacolo al riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero: si deve infatti escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite»; in *Fam. dir.*, 2017, 7, page 674 onwards, with a comment by M. C. Baruffi, *Co-genitorialità same sex e minori nati da maternità surrogata*.

¹¹⁴ F. Ferrari, *Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica*, in *Genlus*, 2014, 2, page 110 onwards, standing to whom a heterosexist approach represents the two sexes as two non-communicating monoliths, with rigidly complementary characteristics, reciprocally attracted to form a parenthood based on procreation, on blood genealogy and lineage belonging.

¹¹⁵ From the acknowledgement of the homosexual couple naturally derives the right to family life tutelage in accordance to one's sexual orientation, whereas as far as the homogeneous parenthood question is concerned, the law system is compelled to safeguard in a prevalent way the minor's interest, compliant with the constitutional and European dimension. On the topic, see D. Amram, *Diritto del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale*, in D. Amram and A. D'Angelo (by), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione europea*, Padova, 2011, page 100 onwards.

¹¹⁶ A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in Id. (by), *Omogenitorialità. Filiiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, page 35; F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. Schuster (by) *Omogenitorialità*, above, page 163 onwards.

Constitution deriving principle that «doesn't justify a conception of the family that may go against persons and their rights»¹¹⁷. Once recognized a family life also in a union between same sex persons with a parenthood project going beyond biological progeny, together with the various discussions on the superior interest of the minor as a consequence of the public order principle revision¹¹⁸ -in which a considerable importance is to be given to sentimental and care bonds stability, without disregarding the incidence of reliability of the parenthood project- it was quite easy to foresee the administrative acknowledgement of the mere intentional parenthood which, as such, would have been liable to obtain a subversion of the consolidated configuration of parenthood recognition criteria, definitively unbinding it from the genetic element.

The above described interpretive framework finds validation in the position of the Constitutional Court¹¹⁹, with decision no 272/2017, in which with an interpretation sentence of rejection, the constitutional legitimacy question of Civil Code art. 263 fostered by the Court of Appeal for Milano with ordinance delivered on 25 July 25 2016, with regard to articles 2, 3, 30, 31 and 117, par. 1 of the Constitution (the latter related to art. 8 of the European Convention for human rights), is declared unfounded. The question deserves an in-depth analysis for the subtle reasoning of the remittent judge -partially accepted by the law judge, even though by interpretation- based on the enhancement of the current law. The reference to the changed context becomes evident by means of comparison with the preceding constitutional legitimacy question of Civil Code art. 263, even though in the previous formulation, that had been declared unfounded with sentence no 112/1997¹²⁰, on the basis of the assertion by which the ground for appeal of the recognition of lack of veracity is an expression of a principle of superior order and consequently any false status

¹¹⁷ Corte cost., 28 novembre 2002, no 494, in *Giur. cost.*, 2002, page 4065; in *Foro it.*, 2004, I, subparagraph 1053.

¹¹⁸ This way, J. Long and M. Naldini, "Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in *Genius*, 2015, 2, page 167 onwards.

¹¹⁹ Corte cost., 18 novembre 2017, no 272, in www.ildirittoamministrativo.it, with a note by O. Sportelli. Cfr. A. Gorgoni, *Art 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, IV, pages 540-551; G. Casaburi, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*, in *Foro it.*, 2018, I, subparagraph 21-26; R. Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, pages 956-1011; G. Barcellona, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in www.forumdeiquaderniconstituzionali.it, 2018, page 6.

¹²⁰ Corte cost., 22 aprile 1997, no 112, in *Foro it.*, 1999, I, subparagraph; in *Dir. fam. pers.*, 1997, page 842; in *Corr. giur.*, 1997, 7, page 837.

characterization ought to be annulled. The remittent judge doubts that such a setting may still be considered current, seen as it could be in contrast with the special tutelage principles that the Constitution and the European Convention of human rights grant to minors, and therefore demands a renewed observation on the topic of the coincidence between *favor veritatis* and *favor minoris*. The Constitutional Court, while declaring the question unfounded, clarifies a series of arguments that in coherence with sentence no 19599/2016, of the Court of Cassation, underline the awareness of the necessity to come to a hermeneutic indication of the rule that takes into account the requests deriving from experience such as descending from the low court of facts. The reference to the *best interest of the child*, on which the law judge discourses and that requires a reinterpretation with regard to the action imposed by Civil Code art. 263, with special concern for the *ensemble* of values safeguarded by rules - not necessarily coincident with *favor Veritatis* - is to be considered central, once acknowledged that the family topic needs a comparison of the interests in question to be carried on, so as to choose which of these may prevail in the practical case. In some situations the comparative evaluation of interests is made directly by law, as occurs with the disclaiming prohibition consequent to heterosexual insemination; in other situations such as the one we are examining, the evaluation is in charge of the judge, who is obliged to verify all the circumstances of each specific case. The deriving balancing of the single situations is due to a comparative judgment based on the good sense principle¹²¹ between the interests connected to the verification of status truth and the consequences that may originate by this scrutiny with regard to the juridical position of the minor. We may therefore deduce -and the reflection directly affects the range of

¹²¹ On the topic, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, above, *passim*; C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, page 1573 onwards; J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubb.*, XII, Torino, 1997, page 341 onwards; L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1997, page 902 onwards; più di recente, G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, *passim*; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, *passim*; M. La Torre, *Introduzione*, in *La ragionevolezza nel diritto*, by M. La Torre and A. Spadaro, Torino, 2002, page 3; L. D'Andrea, *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, *ibidem*, page 231; F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, *passim*; S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012, *passim*; R. Perchinunno, *La ragionevolezza e la forza del numero (a proposito di un recente volume di Nicola Lipari)*, in *Studi in onore di G. Iudica*, Milano, 2014, page 1067 onwards; L. Balestra, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, page, 25 ss.; F. D. Busnelli, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, page 1 onwards; E. Minervini, *Le categorie del diritto civile (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, page 712 onwards. Standing to G. Zagrebelsky, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, page 48, on the basis of the reasonableness principle, «l'altro lato del diritto, il lato materiale, fa la sua trionfale ricomparsa».

sentence no 19599/2016, that the *best interest of the child* may legitimate in our law system a parenthood bond, even though only social and not biological, without hindering public order meant in its over national ordinary usage.

As known, jurisprudence leanings deriving from sentence no 19599/2016, have embraced the principal lines of discussion, with effects not only in relation to cases revealing similar contents, but also with regard to aspects intersecting - even though not overlapping - those examined by the Supreme Court in the above mentioned sentence. One of the most recent *ratio decidendi* implementations is to be found in Civil Cassation ordinance no 14007/2018¹²². The incident giving rise to the decision derives from the request by two women (a French one and an Italian-French one) of registration of two sentences delivered by the French judge, on the basis of which each of the two women adopted the biological child of the other one. We must start by saying that the two women had had a stable and uninterrupted relationship since the eighties of the past century, that had given rise first to a *solidarity civil agreement* stipulated at the French Consulate in Naples, such as envisaged by French law, and then to a marriage in France in 2013, in compliance to French law no 404/2013 (the marriage was registered in the civil status book, as a consequence of the decision of the Court of Appeal for Naples, considered definitive in the sentence object of our survey). More exactly both women had given birth to a child thanks to artificial insemination and the respective minor children have been adopted by the two women married in France, standing to the French Law full adoption principle, on the basis of sentences delivered by the civil judge from the other side of the Alps. Once the request of registration of the sentences had been submitted to the Italian civil status public official, it had been rejected because of an alleged contrast with public order. This denial has therefore been contested with a request to the Court of Appeal for Naples, which with an ordinance dated march 30th 2016, and thus before sentence no 19599/2016, accepting the international public order concept, ordered instead that the act be registered by the civil status public official, having found no contrast with public order. The decision, contested in Court of Appeal, has given way to an ordinance that demands a close hermeneutic examination because of the renewed setting of the public order principle, once more placing it in an over

¹²² Cass., 31 may 2018, no 14007, in www.centrostudilivaitino.it, 6 giugno 2018, with a note by S. Nitoglia, *La Cassazione ancora a favore della stepchild adoption* On the topic, see also F. Carimini, *La stepchild adoption: una scelta "consapevole" tra esercizio delle libertà ed assunzione di responsabilità*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, page 41 onwards.

national dimension, recalling *tous cours* the arguments expressed in Cassation sentence no 19599/2016. Enhancing the minor's major interest principle, there's a limit to the operability of the public order clause, which in the path drawn by decision of Court no 272/2017, must confront itself with the peculiarities of practical cases. So, in the sequence of events we are here examining, the causal judgment between the foreign act and over national public order law, filtered by *the best interest of the child*, leads to the conclusion that the minor's right to live in a stable manner in a balanced domestic environment and to be brought up and assisted during his/her growth, with equilibrium and respect for his/her fundamental rights, works like an integrative factor *in mitius* of the public order conception itself. Therefore, for the judges there are no contrast outlines between public order and the registration in Italian civil status books of an adoption of a minor by two same sex persons pronounced abroad.

4. How can a cliff dike the sea?

The considerations just made reveal an unsettling phase of inter-reign regulation imbued with plain legality, in which the decision depends on the perception of judges, whose role is that to implement a law the contents of which sometimes may not be satisfying and of the implementation of which on certain occasions cannot be applied, thus making the judge himself an interpreter and a creator of a rule subtracted to any sort of assessment, though anchored to law system values¹²³. Meanwhile, until the United Sections deliver a decision, the field experience demonstrates how -as already forewarned in a recent work on the topic¹²⁴, some local Municipal Councils are proceeding *motu proprio* with the registration of birth certificates of minors born of a surrogated maternity abroad in compliance with *lex loci*. The framework is therefore bound to become more complicated and several destinies

¹²³ Lastly, P. Grossi, *Dalle "clausole" ai "principii" a proposito dell'interpretazione come invenzione*, cit., page 11 onwards. On the topic, R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo and Mengoni, Milano, 1998, page 105, who states that «in presenza di una lacuna, il giudice si sostituisce al legislatore creando egli stesso una norma nuova idonea a risolvere la controversia»; P. G. Monateri, *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, X, Torino, 2008, page 57, standing to whom «tutto ciò non è né sovversivo, né nihilista né altro: significa solo avere maggiore coscienza del proprio ruolo all'interno del *legal process*, e di saper anche che il processo del diritto non è in realtà dominato da nessuna singola componente, ma è il risultato di una congerie di modelli culturali, spesso anche taciti, che trascendono il controllo esplicito di ciascuno di noi».

¹²⁴ R. Picaro, quotation from a work, *passim*.

will depend on the results of the decisions of the superior judges.

The scenery just described certainly isn't encouraging, but it's possible to change it on the basis of a foreseeing recent doctrine¹²⁵ formulated within the reasoning school having accepted the theory of interpretation as the main horizon of field in-depth analysis of current Italian civil academics¹²⁶. The way to escape from the post-modern pessimistic vision, also on the basis of the *Drittwirkung*¹²⁷ hermeneutic perspective, is offered by the good sense control forms, with regard to tutelage and support of the person, as a value placed at the top of the regulation sources hierarchy¹²⁸. Yet this reasoning abandons the variety of meanings, transforming itself into a hermeneutic criterion, a value judgment, a historic-relative actualization instrument - but uniform and based on fundamental values¹²⁹ - of the regulation context, that adapts to the juridical system global reasoning, that is present in the argument demonstration of the motivation of the judicial act, backing out of any type of attempt of uncontrolled abuse of the rule by the law interpreter¹³⁰. Thus, in the

¹²⁵ Sul tema G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, above, *passim*.

¹²⁶ Cfr. P. Perlingieri, *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, Camerino, 1970, page 53 onwards; Id., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, page 38 onwards; Id., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, page 203 onwards; Id., *Formazione dei giudici. Scuola superiore della magistratura*, in *Giust. proc. civ.*, 2007, page 313; Id., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, now in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, page 92 onwards; Id., *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in *Corti salernitane*, 2013, page 478 onwards. See also the various surveys carried out in the specific context by P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, page 84 onwards, now in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, page 238 ss.; Id., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, page 335 onwards, now in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, above, page 441 onwards; Id., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, page 787 onwards, now in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, above, page 327 onwards; Id., *La forma del licenziamento individuale come «garanzia»*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, page 1069 onwards, now in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 609 ss.

¹²⁷ G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, above, page 97 onwards.

¹²⁸ On which, take notice of the lecture by P. Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in Id., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, above, page 111 onwards.

¹²⁹ G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, above, page 23.

¹³⁰ G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, above, page 36 onwards; P. Perlingieri, *Conclusioni della prima sessione*, in Various Authors, *Fonti, metodo e interpretazione.*, above, page 197, promptly stating «diventa davvero arduo sostenere che buona fede, diligenza.....-e così tutte le clausole generali che caratterizzano il sistema- possono essere interpretate come si fosse ancora nella fase pre-costituzionale utilizzando valori e principi che in quel momento storico lo identificavano»; V. Scalisi, *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, above, page 50, standing to whom «richiamarsi ai valori significa cogliere in un tempo dato e in uno spazio definito le necessità assiologico-reali della vita, le c.d. necessità vitali, di una comunità o aggregazione di consociati, quali emergenti ai diversi livelli (organico, animato o più specificamente spirituale) e quindi verificare se e in che misura tali necessità vitali (esigenze, bisogni, interessi), valutate nelle loro connessioni di qualificazione (oggettive e soggettive), siano sostenute da corrispondenti comportamenti collettivi e sociali oggettivamente conoscibili e materialmente osservabili e come tali univocamente orientati alla loro realizzazione. Il concorso di entrambi gli anzidetti momenti (la necessità di vita e l'azione che vale a

current family system, while losing rule calculation possibilities whereas the rule isn't expression of principles, decision predictability is imposed as control result, based on good sense, fundamental values of a community in its historic development, such as the law interpreter indicates in the motivations¹³¹. It's not a matter of knowing in advance the judicial solution as application of a method considered infallible because of a postulated law certainty¹³², but rather a question of *pre-expecting* on the basis of a good sense criterion conformed to specific cases, as permeated by regulation values imposed by hierarchy and constantly balanced in a unitary and systematic process¹³³ able to conform to historic becoming, in the respect of the insurmountable limit of human dignity¹³⁴. In the perspective of the topic of this survey, a reconstruction that doesn't miss the minors' personality tutelage objective, notwithstanding the continuous social changes of the family composition in both its vertical and horizontal dimensions, in between legislative passiveness and temporary interpretations, reveals to be extremely important, once assumed that the *best interest of the minor* principle is still diffusely much proclaimed

soddisfarla) è ciò che, nel quadro di una concezione oggettiva, di tipo storico-reale, definisce il *valore*, ma è anche ciò che, riferito alle necessità di vita dei consociati e alle loro azioni volte a soddisfarle, vale a costituire l'ordine dei *valori* di una determinata comunità e quindi il necessario indice di giuridicità, o dover essere giuridico, da assumere a essenziale criterio di valutazione giuridica».

¹³¹ NO Bobbio, *La certezza del diritto è un mito*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, p. 150; Id., *Il positivismo giuridico*, Bologna, 1979, p. 74.

¹³² As stated by P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, page 322 onwards, where he says that «l'attuale sistema ordinamentale, tuttavia, nonostante la pluralità delle fonti che lo caratterizza, si prospetta, non già quale somma di ordinamenti separati e distinti sia pure coordinati, ma unitario, proprio in funzione applicativa e di controllo. La normativa comunitaria e quella di origine internazionale conformano e integrano il sistema ordinamentale della Repubblica in una unità indissolubile» and by V. Scalisi, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 4, page 413 onwards, now in Id., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, above, page 433 onwards, for whom a functionally oriented hermeneutics vision of justice must reclaim the auxiliary primacy with regard to law source, also of ultimate rank, in the perspective of an integral concept of issue of legality; Id., *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, page 1 onwards, now in Id., *Fonti, teoria, metodo*, above, page 259 onwards.

¹³³ «Sia perché i comandi codificati non sono mai in grado di tener dietro all'incessante divenire sociale, economico e tecnico, sia perché fattispecie apparentemente chiarissime vanno riempite continuamente, nel momento applicativo, di funzioni, principi e valori normativi al fine di soddisfare anche l'essenziale fattualità del diritto, la quale si concretizza non soltanto nella inseparabilità tra fatto e singola disposizione, ma tra fatto e diritto», this way, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, above, page 37 and page 120 onwards.

¹³⁴ «Sia perché i comandi codificati non sono mai in grado di tener dietro all'incessante divenire sociale, economico e tecnico, sia perché fattispecie apparentemente chiarissime vanno riempite continuamente, nel momento applicativo, di funzioni, principi e valori normativi al fine di soddisfare anche l'essenziale fattualità del diritto, la quale si concretizza non soltanto nella inseparabilità tra fatto e singola disposizione, ma tra fatto e diritto», in this sense, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, above, page 37 and page 120 onwards.

rather than really granted in practical cases.

Abstract: Gli accordi per la surrogazione di maternità stipulati da cittadini italiani in Stati nei quali il ricorso a tale tecnica procreativa risulta lecita aprono al problema della continuità transfrontaliera dello status dei nati mediante gestazione per altri. In un contesto di perdurante atrofia legislativa, un ruolo significativo è svolto dal formante giurisprudenziale che, tuttavia, è esposto al rischio di mancanza di risposte sistematiche ed unitarie. Il timore che il declino della fattispecie normativa espressiva di regole comporti il venir meno della calcolabilità della decisione è procurato dalla convinzione che la certezza del diritto risieda nella ripetitività delle soluzioni. Persuade di più, invece, l'idea che la giustizia del caso concreto sia assicurata dalla controllabilità della decisione alla luce dei valori caratterizzanti il sistema ordinamentale e, in particolare, del solidarismo e della prospettiva di promozione della persona, in un bilanciamento che segue un giudizio comparativo votato al principio di ragionevolezza.

Abstract: Maternity subrogation agreements stipulated by Italian citizens in Countries where the recourse to such a procreative technique is legal lead to the problem of the cross-border continuity of the status of children born thanks to alternative gestation. In a context of enduring legislative atrophy, a significant role is carried out by jurisprudence, though exposed to risks of lack of systematic and unitary answers. The fear that the decline of this normative case, as far as specific rules are concerned, may entail the impossibility of decision evaluation, is due to the conviction that the certainty of right lies in the repetitiveness of solutions. On the other hand, the idea that the justice of a concrete case may be granted by the possibility to control a decision on the basis of the values that portray law, is nevertheless more appealing, with particular regard for solidarity and for the enhancing of the person, in a balancing setting founded on a comparative judgement aimed at the principle of good sense.

Parole chiave: Maternità surrogata – Principio di ordine pubblico – Il superiore interesse del minore.

Key words: Maternity subrogation - Principle of public order – The best interest of the

child.

«DICTIONNAIRE DES BIENS COMMUNS. ENJEUX CONSTITUTIONNELS».

TABLE-RONDE, NAPLES, 29 NOVEMBRE 2018*.

di Guillaume Protière**

Résumé. 1. Un dictionnaire *critique* décrivant une notion transversale. – 2. Quelques perspectives constitutionnelles du Dictionnaire des biens communs. – 2.1. Les biens communs, définition et conséquences politiques. – 3 Les rapports État-bien communs, un impensé du Dictionnaire. – 4. Les biens communs comme remise en cause de l'assimilation État/population. – 5. Les biens communs, facteur d'évolution de la structure institutionnelle de la République.

54

1. Un dictionnaire *critique* décrivant une notion transversale.

L'ouvrage débute par une longue introduction qui présente la méthode et les objectifs du projet de ce dictionnaire. Les auteurs indiquent ainsi que le projet initial entendait retenir une approche critique¹³⁵ des communs même si cette dimension critique est atténuée au profit d'une volonté de discuter la notion des *biens communs*. La discussion apparaît alors le plus souvent positive, la critique concernant davantage le manque de prise en cause de la notion dans le droit positif que les conséquences de la notion. Ce parti-pris plutôt positif est justifié selon les auteurs car "[la notion de bien commun] autorise à penser le changement social sur la base d'un réinvestissement du collectif, des communautés, du partage et de l'usage" (p. VI¹³⁶). En ce sens, la notion est porteuse de renouveau et permet de "réinterpréter le rôle des États et de la propriété publique et privée" (p VIII); en d'autres termes, de réinterpréter la/le politique. Le point de vue adopté s'inscrit dans un ensemble d'écrits qui ont déjà proposé de refonder des théories juridiques à partir de la notion; l'entreprise leur donne toutefois une portée inédite en raison du nombre de contributeurs et

* *Sottoposto a referaggio*.

** Maître de conférences HDR en droit public – Université de Lyon 2-Lumière. Doyen de la faculté de droit Julie-Victoire Daubié. Mail: guillaume.protiere@univ-lyon2.fr.

¹³⁵ Les auteurs souhaitaient initialement intituler leur ouvrage *Dictionnaire critique des biens communs*, mais l'éditeur a refusé ce titre.

¹³⁶ Les pages indiquées seules renvoient à l'ouvrage.

de l'ambition du projet.

Ceci dit, le parti-pris plutôt favorable n'obère pas les nombreux points d'incertitudes soulevés par la notion. Les auteurs les détaillent ainsi en ce sens que le commun, le bien commun ou encore les biens communs sont des notions faussement claires qui ouvrent davantage d'interrogation qu'elles n'apportent de réponse. Sans exhaustivité, et à la suite des auteurs, deux grandes séries d'interrogations peuvent être évoquées; les biens communs interrogent (voire interpellent) à la fois les modes d'appropriation (public ou privé, exclusif ou souverain, etc.) et les modes de gestion des ressources ainsi que la combinaison entre le régime propriétaire et le régime de gestion. Autrement dit, les biens communs bousculent nos repères dans l'expression d'une action collective que l'État a longtemps monopolisé, si ce n'est épuisé. Or, l'émergence des communs met en question le rôle de l'État (quand ce n'est pas sa capacité) à prendre en charge les communs. En cela, la notion renvoie à une critique d'un certain ordre de pouvoir qu'elle prétend (aider à) dépasser; ce qui explique sans doute la dimension militante (mais jamais excessive) d'un nombre important de notices. Différents auteurs admettent ainsi que la promotion d'une telle notion n'est pas dénuée de conséquences ou d'arrière-plans idéologiques (ainsi qu'il l'a été dit et ainsi que l'illustre l'entrée *Naples* par exemple – p. 835). Néanmoins, il ne s'agit pas pour le dictionnaire de s'afficher *militant*, mais d'évoquer les enjeux juridiques, philosophiques, économiques, historiques de la notion. Ce à quoi il parvient sans aucun doute, notamment parce que la pluralité (p. IX) de la notion empêche d'en développer une vision unitaire propice aux errements dogmatiques.

Dernière remarque relative à la structure de l'ouvrage, le dictionnaire est principalement consacré à la France, même si une place très importante est réservée à l'Italie et, dans une mesure moindre, à l'Amérique du Sud. L'Italie apparaît comme un laboratoire à ciel ouvert de la question et les présentations des expériences italiennes, bien que parfois un peu répétitives, sont toujours très éclairantes sur ce qui se joue.

2. Quelques perspectives constitutionnelles du *Dictionnaire des biens communs*.

Sur le fond, il est évidemment impossible de résumer ou de présenter un ouvrage aussi dense en quelques lignes. Envisagé du droit public, il convient de revenir sur les implications de la définition de la notion de biens communs (1.) avant de relever que celle-ci est peu pensée en relation avec l'État (2.).

56

2.1. Les biens communs, définition et conséquences politiques.

Le *Dictionnaire des biens communs* a ceci d'intéressant qu'il ne retient pas une définition unique de la notion de *bien commun* mais met en évidence sa pluralité selon les perspectives et points de vue retenus. La définition la plus fréquente est celle adoptée par la commission Rodotà¹³⁷ selon laquelle les biens communs sont des "biens qui expriment une utilité fonctionnelle pour l'exercice des droits fondamentaux et le libre développement de la personne" (p. 301). On trouve une seconde définition (française cette fois) selon laquelle un bien commun est une "ressource en accès partagé gouvernée par des règles émanant de la communauté des usagers visant à en assurer l'intégrité et le renouvellement" (p. 106). Les auteurs constatent qu'au regard de cette seconde définition, il est impossible de qualifier juridiquement aucun bien de bien commun. Cela explique sans doute que les auteurs privilégient la définition italienne, incontestablement plus opératoire et plus intégrable dans la théorie de la République développée dans notre pays puisqu'elle retrouve la finalité émancipatrice au cœur du logiciel républicain sans paraître en bouleverser l'ingénierie.

Ces définitions sont complétées par des approches théoriques de la notion de *commun* ou encore de *public*. Il en ressort que les biens communs s'ancrent dans trois soubassements: la théorie générale de l'État, la théorie des biens et la théorie des droits fondamentaux.

La théorie de l'État sera abordée au point suivant (2.), les deux autres aspects peuvent être

¹³⁷ Du nom de la commission présidée par S. Rodotà, créée le 21 juin 2007 et qui a remis un rapport sur la question des biens communs en 2008. Voir D. Mone, *Commission Rodotà* (Italie), in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 196-199.

rapidement évoqués ici.

Au regard de la théorie des biens, il ressort du dictionnaire que l'émergence des biens communs met en cause la portée du droit de propriété. La théorie propriétaire classique en droit privé (le plein usage de son bien – même si la présentation de John Locke rappelle utilement que ce dernier ne fait pas du droit de propriété un droit absolu, seulement un droit naturel¹³⁸) et la théorie de la personne publique propriétaire sont relues à l'aune d'une notion qui transcende leur différenciation (le bien commun peut être public ou privé); s'il limite la propriété privée, il révèle une crise de légitimité et d'efficacité sans précédent de la propriété publique. En cela, la promotion des biens communs met à mal la fiction classique au cœur du constitutionnalisme libéral selon laquelle "l'État est la personnification juridique de la nation" (A. Esmein), ses intérêts épuisant (transitivement) les intérêts de la seconde. Cette fiction a été d'autant plus contestée que la pluralisation de la puissance publique (en raison du double mouvement de décentralisation et de construction européenne) a favorisé l'émergence d'une pluralité d'intérêts publics possiblement contradictoires et antagonistes. Les biens communs pourraient permettre l'émergence d'une nouvelle figure politique transversale permettant la régulation des différents intérêts. En cela, le commun apparaît comme un plus petit commun dénominateur à différents groupes dont les intérêts sont antagonistes; il se construit à l'inverse de l'intérêt général dont la finalité consiste à affirmer un plus grand commun dénominateur transcendant les intérêts antagonistes. En cela, les biens communs favorisent une plus forte autonomie sociale par rapport à la Puissance publique; marqués par une forme de radicalité, ils constituent le socle pour un renouvellement de l'appareil institutionnel.

Au regard de la théorie des droits fondamentaux, les biens communs apparaissent à la fois comme un vecteur, un ferment de revendications de nouveaux droits économiques, sociaux et culturels (DESC), ainsi que l'illustre le développement des biens communs environnementaux (eg. le droit à un air sain se fonde sur l'idée d'un bien commun *air*). Mais, les biens communs confèrent également une matérialité et une opérationnalité beaucoup plus grandes aux droits fondamentaux. La limitation de l'usage d'un bien au nom de son caractère commun et en raison de sa participation à l'accomplissement d'un DESC

¹³⁸ C. Miquieu, e J. Locke, *Second traité du gouvernement civil*, publié en 1690, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 761.

rend concrète la mise en œuvre du droit là où la revendication des DESC pouvait apparaître parfois un peu abstraite. L'autre apport de cette notion dans le cadre d'une théorie des droits fondamentaux, c'est qu'elle permet de repenser l'articulation entre l'individu et le groupe; là où la théorie des droits fondamentaux peut apparaître individualiste (substituant une relation bilatérale *Pouvoir-Individu* (dont les droits sont possiblement lésés) à une rapport collectif *Pouvoir-Peuple/syndicat/classe sociale...*), les biens communs réinsèrent ces droits individuels dans un collectif (le bien commun ne peut être une revendication individuelle ou catégorielle mais une revendication commune) confirmant que la liberté et les droits sont toujours relationnels (y compris, peut-être surtout, le droit de propriété). La notion permet ainsi de ré-enchâsser l'affirmation des droits fondamentaux dans un cadre institutionnel collectif non oppressif (contrairement à l'État) mais au service de l'émancipation des individus. Reste alors à insérer cette notion dans une théorie juridique de l'autorité, question malheureusement peu évoquée dans le cadre du *Dictionnaire commenté*.

3. Les rapports État-bien communs, un impensé du Dictionnaire.

Alors que la notion de biens communs paraît devoir s'intégrer à la théorie de l'État pour produire ses pleins effets politiques, le *Dictionnaire* aborde assez peu la question. De façon étonnante, le *Dictionnaire* ne consacre aucune entrée à l'État. Avec les entrées *Entreprise*, *gouvernance*, *démocratie participative*, *République*, etc., le dictionnaire paraît tourner autour de l'État sans jamais lui consacrer de développements directs. Or, le choix paraît regrettable car c'est bien une mise en cause de l'État en vue de sa refonte afin de refondre les conditions de sa légitimité qui est en jeu. Il est étonnant dès lors qu'aucune réflexion ne lui soit explicitement consacrée. Les biens communs questionnent en effet deux fictions au creuset de l'État moderne: *la fiction de l'assimilation entre État et population* (quelle que soit la forme qu'on lui donne – nous en resterons ici au constitutionnalisme libéral français) et *la fiction de l'assimilation entre État et République* (au creuset du modèle français – mais le dépassant largement, tout État incarnant une forme de *res publica*). Autant le dire nettement: les biens communs apparaissent davantage comme un remède à la crise de l'État que comme un facteur de sa mise en cause. L'ouvrage le montre à plusieurs reprises : le

contexte néolibéral de remise en cause de la puissance publique renforce *volens nolens* le terreau sur lequel s'enracine la revendication de la reconnaissance des biens communs. Cette revendication serait moins vive dans un contexte idéologique plus favorable à l'action publique. En ce sens, les réformes successives visant à rapprocher le fonctionnement de l'État de celui des entreprises, et la banalisation du premier qui en résulte, ont contribué à affaiblir les facteurs classiques de la légitimité de la puissance publique, rendant nécessaire leur refondation; or, les biens communs constituant un moyen de repenser l'organisation du collectif, leur intégration à cette refondation s'impose d'évidence.

Si l'on se concentre sur la remise en cause des deux fictions constitutives de notre système politique, l'ouvrage comporte plusieurs notices qui permettent de comprendre les apports de la notion de bien commun.

4. Les biens communs comme remise en cause de l'assimilation État/population.

L'entrée "Démocratie participative"¹³⁹ ouvre des pistes intéressantes pour préciser l'impact de la notion de bien commun sur le rapport État/population. L'assimilation entre État et population au sein du système constitutionnel repose sur la combinaison de la souveraineté et de la représentation. Les représentants n'exercent pas le pouvoir en leurs noms propres mais en vertu d'une habilitation du souverain. Les défauts de cette combinaison ont déjà été abondamment critiqués, au premier titre desquels le risque d'usurpation de la souveraineté par les représentants¹⁴⁰. Or, la notion de bien commun émerge en droit constitutionnel à l'interstice entre ces deux notions dont elle révèle la disjonction, laquelle met en cause la qualité de l'intérêt poursuivi par les représentants à coïncider avec l'intérêt auquel aspire la société. Le commun viendrait ainsi rétablir une coordination entre les deux notions. Aussi, l'affirmation des biens communs, outre une certaine rupture avec le modèle constitutionnel libéral classique, doit conduire à mettre en question le fonctionnement du système représentatif afin de donner un nouveau souffle (et une nouvelle réalité) à la

¹³⁹ A. Lucarelli, *Démocratie participative*, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 341.

¹⁴⁰ Par ex., pour une critique ancienne, R. Carré de Malberg, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *RDP*, 1931, pp. 225-244.

souveraineté populaire. Délaissant la conception organique classique, elle revêt alors une acception formelle et est entendue comme la capacité de la population, envisagée à ses différents niveaux de conscience d'elle-même, de s'exprimer pour gérer ses affaires communes¹⁴¹. Ce renouvellement conduirait alors à deux avancées.

Il impliquerait d'abord la fin de la suprématie des représentants sur la population, la représentation devant être évitée le plus possible afin de favoriser l'emprise de la population sur ses biens et son administration. Les biens communs apparaissent ainsi comme un facteur de remise en capacité de la population (au sens de la théorie de l'*empowerment*) – ce qui explique sans doute en partie pourquoi la notion prospère davantage au niveau territorial qu'étatique, le local pratiquant l'*empowerment* dans d'autres politiques publiques). Ceci dit, une telle évolution soulève davantage d'incertitudes institutionnelles qu'elle n'en résout, parmi lesquelles l'articulation administration-population, l'organisation de mécanismes de contrôle et l'institutionnalisation de l'ensemble ne sont pas les moindres. Là encore, la pratique locale est en avance sur la pratique de l'État et les collectivités y trouveront un terreau propice à leur autonomie cependant que l'État devra combler son retard et surmonter les difficultés liées à l'articulation des différents communs.

Il conduirait ensuite à substituer une approche ternaire (public, privé, commun) à l'opposition classique (public vs privé). Le nouveau triptyque opposerait (combinerait?) alors le *public* (compris comme l'ensemble des institutions publiques; les biens possédés sont qualifiés tels), le *privé* (compris comme l'ensemble des personnes privés et de leurs biens) et le *commun* (permettant de qualifier les biens possédés par la collectivité). S'il apparaît comme un bon moyen de préserver les intérêts de long terme de la population, ce triptyque questionne tout de même la survie des personnes publiques. Certes on peut sans trop de difficulté considérer une hiérarchie des intérêts collectifs: commun > public > privé, laquelle justifierait la préservation d'une sphère publique. Mais du point de vue historique, les personnes publiques ont été fondées pour gérer l'intérêt commun et le sortir du giron du privé et de ses modes de régulation (le marché). Le passage du commun à l'intérêt général s'opérant avec l'abandon de la monarchie et l'affirmation d'une république sécularisée. La structuration ternaire des intérêts questionne dès lors la survivance des

¹⁴¹ A. Lucarelli, *op. cit.*, p. 344.

personnes publiques telles que nous les connaissons (car les personnes publiques *old fashion* perdent leur raison d'être) et met en avant la nécessité de retracer des liens entre public et commun. Ainsi que l'écrit Alberto Lucarelli dans la notice *Démocratie participative*, "le passage du public au commun ne signifie pas réorganiser les espaces mais plutôt enlever au sujet public la suprématie autoritaire sur de tels espaces, afin de garantir par des modalités et des finalités plus démocratiques les droits fondamentaux des citoyens" (p. 345). Si l'on s'accorde avec l'objectif, la notion apparaît ici possiblement trop défiante de la puissance publique étatique au profit d'autres autorités (locales notamment) dont la capacité de résistance au marché globalisé est peut-être surestimée... Ces considérations confirment qu'une entrée sur l'État aurait été opportune, de même qu'elles conduisent à regretter que l'entrée consacrée à la ZAD soit trop rapide et, sociologique, n'aborde pas ces questions.

5. Les biens communs, facteur d'évolution de la structure institutionnelle de la République.

À défaut d'une notice consacrée à l'État, le *Dictionnaire* s'intéresse à la notion (voisine par certains aspects) de *République*. La notice qui lui est consacrée rappelle la double signification de la notion comme bien commun (en tant que société d'êtres humains libres et égaux) et comme mode de gouvernement de ce bien commun. La notion de bien commun conduit ainsi à mettre en exergue que l'actuelle manière de fonctionner de l'État n'en fait plus une république efficace en ce qu'elle ne paraît capable d'agir comme un mode de conciliation des différents intérêts exprimés dans le cadre de la procédure de décision. À ce titre, la valorisation d'une lecture financière du patrimoine public écarte toute idée de commun et de long terme au profit d'une lecture budgétaire de court terme¹⁴² (sans compter les différents aspects écologiques). Le fonctionnement entrepreneurial de l'État, en l'assimilant davantage à une société qu'à une communauté, l'éloigne de la République laissant la dimension commune aux autres personnes publiques ou à d'autres collectifs. Cela ouvre un chantier inédit depuis plusieurs siècles.

¹⁴² *L'État actionnaire: apports et limites de l'Agence des participations de l'État*, in *Cour des comptes, Rapport public annuel 2008*, Paris, La documentation française, 2008, pp. 3-62.

Si l'émergence des communs révèle l'évolution des communautés, elle fournit aussi une nouvelle assise à la république au sein de laquelle l'État, personne publique, peine à trouver sa place. La notice consacrée au *Commun* est sur ce point éclairante de l'apport et de ce qui reste en suspens. Loin des enjeux de droit de propriété, la notice développe une approche institutionnaliste permettant de lier la notion et la question de l'agencement du pouvoir¹⁴³. "Un commun [...] est d'abord et avant tout un espace institutionnel délimité par des règles pratiques élaborées collectivement" (p. 219); il est donc une République en action puisqu'il implique à la fois l'égalité d'accès au bien considéré et sa gestion collective. Plus encore, « *les communs ne peuvent être institués ou gouvernés que par la mise en œuvre du commun, c'est-à-dire de la démocratie* » (p. 220). Reste alors à déterminer la forme qu'on lui donne. Les expériences locales sont peu généralisables tandis que les droits constitutionnels sud-américains qui se sont emparés de la notion n'ont pas vraiment posé la question institutionnelle. Dépassant la seule République, cette interrogation rejoint les analyses précédentes sur l'évolution de l'agencement de l'État. Les biens communs impliquent de repenser le processus collectif de décision ainsi que les valeurs au fondement de la structure qui unifie le groupe. Sur ce point, une incertitude demeure dans l'articulation et la combinaison des communs, compris au sens institutionnel. Les idéologies présentées par l'ouvrage ne sont jamais véritablement parvenues à constituer des alternatives crédibles et efficaces au libéralisme. Une idéologie des communs, de même qu'une pratique, restent donc à inventer. L'ouvrage commenté ouvre des pistes nombreuses et variées. C'est une autre de ses grandes qualités.

Abstract: Published in 2017, the dictionary of the common goods is already a major work of the scientific French production and more generally of the Francophone one.

Directed by three specialists of private law and of economics, it reunites 193 contributors of different fields of interest: private law (civil law, intellectual property law, company law, information technology law etc...) public law (constitutional law, administrative law, administrative property law etc) economy, philosophy, history, geography, sociology...

It comprises more than 340 records written (The indexing is wider and covers about 450 items) for a total of 1240 pages.

¹⁴³ P. Dardor e C. Laval, *Commun*, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., pp. 217-220.

This work represents a unique scientific achievement in France (even beyond the title) which shows the importance of the issue for our scientific communities and, moreover, for the construction of contemporary communities.

With this size, statements and comments cannot be modest; the features which follow are fragmented and focus only on some aspects of the dictionary.

After having reminded how the dictionary works and the aims of the authors, a few considerations on constitutional law will be proposed.

Abstract: Paru en 2017, le *Dictionnaire des biens communs*¹⁴⁴ est d'ores et déjà un ouvrage majeur de la production scientifique française, et plus largement francophone. Dirigé par trois spécialistes de droit privé et d'économie, il réunit 193 contributeurs issus de champs disciplinaires variés : droit privé (droit civil, droit de la propriété intellectuelle, droit de l'entreprise, droit du numérique, etc.), droit public (théorie doctrinale, droit constitutionnel, droit administratif, droit administratif des biens, droit de l'action publique, etc.), économie, philosophie, histoire, géographie, sociologie... Il ne comprend pas moins de 340 notices rédigées (l'indexation est plus vaste et couvre autour de 450 entrées) pour 1240 pages. Cet ouvrage constitue ainsi une somme scientifique inédite en France (même au-delà du thème) ; ce qui montre l'importance de la thématique pour nos communautés scientifiques et, au-delà, pour la construction des sociétés contemporaines. Face à une telle ampleur, les propos et commentaires ne peuvent être que modestes ; les lignes qui suivent sont éparses et se focalisent sur certains aspects du *dictionnaire*. Après avoir rappelé la manière dont le *Dictionnaire* est construit et les finalités que les auteurs se donnent (1.), quelques commentaires de fond, en lien avec le droit constitutionnel, seront proposés (2.).

Mots clés: Dictionnaire – biens communs – État – droit public – théorie – Démocratie participative – structuration ternaire.

Key words: Dictionary – common goods – State – public law – theory – Representative Democracy – trilateral structure.

¹⁴⁴ Sous la direction de M. Cornu, F. Orsi e J. Rochfeld, *Dictionnaires Quadrige*, Paris, Presses universitaires de France, coll., 2017.

IL CASO ILVA, L'INTERESSE ECONOMICO NAZIONALE E LA SUA COMPATIBILITÀ CON LA DIGNITÀ DEI LAVORATORI E DEI CITTADINI NELLA SENTENZA N. 58/2018 DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

di Stefania Cavaliere*

Sommario. 1. Il caso Ilva. 2. La sentenza Corte cost. n. 58/2018. 3. Brevi riflessioni conclusive.

1. Il caso Ilva.

La vicenda giudiziaria che ha coinvolto l'Ilva di Taranto, recentemente acquisita dal gruppo Arcelor Mittal, rappresenta un caso emblematico dove vengono poste in evidenza molte questioni di rilevanza non solo giuridica ma anche sociale ed economica, le quali palesano quanto sia difficile affrontare e risolvere situazioni in cui si confrontano diritti fondamentali della persona come lavoro, ambiente, salute, dignità, vita e libertà di impresa. Il caso Ilva rappresenta la questione industriale italiana più complessa degli ultimi anni, in cui si intrecciano esigenze differenti spesso in contrasto tra loro che hanno messo in luce peculiari tematiche, le quali non hanno mancato di suscitare un ampio dibattito in dottrina¹⁴⁵.

La storia di questo famoso stabilimento affonda le proprie radici nel processo di industrializzazione dell'Italia del secolo scorso. Nel secondo dopoguerra, l'Iri e la Finsider, in attuazione del piano Marshall, riconvertirono la produzione dell'acciaio italiano secondo le nuove esigenze della popolazione e del mercato, per favorire la ricostruzione edilizia e

* *Dottore di ricerca in diritto pubblico e cultura dell'economia.*

¹⁴⁵ Tra gli altri, M. Massa, *Il diritto al disastro, appunti sul caso Ilva*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2013; A. Morelli, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *ib.*, 7 ss.; R. Bin, *L'Ilva e il soldato Baladin*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 1/2013, 5 ss.; L. G. Satè, "Caso Ilva": *la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)*", in www.forumcostituzionale.it, 16 maggio 2013, 3; G. Mastrodonato, *Il complesso rapporto tra salute, ambiente e impresa alla luce della giurisprudenza più recente*, in A. M. Nico (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 634 ss.

contribuire allo sviluppo dell'industria automobilistica. Nell'ambito di questo programma, perseguendo l'obiettivo di diminuire i costi di produzione e di modernizzare gli impianti, fu costruito, agli inizi degli anni '60, l'Italsider, l'industria siderurgica di Taranto, nata dalla fusione delle imprese Ilva e Cornigliano, con l'ambizione di diventare il più importante polo produttivo dell'acciaio in Europa.

Con la crisi di mercato del 1975, tuttavia, le aspettative economiche dello stabilimento subirono una brusca frenata che peggiorarono ancora di più negli anni '80, quando la dura contrazione della produttività e dell'occupazione decretò l'avvio della privatizzazione e la messa in liquidazione dello stabilimento siderurgico *de quo* e di molte aziende consorziate. Il Gruppo Riva da prima assunse il pacchetto di maggioranza dell'impresa e dopo poco diventò l'unico proprietario.

Negli anni 2000, poi, il diritto europeo, proteso verso lo "sviluppo sostenibile" e, soprattutto, la maggiore consapevolezza della cittadinanza riguardo i temi ambientali comportò la chiusura dello stabilimento di Genova e il sequestro di quello di Taranto per il mancato rispetto della disciplina sulla tutela dell'ambiente e l'elusione delle regole sulla sicurezza. Iniziò, così, la lunga e complessa vicenda giudiziaria tuttora in corso di svolgimento che ha coinvolto la magistratura italiana, la Corte Europea dei diritti umani e la Corte di giustizia europea. Quest'ultima, in particolare, nel 2011 accogliendo il ricorso per infrazione promosso dalla Commissione UE il 29 giugno 2010 ai sensi dell'art. 258 TFUE, condannò l'Italia¹⁴⁶ in quanto inadempiente rispetto alla Direttiva europea nota come IPPC¹⁴⁷.

Nel luglio 2012 la magistratura tarantina pose sotto sequestro conservativo gli impianti dell'area a caldo dell'Ilva, mentre la Commissione UE, nel 2013, inviò all'Italia un avviso di messa in mora, invitandola ad adeguarsi alla nuova normativa europea (la Direttiva 2010/75/UE sulle emissioni industriali ed i grandi impianti di combustioni, sostitutiva della Direttiva IPPC), notificandole anche un parere motivato¹⁴⁸.

Nel luglio 2015 iniziò il procedimento penale innanzi al Tribunale di Taranto, per la morte di un lavoratore causata da un'esplosione di materiale incandescente e, sempre nello stesso

¹⁴⁶ Causa C-50/10.

¹⁴⁷ Direttiva 96/61/CE, così come sostituita dalla Direttiva 2008/1/CE, nota con l'acronimo di IPPC.

¹⁴⁸ La Commissione UE con tale parere segnalò le seguenti infrazioni: 1) la mancata riduzione dei livelli di emissione generati dai processi di produzione dell'acciaio; 2) l'insufficiente monitoraggio del suolo e delle acque reflue; 3) la carente gestione dei sottoprodotti e dei rifiuti; 4) l'inosservanza delle condizioni stabilite per le AIA dalla Direttiva del 2010.

anno, innanzi alla Corte Europea dei diritti umani ha preso il via, con il sostegno di cittadini e lavoratori, un procedimento contro l'Ilva e l'Italia, accusati di “crimine contro l'umanità” che si è recentemente concluso con la sentenza di condanna per l'Italia ritenuta responsabile di non aver protetto la salute dei cittadini che vivono nelle aree toccate dalle emissioni tossiche effuse dall'impianto di Taranto¹⁴⁹. Il 15 maggio 2017 innanzi alla Corte d'Assise di Taranto cominciò il tutt'ora pendente processo per disastro ambientale, avvelenamento da sostanze chimiche ed associazione a delinquere, noto come “Ambiente svenduto”. Successivamente, fu anche avviata una causa dinanzi al TAR Lazio¹⁵⁰ per l'annullamento del decreto Presidente Consiglio dei Ministri del 29/09/2017 relativo alle misure per il risanamento ambientale, dopo che il TAR della Puglia aveva riconosciuto la competenza del Tribunale amministrativo romano in considerazione dei riflessi su tutto il territorio nazionale degli effetti di tale decreto.

Il Governo italiano, tuttavia, nonostante i continui richiami della Commissione europea, la condanna della Corte di Giustizia e la Corte dei diritti umani, nonché le risultanze di innumerevoli perizie che hanno confermato il forte inquinamento prodotto dal suo richiamato stabilimento e l'incidenza di quest'ultimo sull'aumentata mortalità e morbilità della popolazione residente nelle zone limitrofe all'acciaieria, ha sempre concesso all'impresa, considerata strategicamente importante per l'interesse nazionale, di continuare a produrre, predisponendo “ancore di salvataggio” con i cc. dd. decreti salva Ilva che hanno aggrovigliato ulteriormente il caso, il quale ormai ha assunto i contorni di una grossa “matassa” davvero difficile da dipanare¹⁵¹.

¹⁴⁹ La sentenza emanata il 24/01/2019 dalla Cedu mette in risalto la violazione, da parte del nostro Paese, dell'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'articolo 13 (diritto a un ricorso effettivo) sempre della su richiamata Convenzione. Secondo la Corte vi è «la persistenza di una situazione di inquinamento ambientale mette in pericolo la salute dei richiedenti e, più in generale, quella dell'intera popolazione che vive nelle aree a rischio». Nella sua decisione, la Cedu ribadisce che «le autorità nazionali non hanno adottato tutte le misure necessarie per garantire una protezione efficace del diritto dei richiedenti al rispetto della loro vita privata» ed inoltre che «le misure per assicurare la protezione della salute e dell'ambiente devono essere messe in atto il più rapidamente possibile».

¹⁵⁰ La causa dinanzi al TAR verte sulla legittimità del d.P.C.M. 29 settembre 2017 che, secondo i ricorrenti, Regione Puglia e Comune di Taranto, non contiene elementi idonei a porre rimedio al disastro ambientale provocato, né a creare prospettive accettabili di imminente ripresa delle attività.

¹⁵¹ Sulla vicenda Ilva, si rinvia alla lucida analisi in ordine al bilanciamento tra tutela della salute, protezione dell'ambiente, garanzia dei lavoratori e sviluppo economico di G. Bucci, *L'Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali*, in G. Luchena, V. Teotonico (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari, 2015, 83 ss.; ma, a tal proposito, sui problemi e dubbi di costituzionalità sollevati dai vari provvedimenti emanati, anche, E. Verdolini, *Il caso ILVA Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2017; D. Pamelin, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi Ilva e Texaco-Chevron*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2017; S.

2. La sentenza Corte cost. n. 58/2018.

La sentenza della Corte costituzionale n. 58/2018 rappresenta un passo importante della vicenda giudiziaria ed anche umana appena illustrata, permettendo di approfondire nodi problematici di una certa rilevanza e, soprattutto, di riflettere su alcuni aspetti della “questione” Ilva forse ancora non rimarcati in maniera adeguata.

Nella vicenda in oggetto, da un lato, vengono poste in primo piano le problematiche relative al tema ambientale e alla difesa della salute e dall’altro, viene in evidenza la questione occupazionale poiché la fabbrica dà lavoro a oltre 14 mila persone. Non è da trascurarsi, poi, l’incognita industriale, in quanto l’acciaio prodotto dall’azienda è di non secondaria importanza per l’economia italiana e si deve anche considerare che se gli stabilimenti dovessero chiudere, diverse imprese italiane sarebbero costrette a rifornirsi all’estero, acquistando acciaio a prezzi maggiorati con notevoli complicazioni per il sistema produttivo nazionale.

La sentenza di cui sopra esamina molteplici tematiche tra le quali il valore attribuito ai diritti umani e alla dignità umana, che sembrerebbe porsi come un vero e proprio elemento normativo non astratto, ma, al contrario, concepito in modo da poter essere determinato nella concretezza della situazione e nelle dinamiche reali (circostanza che anche la Corte di Cassazione ha più volte fatto notare¹⁵²) e il modo con cui essa si “confronta” con altri diritti costituzionalmente tutelati e con interessi pubblici e privati secondo quanto enunciato nel comma 2 dell’art. 41 della Costituzione.

La decisione in esame, inoltre, mostrando la difficoltà di commisurare fra loro interessi di rango costituzionale e di raggiungere un equilibrio tra esigenze di sicurezza del lavoratore, tutela della salute e sviluppo economico, richiama l’attenzione sull’attualità dei principi della Costituzione, soprattutto in considerazione del presente momento storico, dove lo sviluppo sostenibile e il rispetto per l’essere umano sembrano appannarsi davanti alle

Palmisano, *Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un’indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in *Quest. giust.*, n. 2/2014, 89 ss.; B. Deidda, A. Natale, *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Quest. giust.*, n. 2/2014, 71 ss., il quale argutamente evidenzia come in questa vicenda, «c’è quasi tutto il diritto costituzionale: le leggi generali e astratte vs le leggi provvedimento; il rispetto degli obblighi internazionali; il rispetto delle decisioni già assunte dall’autorità giudiziaria; la tutela della salute; la tutela dell’ambiente; la tutela dei livelli occupazionali; le tecniche decisorie della Consulta».

¹⁵² Per es. tra le altre, Corte di cass. Sez. unite, sentt. n. 18287/2018; n. 5885/2014; n. 7145/2008.

logiche del mercato e del profitto (diventati ormai imperativi della globalizzazione economica). Nel caso in oggetto i diritti umani e principalmente la dignità del lavoratore (quindi di ogni uomo), sono, d'altro canto, naturalmente destinati a camminare di pari passo, in qualità di limiti intrinseci alla libertà di iniziativa economica e alla sua organizzazione. Non a caso l'art. 41 della Costituzione, più volte richiamato dalla Corte a fondamento della sentenza *de qua*, sancisce la libertà dell'iniziativa economica privata, disponendo che quest'ultima non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana¹⁵³.

La sentenza n. 58/2018 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3 del decreto-legge 4 luglio 2015, n. 92¹⁵⁴ - ovvero uno dei decreti deliberati dal Governo per permettere allo stabilimento di continuare a funzionare pur se sequestrato - e degli artt. 1, comma 2, e 21-*octies* della legge 6 agosto 2015, n. 132¹⁵⁵, i quali, di fatto, avevano riproposto, dopo averla espressamente abrogata, la medesima norma contenuta nell'art. 3 del primo decreto¹⁵⁶.

Il Gip del Tribunale ordinario di Taranto, con ordinanza del 14 luglio 2015¹⁵⁷, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto su indicato perché necessitato a decidere (a causa dell'istanza della difesa di ILVA spa, depositata nella segreteria del Pubblico ministero del medesimo Tribunale e da questi trasmessa al suo ufficio) se dare attuazione al citato articolo in riferimento al sequestro preventivo dell'altoforno denominato "Afo2" (in uso presso lo stabilimento di Taranto della società), connesso al procedimento penale (per l'infortunio mortale di un operaio) a carico di alcuni dirigenti per supposta violazione dei reati di cui agli articoli 110 e 437, commi 1 e 2, del codice penale¹⁵⁸ e per supposta violazione dei reati di cui agli articoli 113 e 589 del codice

¹⁵³ Sull'art.41 Cost. e i suoi limiti, tra gli altri, R. Niro, *Art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006. vol. I, 862 ss., F. Cocozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2007, 257 ss., G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017, 88 ss.

¹⁵⁴ Recante "misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale".

¹⁵⁵ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria.

¹⁵⁶ La l. n. 132 del 2015 ha formalmente abrogato e simultaneamente salvaguardato la normativa contenuta nell'impugnato art. 3 del d.l. n. 92 del 2015. Secondo la Corte, la tecnica normativa utilizzata dal legislatore "reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelleggibilità dell'ordinamento, in conseguenza dell'uso tutto anomalo della legge di conversione". Così, Corte cost. sent. n. 58 del 2018, punti 2.1 e 2.2 del diritto.

¹⁵⁷ R. O. n. 67 del 2017.

¹⁵⁸ Per avere questi ultimi, in concorso, omesso di predisporre cautele volte a prevenire la proiezione di materiale incandescente e strumentazioni idonee a garantire l'incolumità dei lavoratori.

penale¹⁵⁹. Nel caso in esame, il rimettente aveva convalidato il decreto del pubblico ministero con cui si era disposto il sequestro preventivo d'urgenza, senza facoltà d'uso, dell'altoforno di cui sopra, ravvisando serie esigenze cautelari, mentre pochi giorni dopo, veniva emanato il d.l. n. 92/2015, il quale nell'art. 3, comma 1, prevedeva che «al fine di garantire il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva, di salvaguardia dell'occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia, l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro [...] quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori». I successivi commi dello stesso articolo, poi, aggiungevano che, per la rilevanza degli interessi in gioco, l'attività d'impresa non poteva protrarsi per un periodo di tempo superiore a 12 mesi dall'adozione del provvedimento di sequestro e che per la prosecuzione dell'attività degli stabilimenti, l'industria era tenuta a predisporre, nel termine di 30 giorni dall'adozione del medesimo provvedimento di sequestro, un piano recante misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, per la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, riferite all'impianto oggetto del sequestro. Il Gip, dovendo applicare tale decreto, valutando la rilevanza della questione e la non manifesta infondatezza, rilevava nell'ordinanza di remissione una presunta diversità tra il d.l. n. 92/2015 ed il precedente d.l. n. 207/2012 (che con sentenza della Corte costituzionale n. 85/2013 era stato salvato dalla declaratoria di illegittimità costituzionale) e chiedeva al Giudice delle leggi se «nell'ordinamento italiano sia consentito che un'azienda, d'interesse strategico nazionale, possa continuare a svolgere la propria attività, anche quando tale esercizio sia suscettibile di aggravare o protrarre le conseguenze di un reato, se non addirittura – come nella specifica ipotesi – costituisca esso stesso reato, e che ciò essa possa fare per un anno, soltanto limitandosi a predisporre e comunicare un piano di interventi ad alcuni enti pubblici»¹⁶⁰ ai quali non era dato nemmeno il potere di sindacarne contenuti ed attuazione¹⁶¹. Secondo il giudice di Taranto, attraverso l'art. 3 del decreto del 2015 sarebbero stati violati gli artt. 2, 3, 4 e 35, primo comma, 32, primo comma e l'art. 41,

¹⁵⁹ Per avere gli stessi dirigenti determinato la morte di un operaio mediante le omissioni di cui sopra.

¹⁶⁰ Ordinanza del 14 luglio 2015 del Gip di Taranto.

¹⁶¹ Per un commento sull'ordinanza di remissione del GIP di Taranto, F. Grassi, *Il caso Ilva: ancora un conflitto tra legislatore e giudici*, in *www.rqda.eu*, n. 2/2015, 147 e ss.

secondo comma della Costituzione, disposizioni, che, poi, la stessa Corte costituzionale ha posto a fondamento della sua dichiarazione di incostituzionalità del decreto.

Lasciando da parte i rilievi procedurali e sostanziali e la discutibile “tecnica di salvataggio” adottata dal legislatore nei confronti di una disposizione abrogata (in realtà solo formalmente) prima dello scadere del termine di conversione in legge del d.l. originario¹⁶² che ha di fatto assicurato una piena continuità delle norme contenute negli articoli oggetto del giudizio della Corte¹⁶³, nonché le questioni concernenti l’ingerenza del potere legislativo nelle prerogative di quello giudiziario¹⁶⁴, ci si soffermerà, in particolar modo, su quella parte della decisione relativa al rapporto tra lavoro, salute, diritti costituzionali inviolabili e il loro legame con la dignità umana, fondamento e limite di tutte le libertà previste dalla Costituzione.

Si cercherà di mettere in risalto alcuni passaggi particolarmente significativi della sentenza in oggetto nei quali si evince come la Corte ha risolto la (supposta) contrapposizione tra i diversi interessi costituzionali, approfondendo nello specifico il rapporto esistente tra l’esercizio dell’attività economica, le esigenze della produzione, la dignità dei lavoratori e dei cittadini e gli altri diritti fondamentali della persona umana.

Per ben comprendere il contenuto della sentenza n. 58/2018, tuttavia, occorre richiamare brevemente le argomentazioni esposte dalla Corte costituzionale nella sua precedente decisione del 2013.

¹⁶² La l. n. 132 del 2015, con una clausola di salvezza (art. 21-*octies*), ha reintrodotta l’abrogata previsione contenuta nell’art. 3 del d.l. n. 92 del 2015 nella sua letterale identità ed ha così permesso, a tale articolo seppur abrogato, di continuare ininterrottamente a esplicare effetti nell’ordinamento assicurando una copertura legislativa al protrarsi dell’attività d’impresa nello stabilimento Ilva di Taranto, compresa quella dell’altoforno, nonostante l’intervenuto sequestro.

¹⁶³ La Corte costituzionale ha infatti dichiarato non fondata l’eccezione di inammissibilità prospettata dall’Avvocatura generale dello Stato per sopravvenuta carenza di interesse, dato che la norma oggetto del presente giudizio è rimasta nell’ordinamento senza variazioni di contenuto e senza soluzione di continuità, pur sotto la specie di diversi precetti legislativi concatenati fra loro.

¹⁶⁴ Le questioni sull’ingerenza del potere legislativo nei confronti del potere giudiziario sono già state ampiamente esaminate in seguito all’emanazione del d.l. del 2012 (anche quest’ultimo emanato per permettere all’Ilva di continuare a produrre nonostante un sequestro giudiziario), simile, ma effettivamente, profondamente diverso rispetto a quello impugnato nel giudizio in esame, così come ha affermato anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 58/2018. Il Giudice costituzionale, infatti, al punto 2.2 del cons. in dir. ha rilevato che il decreto 207/2013 non è affetto da illegittimità costituzionale in quanto, la continuazione dell’attività produttiva dell’azienda sottoposta a sequestro, risulta lecita a condizione che vengano osservate le regole che limitano, circoscrivono e indirizzano la prosecuzione dell’attività stessa secondo un percorso di risanamento – delineato in quel caso da un’autorizzazione integrata ambientale – ispirato al bilanciamento tra tutti i beni e i diritti costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute, il diritto all’ambiente salubre e il diritto al lavoro.

La Consulta, infatti, aveva già affrontato problematiche molto simili a quelle richiamate nella sentenza *de qua* con la decisione n. 85/2013¹⁶⁵, fornendo, tuttavia, un'interpretazione piuttosto discutibile sul tipo di bilanciamento da operare nel caso si fossero trovate a concorrere esigenze economico-produttive e diritti costituzionalmente garantiti. In quell'occasione, il Giudice costituzionale aveva dichiarato che non può considerarsi precluso l'intervento del legislatore quando quest'ultimo intende salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e garantire i correlati livelli di occupazione, anche se ciò è ammissibile solamente se è possibile realizzare un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco¹⁶⁶. Secondo la sentenza del 2013, se sono in conflitto due diritti, si deve comunque impedire «l'illimitata espansione» di uno di essi, che altrimenti «diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette¹⁶⁷, costituenti, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»¹⁶⁸. La sentenza avente ad oggetto il decreto del 2012, però, affermando che i diritti fondamentali sono suscettibili di essere bilanciati con altri valori solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela, aveva generato non poche perplessità sulla reale portata ed effettività

¹⁶⁵ Sulla sentenza Corte cost. n. 85/2013, relativa al giudizio di costituzionalità riguardante il d.l. n. 207/2012, tra gli altri, V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2013; E. Vivaldi, *Il caso Ilva: "la tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in www.federalismi.it, n. 15/2013; M. Massa, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso Ilva*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/13; G. Arconzo, *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Riv. trim. pen. cont.*, 28 ss.; A. Sperti, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto Ilva. Ancora in margine al d.l. n. 207/2012*, in *ib.*, 12 ss.; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.

¹⁶⁶ Nel caso preso in considerazione dalla sentenza del 2013 la Corte ha ravvisato che la prosecuzione dell'attività d'impresa era lecita poiché era condizionata all'osservanza di specifici limiti, disposti in provvedimenti amministrativi relativi all'autorizzazione integrata ambientale e assistita dalla garanzia di una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria. Per V. M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e compressione dei diritti*, in www.federalismi.it, 2014, 29, la Consulta, attraverso tale sentenza, "ha cercato di districare il nodo che a Taranto aveva creato un corto circuito dagli effetti drammatici sulla prospettiva occupazionale di migliaia di persone nonché, in termini generali, su quelle di un importante settore dell'industria nazionale. Se questo però sia stato in grado di risolvere definitivamente il problema del corretto bilanciamento di tutti i valori interessati, nonché quello della scarsa efficacia delle politiche pubbliche in Italia, al momento non appare ancora chiaro". G. Amendola, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Quest. Giust.*, 10 aprile 2018, 4, a tal proposito, fa notare che di fatto la Corte, con la sentenza n. 85/2013, aveva finito con il privilegiare l'attività di impresa, sacrificando il diritto alla salute e all'ambiente in forza della stessa dignità umana.

¹⁶⁷ La Corte costituzionale, peraltro, in altre sentenze (sentt. n. 63/2016 e n. 264/2012) ha avuto modo di evidenziare che non vi può essere la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in quanto deve essere sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati.

¹⁶⁸ Corte cost., sent. n. 85/2013, punto 9 del cons. in dir.

di tali diritti, nei quali, d'altra parte, si traduce la dignità di tutti e di ciascuno¹⁶⁹. Da quanto si evince in alcuni punti della decisione del 2013, peraltro, i diritti che la Corte dichiara inviolabili non appaiono esserlo nella sostanza perché, in qualche modo, sembrerebbero suscettibili di essere negoziati, con la conseguenza di essere soggetti a un grado di protezione mutevole che mal si aggrada con la qualifica stessa di inviolabile¹⁷⁰. Oltre a questa osservazione critica, numerosi rilievi sono stati mossi al bilanciamento operato in tale sentenza. L'eventualità di un conflitto tra interesse economico, diritto alla vita, dignità e salute del lavoratore, per esempio, dovrebbe, a rigore di logica, trovare una soluzione non difficile. In tal caso, si pongono, infatti, in contraddittorio un diritto assoluto (integrità psico-fisica inserita nel più ampio contesto di tutela della persona umana delineata anche dagli artt. 2 e 3 Cost), e un altro diritto (quello dell'imprenditore a svolgere la sua attività) che presenta in sé limiti¹⁷¹ fondati proprio sul presupposto del primo e per ciò stesso destinato a cedere il passo (ma in tale decisione così non sembra essere). Ciò anche in considerazione della circostanza che la libertà economica, al contrario di molte altre libertà tutelate dalla Costituzione, non è qualificata come inviolabile, ma presuppone vincoli assai più rigidi e penetranti di quelli previsti per le altre libertà civili.

E' stato rilevato, poi, come attraverso tale provvedimento si è reso evidente il rischio che nel nostro ordinamento si stia pian piano legittimando il fenomeno della c. d. «competitività del sistema-paese», cui si assiste a livello globale e di cui il caso Ilva, forse, rappresenta il fenomeno più evidente¹⁷². Non solo, le argomentazioni elaborate dalla Corte nella decisione appena menzionata sembravano, per alcuni versi, avallare una sorta di “neo-

¹⁶⁹ Quest'ultima espressione è utilizzata da G.M. Flick, *Dolore versus dignità*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2018, 2.

¹⁷⁰ In tal senso, S. Frega, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in www.consultaonline.it, 23 luglio 2018, 472, il quale sostiene che, rendendo mutevole il grado di protezione dei diritti in gioco, si snatura ulteriormente la loro “fondamentalità”.

¹⁷¹ I limiti enunciati nell'art. 41 Cost. non sono rivolti solo all'iniziativa economica, ma anche allo svolgimento dell'attività. La questione, tuttavia, non è del tutto scontata; sul tema, G. Morbidelli, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, 5; A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, 1597; R. Niro, *Art. 41*, cit., 852, ma anche, M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 177 ss. che rileva come, sebbene il primo comma dell'art. 41 faccia riferimento all'iniziativa economica privata, oggetto dei tre comma del testo costituzionale è chiaramente il diritto di impresa. G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia*, cit., 90 ss. evidenzia a tal proposito, «un'intima connessione logico-giuridica tra “iniziativa economica” e “attività economica”» dove la prima è il «prodromo» della seconda.

¹⁷² V. M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, cit., 27.

costituzionalismo principialista¹⁷³, che aprirebbe il fianco a molti dubbi per le conseguenze cui può portare se applicato in maniera rigida e radicale. Quest'ultimo, in realtà, presupponendo che l'interpretazione per principi sia legata alla teoria per cui ognuno di essi, per poter coesistere con gli altri, deve entrare necessariamente in un giudizio di bilanciamento, se utilizzato in maniera non equilibrata e non razionale, potrebbe fare sorgere un concreto pericolo che possa essere indebolita la portata garantista della Costituzione e addirittura che possa integrarsi un vero e proprio effetto decostituente¹⁷⁴, qualora si attribuisca un grado di forza diversa a diritti e interessi ritenuti dalla Carta tutti ugualmente fondamentali.

Nella sentenza n. 85/2013, sebbene la Corte avesse comunque riconosciuto come «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»¹⁷⁵ e rimarcato la qualificazione di «primari» relativamente ai valori dell'ambiente e della salute, ribadendo che «gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati», alla fine, giunge ad un equivoco bilanciamento nato da un compromesso e un'interpretazione riduttiva dell'art. 41 della Costituzione. Il Giudice delle leggi, infatti, in quell'occasione non sembrava aver tenuto in debita considerazione che la suddetta disposizione, riferendosi alla libertà di impresa, nell'indicarne i limiti nella sicurezza, nella libertà e nella dignità umana, non fa riferimento ad alcun contemperamento di interessi, propendendo per la prevalenza della sicurezza, della libertà e della dignità umana sulle esigenze economiche e produttive.

Di segno completamente opposto sembra essere la sentenza n. 58/2018, dove la Corte, in un certo qual modo, “aggiusta il tiro” rispetto alla sentenza del 2013¹⁷⁶ e tratta la questione in modo diverso e forse più coerente, privilegiando, nella motivazione non tanto bilanciamenti e compromessi, quanto la fondamentale importanza dei diritti della persona. La Consulta, in realtà, in questa circostanza, sottolinea come il diritto alla salute (e quindi la sicurezza, la libertà e la dignità, presupposti di tale diritto) non può soggiacere, se non a

¹⁷³ Per un approfondimento su tale tema, G. Bongiovanni, *Teorie costituzionalistiche del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, 2000, ma anche, R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

¹⁷⁴ Sul punto, L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 112 ss. ove si distingue tra i diritti fondamentali, come regole oggetto di applicazione e come principi oggetto di argomentazione.

¹⁷⁵ Corte costituzionale sent. n. 85 del 2013 Punto 9 del cons. in dir.

¹⁷⁶ Per S. Frega, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale*, cit., 471, la Corte attraverso la sentenza n. 58/2018 ha voluto chiarire i dubbi suscitati con la sentenza del 2013.

prezzo di qualche forzatura del dettato costituzionale, a bilanciamenti con altri interessi pur costituzionalmente rilevanti, anche perché il diritto alla salute è l'unico che è definito fondamentale dalla nostra Costituzione.

La Corte ha rilevato come il legislatore, attraverso il decreto impugnato e successivamente attraverso la legge che ne ha recepito le norme, non abbia soppesato in maniera ragionevole e proporzionata tutti gli interessi costituzionali in gioco (condizione, invece, secondo il Giudice delle leggi, rispettata nel decreto oggetto del giudizio del 2013¹⁷⁷), lasciando intendere che la salute (la quale può essere pienamente colta solo se compresa nel più ampio contesto della tutela della persona umana delineata principalmente dagli artt. 2 e 3 Cost. e quindi in connessione con la vita e la dignità dell'uomo¹⁷⁸) non si può misurare con lo stesso metro usato per valutare le pur importanti esigenze della produzione. Lo stesso ragionamento si può dedurre anche dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea fornite dal *Praesidium*, nelle quali si rileva che la dignità umana, da cui derivano tutti gli altri diritti fondamentali dell'uomo, non può porsi in bilanciamento con nessuno degli altri diritti¹⁷⁹. A maggior ragione, quindi, il diritto alla salute non può, attraverso un bilanciamento, essere, per così dire, «trascurato (neppure) moderatamente» come scrisse diversi anni or sono la Cassazione a Sezioni unite in una sua nota sentenza¹⁸⁰. La suprema Corte, invero, in tale decisione, evidenziò come «il bene della salute... è assicurato all'uomo come uno ed anzi il primo dei diritti fondamentali anche nei confronti dell'Autorità pubblica, cui è negato il potere di disporre di esso... Nessun organo della collettività e del resto neppure l'intera collettività generale con unanimità di voti

¹⁷⁷ La Corte, nel 2013, ritenne lecita la continuazione dell'attività produttiva dell'azienda sottoposta a sequestro stabilita dal decreto sottoposto al suo giudizio perché quest'ultimo prevedeva come condizione per continuare a produrre che venissero osservate le prescrizioni dell'A.I.A. recanti regole che limitano, circoscrivono ed indirizzano la prosecuzione dell'attività stessa e che, di fatto, per la Consulta realizzano il menzionato bilanciamento ragionevole e proporzionato di tutti gli interessi costituzionali in gioco.

¹⁷⁸ In tal senso, C. D'arrigo, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 2001, 1009 ss; A. Simoncini, E. Longo, *sub art. 32*, in D. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 655 ss.

¹⁷⁹ Le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali in merito all'art. 1, così recitano «...ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Essa non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto». A favore dell'interpretazione di cui sopra, G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010, contra, F. Sacco, *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"*, in S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 596.

¹⁸⁰ Sent. Corte di cassazione n. 5172 del 6 ottobre 1979, c.d. "Corasaniti".

potrebbe validamente disporre per qualsiasi motivo di pubblico interesse della vita o della salute di un uomo o di un gruppo minore».

In effetti, non si può non considerare che operando un ragionamento diverso da quello prospettato dalla Consulta nella sentenza n. 58/2018, si potrebbe addirittura arrivare “all’assurdo giuridico e logico” di operare una comparazione fra il numero di decessi accettabili ed il numero di posti di lavoro assicurabili¹⁸¹. Bene ha fatto, quindi, la Corte nel caso in esame ad evidenziare che, essendoci una situazione di manifesto rischio per la vita dei lavoratori, il legislatore, attraverso il decreto impugnato, non ha considerato, come avrebbe dovuto, le fondamentali esigenze di questi ultimi e, soprattutto, non ha evitato il sacrificio dei diritti fondamentali, in modo da garantire «una tutela unitaria, sistematica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati»¹⁸². Nelle norme sottoposte al suo giudizio, a parere del Giudice costituzionale, in realtà, manca del tutto la richiesta di misure immediate e tempestive idonee a rimuovere prontamente situazioni di pericolo per i lavoratori. Tale circostanza, per di più, risulta aggravata anche dal fatto che gli impianti sottoposti a sequestro preventivo, secondo la disposizione censurata, erano stati comunque legittimati a continuare a operare senza modifiche in attesa della predisposizione di un piano di risanamento (da adottare senza un termine specifico) il quale, secondo la norma oggetto del giudizio, doveva contenere misure provvisorie e non definite (quindi molto approssimative) completamente rimesse all’impresa e senza il coinvolgimento di nessun’altra partecipazione pubblica o privata¹⁸³, mancando, anche, come se non bastasse, ogni riferimento a disposizioni di legge in materia di sicurezza sul lavoro o ad altri modelli organizzativi e di prevenzione. Ciò, ovviamente, creava la (pericolosa) conseguenza di lasciare sfornito l’ordinamento di una qualsiasi concreta ed effettiva possibilità di reazione in caso di eventuali violazioni che si dovessero perpetrare durante la prosecuzione dell’attività¹⁸⁴. Solo il comma 2 dell’art. 3 del d.l. n. 92/2015 indicava un unico limite temporale, stabilendo la protrazione dell’attività di impresa per non più di dodici mesi dall’adozione del provvedimento di sequestro. Tale periodo di tempo, tuttavia, anche *ictu*

¹⁸¹ Così come ha fatto notare il Gip del Tribunale di Taranto nel decreto di sequestro preventivo 25 luglio 2012, n. 5488/10.

¹⁸² Corte cost., sent. n. 58 del 2018, punto 3.1 del cons. in dir.

¹⁸³ La Corte costituzionale censura il fatto che tale disciplina abbia del tutto estromesso qualsiasi autorità pubblica dalla predisposizione del piano di risanamento dell’impresa, a tal proposito, punto 3.2 del cons. in dir. della sentenza in oggetto.

¹⁸⁴ Corte cost., sent. n. 58/2018, punto 3.2 del cons. in dir.

oculi, non sembrava garantire i lavoratori dai seri pericoli cui potevano essere sottoposti nelle more¹⁸⁵. E' ovvio, difatti, che quando c'è in primo piano la salute (i diritti umani e la vita) e quando è certo che ogni giorno un'attività industriale porta gravissimi danni ai lavoratori, ai cittadini ed all'ambiente, non ci può essere, alcun "bilanciamento" fondato sulla speranza che, non oggi, ma un domani più o meno prossimo, la lesione degli interessi fondamentali della persona umana possa eventualmente cessare. Secondo la Corte, perciò, il decreto n. 92/2015 mostra una eccessiva predilezione del legislatore (non conforme con lo spirito della nostra Costituzione) per l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva e, al contrario, rileva uno scarso interesse per le esigenze di diritti inviolabili (in particolare degli artt. 32 e 2 Cost.), nonché per il connesso diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)¹⁸⁶ constatandosi di conseguenza, una grave indifferenza del decisore politico nei confronti della dignità umana¹⁸⁷, al contrario di quanto i Costituenti ebbero cura di confermare nel rimarcare il principio personalista con tutte le sue conseguenze. Analogamente, non si può dimenticare, a tal proposito, l'art. 35 della Costituzione, dove si sancisce che «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» e la previsione espressa nella Carta di una serie di diritti, per così dire, accessori e funzionali a garantire al cittadino lavoratore «un'esistenza libera e dignitosa», ovvero l'equa retribuzione, la formazione ed elevazione professionale, la durata massima della giornata lavorativa, il riposo settimanale, le ferie retribuite e l'assistenza previdenziale (artt. 35 – 38 della Costituzione).

La Corte, pertanto, ha censurato una norma che era stata emanata per autorizzare la continuazione di un lavoro che, in fin dei conti, ha grosse probabilità di causare importanti malattie se non addirittura la morte. Ammettendo, invece, la legittimità di un atto con forza di legge che consente un'attività di impresa, certamente importante dal punto di vista economico, ma che, nello stesso tempo, provoca seri danni alla salute e addirittura il decesso dei lavoratori, il Giudice delle leggi, contraddittoriamente, si sarebbe reso complice di un vero e proprio paradosso. Il lavoro alle condizioni del decreto su richiamato

¹⁸⁵ Occorre sottolineare che l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di prevenire un aumento anche temporaneo dell'inquinamento è stato ribadito più volte dalla giurisprudenza, per es. sent., Cass. Sez. Un., 31 gennaio 2002; Cons. St., Sez. IV, 7 maggio 2002, n. 2441.

¹⁸⁶ Punto 3.3 del cons. in dir.

¹⁸⁷ Così, Corte cost., sent. n. 85/2013.

invece di rendere il lavoratore libero e indipendente secondo il principio lavorista¹⁸⁸ e secondo quello che è stato chiamato il «carattere dignitario del lavoro» della Costituzione italiana¹⁸⁹, si sarebbe posto, al contrario, come causa di infermità e di negazione della vita. Se è vero che lavoro e salute sono fattori entrambi concorrenti alla crescita del Paese, è anche vero, che un elevato tasso di infortuni e di malattie non può che pesare in maniera negativa sul bilancio nazionale¹⁹⁰ e, quindi, in fin dei conti, integrare un elemento del tutto contrario proprio a quell'interesse nazionale che il legislatore ha voluto tutelare con i decreti «salva Ilva»¹⁹¹.

Così, la il Giudice costituzionale non ha potuto far altro che dichiarare fondata la questione sollevata con riferimento al decreto del 2015, (ma anche relativamente agli artt. 1, co. 2, e 21-*octies* della l. n. 132 del 2015 che avevano riproposto le norme di tale atto avente forza di legge, reputando che quest'ultimo continui a vivere nell'ordinamento in forza di una inscindibile combinazione di disposizioni strettamente interconnesse tra loro), il quale, sacrificando i valori fondamentali fortemente voluti e tutelati dai Costituenti, effettivamente, non ha rispettato i limiti prescritti dalla nostra Carta per l'attività d'impresa/iniziativa economica, (art. 41 Cost.). Per la Costituzione, invero, «l'efficienza economica non è, in sé, un valore e la disciplina relativa all'economia che la nostra Fonte di vertice vuole sia dettata dal legislatore ordinario, non può essere ispirata solo dall'intento di perseguire scopi immediatamente economici (aumento della produzione, equilibrio finanziario, ecc.), ma deve essere, invece, guidata dalla necessità di attivare e favorire il processo di trasformazione sociale le cui grandi linee sono tracciate dall'art. 3, comma 2 della Costituzione»¹⁹² e dove al centro vi è la persona umana.

¹⁸⁸ «La Costituzione non concepisce il lavoro come un semplice fattore produttivo e come uno strumento per l'ottenimento di un reddito capace di garantire benessere o – almeno – sopravvivenza, ma vi legge un fattore indispensabile di crescita morale e di realizzazione personale», come afferma, M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, in www.costituzionalismo.it, n. 2, 2008, 7.

¹⁸⁹ L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Milano, 2012, 65 e sul concetto, in generale, G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013.

¹⁹⁰ M. Oggiano, *Diritto alla salute e diritto al lavoro: la Corte Costituzionale bacchetta il legislatore*, in *Ambiente & Sicurezza sul Lavoro*, n. 5/2018, 24 ss.

¹⁹¹ Con il primo d.l., il n. 207 del 2012, infatti l'Ilva è stata dichiarata «stabilimento di interesse strategico nazionale» e l'«interesse nazionale» è esplicitamente richiamato in tale atto ed anche nei successivi decreti nn. 1 e 92 del 2015; per un'analisi del primo provvedimento, tra gli altri, A. Marchetti, *Il «decreto ILVA»: profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, in www.federalismi.it, n. 15, 2013; G. Arconzo, *Note critiche sul «decreto-legge ad Ilvam», tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Dir. Pen. Contemp.*, n. 1, 2013.

¹⁹² Così, M. Luciani, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, 378.

La sentenza qui esaminata, peraltro, si colloca sulla scia di altri pronunciamenti del Giudice delle leggi, i quali hanno sempre confermato come i limiti posti dall'art. 41 della Costituzione intendono assicurare la "sicurezza" del lavoratore in modo che non venga mai minacciata da qualsiasi tipo di iniziativa economica privata¹⁹³ e, anzi, impongono all'imprenditore di adottare le misure più idonee per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei suoi dipendenti¹⁹⁴.

3. Brevi riflessioni conclusive.

La decisione della Corte appena commentata ha permesso di comprendere come una legge non possa essere ritenuta coerente con il nostro ordinamento quando avalla un sistema economico teso esclusivamente all'efficienza, alla competitività e ad un profitto inteso egoisticamente. Qualsiasi attività di impresa, anche quella più rilevante per l'economia nazionale, non può collocare in secondo piano la dignità perché essa è il fondamento stesso di tutti gli altri diritti e libertà¹⁹⁵. La Consulta, così, quale custode dei principi fondanti del nostro ordinamento, ha "rimesso sulla strada maestra" gli organi espressivi della sovranità popolare che sembravano aver perso la "bussola", seppur ispirati dall'intento di salvare uno dei più importanti stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale e di garantire i correlati livelli di occupazione, utilizzando come punto di riferimento proprio la dignità dei lavoratori e dei cittadini, ovvero, il presupposto e nello stesso tempo il limite delle libertà costituzionali come è sottinteso nell'art. 2 della Costituzione¹⁹⁶.

La sentenza del 2018, inoltre, ha il pregio di aver anche fornito preziose indicazioni al legislatore sulla politica economica nazionale, evidenziando come essa si possa realizzare nel rispetto dei principi della Costituzione e sviluppare in maniera sostenibile, solo se si orienta l'attività d'impresa al rispetto dei valori della persona umana, ovvero al rispetto di quei limiti che, ex art. 41 della Costituzione, rappresentano un baluardo contro le violazioni degli interessi costituzionalmente protetti. Solo la prevenzione (da parte dell'imprenditore,

¹⁹³ Corte cost., sent. n. 405/1999.

¹⁹⁴ Corte cost., sent. n. 399/1996.

¹⁹⁵ In tal senso, A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2013, 3 ss., il quale afferma che la dignità è «la stella polare», indicando «il fine e il confine, allo stesso tempo, dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili di solidarietà di ciascun essere umano verso gli altri».

¹⁹⁶ A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. del Dir.*, VIII, Milano, 2008, 72.

ma anche da parte dello Stato) delle cause di pericolo per l'incolumità e la vita dei lavoratori, infatti, permette di assicurare che l'attività produttiva si svolga secondo lo spirito che permea tutta la Costituzione. Non è, ovviamente, pensabile, anche se ciò può nuocere ad un settore economico considerato d'importanza determinante per lo Stato, che tutto, lavoratori compresi, possa essere contabilizzato, numerato e messo a bilancio come voce attiva o passiva perché la persona umana e quindi i lavoratori non sono e non potranno mai diventare una merce e un fattore produttivo a meno di non stravolgere l'idea stessa di economia cui tende la nostra Carta. Quest'ultima, invero, ha espressamente unito la dignità con il lavoro e l'attività di impresa proprio per evitare che l'uomo si riduca ad un oggetto compatibile unicamente con le esigenze della produzione¹⁹⁷.

La Corte, attraverso la decisione in commento, sembra abbia rivolto un monito di portata generale dinnanzi ai rischi connessi alla seppur indispensabile salvaguardia dell'occupazione e allo sviluppo dell'attività produttiva del Paese, evidenziando quanto sia irrinunciabile per la collettività il principio della "cultura della prevenzione dei rischi lavorativi", il cui presupposto è da rintracciarsi, ancora una volta, nella "cultura della dignità" della persona, fondamento ideologico imprescindibile dello sviluppo sociale e civile di uno Stato¹⁹⁸. A tal proposito, non si può dimenticare, come è stato fatto autorevolmente notare, che "produrre ricchezza nazionale significa aggiungere valori disponibili per la comunità politica nazionale" giacché, nella prospettiva costituzionale, l'efficienza economica non potrà mai essere considerata uno scopo, in quanto essa integra, invece, un mezzo diretto al soddisfacimento dei bisogni umani e allo sviluppo della personalità del singolo¹⁹⁹ in piena attuazione, peraltro, del principio dell'utilità sociale.

Abstract: L'articolo commenta la sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale, relativa al caso Ilva di Taranto, mettendo in evidenza quanto sia difficile trovare un'armonizzazione tra libertà di impresa, interesse economico nazionale e salute e dignità dei lavoratori e dei cittadini.

¹⁹⁷ P. Costa, *La protezione del cittadino, La protezione del cittadino da se stesso: questioni sottese alla dimensione "paternalistica" dell'intervento statale*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 203 ss.

¹⁹⁸ A tal proposito, un giudizio molto severo è dato da F. Mantovani, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 1621, sui «crimini contro l'ambiente e la salute» che definisce la conseguenza della «megalomania» e della «aggressività necrofila» che permea le politiche produttive nella modernità.

¹⁹⁹ In tal senso, M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, cit., n. 2, 2008, 3 ss.

Abstract (English): The paper talks about the sentence n. 58/2018 of the constitutional Court, related to the Ilva case in Taranto, highlighting how much is difficult to find a harmonization among freedom of enterprise, national economic interest and health and dignity of the workers and of the citizens.

Parole chiave: Caso Ilva, libertà di impresa, interesse economico nazionale, dignità umana

Key words: Ilva Case, freedom of enterprise, national economic interest, human dignity

GENDER EQUALITY IN THE REPRESENTATIVE POWER OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN RUSSIA*.

di Nadezhda Vyacheslavovna Chub **

81

Effective solution of actual problems in the socio-economic, political, cultural spheres depends on the direct activity of the authorities, which are designed to regulate and protect modern social relations. To this end, in the central and local authorities a balanced application of the intellectual and professional potential of the staff of both the male and the female half of the population is required, based on equal rights in filling positions and exercising powers.

Ensuring gender correlation and equality in the system of public authorities of local (municipal) self-government represents the actual topic of the study due to the maximum “proximity” of this level of government to the population and the diversity of its activities: protection of life and health, school and pre-school education, budget, taxation, property management, housing and communal services, transport, consumer services, landscaping, etc. The complexity and daily importance of these issues contribute to the development of the interest of representatives of both female and male parts of the municipal community in their effective solution. As indicated by M.A. Kashina, representatives of both sexes should be able to benefit from the results of socio-economic development equally, and the state should act as a guarantor of these opportunities²⁰⁰.

The European Charter of Local Self-Government of 1985, ratified by the Russian Federation, does not contain specific provisions on the equality of women and men with participation in local authorities, regarding issues of the status of elected officials as the jurisdiction of national law. The Constitution of the Russian Federation in part 3 of Article

* *Sottoposto a referaggio.*

** Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor of Constitutional law Department, Southwest state University, Kursk, Russia.

²⁰⁰ M.A. Kashina., *Gender policy in modern Russia: objective and subjective prerequisites*, in *Personality. Culture. Society*, 2006, T. VIII. Issue 2 (30), p. 158.

19 enshrines the provision on equal rights and opportunities for women and men, including in the political sphere. The current legislation of Russia contains an indication that citizens have equal rights to exercise local self-government, as well as the right to elect and be elected, including regardless of gender.

Enforcement of the right to local self-government arises from the residence (stay) in a particular territory of the population as a whole and a single person. The Russian Federation is a multinational republic, including small ethnic groups, indigenous people with their own traditions and way of life. In this regard, the essential feature of representative power in Russia is the consideration of the interests of the population and local historical (cultural) traditions.

As a rule, preserving and developing the identity of a specific territory, solving its most important labor, cultural, spiritual, educational problems, working with the younger generation can and should take place with the active participation of the female part of the municipality due to more flexible personal, business and psychological qualities of a woman aimed at sympathy, understanding, persuasion, willingness to compromise. Women bring additional competences to the work of the authorities, which are not peculiar to men²⁰¹.

Analyzing the place of women in power the law scientists A.A. Akmalova and V.M. Kapitsyn notice “in Russia the availability of local self-government and its significant social orientation contribute to the formation of a space where the female gender role can be fully represented”²⁰².

The close connection with the family and the household explains the spread of the practice of realization in the professional-political sense of a female deputy namely in the staff of the local representative authority, that is, in the framework of her place of residence.

The business self-realization of women in self-government bodies is often facilitated by the experience of their participation in associations (parties, associations, unions, foundations, and other organizations), which operate in areas constituting, inter alia, the content of issues of local importance. In other words, such social work is a certain political

²⁰¹ «Women Leaders in Politics»/Fund "Human Capital" - <http://hcap.ru/women-in-politics/>

²⁰² A.A. Akmalova and V.M. Kapitsyn, *Women in the system of governance and self-government* - <https://docplayer.ru/133596-Zhenshchiny-v-sisteme-vlasti-i-samoupravleniya.html>.

resource for a female deputy²⁰³.

An analysis of the composition of the representative bodies of the municipalities of one of the subjects of the Russian Federation - the Kursk Region, located in the Central Federal District, and Moscow - the capital of Russia, led to the following conclusion.

In the municipal election campaigns of the Kursk region, which took place in 2016 (Single voting day in Russia), approximately the same number of men and women participated. The age of most candidates is from 40 to 59 years old, education is higher or secondary vocational, field of activity is agriculture, trade, housing and public utilities, public services, health care, social welfare, education and culture²⁰⁴. However, in the city representative bodies (councils and dumas) women have been elected from 7% (with a fixed number of 14 deputies) to 46% (15 deputies). At the same time the average quantitative value of female participation in the deputy activities of urban districts (Kursk, Zheleznogorsk, Lgov, Shchigry, Kurchatov) is 24,6%. In three out of ten urban communities, women have been elected as chairmen of the elected body. We point out that in the previous convocation of deputies (2011-2016, 2012-2017) of these municipal formations, the participation of women has been 4,5% more.

Active deputy participation of women in city councils is noted in the municipalities of Moscow, where local self-government is exercised in the intra-city areas: municipal and urban districts and settlements. In a number of assemblies women's membership prevails (60%-92%). Some of them are heads of metropolitan municipalities. Muscovites live in an atmosphere of a wide range of career and economic opportunities, they are at the crossroads of information, many of them associate work with the idea of “doing what they like”, which allows them to realize the ability of personal initiative in the professional world.²⁰⁵

Most women deputies are also represented in the village councils. There are areas where women make up 95-99% of the deputies (for example, out of 10 members only 1 male). This is explained by the law on a fairly high (90%) share of representatives holding their posts on a non-permanent basis, that is, on a voluntary basis or free of charge, acting as a *face and voice of the population*, as well as features of a modern Russian province with a

²⁰³ N. N. Kozlova, *Deputy corps of the Central Federal District: gender dimension*, in *Woman in Russian society*, 2016, n. 4 (81), p. 58.

²⁰⁴ “Voters of the Kursk region proceeded to vote» - <https://er.ru/news/146112/>

²⁰⁵ M. Arutyunyan and O. Zdravosmyslova, SH. Kuril'ski-Ozhven, *Image and legal experience: Legal socialization in a changing Russia*, Moscow, The Whole World Publishing House, 2008, pp. 183 and 189.

low average income of population, insufficiency of skilled jobs, lack of stable income, forced outflow of able-bodied men to major cities for earnings.

Elections to the Russian municipal self-government bodies are held both according to the proportional system (party lists) and the majority electoral system (single-mandate and multi-mandate constituencies). A person who does not have sufficient managerial experience can make a deputy's political career easier within the framework of party membership, since the voter relies on the authority and political attitudes of the party. And this applies to both female and male candidates. Thus the work of both at the municipal level in local branches of political parties, including in governing bodies, contributes to their election as deputies of city councils and dumas. Acting independently, without having the necessary support of public associations and the population, it is difficult to become a deputy in large settlements.

In small territories (rural settlements), a majority system is preferable, where, for example, a single multi-mandate constituency is formed, when voters vote not for the party, but for the *merits* of specific candidates, a person who is usually familiar with local needs and will not ignore them. The most active part of them is women (teachers, doctors, educators, social and cultural workers, technical employees, retirees), whose election to power provides the solution to both their own and general (municipal) socio-economic problems. Thus, the type of the municipality, the state of its material base and financial resources, population, the total potential of the territory (economic, scientific and cultural), the traditional way of life and methods of management of residents are the main parameters for determining the gender ratio of personnel of local representative power .

As a result, we note that the gender personnel policy of the modern Russia Federation is characterized by the rejection of compulsory quoting of women's seats in the structures of representative power (that is, the sex ratio in the electoral list is an internal affair of the party); the absence of a special law on guarantees of equal rights and opportunities for men and women; imperfect organization of election campaigns by women candidates, difficulties in realizing a political career in the framework of self-nomination.

Abstract: La Costituzione della Federazione Russa sancisce la parità di diritti e opportunità per donne e uomini, anche nella sfera politica. La legislazione attualmente vigente in Russia dispone che i cittadini hanno uguali diritti di partecipare al governo locale, nonché

il diritto di eleggere ed essere eletti, anche a prescindere dal genere.

In Russia Il sistema delle autonomie locali è socialmente predisposto alla formazione di uno spazio in cui il ruolo del genere femminile può essere pienamente rappresentato. Tuttavia, occorre prendere atto nella Federazione Russa non c'è un livello di rappresentanza di genere garantito, in termini di numero di seggi riservati alle donne e il rapporto tra i sessi nella lista elettorale è un affare interno del partito; l'assenza di una legge speciale sulle garanzie di uguali diritti e opportunità per uomini e donne; l'organizzazione imperfetta delle campagne elettorali da parte di donne candidate, rendono difficile per le donne realizzare una carriera politica senza l'appoggio organizzativo del partito di riferimento.

Abstract: The Constitution of the Russian Federation in part 3 of Article 19 enshrines the provision on equal rights and opportunities for women and men, including in the political sphere. The current legislation of Russia contains an indication that citizens have equal rights to exercise local self-government, as well as the right to elect and be elected, including regardless of gender.

In Russia, the availability of local self-government and its significant social orientation contribute to the formation of a space where the female gender role can be fully represented.

We note that the gender personnel policy of the modern Russia Federation is characterized by the rejection of compulsory quoting of women's seats in the structures of representative power (that is, the sex ratio in the electoral list is an internal affair of the party); the absence of a special law on guarantees of equal rights and opportunities for men and women; imperfect organization of election campaigns by women candidates, difficulties in realizing a political career in the framework of self-nomination.

Parole chiave: parità di genere – autonomie locali – elezioni comunali.

Key words: gender equality – local self-government – the municipal election.

RECENSIONE A O. ROSELLI (A CURA DI), CULTURA GIURIDICA E LETTERATURA NELLA COSTRUZIONE DELL'EUROPA, NAPOLI, EDITORIALE SCIENTIFICA, 2018*.

di Cristina Bertolino** e Tanja Cerruti***

Sommario. 1. Radici letterarie nel processo di integrazione europea. – 2. La costruzione giuridica dell'Unione europea.

86

1. Radici letterarie nel processo di integrazione europea.

Per cogliere sino in fondo il significato e il valore del riuscito Convegno *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, tenuto a Firenze il 7 luglio 2017, e dei relativi Atti, pubblicati meritoriamente di recente, è indispensabile premettere alla prima delle due Sessioni in cui sono stati divisi i lavori della Giornata, incentrata su *La costruzione di un'anima europea* (pp. 29-230), la considerazione introduttiva di Luigi Dei, su quanto sia determinante e fondamentale la letteratura: “[f]atta di fantasia e di libertà creativa, ha sempre saputo cogliere i fermenti del momento e, distillandoli in romanzi, racconti, poesie, teatro ha dato linfa vitale alla ragione e ai suoi lumi per interpretare il presente e progettare il futuro” (p. 16).

Passato, presente e futuro che – come narrano gli Atti – muovono dalla originaria, forte tensione ideale di costruzione e integrazione dell'Europa per passare alla sua progressiva messa in crisi, rinchiusa purtroppo negli *ottusi* nazionalismi populistici, sovente incapace di cogliere le profonde *tradizioni costituzionali comuni* di ogni singolo Stato membro.

Del resto, Giuseppe Morbidelli aveva già ammonito, nell'*Intervento di apertura*, come “[l]a letteratura nel suo complesso, e in particolare la letteratura con innervature di giuridicità, costituisce una sorta di *additivo chimico* del processo di integrazione” (p. 10) e

* *Riceviamo e volentieri pubblichiamo*. Pur trattandosi del risultato di una comune riflessione, il par. 1 è da attribuirsi a Cristina Bertolino e il par. 2 a Tanja Cerruti.

** Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Torino.

*** Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Torino.

come, infatti, esista “una *Koinè* giuridica che supera i confini degli Stati in quanto ha in sé una vocazione all’universale e cui ripugnano le artificiose barriere politiche” (*ibidem*).

Addentrandosi nel contenuto della Prima Sessione, l’*Introduzione* di Paolo Grossi (pp. 29-33), che fa soprattutto riferimento al volto giurisprudenziale del diritto espresso dalla *Cour de justice* europea, richiama così l’acuminata lettura, per la verità ormai prevalente, del diritto come intimamente connesso alla storia e alla cultura della società, di cui e in cui vive; come esso appartenga alla fisiologia di questa società, sino a ricuperarne “il carattere di storia vivente e [...] di essere dimensione intrinseca della vita di ogni società storica” (p. 30). In questa prospettiva, ha pertanto ragione l’autorevole Presidente della nostra Corte costituzionale a individuare nella lingua il presupposto fondamentale della letteratura, per concludere come diritto e lingua siano chiamati a “contribuire alla identità di una comunità, magari di un popolo”: nel caso nostro, nella funzione identitaria dell’Unione europea.

Di fatto, nel presentare *Le ragioni del Convegno* (pp. 35-44), Orlando Roselli, che giustamente mostra *apprensione* per lo stato di difficoltà che l’Unione sta incontrando, si dichiara convinto che il processo di integrazione europea sia anche una complessa costruzione giuridica, la cui strada – sovente accidentata – è ultimamente costituita da un processo identitario comune, che molto può giovare e, in effetti, si è giovato, della letteratura.

Pietro Costa, nel dettagliato *L’identità europea fra memoria e progetto* (pp. 45-88), mostra così, correttamente, una continua attenzione alla memoria collettiva, espressione della dinamica politico-culturale di ogni società (p. 47); dunque, anche di quella europea. Trae dalla articolata ricostruzione della storia d’Europa “il senso di un’unità soggiacente alle sue evidenti lacerazioni” (p. 53) rappresentate – come è nella Risoluzione finale del *Joint International Committee for European Unity* (7-11 maggio 1948), vigorosamente ripreso dalla *European Cultural Convention* del 1954 – dal “commun héritage de civilisation chrétienne, de valeurs spirituelles et culturelles, et d’un commun attachement aux droits fondamentaux de l’homme, notamment à la liberté de pensée et d’expression” (p. 55).

Precisa è la ricostruzione – cui qui si rinvia, non potendo illustrarne adeguatamente i singoli momenti – delle diverse tappe europeiste: dall’originario, alto ideale di valorizzazione dell’unità dell’Europa dello storico inglese Arnold Toynbee, per il quale “ciò che rende unitaria e coesa l’Europa occidentale, al di là delle sue complicate vicissitudini, è la tradizione cristiana interpretata dalla Chiesa di Roma” (p. 53) – all’epoca, del resto, i

riferimenti, ricorrenti, sono alla cultura greca, a Roma (l'Impero, il *Corpus iuris*) e al cristianesimo, come “forza capace di raccogliere i precedenti lasciti” (p. 60) – al controverso libro, commissionato dal *Conseil d'Europe*, nel 1957, allo storico Max Beloff (*Europe and the Europeans. An International Discussion*, London, 1957).

In quegli anni, i '40 e '50, nei movimenti europeisti è infatti presente come una corrente carsica, secondo la quale “è insistito l'invito a una *presa di coscienza*, a una ridestata consapevolezza dell'unità profonda della storia europea” (p. 62). Tre elementi appaiono strettamente connessi: quelli della identità culturale, della identità politica e della unificazione europea. Occorrerà pertanto dimostrare – così chiosa l'Autore – che “l'Europa del futuro non potrà che essere l'Europa della libertà e dei diritti proprio in quanto erede di quella cultura europea (greco-romano-cristiana) sviluppatasi intorno al tema della dignità e centralità della persona” (p. 64).

Sopraggiunsero gli anni '60-'70, durante i quali – dice bene Costa – la retorica della memoria cede a quella del conflitto: nella *Déclaration sur l'identité européenne* (14-15 dicembre 1973) “viene quasi giustificato il passaggio da una *Herkunftsidentität* a una *Projektsidentität*” (p. 72): due versioni dell'identità, una sostenuta da una visione del passato e un'identità determinata dalla progettazione del futuro.

Risulta senza alcun dubbio interessante come l'Autore segua il difficile progetto della identificazione identitaria europea, messo in crisi nel decennio più recente, collocato sapientemente tra i due elementi, di chiaro sapore culturale, della memoria e del progetto. Può così scrivere che “[m]emoria e progetto, visione del passato e progettazione del futuro si influenzano e si sostengono a vicenda entro il processo di unificazione europea, in un gioco di sponda dove la formazione di una comune identità culturale viene intesa come la premessa di un'identità politica” (p. 73).

Né l'intenso e significativo substrato culturale viene attenuato negli ultimi tempi, *perigliosi* per l'Europa. Anche quando la *Convention sur l'avenir de l'Europe*, presieduta da Giscard d'Estaing, consegna al Presidente del Consiglio europeo il Rapporto finale del Progetto di un Trattato che istituirebbe una Costituzione per l'Europa (Roma, 18 luglio 2003), secondo la quale i valori di cui il vecchio Continente si fa portatore non consisterebbero più nella antica triade, ma in un non meglio precisato umanesimo (p. 77), Costa può a ragione concludere che “in ogni caso, memoria e progetto continuano a implicarsi a vicenda” (p. 86).

Il Convegno *vira*, a questo punto, decisamente sul versante letterario, entro il quale la relazione di M. Paola Mittica, *Le radici letterarie antiche della dimensione giuridica europea* (pp. 89-102), prova giustamente come “l’esigenza di coniugare alla competenza tecnica la sensibilità per l’umano che giunge dalla cultura umanistica è sempre più avvertita come una necessità” (p. 89). Del medesimo taglio è la relazione di Felice Casucci, *Le radici letterarie moderne della dimensione giuridica europea: profili generali* (pp. 103-144), sebbene il tema, svolto con convincente eleganza, pare all’Autore rischiare di “trascurare lo iato che s’interpone, in maniera eclatante, tra diritto (europeo) e letteratura (mondiale)” (p. 115). Di fatto, secondo Casucci, bisogna prendere ormai atto che le radici letterarie della pianta giuridica sono per la gran parte recise; la letteratura si sarebbe volta all’universale, al globale, così che “solo la traduzione, come *lingua comune dell’Europa* sembra, con le sue spinte alla *mediazione culturale*, poter conseguire un’osmosi tra diritto e letteratura” (p. 117).

Anche Katia Fiorenza, *Le radici letterarie moderne della dimensione giuridica europea. L’influenza delle testimonianze letterarie sulla giurisprudenza delle Corti europee di vertice* (pp. 131-144), dà adeguatamente testimonianza e prova di come l’impatto delle citazioni letterarie sulle decisioni non appaia particolarmente significativo (p. 132), e conclude per lo speciale portato della traduzione, con la sua presenza stabile e diffusa nello scenario giuridico europeo: “[l]a traduzione può essere definita la lingua letteraria per eccellenza e, a sua volta, il linguaggio letterario, per la naturale vocazione che la letteratura mostra nell’*universalizzare* la tematica che essa indaga, potrebbe essere qualificato come linguaggio unificante” (p. 144).

Di un profondo *riscatto* culturale per l’Europa, la cui crisi istituzionale è evidente, parla Alberto Vespaziani, *La costruzione di un lessico costituzionale comune europeo: il caso del Decamerone* (pp. 145-170), il quale presenta appunto il Decamerone quale “testo classico della cultura europea” e vi coglie come *leitmotiv* giuridico “il contrasto tra i dettami delle norme positive – giuridiche, religiose e sociali – che pretendono di disciplinare la condotta umana, e le leggi della natura, vale a dire le esigenze inderogabili del corpo e delle passioni, che quasi sempre finiscono per prevalere” (p. 151).

Per Luciano Vandelli, *Potere e burocrazia nella letteratura: qualche osservazione su Frank Kafka* (pp. 171-191), nelle parabole kafkiane “l’incubo burocratico diventa il mondo, si traduce nella metafisica della condizione umana” (p. 174) e, con riferimento alla

descrizione fattane anche da Max Weber e da Aldous Huxley, conclude che “il potere e la burocrazia si presentano, in letteratura, come metafisica della nostra vita, della nostra ottusità e dei nostri difetti” (p. 191).

Inserito in questa Sessione, l’ampio lavoro di Corrado Malandrino, *Dalla letteratura politico-giuridica di ispirazione federalista alla crisi del sentire europeista* (pp. 193-229) è, per sua ammissione, di “natura prevalentemente storico-politica”, volto ad abbozzare una spiegazione di come – sino a un decennio fa – si sia passati da una situazione patrocinate l’obiettivo della unità europea all’odierna crisi del movimento europeista e del ‘sentire europeista’ presso larghe masse popolari.

Vengono studiati Giuseppe Mazzini e Carlo Cattaneo, esaminata a fondo la costante istanza europeista del Risorgimento nazionale; presentata (pp. 197 ss.) una convincente rassegna critica dei principali pensatori della letteratura federalista che hanno influenzato la maturazione e la fortuna della coscienza europeista. Risultano poi opportunamente illustrati il pensiero di Carlo Rosselli e Silvio Trentin; documentati i progetti federalisti della Resistenza (pp. 215 ss.), sino alla coinvolgente partitura del Manifesto di Ventotene.

Non viene inoltre taciuto l’attuale processo di disintegrazione europea nella progettualità politica (p. 222), che ha contribuito alla crisi *esistenziale* europea, per cui si rende necessario il passaggio verso una terza strada, quella dell’unità politica e di una profonda riforma istituzionale, e di come sia ancora possibile, su quali basi teorico-politiche e sulla scorta di quali strategie, intraprendere un nuovo patto federale (pp. 223 ss.).

Per meglio inserire l’intervento dell’Autore nello spirito e nei contenuti tematici di questa Prima Sessione, si può dunque concludere sostenendo che probabilmente una ampia e approfondita cultura letteraria riuscirebbe più facilmente ad approdare ad un tale auspicato risultato.

2. La costruzione giuridica dell’Unione europea.

L’anelito alle riforme istituzionali si percepisce anche nel saggio di Adelina Adinolfi, *Le dinamiche politico-istituzionali dell’Unione europea tra limiti della procedura decisionale e rilevanza dei valori comuni* (pp. 233-254) che, aprendo la seconda Sessione dei lavori, dedicata a *La costruzione di uno jus commune europeo*, riporta il discorso su un piano

prettamente giuridico-politico. L'Autrice si concentra sulle procedure decisionali dell'Unione europea per constatare come, benché coinvolte anch'esse in quella più generale tendenza verso una maggiore democratizzazione che ha segnato gli ultimi decenni (come dimostrano la valorizzazione del ruolo del Parlamento europeo e la sottoposizione a principi e valori comuni, fra cui quello di solidarietà), esse continuano a riflettere, nel "doppio binario" (p. 250) – parlamentare e intergovernativo – su cui procedono, la "dialettica che costantemente si sviluppa tra la (... *omissis*) veste formale di organizzazione internazionale e la prospettiva tendenziale di unità politica" (p. 235) che ancora caratterizza l'Unione.

Le peculiarità derivanti dalla sopracitata doppia anima dell'UE emergono anche in un particolare ramo del suo ordinamento giuridico, quello amministrativo, su cui le interessanti considerazioni di Mario P. Chiti, *La formazione di un diritto amministrativo europeo* (pp. 255-276), mettono in luce la significativa evoluzione che ne ha caratterizzato sia le dinamiche interne, sia il rapporto con il diritto amministrativo dei singoli Stati membri, per quanto il fatto che "oggi il diritto amministrativo europeo sia pervenuto ad un esito *costituzionale*" non ne implichi il consolidamento definitivo (p. 256). La strada della formazione del diritto amministrativo europeo parte dall'iniziale negazione dello stesso (motivata sulla base del legame che deve necessariamente intercorrere fra diritto amministrativo e Stato nazionale nonché sull'assenza di una struttura amministrativa delle Comunità), passa per i "fondanti *anni cinquanta* del secolo scorso" (p. 258), in cui anche grazie alle pronunce della Corte di Giustizia, la CECA tende a caratterizzarsi in senso amministrativo, lascia quindi spazio a un lungo periodo in cui l'attenzione si concentra più sulla dimensione costituzionale, arriva all'Atto Unico, che segna "il ritorno a questioni di natura amministrativa" (p. 260), per poi culminare nel Trattato di Maastricht, artefice della "formale ricomposizione dei profili costituzionali ed amministrativi del sistema sovranazionale europeo" (p. 260). Il massimo sviluppo del diritto amministrativo europeo viene raggiunto nell'ultimo decennio del secolo scorso, quando trova coronamento normativo nelle previsioni sia dei Trattati di Amsterdam e Nizza, sia e soprattutto della Carta di Nizza e del Trattato di Lisbona che dedica alla Pubblica Amministrazione tre specifiche disposizioni (gli artt. 6, 197 e 298 TFUE). La mutata attitudine verso il diritto amministrativo europeo si riflette anche nel pensiero della dottrina i cui capisaldi vengono ricondotti: all'assenza di posizioni negazioniste sull'esistenza di un diritto amministrativo

europeo; alla percezione dello stesso in termini non di netta separazione da quello degli Stati membri ma di dimensione multilivello fra le due realtà, nazionale e sovranazionale, quando si trovino ad operare congiuntamente; all'assunzione, da parte dello spazio amministrativo europeo, dei connotati di un sistema di diritto positivo anziché di un modello dottrinario in fieri, nel quale è possibile percepire anche l'apporto del nostro Paese. L'esame delle singole branche del diritto dell'Unione prosegue con le riflessioni di Giuseppe Vettori in *La funzione del diritto privato europeo* (pp. 277-299). I tentativi di uniformazione avviati in questo ambito dagli anni ottanta del secolo scorso ed estesi sia al fronte contrattuale, sia a quello della tutela dei consumatori, hanno subito una forte battuta d'arresto con la crisi economica iniziata nel 2007 che, inducendo le Istituzioni comunitarie a concentrarsi sul rafforzamento della dimensione sociale, ha riportato alle radici del progetto europeo la parabola dei tentativi di uniformazione, la quale deve tenere conto del fatto che la politica monetaria dell'Unione incontra un limite nelle "funzioni di ordine proprie del diritto privato" (la citazione dell'Autore è da C. Joerges, p. 281).

La tendenza verso l'armonizzazione del diritto privato europeo vede dei lontani precedenti nella prassi giurisprudenziale – caratterizzata dall'attenzione verso le regole degli altri – che si era affermata sia nel vecchio continente sia nelle allora colonie dopo il XV secolo per interrompersi con la formazione degli Stati nazionali nel XIX. Il processo di dialogo, anche istituzionalizzato, fra le Corti nazionali e quelle sovranazionali avviato di recente in Europa sembra rifarsi alla tradizione nella volontà, incoraggiata anche dagli studi dottrinari, di favorire la circolazione dei modelli di tutela e si pone in sintonia con l'esigenza che la protezione delle posizioni giuridiche sia assicurata oggi non solo dalla legge che, con metafore interdisciplinari, viene dipinta come non più idonea a "rappresentare e regolare la realtà" (p. 289) ma anche dai principi che, utilizzati soprattutto nel diritto costituzionale ed amministrativo europeo, meriterebbero una più diffusa considerazione anche in quello privato, in cui contribuiscono ad incrementare la discrezionalità dei Giudici.

Nell'attuale contesto in cui le trasformazioni che hanno interessato l'ambito economico si stanno ripercuotendo anche sulla sfera sociale e istituzionale, richiedendo una forte risposta politica, il diritto civile potrebbe apportare solo qualche contributo. In un sistema giuridico in cui le posizioni non si esauriscono più nel diritto soggettivo e nel dovere giuridico ma "emergono costruzioni capaci di aprirsi a tutte le particolarità dell'esperienza, assicurate

da nuovi organi e da nuovi strumenti a seconda del tipo di interessi da proteggere e del bilanciamento di principi da attuare” (p. 298), risulta particolarmente importante un quadro europeo con fonti precise e garanzie giurisdizionali.

Le problematichità e i condizionamenti derivanti dalla costruzione di uno spazio giuridico europeo interessano anche la branca del diritto penale in cui, come puntualmente osserva Francesco Palazzo, *Tutela della legalità come creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in Europa* (pp. 301-309), il processo di “europeizzazione” della materia, oggetto di visioni divergenti fra correnti di pensiero “con sensibilità essenzialmente penalistica” o “europeista” (p. 303), ha fatto emergere da un lato gli sforzi compiuti nell’ultimo decennio dall’Unione di rendere più saldo il quadro della legalità europea, accentuando l’interesse sui diritti e riducendo quel deficit di democraticità che veniva rimproverato alle procedure legislative, dall’altro lato l’eccessiva discrezionalità concessa al giudice nazionale, investito di nuove *opportunità ermeneutiche* sia nei confronti del diritto europeo, incluso quello derivante dalla Convenzione europea sui Diritti dell’Uomo, sia rispetto alle decisioni di disapplicare il diritto interno.

L’Autore conclude con un richiamo alla vicenda Taricco, i cui sviluppi farebbero emergere l’idea che la legalità penale sia una parte essenziale del patrimonio europeo comune.

Forte di un approccio intersettoriale il saggio di Barbara Pozzo, *Pluralità dei linguaggi giuridici europei e costruzione di un ordinamento comune* (pp. 311-330), affronta uno degli aspetti peculiari dell’edificazione giuridica dell’Unione europea, il multilinguismo. Partendo dal percorso che, nei diversi ordinamenti e con particolare riferimento all’ambito giuridico, ha portato al passaggio dall’uso del latino a quello delle lingue nazionali, l’Autrice s’interroga sulla situazione attuale dell’Unione il cui multilinguismo, assunto a valore, rappresenta altresì una sfida che le Istituzioni si stanno impegnando ad affrontare, cercando di elaborare, soprattutto in alcuni settori come quello contrattuale, un Quadro Comune di Riferimento. Acclarato il dato per cui, nonostante la coufficialità dei diversi idiomi, quello in assoluto più utilizzato è l’inglese, *lingua franca* dell’Unione, non se ne possono ignorare i diversi aspetti problematici che concernono: la presenza, al suo interno, di diverse varianti; la sua inidoneità ad esprimere alcuni concetti giuridici propri dei sistemi di *civil law*; la situazione paradossale che farà seguito alla Brexit, quando l’inglese cesserà di essere una delle lingue ufficiali dell’Unione.

Nel suo ricco lavoro, Lidianna Degrassi, *Salvaguardia del pluralismo culturale e*

linguistico come parte dell'identità europea (pp. 331-367), muove da una prospettiva vicina concentrandosi su tre aspetti particolari della “costruzione europea” e della convivenza, al suo interno, fra la dimensione nazionale e quella sovranazionale: l'identità, il pluralismo linguistico e il pluralismo culturale. Quanto alla prima, l'Autrice, reputando che essa venga intesa più nella sua dimensione individuale che in quella collettiva, ripercorre la diatriba fra coloro che, in una prospettiva di continuità, ne ravvisano la coincidenza con l'identità nazionale e coloro che, pur nella convinzione della presenza di basi comuni, intravedono una soluzione di continuità fra le due e dà atto dell'emersione di una corrente alternativa che, discostandosi dal tema delle radici identitarie, propone di “abbracciare una visione laica e cosmopolita della società, legata ad un identitarismo per quanto possibile riconducibile al concetto di bene comune” (p. 342).

Sul pluralismo culturale, si rileva come i Trattati preferiscano ricorrere all'espressione *diversità culturale*, di cui dalla normativa comunitaria (specie dall'art. 167 TFUE) si può ricavare una dimensione *intra moenia* – che vede l'Unione protagonista di azioni di sostegno, coordinamento e completamento in una materia la cui titolarità resta in capo agli Stati membri – e una dimensione *extra moenia*, in cui l'Unione risulta promotrice di tale valore anche oltre i propri confini.

Un discorso analogo interessa la lingua, descritta dai Trattati non tanto in termini di pluralismo quanto di diversità e che vede l'Unione limitarsi a rispettare le decisioni assunte dagli Stati, titolari ancora una volta della competenza in materia, pur nella consapevolezza che si tratti di una ricchezza da valorizzare. L'Autrice esprime però la sua contrarietà a questo approccio in quanto la lingua, soprattutto quella madre, costituisce uno dei diritti fondamentali dell'uomo e come tale anche a livello europeo andrebbe sostenuta da azioni di tutela, anziché risultare solo oggetto di misure di *salvaguardia*, potendo il riconoscimento degli idiomi nativi, considerati beni comuni materiali e immateriali al pari di territorio e ambiente, nonché fattori identitari inclusivi, costituire la base di una nuova partenza per la costruzione di una «solida identità europea» (p. 367).

Complessivamente il volume curato da Orlando Roselli si distingue meritoriamente nel panorama della letteratura giuridica per l'originalità del suo approccio interdisciplinare ma anche perché attraverso lo stesso cerca di dimostrare come la comunanza delle radici culturali e, nella fattispecie, letterarie tra i popoli dell'UE vada letta in segno di continuità con quella comunanza di valori e principi che, nel rispetto delle identità costituzionali

nazionali, consentono di erigere un ordinamento giuridico, comprensivo di un sistema di tutela dei diritti umani, almeno in parte unitario.

Abstract: Soffermandosi sui punti salienti dei diversi saggi proposti nel volume, lo scritto tenta di fare emergere, sulla scia dell'opera recensita, come nel processo di integrazione europea i numerosi punti di contatto che si riscontrano in ambito letterario abbiano trovato e possano trovare ancora un risvolto anche sul piano giuridico.

Abstract: Focusing on the highlights of the various essays, the work aims to underline that in the framework of the European integration process the common elements emerging from literature found and can still find several contact points also in the legal order.

Parole chiave: letteratura europea – processo di integrazione europea – ordinamento giuridico europeo.

Key words: European literature – European integration process – European legal order.

SU DUE SENTENZE DELLA SESTA SEZIONE PENALE DELLA CASSAZIONE IN TEMA DI CORRUZIONE E PARLAMENTARI*.

di Giampiero Buonomo**

Sommario. 1. Peculiarità dell'attività politica. – 2. Espansione del diritto comune. – 3. Gli obblighi internazionali. – 4. Gli standard deontologici.

96

1. Peculiarità dell'attività politica.

Dopo un lungo travaglio giurisprudenziale intorno ai limiti, alle modalità ed alle peculiarità della perseguibilità penale della corruzione del parlamentare²⁰⁶, la Corte di cassazione, affrontando un delicato profilo di diritto intertemporale, ha offerto il primo e più alto riconoscimento della funzione parlamentare: un riconoscimento che, nel nostro Paese, sorprendentemente viene dal massimo vertice della Giurisdizione, in guisa quanto meno più efficace di quello che sempre più ritualisticamente è professato dalle stesse Camere.

La sesta Sezione penale aveva in quella sede indicato il 2012 come crinale del passaggio dalla fattispecie della «corruzione impropria antecedente ai sensi dell'art. 318 cod. pen., nel testo anteriore alla riforma operata con legge 190/2012» (sentenza n. 40347/18 depositata l'11 settembre 2018) alla fattispecie in cui «il nucleo centrale [...] di cui all'art. 318 cod. pen. è costituito dall'asservimento della funzione pubblica» (sentenza n. 38768/17, depositata il 24 giugno 2017). L'idea che la riformata fattispecie di cui all'art. 318 cod. pen. si riferisca specificamente al Pubblico ufficiale (di livello importante) pagato in vista di una sua generica disponibilità, e, quindi, a prescindere dal concreto compimento di specifici atti o attività, in effetti, non era stata ancora calata dello specifico della problematica parlamentare, per cui il rapporto con l'articolo 68, primo comma Cost.

* Sottoposto a referaggio.

** Consigliere parlamentare.

²⁰⁶ V., da ultimo, F. Cingari, *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite* (Nota a Cass. sez. VI pen. 6 giugno 2016, n. 23355) in *Cass. pen.*, n. 1/2017, pp. 176-188. Per i profili deontologici, v. B.G. Mattarella, *Un seminario sui codici di condotta dei Parlamentari. Relazione al Seminario "Codice di condotta per i parlamentari e prevenzione della corruzione"*, Roma, 1 luglio 2014, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2014, pp. 1187-1188.

giustificava dubbi che le pronunce definitivamente fuggano.

Ma la pronuncia è rimarchevole soprattutto laddove, a dispetto delle frequenti lagnanze di dissociazione tra diritto e politica, al paragrafo 15.4 della sentenza n. 40347/18 si legge: «in base allo stesso assetto costituzionale [l'attività del parlamentare risulta] in linea di massima espressione di sovranità e sostanzialmente libera nei fini».

Rispetto alla tradizionale categoria degli atti politici, delineata nel 1924²⁰⁷, l'elaborazione giuridica repubblicana era sul punto meno drastica, se non altro per la necessità di relazionarsi con una struttura costituzionale rigida, caratterizzata dalla natura normativa dell'indirizzo politico²⁰⁸: eppure la Corte è assai meno problematica, riconoscendo all'attività parlamentare ciò che oramai è negato all'atto politico dell'Esecutivo²⁰⁹.

Sempre la Cassazione, al paragrafo successivo, statuisce che l'articolo 67 Cost. «stabilisce un diretto rapporto tra il parlamentare e la Nazione, con la conseguenza che ciascun parlamentare è liberamente interprete degli interessi che intende perseguire, per ciò stesso imputati alla Nazione, quale che ne sia la fonte di ispirazione. Rafforza tutto ciò il principio per cui il parlamentare opera senza vincolo di mandato. All'interno del sistema costituzionale, che pur prevede il contributo delle formazioni intermedie, quali veicoli di

²⁰⁷ L'art. 31 del Regio decreto n. 1054 del 1924 (per il quale il ricorso giurisdizionale amministrativo «non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico») fissò un principio che è attualmente sancito, in sede di giustizia amministrativa, dall'articolo 7, comma 1, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, ai sensi del quale «non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». In ambedue i casi, la *sedes materiae* avrebbe dovuto scongiurare generalizzazioni oltre l'ambito dello scrutinio di legittimità: eppure lo stesso Giudice penale, ancora recentemente, vi ha sovrapposto lo scrutinio di legalità, visto che – nella descrizione della richiesta al Senato di autorizzazione a procedere, offerta dal Doc. IV-*bis*, n. 1-A della XVIII legislatura – il Tribunale dei Ministri di Catania «rileva che nel caso di specie l'atto in questione non sia inquadrabile nel novero degli 'atti politici', in quanto tali sottratti al sindacato dell'Autorità giudiziaria, ma in quelli amministrativi, come tali sindacabili dal Giudice. Come noto, la rilevanza della distinzione tra atti politici, atti amministrativi e atti di alta amministrazione, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si rivela soprattutto alla luce del fatto che, per preservare l'indipendenza e l'autonomia degli organi politico-costituzionali, l'ordinamento considera gli atti politici insindacabili in sede giurisdizionale, essendo gli stessi suscettibili di un controllo esclusivamente politico» (p. 6).

²⁰⁸ Per una trattazione esaustiva dell'intera questione, v. C.F. Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 110-120.

²⁰⁹ Se è vero che «l'atto politico, adottato da organi politici o di governo, è libero nel fine e, a differenza degli atti amministrativi, realizza interessi generali e non settoriali» (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502), è altrettanto vero che il requisito oggettivo individuato dalla giurisprudenza per gli atti politici («atti che riguardino la costituzione, la salvaguardia ed il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura ed applicazione, come disciplinati dalla vigente normativa»: decisione 12 marzo 2001, n. 1397 della IV Sezione del Consiglio di Stato) risponde ad uno schema funzionale – l'assenza di predeterminazione del contenuto secondo un modello legale, trattandosi di atti liberi nel fine – che presuppone il fatto che essi «non ledono diritti soggettivi o interessi legittimi, i quali sono le sole situazioni cui l'ordinamento sicura tutela giurisdizionale» (Tar Sicilia, sentenza n. 1029/05).

programmazione e di idealità, in cui ciascuno possa riconoscersi, si è inteso affermare dunque che il parlamentare non può essere compulsato *ab extrinseco* nelle sue determinazioni, che devono essere il frutto di una sua scelta, quale che ne sia l'origine e la finalità, non essendo dunque vietata la conclusione di intese e l'assunzione di impegni, in quanto costituenti il risultato di una opzione libera del parlamentare, senza che possano essere predisposti strumenti attuativi e di controllo, volti ad incidere sulla libertà di quella determinazione» (§ 15.5).

Lo stesso articolo 68 Cost., recante le immunità spesso deprecate dall'opinione pubblica, è riconosciuto dalla Cassazione come facente sistema con tutto ciò: per esso, «l'attività del parlamentare si inquadra nella sfera di autonomia di cui devono godere le Camere di appartenenza, cosicché, ove si esaurisca nell'esercizio di poteri riconducibili all'assetto costituzionale, garantito da autonomia, essa non tollera l'intromissione di poteri esterni e la possibilità che la sua astratta sussunzione in categorie proprie del diritto comune possa risolversi in un *vulnus* alla sfera di prerogative riservata alle Camere cui il parlamentare appartiene» (§ 15.6). La sentenza in questione si spinge a coniare un apposito istituto: «la immunità costituisce in primo luogo il risultato di una causa di imperscrutabilità dell'attività del parlamentare, la quale solo ove posta in essere in violazione dei limiti ad essa propri, in quanto parimenti di rango costituzionale, ovvero tale da non esaurire in sé l'esercizio della funzione o da coinvolgere beni ulteriori, ad essa esterni, risulta classificabile secondo il diritto comune e dunque anche secondo il diritto penale» (§ 16.3). Nel caso *sub iudice*, anche quando riconosce l'applicabilità della (pregressa) fattispecie della corruzione impropria, la Cassazione ci tiene a rimarcare che «rimarcarsi come la condotta punibile concerna la frazione esterna rispetto al concreto esercizio delle funzioni, le quali di per sé, prima che insindacabili, devono reputarsi imperscrutabili e, come tali, non sottoponibili ad alcun tipo di qualificazione secondo i parametri del diritto comune» (§ 18.5).

2. Espansione del diritto comune.

A fronte della posizione della giurisdizione (almeno, nella sua espressione suprema), vediamo un atteggiamento curiosamente lassista della legislazione: incline, questa, ad un approccio apertamente riduttivo delle possibili interferenze tra processo penale e tutela delle guarentigie parlamentari.

È noto come il codice penale di Alfredo Rocco, all'articolo 357, recasse una previsione vistosamente riduttiva della funzione parlamentare. Nell'offrire la nozione di Pubblico ufficiale, esso recitava: «Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali: 1° gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria; 2° ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria».

Ad una prima lettura, pareva quasi che il problema fosse quello dell'impiegato dello Stato *prestato alla politica*, eventualmente aggregandovi chi vi si dedicasse anche solo temporaneamente o volontariamente; a leggere bene, si poteva meglio speculare su quel *legislativa* che, in regime a partito unico, bandiva la politica e riduceva le Camere ad organi di mera partecipazione *tecnico-giuridica* alle linee di indirizzo dettate dall'Esecutivo. Eppure, per oltre quarant'anni, la cosiddetta Prima Repubblica si guardò bene dal modificare l'articolo 357, adeguandone forma e finalità al regime costituzionale ed all'assetto ordinamentale definito dagli articoli 67 e 68 Cost.: quindi, se la Cassazione (sempre nella citata sentenza n. 40347/18, ma facendosi forte della precedente 36769/17), si è potuta spingere ad affermazioni estensive – «pare dunque possibile ribadire che il parlamentare riveste la qualifica di pubblico ufficiale nello svolgimento sia dell'attività legislativa in senso stretto, sia delle attività parlamentari tipiche (disciplinate dai regolamenti della Camera di appartenenza o direttamente dalla legge) connesse all'attività legislativa o da essa, direttamente o indirettamente, discendenti» (§ 13.3) – ha potuto farlo sulla scorta di un visibile disinteresse del Parlamento in sede di attuazione costituzionale. Non solo: i Giudici ricordano che - in sede di novella all'articolo 357 da parte della legge n. 86/1990 - il legislatore repubblicano fece propria la definizione del codice Rocco, sostanzialmente consacrandola con una vera e propria *novazione*. La verità è ancor più

deprimente: il Comitato ristretto della Commissione giustizia della Camera dei deputati aveva proposto che l'articolo 357 iniziasse con le seguenti parole: «Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giurisdizionale o amministrativa. È pubblica la funzione amministrativa che è disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi [...]». Era un testo che recepiva un ampio dibattito in seno alla dottrina, culminato nell'importante convegno di Siracusa. Poteva quindi essere tutt'altro che peregrina una sua lettura che riferisse la nozione di pubblica funzione all'attività vincolata ed a quella *iure imperii*, anche quando posta in essere da soggetti partecipi all'attività legislativa, e solo a questa: non è infrequente, del resto, che in regime di flebile separazione di poteri il legislatore si trovi anche ad esercitare un ruolo in porzioni endoprocedimentali amministrative (per un caso di «decisione sostanziale di coinvolgere l'Assemblea [regionale siciliana] nell'esercizio di una funzione amministrativa spettante al Governo», v. sentenza n. 337/2009 della Corte costituzionale, che ha validato la possibilità della Corte dei conti di sindacare il parere espresso dalla commissione dell'ARS).

Invece, nella seduta del 23 gennaio 1990 della medesima Commissione in sede legislativa, il Presidente propose una modifica per cui il secondo comma diventò: «Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa consistente nella formazione e manifestazione della volontà della Pubblica amministrazione e dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi». Il testo, poi effettivamente approvato, degradava l'aggiunta a *species* di un *genus* e riferiva la definizione alla sola attività amministrativa, lasciando impregiudicato che cosa fosse la pubblica funzione del legislatore; quando, con la legge n. 181/1992, si tornò sull'articolo 357, il termine «giurisdizionale» fu riportato a «giudiziaria», ma la parola «legislativa» fu ancora una volta lasciata assolutamente intatta.

Chi può dunque rimproverare i Giudici, se da questa noncuranza traggono delle conclusioni? Certo, nel 1990 non era ancora esploso il filone giudiziario della criminalità politica, ma già vi erano tutte le premesse per considerare il legislatore affetto da una singolare presbiopia. Non soltanto vi era stato un netto contrasto nella giurisprudenza delle Giunte delle immunità in ordine all'autorizzazione a procedere nei confronti di deputati che avrebbero accettato denaro per influire sulla presentazione e l'approvazione di disegni di legge (contrario il Doc. IV, n. 136-B, relatore Vassalli; favorevole il Doc. IV n. 75/A, relatore Benedetti). Nel pronunciarsi sul primo di tali casi la Cassazione (Sezione sesta

penale, 29 gennaio 1974, imp. Bergonzoni) aveva dichiarato che era «non [...] impossibile la configurabilità di un reato, punibile a titolo di corruzione impropria, a carico di coloro che abbiano dato un qualsiasi contributo causale al fatto, e ciò indipendentemente dalla perseguibilità in sede penale del pubblico ufficiale». Ancor più esplicito fu Vassalli nello spiegare il senso della sua relazione nella pubblicistica scientifica successiva: distinguere tra atti e comportamenti che precedono le attività parlamentari tipiche, perché vi sono quelli "inscindibilmente" collegati e strumentali rispetto ad esse (tanto da costituirne l'antecedente o un momento di formazione o addirittura la motivazione), ma vi sono anche quelli con un legame "soltanto ipotetico od eventuale" con un atto parlamentare, visto che la corruzione "potrebbe benissimo consumarsi – e il più delle volte così avviene - prima del compimento, e sinanco prima dell'inizio, di qualsiasi attività parlamentare"²¹⁰.

Non a caso Giuliano Vassalli ricordava che in questi casi la soluzione tradizionale ("impossibilità di permettere ad altri, che non sia lo stesso Parlamento, una indagine sui motivi di un atto parlamentare tipico ed una loro condanna")²¹¹ presupponeva un senso deontologico forte della funzione parlamentare, peraltro collegato al fatto che vi sono «attività per le quali anche il parlamentare è tenuto ad un dovere di fedeltà e di imparzialità: p. es. come segretario, come scrutatore, ecc.»: la stessa tensione morale, a ben vedere, che per il Giudice Carlo Mezzanotte faceva escludere l'applicazione dell'articolo 68 Cost. soltanto laddove si fuoriuscisse dalla esclusiva capacità qualificatoria del diritto parlamentare²¹².

Nessuna di queste sollecitazioni è stata raccolta, per cui la Corte costituzionale ha riempito, iniziando dalle Regioni, il vuoto quando ritenne inapplicabile la guarentigia dell'articolo 122, quarto comma. Per i Giudici di palazzo della Consulta, i fatti contestati in sede penale non attenevano all'esercizio della funzione consiliare tipica (nella specie, la funzione legislativa), ma erano meramente ad essa prodromici; si trattava di «comportamenti tenuti anteriormente all'avvio del procedimento legislativo e concretantesi in attività che il Giudice penale assume essere state realizzate [...] al fine di consentire la percezione di contributi illeciti da parte di alcune imprese concessionarie»²¹³ del servizio di trasporto

²¹⁰ G. Vassalli, *Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento*, in G. Zangari (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè, 1973-1974, Vol. 4, p. 4279-4310.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² Corte cost., sentenza n. 379 del 1996, *Considerato in diritto*, § 8, ultimo periodo.

²¹³ Corte cost., sentenza 6-20 dicembre 1994, n. 432.

pubblico locale. Questo sarebbe bastato per indicare ad una politica avveduta il *limes* intorno al quale operare, con una rigorosa precettistica interna alle Assemblee legislative: ma la sollecitazione non fu raccolta, proprio mentre si dismetteva il tradizionale scudo dell'articolo 68, secondo comma, della Costituzione.

3. Gli obblighi internazionali.

Il disinteresse del Parlamento si aggravò nel ventennio successivo all'abolizione dell'autorizzazione a procedere. La vicenda della legge del 1990 viene anzi replicata nel procedimento formativo della legge 28 giugno 2012, n. 110, recante ratifica ed esecuzione della Convenzione penale sulla corruzione fra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e gli altri Stati firmatari, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999.

La Relazione alla Convenzione (§ 21) enuncia come finalità del testo, tra l'altro, il superamento di due difficoltà registrate nel perseguire casi di corruzione transnazionale, in particolare quelle riferite a *«foreign public officials»*: la prima deriva dalla divergenza tra legislazioni nazionali in ordine alla definizione di Pubblico ufficiale; la seconda attiene agli strumenti della cooperazione internazionale, che talvolta comportano ostacoli procedurali *e qualche volta politici* che si frappongono alla celere punizione dei responsabili del reato. Il Commentario della Convenzione (§ 51) colloca queste finalità nell'ambito dello «sforzo comune, intrapreso dagli Stati parte, di assicurare il rispetto delle istituzioni democratiche, indipendentemente dal loro carattere nazionale o estero»: si tratta di un impulso costantemente perseguito, in fase di vigilanza sull'attuazione della Convenzione, dal *Group of States against Corruption* (GRECO), costituito il 5 maggio 1998 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa con la risoluzione (98)7.

Per quel che qui interessa, tre norme impattano (tra l'altro) su attività di tipo parlamentare:

l'articolo 4²¹⁴, l'articolo 6²¹⁵ e l'articolo 10²¹⁶ della Convenzione.

Il predetto Commentario illustra l'articolo 4 (rinvilandovi, *in parte qua*, negli altri due casi) dichiarando che la sua finalità è di proteggere «la trasparenza, l'equità e l'imparzialità del processo decisionale delle Assemblee pubbliche nazionali ed i loro componenti da manovre corruttive». Prosegue, però, dichiarando che «ovviamente, il sostegno finanziario garantito ai partiti in ossequio alle leggi nazionali esula dallo scopo di questa norma» (cosa che, *a rigori*, si presta ad una lettura anche esageratamente lassista, se si considera che la disposizione copre sia i Corpi legislativi, sia quelli amministrativi e, secondo il commentario, persino gli organi monocratici nominati a svolgere funzioni esecutive). Si tratterebbe di persone tutte «vulnerabili alla corruzione», anche alla luce di recenti scandali «a volte combinati con l'illegale finanziamento dei partiti politici» (§ 44).

Come si vede, nella visione del suo commentatore *autentico*, la Convenzione manteneva un approccio equilibrato tra le varie esigenze dello *scambio politico*, che vietano di uniformare la ricerca del consenso e l'offerta della decisione ad un sinallagma illecito: pur senza addivenire alla tesi del "mercato politico"²¹⁷, basta accettare che essa è *sostanzialmente libera nei fini* (come riconosciuto dalla stessa Cassazione) per escludere che possa ravvisarsi una doverosità foriera di scrutinio giudiziario. Ecco allora che il finanziamento ed il partito sono due termini essenziali di una dialettica fisiologica nella democrazia dei moderni: essa inizia a colorarsi di anti-giuridicità solo se, e quando, la mancata trasparenza del finanziamento diventa figura sintomatica di una ingerenza indebita nel processo decisionale pubblico.

Anche qui il legislatore nazionale aveva ampio margine per raccogliere questa interessante sollecitazione e ridisciplinare il rapporto tra corruzione e finanziamento illecito di partito. Sono note le criticità di questo rapporto, sin da quando la *legge Piccoli* fu approvata nel

²¹⁴ Bribery of members of domestic public assemblies. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Articles 2 and 3, when involving any person who is a member of any domestic public assembly exercising legislative or administrative powers.

²¹⁵ Bribery of members of foreign public assemblies. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Articles 2 and 3, when involving any person who is a member of any public assembly exercising legislative or administrative powers in any other State.

²¹⁶ Bribery of members of international parliamentary assemblies. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Article 4 when involving any members of parliamentary assemblies of international or supranational organisations of which the Party is a member.

²¹⁷ A. Downs, *Teoria economica della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1988.

1974 più per chiudere il primo scandalo dei petroli che per varare una normativa sostenibile: a dispetto del dato comparatistico anche europeo²¹⁸, nessun accoglimento ricevettero le istanze, pur autorevolmente espresse dalla dottrina²¹⁹, per una regolamentazione che si prefiggesse lo scopo di portare alla luce il contenuto dell'attività di *lobbying*, nella convinzione che la sua trasparenza costituisca un deterrente per le attività illecite. Le vicende giudiziarie del successivo cinquantennio avrebbero drammaticamente confermato quanto pernicioso fosse quella lacuna: il rapporto presentato alla Camera dei deputati il 23 ottobre 1996 da un Comitato di studio²²⁰ evidenziò, ad esempio, che l'attività volta a perseguire interessi di privati, attraverso relazioni o influenze esercitate sugli organismi preposti alla formazione della legislazione, benché pienamente lecite, rechi comunque il rischio di un possibile conflitto fra l'interesse di parte e quello generale.

L'attività di *lobbying* è infatti di grande complessità perché essa può sì celare una vera e propria forma di corruzione, ma anche solo un occulto condizionamento del parlamentare (che può essere indotto a sostenere un provvedimento non per libero convincimento, ma, ad esempio, per il timore di scontentare fasce consistenti del suo elettorato). Ciò nonostante, “ignorare l'esistenza del fenomeno rischia di essere estremamente dannoso e controproducente. In democrazia, lo scambio tra elettori ed eletti, quando riguarda interessi leciti, è in qualche misura connaturale alla funzione stessa di rappresentanza. L'attività di *lobbying* si manifesta in tutte le società politiche che governano realtà complesse, caratterizzate da interessi frammentati, ma, non per questo, immeritevoli di tutela. Sapere quando un provvedimento, legislativo o amministrativo che sia, non riguarda gli interessi generali ma attiene, piuttosto, a fini particolari è di estremo interesse per il controllo sulle attività degli eletti e, più in generale della Pubblica amministrazione”²²¹.

²¹⁸ R. Borrello, *La Francia ed i rapporti tra politica e denaro: à la recherche de la vertu perdue*, in *Nomos*, n. 1/1999, pp. 43-58; G. Caravale, *Finanziamento della politica e corruzione in Gran Bretagna*, in *Nomos*, n. 1/1999, pp. 59-75; A. De Petris, *Finanziamento della politica e corruzione: il caso tedesco*, in *Nomos*, n. 1/1999, pp. 89-118; G. Lavagna, *Finanziamento della politica e corruzione nella Repubblica di Irlanda*, in *Nomos*, n. 1/1999, pp. 131-137; M. Martin, *Finanziamento della politica e corruzione: il caso tedesco. Relazione al convegno organizzato dal Dipartimento di Teoria dello Stato dell'Università di Roma "La Sapienza" sul tema: "Finanziamento della politica e corruzione"*, Roma, dicembre 1998, in *Quad. cost.*, n. 2/1999, pp. 257-272.

²¹⁹ M. Volpi, *La democrazia corrotta*, in *Dem. dir.*, n. 1/1980, pp. 105-115.

²²⁰ Era formato dai professori Cassese, Arcidiacono e Pizzorno, con il compito di svolgere un'analisi sul fenomeno della corruzione e di indicare orientamenti per l'intervento legislativo, tenendo conto delle caratteristiche del sistema delle imprese, nonché delle principali esperienze straniere in materia.

²²¹ Camera dei deputati, XIII legislatura, *Relazione della Commissione speciale per l'esame dei progetti di legge recante misure per la prevenzione e la repressione dei fenomeni di corruzione sulle proposte di legge nn. 244 - 403 - 780 - 1417 - 1628 - 2327 - 2576 - 2586 - 2610-A*.

A fronte di questioni di tale portata, le normative procedurali sulla trasparenza delle dichiarazioni patrimoniali dei partiti restavano estremamente inadeguate. Di conseguenza, sull'articolo 7 della legge n. 195 del 1974 la casistica della Cassazione penale si è sbizzarrita, tra contributi erogati in favore dei gruppi consiliari (con somme destinate a finanziare attività di esclusivo interesse dei partiti di riferimento), finanziamenti o contributi societari erogati per interposta persona, contributi indiretti (come il pagamento della pubblicazione di un libro), erogazioni di società commerciali con sede all'estero ma controllate da società italiane, *ius novorum* in riferimento alla delibera societaria ed all'iscrizione in bilancio, concorso formale tra corruzione e finanziamento illecito dei partiti, possibile depenalizzazione di cui alla legge n. 689 del 1981, ecc.

Ma non c'è solo il finanziamento, ovviamente. Il Legislatore avrebbe potuto cogliere l'apertura silenziosamente offerta dalla Corte costituzionale nel considerare, ai fini del nesso funzionale *ex* articolo 68, primo comma, Cost., anche gli atti parlamentari atipici, o addirittura innominati²²²: in tal modo si potrebbe arrivare a riconoscere il criterio del maggiore o minore tasso di *politicalità* del comportamento, che – in un mondo migliore, privo dell'abuso di prerogativa sin qui registratosi – ricadrebbe in una valutazione quanto meno di scorrettezza deontologica. Su nulla di tutto questo, il legislatore nazionale ha ritenuto di fare chiarezza, lasciando all'interprete la scelta di questioni ad amplissima ricaduta; anche stavolta – in sede di ratifica della Convenzione, con la legge del 2012 – l'occasione è stata perduta, lasciando la materia totalmente alla mercé dell'elaborazione pretoria della giurisprudenza. Questa è stata addirittura ricavabile dall'apporto significativo delle riserve apposte dall'Italia.

Restava da definire quale fosse l'ambito di adempimento residuo, per dare attuazione alla Convenzione in via di ratifica. Orbene, il Governo italiano si è valso della possibilità di apporre riserve (depositate il 13 giugno 2013, all'atto della ratifica, ed attualmente rinnovate fino al 1° ottobre 2019) sull'articolo 4, *fotografando* soltanto l'assenza di una norma incriminatrice della corruzione di un componente di assemblea parlamentare di un'organizzazione internazionale cui l'Italia partecipasse. La riserva riconosce *a contrario* che l'articolo 4 è adempiuto per il parlamentare nazionale: all'atto della ratifica, il Governo asseverava che il parlamentare nazionale era già coperto dalla previsione incriminatrice

²²² V. Corte cost., *ex plurimis* sentenze n. 81 del 2011, n. 420 e n. 410 del 2008, n. 152 del 2007, n. 258 del 2006.

della corruzione.

Anzi, nella successiva riserva sul traffico di influenze, l'Italia si riservava di non incriminare l'esercizio di *influenza inappropriata* nei confronti del processo decisionale cui partecipassero i soggetti di cui agli articoli 5, 6, 9, 10 ed 11 della Convenzione, ma non quelli di cui all'articolo 4: come a dire che già nel 2013 era sanzionato, dalla legge nazionale, il traffico di influenze esercitato nei confronti del parlamentare nazionale, e non invece nei confronti del parlamentare estero o del membro di assemblea parlamentare internazionale. Anche qui, l'interferenza con l'attività tipica del parlamentare di condotte come il *lobbying* avrebbe potuto richiedere maggiore riflessione: l'attività remunerata diretta a *influenzare* il Pubblico ufficiale, magari attraverso il semplice arricchimento informativo del patrimonio conoscitivo del soggetto pubblico (soprattutto quando costui non è un *tecnico* ma un politico), risente di distinzioni e sfumature che non possono tutti rientrare nella configurazione dell'illecito penale *di diritto comune*.

La conseguenza della mancata apposizione della riserva è emersa quando il caso Volonté è giunto sotto scrutinio giurisdizionale con la sentenza della sesta sezione penale della Cassazione n. 38768/17: in riferimento ad un componente di delegazione nazionale italiana all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (PACE), la Cassazione ha fatto perno sulla natura duale ed interrelata della figura del rappresentante e del parlamentare nazionale italiano, per *trascinare* nell'ambito dell'illecito previsto per la seconda figura il fatto contestato, che sarebbe rimasto *scoperto* se riferito soltanto alla prima.

Fermo restando che per il parlamentare europeo la corruzione era già prevista come reato dall'articolo 322-*bis* del codice penale, introdotto dalla legge n. 300 del 2000, fino all'approvazione delle "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici" (Atto Camera n. 1189-B) la lacuna atteneva al componente dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa²²³. Con l'entrata in vigore dell'articolo 1, comma 1, lettera o), numero 5-*quater* della legge 9 gennaio 2019, n. 3 le citate previsioni incriminatrici atterranno anche «ai membri delle Assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e dei giudici e funzionari delle corti

²²³ "Ma immagino valga anche per le Assemblee parlamentari dell'OCSE e di altri organismi parlamentari", ha dichiarato il Senatore Buccarella: Senato della Repubblica, legislatura 18^a - Aula - Resoconto stenografico della seduta n. 071 del 12/12/2018.

internazionali». Pertanto, l'articolo 8 prevede che il Governo italiano non rinnovi alla scadenza (1° ottobre 2019) le riserve che l'Italia, in relazione a ciò, ha apposto alla Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata dal nostro Paese con la legge n. 110 del 2012: anche qui la formulazione della norma è assertiva, perché *salva* le condotte di corruzione, attiva e passiva, dei membri delle Assemblee pubbliche straniere, «fatta eccezione per quelle dei Paesi membri della UE e delle assemblee parlamentari internazionali». Del parlamentare nazionale si tace, confermandosi oramai definitivamente ciò che la Cassazione n. 38768/17 ha detto in modo cogente: la corruzione del parlamentare, ai sensi del nuovo testo dell'articolo 318 c.p., scatta quando si versa in un caso di «sfruttamento a fini privati dell'altissimo ufficio pubblico ricoperto» (§ 7.7).

Per addivenire alla natura *indebita* dell'utilità data o promessa, la Cassazione ha valutato che «se lo svolgimento dell'attività politica si caratterizza, anche istituzionalmente, per una costante, ed anche doverosa, attività di 'compromesso' e di composizione di interessi di 'parte', in tale ambito non può ritenersi rientrare la ricezione di utilità, anche estremamente rilevanti, come ad esempio cospicue somme di denaro, a titolo meramente personale». Ma l'indagine su tale ultimo profilo appare singolarmente lacunosa, soprattutto se per il dato dei doveri di correttezza, onestà e fedeltà il Magistrato penale (nazionale) ha dovuto comunque far riferimento alla «Risoluzione n. 1903 adottata dall'Assemblea del Consiglio d'Europa, che, in particolare, ai punti 5.5, 11 e 12, impone di non utilizzare il proprio ufficio per il proprio o altrui guadagno privato e di non accettare o richiedere compensi destinati ad incidere sulla propria condotta di membro dell'Assemblea parlamentare».

Se le condotte – che, in cambio della remunerazione illecita, sarebbero state poste in essere – consistevano in sostegno alle posizioni politiche dell'Azerbaijan, «orientando le votazioni del proprio gruppo parlamentare in senso contrario all'approvazione del cd. Rapporto Straesser, avente ad oggetto le condizioni dei prigionieri politici in Azerbaijan, posto in votazione il 23 gennaio 2013» – forse una considerazione specifica (magari più grave, ma specifica) delle condizioni di democrazia interna del Gruppo, di riparto di funzioni in base alla competenza, di salvaguardia delle determinazioni del partito dai *raiders*, sarebbe potuta più utilmente venire dall'interno dell'organo parlamentare. Quando questo pone dei vincoli etico-politici e questi vengono *giustiziati* direttamente dal Magistrato penale, si registra una singolare abdicazione della stessa natura di *soft law* delle normative

deontologiche, che nel processo conclusosi con la sentenza n. 40247 citata addirittura è stato consacrato con la costituzione di parte civile del Senato della Repubblica e con un minimo riferimento alla disciplina regolamentare, visto che si è dovuto più genericamente far riferimento all'articolo 54 della Costituzione dove, al secondo comma, prevede, tra l'altro, che «i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore».

Certo, è stato un grande progresso che la Cassazione abbia tralasciato la tesi (sostenuta in indagini preliminari, nel giudizio che ha portato alla sentenza n. 40347/18) secondo cui il divieto di mandato imperativo entra negli elementi che qualificano di anti giuridicità la fattispecie: troppo eccentrica, quella lettura dell'articolo 67 Cost., rispetto alle cautele con cui sin dalla fase genetica della Carta i Costituenti guardavano al rapporto tra eletto, gruppo parlamentare e partito²²⁴. Ma, avendo a disposizione la giurisprudenza accumulatasi dopo la novella del 2012, alla Cassazione è bastato ricordare che dopo la riformulazione dell'art. 318 cod. pen., la nuova fattispecie «ha sostituito alla precedente causale del compiendo o compiuto atto dell'ufficio, oggetto di 'retribuzione', il più generico collegamento, della 'dazione o promessa di utilità' ricevuta o accettata, all'esercizio [...] delle funzioni o dei poteri del Pubblico ufficiale o dell'Incaricato di pubblico servizio [...], così configurando, per i fenomeni corruttivi non riconducibili all'area dell'art. 319 c.p., una fattispecie di onnicomprensiva 'monetizzazione' del *munus* pubblico, sganciata in sé da una logica di formale sinallagma [...]»²²⁵.

Se l'asservimento della funzione si ricava anche da elementi dalla tipicità più sfumata²²⁶, a chi compete prevenire l'insorgere del reato? I primi ad essere investiti sono gli stessi organi nei quali la funzione politico-parlamentare si svolge: essi sono i più titolati a *riconoscere* criticità procedurali, difetti informativi, carenze di trasparenza sintomatiche di situazioni di conflitto di interessi. È ad essi che, da oramai decenni, si rivolgono le democrazie più avanzate, che alla *giustizia dei pari* hanno fatto subentrare l'attenzione ai profili deontologici dell'attività politica.

²²⁴ C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, 1949, ristampato in *Nomos*, n. 2/2015.

²²⁵ Corte Cass., VI Sez. penale, sentenza n. 19189 del 11/01/2013, imp. Abbruzzese.

²²⁶ Corte Cass., VI Sez. penale, sentenza n. 40237 del 07/07/2016, imp. Giangreco, secondo la quale, nel nuovo art. 318 cod. pen. «viene meno ogni riferimento all'atto d'ufficio ed alla sua compravendita e, per l'effetto, anche al rapporto temporale tra lo stesso e la sua retribuzione. Il nucleo centrale della disposizione diviene l'esercizio della funzione pubblica, svincolato da ogni connotazione ulteriore e per il quale vige il divieto assoluto di qualsivoglia retribuzione da parte del privato».

4. Gli standard deontologici.

Consapevoli del valore della trasparenza come modalità di prevenzione della corruzione²²⁷, a Parigi ed a Londra hanno puntato decisamente sul meccanismo della *sanzione reputazionale* come corredo della scoperta della violazione degli *standard* etico-deontologici di condotta del parlamentare. L'istituzione di Autorità esterne al Parlamento è diventata la strada con cui quegli ordinamenti hanno cercato di prevenire la supplenza giudiziaria: sia il *Commissioner* inglese che il *Déontologue* francese (per alcuni anni, a partire dal 2011, nominato dal *Bureau de l'Assemblée nationale*) riferiscono ad organi interni dei rispettivi Parlamenti, ai quali compete la valutazione in ordine all'irrogazione di eventuali sanzioni, né più né meno di quelle che continuano ad essere di competenza esclusiva della Presidenza per le più classiche infrazioni comportamentali durante la seduta.

Intendiamoci: il mancato funzionamento di tale livello ha fatto scattare anche in Gran Bretagna l'assunzione di competenza della Giurisdizione. La Corte suprema, nel caso Chaytor, ha affermato che le Corti non sono vincolate da quel che – in tema di immunità – viene affermato dalle Commissioni parlamentari, dallo *Speaker* o dalla stessa Camera dei comuni, perché il potere di giudicare su ciò che possa essere considerato coperto da garanzia spetta, in ultima istanza, alle corti stesse. Nella fattispecie dello scandalo dei rimborsi-spese a Westminster, quindi, ci si è spinti addirittura oltre il traguardo degli ordinamenti ispanico o tedesco: non soltanto la qualificazione di «*proceeding in Parliament*» è il frutto di una ricognizione in ultima istanza operata dal Giudice; in più, l'assenza di un *Giudice dei conflitti* ha fatto sì che, nella divergenza tra la valutazione della

²²⁷ Invero evidenziata anche da noi: il citato A.C. nn. 244 - 403 - 780 - 1417 - 1628 - 2327 - 2576 - 2586 - 2610-A ricordava che «l'attività di *lobbying* caratterizza anche tutte le società politiche dei paesi industrializzati, per la consistenza degli vantaggi in gioco e per la presenza di interessi che travalicano i confini di un solo paese e intersecano trasversalmente molteplici realtà statali. Conoscere la natura di questi interessi, le poste che sono in giuoco, i soggetti che li rappresentano, ancor più se si tratta di interessi non nazionali, può allora costituire l'antidoto rispetto all'adozione di provvedimenti di cui restano ignorate o oscure ai più le concrete finalità. Tanto più se si tiene conto che l'attività di *lobbying* può anche avvenire in modo subdolo, ad esempio attraverso saggi e o articoli pubblicati su autorevoli mezzi di stampa o con informazioni tendenziose, diffuse con i mezzi delle comunicazioni di massa. Non a caso il maggiore fra i paesi industrializzati, gli USA, ha ritenuto di dover disciplinare per legge l'attività di *lobbying* già da mezzo secolo».

Camera e delle Corti, fossero queste ultime (nel caso concreto, la Corte di ultima istanza), a prevalere²²⁸.

Pur trattandosi di un esito pienamente giurisdizionale, anche qui è rimarchevole notare come lo strumento della ricognizione della portata della consuetudine abbia consentito un esito condiviso: decisiva, in giudizio, è stata non solo l'acquiescenza della Camera dei comuni (che ha lasciato soli, in giudizio, i parlamentari ricorrenti), ma anche l'approvazione del *Committee for Privileges* alla lettera che il 4 marzo 2010 il *Clerk of the Parliament* scrisse alla difesa di uno degli inquisiti, dichiarando che «la decisione di che cosa costituisca un *'proceeding in Parliament'* [...] in ultima istanza è questione della Corte, non della Camera».

In altri termini, più che sistemi alternativi i due ordinamenti paiono relazionarsi, nel diritto comparato, secondo cerchi concentrici: il micro-ordinamento parlamentare cede al diritto processuale comune soprattutto quando non appare in grado di lavare *i panni sporchi in casa*. Anche da noi, la presa d'atto della riconducibilità del parlamentare al Pubblico ufficiale *ex* articolo 357 c.p. può dirsi, oramai, *ius receptum*. Non lo sono, invece, le conseguenze della precettistica deontologica interna alle Camere, perché quello che è il lavoro prevalente degli *Standard Committees* anglosassoni è ancora da noi assai scadente. Da un lato, solo con un atto della Giunta per il regolamento la Camera dei deputati ha approvato, nella seduta del 12 aprile 2016, il codice di condotta dei deputati. In tale codice è previsto che l'Ufficio di Presidenza costituisca, all'inizio di ogni legislatura, un Comitato consultivo sulla condotta dei deputati, composto da quattro membri dell'Ufficio di Presidenza e da sei Deputati designati dal Presidente della Camera tenendo conto della loro esperienza e, per quanto possibile, della esigenza di rappresentatività ed equilibrio politico, in modo da garantire comunque la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni; e che il Comitato sia presieduto da un membro designato dal Presidente della Camera. La fragilità della fonte normativa prescelta si riverbera sull'efficacia delle funzioni attribuite al Comitato: sono infatti fatte salve le competenze della Giunta delle elezioni, le quali a loro volta attengono sia alle incompatibilità che possono influire sulla verifica dei poteri, sia alla mera tenuta delle dichiarazioni anagrafiche di cui alla legge n. 441 del 1982. Quindi giudice dell'opzione e della decadenza resta un altro organo, mentre il ramo della

²²⁸ Corte suprema del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord, sentenza 10 novembre 1° dicembre 2010, *R v Chaytor and others*, [Michaelmas Term, 2010] UKSC 52.

trasparenza anagrafica va sempre più a insterilirsi: dopo la decisione di sottoporre volontariamente la dichiarazione alla pubblicazione sulla pagina internet del parlamentare, *a contrario* perde senso anche la flebile sanzione prevista per l'inadempiente, cioè l'annuncio presidenziale in aula del nome del renitente.

Del resto, la stessa procedura del comitato consultivo per individuare i conflitti di interessi – su richiesta del deputato interessato, ovvero «su richiesta del Presidente della Camera [...] anche ai fini della eventuale sottoposizione agli organi competenti» – riproduce i medesimi difetti dell'accertamento delle altre due, precedenti procedure: il Comitato consultivo svolge al riguardo gli accertamenti istruttori necessari, convocando eventualmente il Deputato interessato, e può, previa autorizzazione del Presidente, chiedere il parere di esperti. Dalla stampa²²⁹ abbiamo appreso che il difetto di primarietà della fonte rischia di indebolire il controllo, proprio come lo fu per la vigilanza sul corretto e fedele adempimento degli obblighi di cui alla legge n. 441 del 1982. La situazione cambierebbe sostanzialmente se l'organo si avvalesse, sulla base di intese con il Ministro dell'economia e delle finanze, del Corpo della Guardia di finanza, che esegue gli accertamenti richiesti, necessari ai fini delle verifiche, agendo con i poteri ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi. Ciò anche alla luce del fatto che di tali strumenti, invece, si avvalgono altre autorità indipendenti, che vanno affacciandosi nel campo che una volta era dominio riservato del Parlamento²³⁰.

Una maggiore attenzione al rango della fonte è stato dimostrato dall'Assemblea del Senato il 20 dicembre 2017, nell'introdurre l'articolo 12, comma 2-*bis* del regolamento²³¹. Il testo prevede che il Consiglio di Presidenza adotta il Codice di condotta dei Senatori, che

²²⁹ I. Proietti, *Duecento deputati nel mirino per conflitto di interessi*, in *Il Fatto quotidiano*, 3 gennaio 2019.

²³⁰ L'Autorità nazionale anticorruzione, nella *Relazione finale sulla revisione della disciplina vigente in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico (d.lgs. n. 39 del 2013)* presentata dalla sua Commissione di studio per la revisione della disciplina vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza (luglio 2015), ha ad esempio lamentato che “il regime di distanza tra politica ed amministrazione istituito dal decreto 39 (del 2013), in ragione della deroga disposta nell'art.6, vale solo per i rami bassi del sistema politico-amministrativo, e non per quelli alti (Parlamento, Governo, Stato, Enti nazionali, etc.) nei quali esso sarebbe egualmente, se non ancor più necessario” (p. 11). Se la soluzione proposta è stata per il momento solo quella di “unificare le competenze di vigilanza e sanzione in capo all'ANAC (oggi le incompatibilità e inconferibilità della legge Frattini, con riferimento ai titolari delle cariche di governo, sono affidate all'Autorità antitrust)”, è di tutta evidenza che in prospettiva la materia interseca le competenze delle Giunte delle elezioni delle due Camere, almeno per la parte in cui la legge n. 60 del 1953 attribuisce ad esse la cognizione delle incompatibilità parlamentari.

²³¹ Nella "Riforma organica del Regolamento del Senato", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* n.15 del 19 gennaio 2018.

stabilisce principi e norme di condotta ai quali i Senatori devono attenersi nell'esercizio del mandato parlamentare. In tale ambito potrebbero essere sicuramente considerate prescrizioni contro il conflitto di interessi, prevedendo che il senatore non possa partecipare all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omettere un atto dovuto, quando l'atto o l'omissione abbiano un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del senatore, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società comunque da essi controllate, secondo quanto previsto dall'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con danno per l'interesse pubblico. Ma la disciplina gravante sui titolari di incarichi politici, di carattere elettivo, di cui all'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, potrebbe ugualmente esservi ricompresa²³². Infine, il testo potrebbe includere anche le modalità con le quali i senatori si relazionano con la rappresentanza di interessi, intesa come attività concorrente alla formazione delle decisioni pubbliche nel rispetto dell'autonomia delle istituzioni e con l'obbligo di lealtà nei loro confronti, attenendosi alla disciplina di cui ai commi da 2 a 16. Un codice che si conformasse ai principi di pubblicità, di partecipazione democratica, di trasparenza e di conoscibilità dei processi decisionali supererebbe le fragilità con cui la disciplina delle *lobbies* all'altro ramo della Camera è apparsa sostanzialmente frustrata, in sede applicativa: ma, soprattutto, uno *Standard Committee* o un *deontologue* non bastano, all'opinione pubblica, per legittimare una "giustizia parallela e preventiva" rispetto a quella penale. Occorre anche un rinvio che, come per l'articolo 6 del *Code de déontologie des Députés* francese, renda applicabile alle infrazioni un sostanziale meccanismo disciplinare interno alle Camere, che spieghi un reale effetto deterrente.

Il ruolo decisivo dell'autodisciplina interna alle Camere era la soluzione che, trent'anni dopo le sue prime elaborazioni, Giuliano Vassalli, oramai presidente emerito della Corte costituzionale, prefigurò leggendo integralmente alla seguente citazione del professor Carlo Cereti: "Il rimedio contro eventuali abusi è da ricercare *non nell'abolizione della prerogativa ma nella elevatezza del costume politico o nella sanzione dell'opinione pubblica o, eventualmente, in norme stabilite nel regolamento di ogni Camera, che*

²³² Anche in questo caso la produzione legislativa, volta a prevenire pericolosi tentativi di ingerenza di organi non giurisdizionali esterni, si è arenata prima dell'approvazione definitiva: v. XVII legislatura, *Disposizioni in materia di conflitti di interessi* (C. 275 Bressa, C. 1059 Fraccaro, C. 1832 Civati, C. 1969 Tinagli, C. 2339 Dadone, C. 2634 Rizzetto, C. 2652 Scotto, C. 3426 Rubinato).

consentano all'Ufficio di Presidenza di impedire gli abusi medesimi". Giuliano Vassalli concludeva il suo intervento proprio indicando questa linea di indirizzo: "dobbiamo trovare un complesso di correttivi, un complesso di autodisciplina di ciascuno, un complesso di rispetto degli altrui diritti ma, nello stesso tempo, anche delle prerogative funzionali dei membri del Parlamento, per arrivare a quella composizione, che certamente tutti auspichiamo, di quelle difficoltà che Leopoldo Elia ha così bene denunciato al termine della sua relazione"²³³.

Abstract: Mentre il legislatore oscilla tra gli estremi dell'autodifesa acritica e della resa incondizionata, la Magistratura sta elaborando raffinate categorie giuridiche per cogliere le specificità dell'attività politica. Sarebbe utile che ad esse facesse riferimento la precettistica deontologica, con cui le Camere possono disciplinare il rapporto tra economia, legislazione, gruppi di interesse e trasparenza decisionale.

Abstract: While the legislator swings between the extremes of uncritical self-defense and unconditional surrender, the Judiciary refines legal categories to grasp the peculiarity of politics in elective assemblies. Drafting the parliamentary deontologic codes, under these principles, would be useful to clarify the relationship between economy, legislation, interest groups and decision-making transparency.

Parole chiave: Parlamento – Deontologia – Corruzione.

Key words: Parliament – Ethics – Corruption.

²³³ Convegno «*Le immunità parlamentari nei primi anni 2000: comunicazione politica e reputazione nella società globalizzata*», svoltosi nella biblioteca della Camera dei deputati il 1° dicembre 2005, Roma: Camera dei deputati, 2006.

LIBERTÀ SINDACALE DEI MILITARI: CONDIZIONI E LIMITI*.

di Luca Di Majo**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il controverso riconoscimento della libertà sindacale dei militari. – 3. La sentenza 13 giugno 2018, n. 120 della Corte costituzionale: cosa convince e cosa non convince. – 4. Qualcosa è cambiato (ma non troppo). Considerazioni critiche e alcune proposte.

1. Introduzione.

La libertà sindacale dei militari – fino a tempi non lontani conosciuta e trattata da una ristretta cerchia di giuslavoristi²³⁴ e costituzionalisti²³⁵ – sta diventando materia di attenta considerazione e discussione in un più vasto ambito dottrinale e in sede politico-parlamentare, in particolare all'indomani della sentenza n. 120/2018 della Corte costituzionale.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bologna. Componente del Comitato scientifico istituito dal Sindacato Nazionale Finanziari (Si.Na.Fi.) per lo studio e la predisposizione della normativa in materia di libertà sindacale dei militari.

Il presente contributo costituisce frutto delle opinioni personali dell'Autore e non impegna in alcun modo né il Si.Na.Fi., né il Comitato scientifico.

²³⁴ *Ex multis*, F. Mancini, *Equivoci e silenzi sul sindacato di polizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 280 ss.; *ID.*, *Il sindacalismo militare e la sinistra*, in *Pol. Dir.*, 1976, p. 59 ss.; E. Ghera, *Libertà sindacale ordinamento della polizia*, in *Giur. cost.*, n. 1/9176, p. 656 ss.; G. Giugni, *Un sindacato contro la Costituzione*, in *Nuova Polizia*, 1974, p. 4; F. Carinci, *Una legittima solidarietà*, in *Nuova Polizia*, 1981, p. 9; L. Menghini, *Le articolazioni del «diritto sindacale separato»: Polizie, Carabinieri, Forze Armate*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/1992, p. 377 ss. Più recentemente, G. Famiglietti, M. Nisticò, M. Falsone e P. Albi (a cura di), *Libertà politiche e sindacali nella Polizia di Stato tra limiti normativi, etica e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2016; F. Guella, *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate: i margini di apprezzamento nel bilanciare diritti individuali e interessi pubblici, tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015; P. Lambertucci, *La libertà sindacale degli appartenenti ai corpi militari tra diritto internazionale e diritto interno*, in *osservatoriodiscriminazioni.org*, 21 giugno 2016.

²³⁵ Su cui si rinvia, tra gli altri, a V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1962; A. Baldassarre, *Disciplina militare e Costituzione*, in *Dem. dir.*, 1975, p. 653 ss.; R. Balduzzi, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze Armate*, Milano, Giuffrè, 1988; P. Caretti e G. Morbidelli, *Obbligo di prestare servizio militare e tutela delle posizioni soggettive*, in *Foro amm.*, nn. 4-5/1970, p. 257 ss.; M.C. Grisolia, *Disciplina militare e diritti del soldato*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, p. 333 ss.; S. Labriola, *Ancora sul tema della posizione e della natura dell'ordinamento penale militare*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 428 ss.; B.G. Mattarella, *Il Codice dell'ordinamento militare*, in *Giorn. dir. Amm.*, n. 4/2011, p. 457 ss.; F. Modugno, *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità di ordinamenti*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 238 ss.; *ID.*, *L'ordinamento militare è in estinzione?*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, Vol. I, p. 451 ss.; E. Rossi, *Il III comma dell'art. 52 Cost.*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992; A.M. Sandulli, *Disciplina militare e valori costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 648 ss.

Nel generale riconoscimento della libertà sindacale ex art. 39 Cost., costituito da associazionismo, tutele collettive e del singolo, i militari hanno conosciuto fin dal principio limitazioni e disparità di trattamento rispetto alle altre Forze Armate, in particolare al Corpo della Polizia di Stato (nel frattempo smilitarizzato)²³⁶ al quale il legislatore ha concesso diverse facoltà indicate negli artt. 82 e 83, legge n. 121/81.

I diritti sindacali dei militari, al contrario, sono stati sottoposti da sempre ad una fortissima compressione giustificabile, secondo il legislatore, dallo *status* di militare, dalla particolarità delle funzioni esercitate (difesa della collettività e della sicurezza della Stato) e dalla prescrizione di cui all'art. 52 Cost. che riserva alla legge «limiti e modi» della disciplina del servizio prestato.

Così, per gli appartenenti al comparto *militare* è stato previsto un duplice divieto contenuto nell'art. 8, legge n. 382/78, poi trasfuso nell'art. 1475, d.lgs. n. 66/10, secondo cui «i militari non possono esercitare il diritto di sciopero» (comma 4) e non hanno il diritto di «costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali», prevedendo, in deroga e in ogni caso, il «preventivo assenso del Ministero della difesa».

In sostanza, pur negando in radice la libertà sindacale, ai sensi degli artt. 1476, d.lgs. n. 66/10, è consentito istituire organi con funzione consultiva e propositiva ancorché nelle sole materie previste dall'art. 1478, d.lgs. n. 66/10.

Risulta subito evidente che il diritto militare, a differenza delle altre branche speciali, non si basa semplicemente su di una legislazione esterna, ma su un sistema distinto e di matrice codicistica che rappresenta la forma principale, ancorché non esclusiva.

L'impianto complessivo costituito da limiti e preclusioni per i diritti e le libertà sindacali militari, pur in teoria sottoposto allo «spirito democratico della Repubblica» (art. 53, comma 3, Cost.) non è stato rivisitato dal legislatore, né tantomeno scardinato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 449/99) nelle irragionevoli previsioni di paletti che hanno resistito “al superamento della concezione c.d. *istituzionalistica* delle Forze Armate, fondata sulla specialità e sulla separatezza dell'ordinamento militare rispetto a quello generale e al definitivo affermarsi della diversa concezione orientata alla piena integrazione dell'apparto militare nel quadro costituzionale”²³⁷.

²³⁶ Su cui, si rinvia ad A. Bernardi, *La riforma della polizia*, Torino, Einaudi Editore, 1979.

²³⁷ M. Ricci, *La fine di un “tabù”: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 2.

Ciononostante, la Corte EDU (prima) e la Corte costituzionale (poi) hanno ridimensionato la portata e ridisegnato i principi generali di una disciplina che si pone(va) in antitesi rispetto alla volontà propria del Costituente di allontanarsi il più possibile dall'impostazione corporativa che, nel preciso intento di dominare i conflitti e annientare il dissenso, ammetteva il sindacato unico espressione dello Stato fascista, considerando reato il diritto di sciopero.

Così, attraverso la sentenza n. 120/2018, precipitato quasi consequenziale alle decisioni assunte dalla Corte EDU *Adefdromil c. France* e *Metelly c. France*, è stato dichiarato illegittimo l'art. 1475, comma 2, d.lgs. n. 66/10, nella parte in cui prevede che «i militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali», in luogo di prevedere che «i militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge».

2. Il controverso riconoscimento della libertà sindacale dei militari.

Il perimetro normativo multilivello all'interno del quale la disciplina sulla libertà sindacale dei militari avrebbe dovuto muoversi è costituito da una serie di fonti interne e sovranazionali.

A parte il già citato art. 39 Cost., significative sono le Convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) del 17 giugno 1948, n. 87 avente ad oggetto la protezione dei diritti di libertà sindacale nei confronti dello Stato, gli artt. 11 e 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'art. 5 della Carta Sociale Europea.

Pur riconoscendosi il principio della libertà sindacale nell'alveo dell'art. 39 Cost. e nel Capo I della Convenzione OIL n. 87, l'impianto normativo della legge n. 382/78 privilegiava l'aspetto della *separatezza* nell'attribuzione dei diritti ai militari rispetto ai civili cittadini.

Mentre la Costituzione contiene norme che impongono, nel bene o nel male, un bilanciamento rispetto ad altri valori costituzionalmente garantiti, come la difesa della Nazione, la tutela dell'ordine pubblico, l'efficienza del sistema militare che in teoria potrebbero anche giustificare limiti e compressioni al pur generale riconoscimento della libertà sindacale, la Convenzione OIL n. 87 considera la costituzione di «organizzazioni dei lavoratori» (e dei datori di lavoro) un «diritto» (artt. 2 e 5) non sottoposto ad alcun

«intervento [da parte delle Pubbliche autorità] tale da limitare questo diritto o da ostacolarne l'esercizio legale» (art. 3, comma 2).

Le organizzazioni, secondo la Convenzione OIL, non possono essere soggette a sospensione per via amministrativa; se dotate di personalità giuridica non sono comunque ammesse limitazioni all'esercizio dei diritti da parte dello Stato, ponendosi come unico limite espresso il rispetto della «legalità» (art. 8, comma 1), rinviando alle legislazioni dei singoli Stati la determinazione della misura in cui «le garanzie previste dalla presente convenzione si applicheranno alle Forze Armate ed alla polizia» (art. 9, comma 1).

Tale ultima disposizione richiamata comporta due effetti principali: in primo luogo, il legislatore nazionale ha il compito di operare un bilanciamento non per forza *al ribasso* delle garanzie contenute nella Convenzione OIL rivolte a tutti i lavoratori.

In secondo luogo, è ammissibile la diversificazione tra Forze Armate militari e corpi di polizia.

Il legislatore italiano, pertanto, riconosciuto il principio generale della libertà sindacale (rispetto al «diritto» della Convenzione OIL) e le garanzie contenute nell'art. 39 Cost., ha ritenuto optare per una limitazione *al ribasso* dei diritti sindacali tanto per la diffidenza nei confronti dell'organizzazione gerarchica delle Forze Armate, quanto per il bilanciamento con altri valori costituzionali poc'anzi individuati di cui i militari sono i primi soggetti a cui la Repubblica si riferisce.

Eppure, la pervasività di un obbligo multiforme inserito in Costituzione, ossia la definizione di un «ordinamento democratico» (art. 39, comma 3, Cost.), ovvero di uno «spirito democratico» (art. 53, comma 3, Cost.), non ha vinto la diffidenza del legislatore in relazione ad un (solo) potenziale e pericoloso conflitto di interessi tra i valori costituzionali in gioco.

Così l'idea del conflitto tra i *lavoratori in divisa* e il proprio datore di lavoro viene sostanzialmente rimossa in favore dell'interesse prevalente della «difesa della Patria» (art. 53, comma 1, Cost.) e della «fedel[tà] alla Repubblica» (art. 54, comma 1, Cost.), quasi come se l'esercizio dei diritti sindacali da parte dei militari possa mettere a repentaglio l'adempimento «con disciplina e onore» (art. 54, comma 2, Cost.) del servizio militare.

Questi profili emergono con forza nella legge n. 382/78, più volte sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, ma uscita indenne in diversi profili, nonostante la stessa Consulta abbia riconosciuto che l'adempimento allo spirito democratico implica l'assunzione «anche

all'interno dell'ordinamento militare [...] del godimento dei diritti costituenti il patrimonio inviolabile della persona umana»²³⁸, ammettendo altresì che le rappresentanze militari non coprono integralmente «l'arco delle possibili istanze collettive [ma che] la pacifica manifestazione del dissenso dei militari nei confronti dell'autorità militare – anche e soprattutto in forma collettiva per l'espressione di esigenze collettive attinenti alla disciplina è al servizio [...] – promuove lo sviluppo in senso democratico dell'ordinamento delle Forze Armate e quindi concorre ad attuare i comandamenti della Costituzione»²³⁹.

Un riconoscimento importante da parte della Consulta, secondo cui i militari, attraverso la «pacifica manifestazione del dissenso»²⁴⁰ esercitata nel rispetto del «razionale fondamento nelle esigenze di coesione dei corpi militari»²⁴¹, contribuiscono in qualche modo alla tutela e alla garanzia di ulteriori diritti fondamentali (la retribuzione e le pari opportunità, ad esempio).

In sostanza, la Corte ammetteva, certo, limitazioni alla libertà sindacale dei militari, ma al solo fine di perseguire i compiti istituzionali propri delle Forze Armate.

Pur leggendo tra le righe timide aperture al riconoscimento di diritti (o quantomeno di libertà) sindacali agli appartenenti alle Forze Armate, il legislatore e la Corte costituzionale non hanno mai superato l'antico retaggio dello «spirito militare» che, inteso come fedeltà assoluta alle Istituzioni della Repubblica, ammette(va) limitazioni (alla costituzione di organizzazioni sindacali) e compressioni (al diritto di sciopero).

Tali circostanze hanno costituito, in particolare a seguito della *smilitarizzazione*²⁴² dei Corpi di Polizia di Stato²⁴³, la *copertura costituzionale* della deroga all'art. 39 Cost. che avrebbe trovato giustificazione negli artt. 52 e 54 Cost.

Come è stato rilevato, «il processo di democratizzazione delle Forze Armate è risultato 'monco' per due ragioni: l'opzione di un assetto organizzativo 'separato' per la rappresentanza degli agenti di Pubblica Sicurezza (cristallizzata nella disposizione per cui non è consentito iscriversi a sindacati diversi da quelli del personale di polizia né assumere

²³⁸ Corte cost., sentenza n. 37/92.

²³⁹ Corte cost., sentenza n. 126/85.

²⁴⁰ Corte cost., sentenza n. 126/85

²⁴¹ Corte cost., sentenza n. 45/92.

²⁴² Su cui, cfr. F. Mancini, *Equivoci e silenzi sul sindacato di polizia*, cit.

²⁴³ La smilitarizzazione ha comportato un incremento della democraticità ordinamentale, nel senso della valorizzazione delle libertà individuali con riguardo all'esercizio dei diritti sindacali in forma collettiva, sebbene il diritto di sciopero continuava a rimanerne fuori. Su questi profili, si rinvia per approfondimenti a M. Nicolosi, *Libertà sindacale separata e Polizia di Stato*, in *Lav. giur.*, n. 11/2012, p. 1051 ss.

la rappresentanza di altri lavoratori) e la scelta di non riconoscere la medesima (limitata) libertà di associazione sindacale agli appartenenti gli altri corpi delle Forze Armate sulla base del postulato, avallato dalla giurisprudenza costituzionale, di una minaccia alla loro coesione²⁴⁴.

Nonostante i diversi moniti provenienti dall'Europa²⁴⁵ e gli auspici della dottrina per il superamento di una normativa caratterizzata da “esasperata autonomia”²⁴⁶, la Corte costituzionale continuava a rendere immuni le disposizioni contenute nella legge n. 382/78, rigettando le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Giudici rimettenti²⁴⁷.

In particolare, con la sentenza n. 449/99, è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, legge n. 382/78 sul divieto di costituire o di aderire ad associazioni sindacali di carattere militare per le solite esigenze di coesione interna, di neutralità e di democraticità delle Forze Armate che giustificano anche gli spazi di specialità rispetto alla disciplina dei Corpi della Polizia di Stato, poiché la mancata smilitarizzazione delle prime ammette una «circoscritta libertà sindacale» nell'ambito di un perimetro normativo speciale ed in deroga rispetto ai principi generali.

Nelle more della pronuncia in commento, veniva ratificata dall'Italia, con legge n. 30/99, la Carta Sociale Europea che, all'art. 5, obbligava gli Stati membri alla regolamentazione, anche per le Forze Armate, della libertà di associazione e di adesione ad organizzazioni sindacali, attribuendo al Comitato europeo dei diritti sociali la verifica dell'attuazione²⁴⁸.

Un riconoscimento importante, in teoria, ma che rimaneva ancora distante dalla concretizzazione di principi che non spiegavano effetti nell'ordinamento interno, tanto sul piano normativo (mancava in Costituzione l'art. 117 *post* Titolo V), quanto su quello giudiziario (il Comitato che ha il compito di vigilare sull'applicazione ed il rispetto della Carta Sociale Europea non è un organo giurisdizionale).

²⁴⁴ M. Ricci, *La fine di un “tabù”: il riconoscimento della libertà sindacale (limitata) dei militari*, cit., p. 3

²⁴⁵ Su cui, M. Turazza, *Dall'Europa l'ennesimo monito per il riconoscimento dei diritti sindacali ai militari*, pp. 2-3.

²⁴⁶ L. Menghini, *Le articolazioni del «diritto sindacale separato»*, cit. Sul tema, cfr. Altresì S. Zero, *Polizia. Dopo la firma del contratto nazionale. Più organizzati contro il crimine*, in *Nuova rass. sind.*, n. 4/1990, p. 42 ss.; L. Bartoli, *A dieci anni dalla 121. Una riforma tante polizie*, in *Nuova rass. sind.*, n. 22/1991, p. 29 ss.

²⁴⁷ Corte costituzionale, sentenze nn. 126/85, 24/89, 37/92. Su queste pronunce e su una rassegna della giurisprudenza, si rinvia a R. Messina, *Reclami collettivi e disciplina militare*, in *Foro it.*, n. 1/1985, p. 1593 ss.; R. Borrello, *Osservazioni in tema di riunione dei militari*, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 146 ss.; R. Nania, *Spunti in tema di potere disciplinare e diritto alla difesa*, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 206 ss.

²⁴⁸ Cfr., sul punto, M. Ricci, *La fine di un “tabù”*, cit., pp. 8-12, ma anche M. Turazza, *Dall'Europa l'ennesimo monito per il riconoscimento dei diritti sindacali ai militari*, cit., *passim*.

Eppure, come è stato rilevato, le libertà di associazione e di riunione sanciti nell'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea erano già state ritenute dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (e prima ancora della vincolatività della Carta) «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri»²⁴⁹, così configurando “la facoltà dei lavoratori di costituire liberamente associazioni e di attuare le iniziative che ritengono necessarie per la tutela dei propri interessi, essendo tale libertà necessaria a garantire un'efficace partecipazione all'interno di una società democratica”²⁵⁰.

Rimanevano, però, ben salde le ritrosie del legislatore sul tema secondo il quale l'istituzionalizzazione del dissenso è incompatibile con lo spirito democratico.

Diversamente accade quando, a partire dal *nuovo* art. 117, comma 1, Cost., «i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali» sono diventati via via sempre più pervasivi nell'ordinamento interno, anche in virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, della diversa dignità conferita dallo stesso alla Carta di Nizza del 2000 e degli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale.

Ex multis, la sentenza n. 348/07 del Giudice delle leggi ha chiarito una volta per tutte che le norme della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali vanno considerate «sub-costituzionali» e, conseguentemente, fungono da parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, impegnando la legislazione italiana a conformarsi alle norme della CEDU così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Eppure, nonostante l'apertura ad una verifica della costituzionalità *sovrana* delle norme interne, il legislatore italiano aveva nel mentre trasfuso i divieti contenuti nella legge 382/78 nel c.d. *Codice dell'ordinamento militare* che apparve sin da subito in contrasto con gli articoli 11 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La libertà di associazione, infatti, si pone come *genus* rispetto alla *species* libertà sindacale, la quale è considerabile «*one form or a special aspect of freedom of association*»²⁵¹ “che

²⁴⁹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, causa C-415/93, 15 dicembre 1995, *Bosman et al.*

²⁵⁰ M. Turazza, *Dall'Europa un nuovo monito per il riconoscimento dei diritti sindacali ai militari*, cit., p. 5, in particolare l'Autore richiama le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea *Maurissen et al.* Del 18 gennaio 1990, rinviando al tema della partecipazione dei lavoratori-militari nelle Forze Armate a G. Morbidelli, *I tre aspetti della democratizzazione delle Forze Armate*, in *Città & Regione*, n. 2/1976, pp. 44-45.

²⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Demir e baykar c. Turchia*, 12 novembre 2008.

realizza ancora più marcatamente quegli obiettivi di democrazia cui è funzionale la libertà di associazione nel suo complesso, consentendo così un'effettiva compenetrazione tra i diritti di natura sociale ed economica e quelli civili e politici”²⁵².

La giurisprudenza europea, quindi, iniziava ad assestarsi attorno ad orientamenti meno rigidi rispetto all'interpretazione dell'art. 11 CEDU²⁵³, ma soprattutto contrari rispetto agli arresti delle Corti nazionali sulle rispettive legislazioni interne²⁵⁴ e sempre più traballanti davanti alla duplice svolta storica: i casi *Matelly c. France* e *Adefdromil c. France*.

Nei due casi in esame la Corte EDU ha chiaramente fissato i principi generali a cui la legislazione degli Stati membri è obbligatoriamente sottoposta.

In primo luogo, qualsiasi limitazione rispetto alla libertà di associazione, ancorché ammissibile, è legittima esclusivamente se il fondamento risiede nella legge; in secondo luogo è altresì ammissibile in funzione di obiettivi legittimi; in terzo luogo è ancora ammissibile nella misura in cui appare come necessaria in un ordinamento democratico.

Nel caso francese (ma lo stesso varrà per l'Italia), i primi due requisiti appaiono soddisfatti, al contrario del terzo, tanto che la Corte EDU ha considerato irragionevole e sproporzionato il divieto di costituire o di aderire ad una associazione di carattere sindacale.

Nonostante la particolare struttura (gerarchica) e la peculiare attività lavorativa *di missione* esercitata dalle Forze Armate, la possibilità di limitare (e non di reprimere e/o comprimere) la libertà sindacale, pur contemplata dall'art. 11 CEDU, deve essere interpretata restrittivamente ed a condizione che il personale militare non sia privato del diritto generale di associazione in difesa dei propri interessi professionali, ancorché non economici.

Pertanto, il divieto assoluto di unirsi ad un sindacato di categoria, ovvero costituirlo ai fini della legittima tutela di interessi della categoria professionale, mina l'essenza stessa della libertà di associazione (anche sindacale) e, pertanto, non può essere considerato né necessario in un ordinamento democratico (anzi, si porrebbe in evidente antitesi), né ragionevole (proporzionato).

²⁵² M. Turazza, *Dall'Europa un nuovo monito per il riconoscimento dei diritti sindacali ai militari*, cit., p. 3.

²⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Su cui, cfr. P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 145-181.

²⁵⁴ Per una panoramica, cfr. P. Passaglia (a cura di), *La libertà di associazione sindacale dei militari*, Corte costituzionale, Servizio Studi – Area di diritto comparato, marzo 2018.

3. La sentenza 13 giugno 2018, n. 120 della Corte costituzionale: cosa convince e cosa non convince.

I profili controversi dei contenziosi in sede europea non tardarono a palesarsi innanzi alla Corte costituzionale italiana.

Il “tabù”²⁵⁵ cade a seguito di due ordinanze di rimessione provenienti dal Consiglio di Stato (ordinanza n. 02043/2017) e dal Tribunale Amministrativo per il Veneto (ordinanza n. 00981/2017).

L'antico muro eretto dall'art. 8 della legge n. 382/78, poi fortificato dall'impianto complessivo del d.lgs. n. 66/10, in particolare dall'art. 1475, sebbene già eroso dalle sentenze della Corte EDU, crolla inesorabilmente innanzi alla decisione della Corte costituzionale n. 120/18, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1475, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), in quanto prevede che i «i militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali» invece di prevedere che «i militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali»²⁵⁶.

Rispetto alla questione di legittimità costituzionale che ha provocato la sentenza di rigetto n. 449/99, la Corte riconosce come i Giudici rimettenti abbiano individuato «nuovi profili di legittimità, in quanto le fonti internazionali [richiamate] che concorrono ad integrare l'art. 117, primo comma, Cost. riconoscono il diritto di associazione sindacale anche ai militari ed escludono per ciò stesso la possibilità di per gli ordinamenti nazionali di negarlo o di prevedere restrizioni al suo esercizio tali da comportarne la sostanziale soppressione»²⁵⁷.

Un approccio della giurisprudenza costituzionale ormai consolidato relativamente al ruolo che le fonti internazionali e sovranazionali interposte rivestono nell'ordinamento interno. A seguito delle note *sentenze gemelle* nn. 348 e 349 del 2007, la Corte è infatti venuta a precisare, in una serie di pronunce successive, la funzione *integrativa* del parametro costituzionale che le fonti internazionali e sovranazionali, “da font[i] ordinari[e] a font[i]

²⁵⁵ M. Ricci, *La fine di un “tabù”: il riconoscimento della libertà sindacale (limitata) dei militari*, cit.

²⁵⁶ Corte cost., sentenza n. 120/2018, P.Q.M.

²⁵⁷ Corte cost., sentenza n. 120/18, cons. diritto p.to 7.

subcostituzionali”²⁵⁸, possono assumere alla luce dell’art. 117, comma 1, Cost., affermando più volte la necessità di una armonizzazione di tali fonti (e della giurisprudenza che ne esplicita il significato normativo) con i principi e gli interessi costituzionalmente rilevanti del sistema interno²⁵⁹.

È pur vero, allo stesso tempo, che i diritti e le libertà sindacali riconosciuti nell’art. 39 Cost. vanno bilanciati con «misure compensative»²⁶⁰ che tengano conto della peculiare organizzazione interna delle Forze Armate e dei compiti di difesa e sicurezza che le stesse sono chiamate a compiere in attuazione dei principi costituzionali di neutralità (artt. 97 e 98 Cost.) e di democraticità (art. 52 Cost.).

Diversi sono gli spunti che la pronuncia in questione consegna al dibattito dottrinale, già analizzati da diversi contributi.

La sentenza n. 120/18, infatti, oltre a riconoscere una “limitata”²⁶¹ libertà sindacale alle Forze Armate²⁶², apre una porta, sebbene in realtà ancora “socchiusa”²⁶³, all’utilizzo della Carta sociale europea quale “norma interposta nel giudizio di legittimità delle leggi”²⁶⁴, ponendo la stessa in posizione “complementare”²⁶⁵ rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

²⁵⁸ D. Tega, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a “fonte sub-costituzionale” del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1/2008, pp. 133-136.

²⁵⁹ cfr., *ex multis*, Corte cost., s. n. 49/2015, ord. n. 24/2017 e 115/2018. Su questi aspetti, si segnalano, in particolare, D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, pp. 400-404; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2015; G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *forumcostituzionale.it*, 7 dicembre 2015; M. Bassini e O. Pollicino, *The Taricco Decision: a last attempt to avoid a clash between EU law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsbloq.de*, 28th of January of 2017; A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Giur. cost.*, n. 1/2017; V. Faggiani, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017; P. Faraguna, *Roma locuta, Taricco infinita*, in *diritticomparati.it*, 5 giugno 2018; A. Ruggeri, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Giur. cost.*, n. 3/2018; *ID.*, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018.

²⁶⁰ Corte cost., sentenza n. 120/18, cons. diritto p.to 8.

²⁶¹ M. Ricci, *La fine di un “tabù”: il riconoscimento della libertà sindacale (limitata) dei militari*, cit.

²⁶² Nello stesso senso anche G. Canale, *La libertà di associazione sindacale militare: il primo passo di un cammino ancora lungo (nota alla sentenza della Corte costituzionale 11 aprile 2018, n. 120)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018.

²⁶³ S. Sturmiolo, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora “socchiusa” per la Carta sociale europea*, in *forumcostituzionale.it*, 13 luglio 2018.

²⁶⁴ G. Monaco, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l’utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità delle leggi*, in *forumcostituzionale.it*, 20 settembre 2018.

²⁶⁵ I. Tricomi, *Complementarietà tra CEDU e Carta sociale europea: principi costituzionali, parametri europei, proporzionalità e ruolo dei Giudici. Il caso della libertà sindacale dei militari*, in *Rass. Dir. pubbl. Eur. On-line*, giugno 2018.

La Corte costituzionale edifica il giardino all'interno del quale il legislatore ha il compito di far germogliare i diritti sindacali, ancorché nell'ambito di *condizioni e limiti* che «sono già desumibili dall'assetto costituzionale della materia [ma che] è opportuno puntualizzare in sede legislativa»²⁶⁶.

Riconosciuta la possibilità, per i militari, di costituire associazioni sindacali, diversamente da quanto affermato dall'art. 1475, comma 2, resta ferma l'applicazione del primo comma del predetto articolo (norma peraltro non oggetto del sindacato di costituzionalità), secondo cui «la costituzione di associazioni o circoli fra militari è subordinata al preventivo assenso del Ministro della difesa»²⁶⁷.

Rimane fermo, inoltre, il «divieto di esercizio del diritto di sciopero»²⁶⁸: sebbene la stessa Consulta riconosca una penetrante compressione di un «diritto fondamentale» (così considerato anche dalla Costituzione, diversamente dalla «libertà» sindacale, ex art. 39, comma 1, Cost.) che va giustificata per la necessità di garanzia e tutela di altre «libertà» e «interessi» costituzionalmente rilevanti.

Mentre la “*pars destruens*”²⁶⁹ della sentenza n. 120/18 mira ad espungere dall'ordinamento un divieto che sembrava irragionevole già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, ma caduto solo a seguito dei robusti orientamenti della Corte EDU, è la “*pars costruens*”²⁷⁰ che non appare, a sommosso avviso di chi scrive, *appagante*.

La Corte costituzionale traccia la strada al legislatore imponendo, già in sede di definizione normativa della materia, un bilanciamento tra «diritti» da negare (lo sciopero, ad esempio) e «libertà» e «interessi» da tutelare, senza che vi sia un solo parametro di riferimento ad esclusione degli artt. 97, 98 e 52 Cost.

Si potrebbe andare oltre il laconico dettato del Giudice delle leggi, ricavando nella Carta costituzionale limiti ulteriori che gli appartenenti alle Forze Armate hanno, più di ogni altro cittadino, tra cui il compito di difendere e promuovere la libertà personale, di circolazione e di riunione, ad esempio.

Ebbene, pur nell'ambito di un bilanciamento necessario (e condiviso) con queste «libertà», v'è da chiedersi fino a che punto possa incidere o meno con esse il controllo preventivo in

²⁶⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 120/18, cons. diritto p.to 16.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Corte cost., sentenza n. 120/18, cons. diritto p.to 17.

²⁶⁹ M. Ricci, *La fine di un “tabù”: il riconoscimento della libertà sindacale (limitata) dei militari*, cit., pp. 10-14.

²⁷⁰ *Ibidem*, pp. 15-17.

punto a costituzione di un sindacato militare o l'esercizio del diritto di sciopero.

Sul primo profilo, si fa fatica a comprendere come possa impattare negativamente la mancata previsione di un controllo preventivo sulla costituzione di organismi sindacali che, voglia o non si voglia, debbono in ogni caso rispettare il combinato disposto tra l'art. 39, comma 3 e l'art. 53, comma 3, Cost. secondo cui sindacati devono dotarsi di un «ordinamento interno a base democratica», informato (secondo profilo) «allo spirito democratico».

Qualsiasi statuto di qualunque organizzazione sindacale non può prescindere da condizioni che, come la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto, possono (anzi, devono) essere rinvenuti all'interno dell'ordinamento.

E non è detto che il controllo preventivo da parte, ad esempio, del Ministero della difesa, possa epurare da scorie *antidemocratiche* gli statuti che comunque rimangono annullabili dal Giudice del merito competente.

Se, poi, questo tipo di controllo verrà riservato al vertice dell'ordinamento militare, apparirà ancor di più inopportuno, irragionevole e anche incostituzionale per violazione dell'art. 39, comma 1, Cost., considerata la struttura fortemente gerarchica delle Forze Armate che sconsiglierebbe una soluzione di tal guisa.

Diversamente (anche se non tanto), per quanto concerne la compressione del diritto di sciopero.

Anche in questo caso, la Corte costituzionale si mantiene ben distante dall'individuare «libertà» e «interessi» messi a rischio dall'esercizio di quello che l'art. 40 Cost. considera un vero e proprio «diritto» che ha conosciuto la sua prorompente espansione proprio a seguito di pronunce *storiche* che hanno espunto limiti e divieti posti dall'ordinamento corporativo nel codice Rocco²⁷¹.

Il diritto sciopero, riconosciuto da autorevole dottrina quale “potente strumento di effettività”²⁷² funzionale alla garanzia e all'attuazione propositiva e dinamica dei diritti sindacali, va regolato (quindi riconosciuto, ancorché con precisi limiti) e non completamente sacrificato, come si ricava già tra le righe dell'art. 40 Cost.

Anche sul versante dello sciopero, in assenza di specificazioni da parte della sentenza n.

²⁷¹ Diverse sono le sentenze della Corte costituzionale, tra cui la n. 29/60, n. 123/62, n. 141/67, n. 290/74, n. 165/83.

²⁷² G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, Carocci, 2007, p. 223.

120/18, è compito dell'interprete capire se ed in che modo l'esercizio di forme di autotutela di interessi collettivi possa incidere, nel bene e nel male, sull'esercizio di altri diritti costituzionalmente tutelati.

Nel male (ma solo potenzialmente), una riduzione del personale in servizio (sempre entro certi limiti, come si dirà) potrebbe avere ripercussioni su alcune libertà fondamentali.

Certo, meno militari significa maggiore esposizione al rischio della proliferazione di azioni di disturbo alla collettività, quindi meno sicurezza, meno controllo, meno repressione.

Ciò è vero solo in teoria se si pensa che, ad esempio, proprio gli orari notturni in cui si verificano maggiormente episodi di violenza, richiedono maggiore presenza delle Forze Armate (si pensi ai Carabinieri) che, al contrario, lavorano in un numero ridotto.

Nel bene, probabilmente i benefici diretti ed indiretti nei confronti degli appartenenti alla categoria *militare* si riverberano certamente nei confronti di altri «diritti» costituzionalmente garantiti, come le pari opportunità (artt. 3, 37 e 51 Cost.), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), il diritto ad una retribuzione sufficiente ed adeguata alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato (art. 36 Cost.).

Ed allora, se a fronte di timori non sempre giustificabili, la Corte costituzionale avesse riflettuto sulla necessità (soprattutto nel comparto militare) di come l'esercizio di forme di autotutela collettiva siano effettivamente in grado di implementare i diritti fondamentali dei militari, forse sarebbe arrivata a conclusioni meno estreme (almeno per quanto concerne il diritto di sciopero).

Un bilanciamento che manca nella parte in cui la Corte stabilisce, forse un po' troppo frettolosamente ed in maniera *tranchant*, «il divieto di esercizio del diritto di sciopero».

Peraltro, lo sciopero, rispetto ad altri «interessi», rimane pur sempre un «diritto», per cui se il riconoscimento è la regola, le limitazioni eccezioni e le compressioni inammissibili, allora la Consulta avrebbe dovuto tracciare una strada parzialmente diversa rispetto a quella costellata di condizioni e limiti.

Pur nella consapevolezza della particolare funzione dei militari, in Costituzione esistono diversi contrappesi in grado di fugare qualsiasi dubbio sulla *antidemocraticità supposta e presunta* delle organizzazioni sindacali dei militari e sull'esercizio dei diritti sindacali che, peraltro e come si è avuto modo di vedere, la stessa Corte costituzionale individua (artt. 39, 52, 97 e 98 Cost.).

A partire dal momento in cui lo sciopero si è affrancato come diritto, diversamente dal

passato, pur adattandosi a condizioni e limitazioni imposte da un bilanciamento sviluppatosi nel giardino dei diritti costituzionali, ha superato definitivamente la concezione liberista della parità assoluta tra le parti collettive nel conflitto e, sulla base del rapporto di forza esistente tra le stesse, ha assunto dignità, appunto, come diritto costituzionalmente riconosciuto e, come tale, insopprimibile.

Lo sciopero rientra in quelli che autorevole dottrina ha classificato come *diritti pubblici di libertà*²⁷³: la norma opera nel rapporto tra Stato e cittadino nel senso che non può essere emanato alcun provvedimento che contrasti con tale diritto²⁷⁴ che, rilevando anche nei rapporti tra privati, va trattato come un vero e proprio *diritto soggettivo*²⁷⁵, escludendosi, *in nuce*, qualsiasi ipotesi di responsabilità (penale e civile), prevalendo l'interesse all'autotutela del lavoratore sul diritto del datore di lavoro ad ottenere la prestazione lavorativa²⁷⁶.

4. Qualcosa è cambiato (ma non troppo). Considerazioni critiche e alcune proposte.

Pur considerando la sentenza della Corte costituzionale un discreto passo in avanti “di un cammino ancora lungo”²⁷⁷, rimangono diversi nervi scoperti riguardanti l'organizzazione sindacale dei militari.

La dottrina che ha analizzato l'impianto motivazionale della sentenza ha evidenziato diversi profili poco convincenti della pronuncia.

In primo luogo, il monito non troppo velato che la Corte indirizza al legislatore in punto a mantenimento di una disciplina *speciale* che, rispetto all'esercizio dei *diritti di azione sindacale*, (e, su tutti, il diritto di sciopero) pare essere potenzialmente in conflitto con il severo rispetto dei canoni di rettitudine, probità ed onestà.

²⁷³ Per un profilo generale sulle considerazioni di P. Calamandrei, cfr. E. Di Salvatore (a cura di), *L'avvenire dei diritti di libertà*, Gorgonzola, Galaad Edizioni, 2018.

²⁷⁴ P. Calamandrei, *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. Lav.*, 1952.

²⁷⁵ C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, p. 149.

²⁷⁶ Così, L. Mengoni, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in AA.VV., *Sciopero e serrata nei Paesi della CECA*, Milano, Giuffrè, 1961; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994.

²⁷⁷ G. Canale, *La libertà di associazione sindacale militare: il primo passo di un cammino ancora lungo (nota alla sentenza della Corte costituzionale 11 aprile 2018, n. 120)*, cit.

In secondo luogo, la scelta netta verso l'istituzionalismo normativo rispetto alla partecipazione all'ordinamento democratico²⁷⁸.

In terzo luogo, il timore (infondato, come detto) “della soggezione e della subalternità dell'associazionismo sindacale alle strutture (sempre più *liquide*) di quel che rimane dei partiti politici”²⁷⁹ rispetto al potenziale (ma quanto mai lontano) *sacrificio* dei principi costituzionali di cui agli artt. 39, comma 3, 52, comma 3, 54 u.c., 97 e 98 della Costituzione²⁸⁰.

Timori e condizioni che hanno contaminato la circolare del 21 settembre 2018, “Sentenza della Corte costituzionale n. 120/2018. Procedure per la costituzione di associazioni professionali tra militari a carattere sindacale”²⁸¹ e che pare siano state recepite in pieno dal legislatore (A.C.-875 e A.C.-1060 riuniti).

Le disposizioni che esaltano la trasparenza e il riconoscimento dei diritti sindacali rischiano di essere “disinnescate”²⁸² per la particolare struttura dell'associazionismo militare che

²⁷⁸ S. Sturmiolo, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora “socchiusa” per la Carta sociale europea*, pp.7-8.

²⁷⁹ M. Ricci, *La fine di un “tabù”: il riconoscimento della libertà sindacale (limitata) dei militari*, cit., p. 17.

²⁸⁰ Eppure, la giurisprudenza di merito ha più volte temperato il limite di cui all'art. 98 Cost., come ad esempio Cons. Di Stato, sez. IV, 12 dicembre 017, n. 5845, secondo cui «non costituisce illecito disciplinare la mera iscrizione di un militare ad un partito politico. Costituisce illecito disciplinare l'assunzione, da parte di un militare, di qualsivoglia carica, anche onoraria, all'interno di un partito politico».

²⁸¹ La circolare prevede: a) il divieto di avvalersi del diritto di sciopero; b) il divieto di aderire o federarsi ad altre associazioni sindacali non militari; c) uso di denominazione idonea ad evidenziarne la natura di associazione professionale militare, sia pure a carattere sindacale, e che non richiami, in modo equivoco, sigle sindacali per le quali sussiste il divieto di adesione; d) adesione del solo personale militare in servizio o in ausiliaria, quest'ultimo in quanto pienamente assoggettabile ad obblighi di servizio; e) iscrizione del personale militare di qualsiasi ruolo e grado e tutela degli interessi di tutti gli iscritti, a prescindere dal ruolo di appartenenza; f) esclusione delle competenze, o comunque delle finalità statutarie, della trattazione delle materie attinenti a ordinamento, addestramento, operazioni, settore logistico-operativo, rapporto gerarchico funzionale e impiego del personale; g) estraneità, anche in termini di partecipazione e sostegno alle competizioni politiche ed amministrative, comunitarie, nazionali e territoriali di qualsivoglia livello e natura; h) rispetto del principio di democraticità delle Forze Armate ai sensi dell'art. 52 Cost., anche la fine di rendere effettiva la libertà di associazione riconosciuta, con particolare attenzione alla elettività delle cariche direttive, per le quali deve essere dunque prevista una durata temporale ben definitiva e la rieleggibilità solo dopo un adeguato periodo di tempo; i) osservanza del principio di neutralità delle Forze Armate ai sensi degli artt. 97 e 98 Cost., valido per tutto il pubblico impiego e a maggior ragione per i Corpi deputati alla difesa della Patria; l) chiarezza inequivocabile riguardo alla struttura organizzativa, alle modalità di costituzione e funzionamento nonché alle fonti di finanziamento, consistenti esclusivamente nei proventi derivanti dalle deleghe connesse al versamento delle quote da parte degli associati; m) assenza di finalità lucrative e previsione di rendiconti patrimoniali annuali, con carattere di massima trasparenza e visibilità; n) rispetto dei principi di trasparenza e *privacy*, come dettati dall'ordinamento, e precisione che, a normativa vigente, restano valide le competenze degli organi di rappresentanza militare.

²⁸² C. Iafrate, *Associazioni militari a carattere sindacale: cronaca di un disinnescamento. Parte seconda*, in *studiocataldi.it*, p. 3.

riserva alle rappresentanze militari l'autotutela da svolgersi sempre e comunque nell'ambito del bilanciamento e dei limiti individuati dalla Corte.

L'*autorizzazione* che il legislatore definisce elegantemente *preventivo assenso* rischia infatti di trasformare il riconoscimento della libertà sindacale dei militari in un controllo capillare dell'attività di sindacati e sindacalisti, mascherato dietro il rispetto (comunque ineludibile) dello «spirito democratico» (art. 52, comma 3, Cost.), della «disciplina [e dell'] onore» (art. 54, comma 2, Cost.), della neutralità (riconducibile, nel caso specifico, all'imparzialità della Pubblica amministrazione, ex art. 97 Cost.), del servizio alla Nazione (art. 98, comma 1, Cost.) e dietro l'esigenza della coesione interna al corpo militare.

La possibilità paventata di aprire la sindacalizzazione anche ai militari pensionati e/o in congedo appare una forzatura se si valutano le funzioni delle organizzazioni sindacali, orientate (almeno in teoria) alla tutela dei *militari attivi* piuttosto che di quelli *a riposo*.

Un sindacato *aperto* alla rappresentanza anche dei militari *a riposo* rischia infatti di ripercorrere il lento declino che ha caratterizzato l'ultima fase del sindacalismo confederale italiano, erodendo la tradizionale funzione della rappresentanza del sindacato, divenuto oggi un colosso dai piedi d'argilla, a fronte di un approdo solo apparentemente forte, ma “impantanato in una sorta di autoreferenzialità con mutazione genetica, perdendo, così, di vista, la propria missione storica che consiste nel tutelare i diritti dei propri iscritti complessivamente e senza distinzione tra pensionati, garantiti e precari”²⁸³.

Sia chiaro, non escludere i *militari a riposo* vietandone l'iscrizione (questo anche sarebbe un limite palesemente incostituzionale), ma riservando loro non tanto compiti di rappresentanza, quanto funzioni diverse, come ad esempio con compiti di raccordo con le Istituzioni e di *raffreddamento* dei conflitti.

Infine, il silenzio del legislatore per quanto concerne la regolazione del diritto di sciopero è un segnale inverso rispetto ai proclami sulla democratizzazione dell'apparato ed il recupero di dialettica e fiducia con le istituzioni.

Il divieto *tout court* al riconoscimento del diritto di sciopero appare un passo indietro rispetto alle conquiste raggiunte dai lavoratori a cui la stessa Corte costituzionale ha contribuito.

²⁸³ L. Di Majo, *Art. 39 Cost. e contratto collettivo*, in *federalismi.it*, 20 dicembre 2017, p. 23.

Come accaduto per i sindacati di Polizia di Stato (anche se in quella sede qualcuno riteneva ammissibili, ancorché con numerose garanzie, il diritto di sciopero)²⁸⁴, l'idea di un sindacato *autonomo e chiuso*, circoscritto nel riconoscimento delle libertà sindacali, pur trovando la sua *ratio* nella particolare natura delle funzioni attribuite al personale, rischia in realtà di allontanare il personale militare da contesti conflittuali che non per forza devono essere percepiti negativamente.

Quali soluzioni rispetto a quelle proposte e cantierate in Parlamento?

In primo luogo, eliminare la prevista autorizzazione alla costituzione del sindacato militare perché retta su preoccupazioni infondate e, in ogni caso, incostituzionale.

In secondo luogo, ammettere il diritto sciopero, ancorché previa indicazione di una serie di contrappesi che riducano al minimo le paventate preoccupazioni palesate dalla sentenza n. 120/2018.

Una strada da percorrere potrebbe essere quella già tracciata in tema di servizi essenziali, magari prevedendo una *Commissione di garanzia* paritetica in cui seggano rappresentanti delle Istituzioni e del personale militare *a riposo*, così preservando la neutralità e la coesione interna delle Forze Armate.

Sarà quindi la legge ad individuare compiti e funzioni della Commissione tra cui, ad esempio, l'obbligo di indicare la durata dello sciopero, di garantire le prestazioni essenziali ed indispensabili, così da non pregiudicare i diritti fondamentali dei cittadini, le esigenze di sicurezza e i limiti indicati dalla Corte costituzionale.

Magari prevedere una sorta di *preavviso di sciopero* entro un termine congruo con funzione di *effetto annuncio*.

Prevedere il divieto (questo sì, ragionevole, a parere di chi scrive) limitatamente al personale che partecipa a missioni internazionali, visti i delicati compiti che lo Stato italiano gli assegna.

Questi i profili critici evidenziati sui quali è bene esortare il legislatore ad essere parco e razionale.

Quel che conta, in teoria e in pratica è non arroccarsi dietro convinzioni ideologiche che non tengono conto delle esigenze di partecipazione dialettica in funzione della tutela dei diritti fondamentali pur garantiti dalla Costituzione.

²⁸⁴ Sul punto, in particolare la copiosa bibliografia in nota, cfr. M. Nicolosi, *Libertà sindacale separata e Polizia di Stato*, cit., in particolare p. 1054 ss.

Servirebbe a poco trincerarsi dietro posizioni ideologiche anacronistiche, se non a svuotare l'intento riformatore di un legislatore che, seguendo un'impostazione dogmatica rigida, così come suggerito dalla Corte costituzionale, rischia di vanificare tutti gli obiettivi volti all'implementazione della partecipazione democratica, della responsabilità e della trasparenza che difficilmente possono trasformare le organizzazioni sindacali militari da strumenti proattivi alla difesa e alla garanzia dei diritti, in strumenti ostili e operanti al di fuori del perimetro costituzionale.

Abstract: Dopo la sentenza n. 120/18 della Corte costituzionale, il legislatore è chiamato a dare attuazione ai diritti sindacali dei militari. Da un lato, il Giudice delle leggi ha riconosciuto il diritto all'organizzazione sindacale, ma dall'altro ha indicato una serie di limiti che il legislatore sarebbe chiamato a rispettare. I progetti di legge in discussione, così come la pronuncia della Corte, appaiono in alcuni punti discutibili. I profili critici evidenziati suggeriscono un'istruttoria maggiormente approfondita nel corso dell'esame parlamentare e un bilanciamento maggiormente attento rispetto a quanto la Corte ha sentenziato.

Abstract: After the sentence n. 120/18 of the Constitutional Court, the legislator is called to implement the trade union rights of the military. On the one hand, the Judge of Laws recognized the right to trade union organization, but on the other hand he indicated a series of limits that the legislator would have to respect. The bills under discussion, as well as the Court's ruling, appear in some questionable points. The critical profiles highlighted suggest a more thorough investigation during the parliamentary examination and a more careful balancing with respect to what the Court ruled.

Parole chiave: libertà sindacale – Corte EDU – Corte costituzionale – diritti – militari.

Key words: trade union freedom - EDU Court - Constitutional Court - rights - military.

LA DIMENSIONE SOCIALE DEL DIRITTO AMBIENTALE (NOTA A CORTE COSTITUZIONALE 26 SETTEMBRE/8 NOVEMBRE 2017, N. 232)*.

di Giovanni Terrano**

Sommario. 1. Breve premessa. – 2. La valutazione di impatto ambientale: una procedura di conoscibilità. – 3. La problematica del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia ambientale: cenni. – 4. La decisione della Corte costituzionale. – 5. La *ratio* sottostante la decisione della Corte costituzionale. – 6. A mò di conclusione: il diritto dell'ambiente come diritto sociale.

132

1. Breve premessa.

La sentenza n. 232 del 26 settembre 2017 della Corte costituzionale risulta di particolare interesse in quanto propone una lettura del concetto di ambiente incentrata soprattutto sulla sua dimensione sociale.

Prima ancora di procedere ad una analisi dettagliata della decisione in commento, va sottolineato che il diritto dell'ambiente è un vero e proprio diritto sociale che spetta al cittadino sia come singolo – per quanto attiene al profilo della tutela della salute – che come membro della collettività. Ciò significa che il bene ambiente appartiene a tutti gli individui che non hanno solo il diritto di fruirne, ma anche il dovere di conservarlo e preservarlo. Pertanto, a questo diritto, ricostruito come posizione soggettiva autonoma, possono essere attribuite le due componenti fondamentali proprie dei diritti sociali, cioè, da un lato, come già chiarito, il fatto di costituire una posizione giuridica soggettiva riconosciuta ad un soggetto in quanto singolo e dall'altro in quanto interesse della collettività.

Le conclusioni cui giunge la Corte costituzionale nella decisione in esame ben si prestano ad una interpretazione del diritto dell'ambiente come diritto sociale, soprattutto se si tiene presente che la V.i.a., per determinati progetti, è subordinata all'esito di una fase preliminare di verifica dell'assoggettabilità alla valutazione d'impatto ambientale –

* *Sottoposto a referaggio.*

** Docente a contratto di Istituzioni di Diritto pubblico – Università di Napoli “Federico II”.

*screening*²⁸⁵ – attraverso la quale si chiarisce concretamente se il progetto possa produrre effetti negativi sull'ambiente. Per questi fini si evidenzia come, ai sensi dell'art. 20 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nella V.i.a. la presenza di tale *screening* contemperì l'esigenza di semplificazione dei procedimenti con la partecipazione e la ponderazione degli interessi coinvolti dalle fattispecie concrete.

Nello specifico il Giudice delle leggi sottopone allo scrutinio di legittimità costituzionale svariate disposizioni della legge della Regione siciliana 10 agosto 2016, n. 16 (Recepimento del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia approvata con Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380)²⁸⁶.

La questione trae origine dall'assunto che lo Statuto regionale, all'art. 14, primo comma, prevede in favore della Regione siciliana una competenza legislativa esclusiva in materia di *urbanistica*, da esercitarsi «nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato» e nel rispetto delle cd. «norme di grande riforma economico – sociale».

Il ricorso impugna la legge regionale sul presupposto che la giurisprudenza costituzionale, in materia di «tutela ambientale», ha più volte chiarito che la disciplina statale del «bene ambiente», in quanto volta a garantire tutela ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario²⁸⁷, deve prevalere rispetto a quella posta dalle Regioni e Province autonome, salvo che queste ultime non intervengano in modo più rigoroso. Per cui «la disposizione impugnata, nel prevedere genericamente l'assoggettamento ad attività edilizia libera di tutti gli impianti da fonti rinnovabili, li sottrarrebbe alla verifica di assoggettabilità a V.i.a., stabilita dalla normativa statale in materia di tutela dell'ambiente e, quindi,

²⁸⁵ Ai sensi dell'art. 20 del d. lgs. n. 152 del 2006 il soggetto proponente deve trasmettere il progetto preliminare all'autorità competente, nonché dare sintetico avviso nella Gazzetta Ufficiale per i progetti di competenza statale, ovvero nel Bollettino Ufficiale per i progetti di competenza regionale, ed infine anche all'albo pretorio dei Comuni interessati. Entro quarantacinque giorni dalla pubblicazione dell'avviso chiunque abbia interesse può far pervenire le proprie osservazioni; tenuto conto delle osservazioni che sono state presentate, nei quarantacinque giorni successivi l'autorità competente deve pronunciarsi sulla necessità o meno di sottoporre a V.i.a. il progetto trasmesso.

²⁸⁶ Con la decisione in esame, la Corte «[...] dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, lett. f), della legge della Regione siciliana 10 agosto 2016, n. 16 (Recepimento del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380), nella parte in cui consente di realizzare, senza alcun titolo abilitativo, tutti gli interventi inerenti agli impianti ad energia rinnovabile di cui agli artt. 5 e 6 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 (Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE) senza fare salvo il previo espletamento della verifica di assoggettabilità a VIA sul progetto preliminare, qualora prevista». Il presente commento prende in esame una sola questione trattata dalla Corte Costituzionale e cioè la realizzazione senza titolo abilitativo di tutti gli interventi inerenti agli impianti ad energia rinnovabile prevista dall'art. 3, comma 2, lettera f) della legge della Regione siciliana 10 agosto 2016, n. 16.

²⁸⁷ V. al riguardo B. Caravita, L. Casseti e A. Morrone, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, p. 32 e ss.

eccederebbe delle competenze legislative esclusive riconosciute alla Regione siciliana dall'art. 10, secondo comma, dello statuto in materia di urbanistica. Il ricorrente segnala, infatti, che l'art. 5 del d. lgs. 3 marzo 2011, n. 28 assoggetta la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili alla procedura per il rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 che fa salvo, qualora previsto, l'espletamento della verifica di assoggettabilità a V.i.a., disciplinato dall'art. 20 del decreto legislativo n. 152 del 2006» (paragrafo 3, in fatto).

2. La valutazione di impatto ambientale: una procedura di conoscibilità.

Prima di soffermarsi sull'analisi della decisione della Corte costituzionale, è utile premettere brevi cenni sull'oggetto della sentenza in analisi, e cioè sulla valutazione d'impatto ambientale (V.i.a.)²⁸⁸ allo scopo di focalizzare i suoi profili essenziali alla luce della normativa statale.

²⁸⁸ Per un'analisi approfondita dell'istituto della V.i.a. si rimanda ad A. Lucarelli, *Osservazioni in tema di «Impatto ambientale»*, in *Rass. dir. civ.*, 1989; A. Police, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. dell'Anno ed E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013, p. 527 ss.; C. Malinconico, *La prevenzione nella tutela complessiva dell'ambiente: La valutazione di impatto ambientale*, in C. Malinconico, *I beni ambientali*, vol. V, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1991; S. Grassi, *Problemi di attuazione della direttiva comunitaria sulla valutazione di impatto ambientale per i progetti di cui all'allegato II* (art. 4, par. 2, direttiva n. 85/337/CEE), in *Gazzetta Ambiente*, 1997; V. Grado, *Tendenze evolutive della politica comunitaria dell'ambiente in relazione al quarto programma d'azione*, in *Dir. eur.*, 1993, p. 24; A. Cutrera, *La direttiva 85/337/CEE sulla valutazione di impatto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1987, p. 499 ss.; S. Grassi, *Il quadro europeo sulla VIA*, in *Gazzetta Ambiente*, n. 1/1997, p. 3; R. Ferrara (a cura di), *La valutazione di impatto ambientale*, Padova, 2000; F. Fonderico, *Valutazione di impatto ambientale*, in *Dizionario diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, p. 6171; ID., *La tutela dell'ambiente*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2000 ed. 2003; A. Chiuzzi, *Gli strumenti del diritto dell'ambiente: i procedimenti ambientali*, in R. Rota (a cura di), *Lezioni di diritto dell'ambiente*, cit., p. 88; J.H. Jans, *European Environmental Law*, Groningen, 2008, 311; R. D'Alessio e A. Tancredi, (voce) *Valutazione Impatto Ambientale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Milano, 1994, 1-9; A. Milone, *Ponte sullo stretto: il Consiglio di Stato afferma la legittimità della V.i.a., del progetto preliminare*, in *RGE*, 2006, p. 136; ID., *Il TAR Veneto si pronuncia sul progetto Mose di Venezia*, ivi, p. 288; ID., *Orientamenti giurisprudenziali in materia di VIA*, in *RGE*, n. 1/2011, II., p. 19; G. Pagliari, *Pianificazione urbanistica e ambiente – VIA e VAS*, in *RGU*, 2011, p. 135; C. Bevilacqua, *Commento all'art. 13 t.u. enti locali*, in *Codice dell'urbanistica*, Torino; A. Milone, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di VIA*, *RGE*, n. 19/2011.

La V.i.a. è un istituto di origine comunitaria, introdotto nel nostro ordinamento dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente²⁸⁹ – legge 8 luglio 1986, n. 349²⁹⁰ – la cui finalità consiste nella verifica della compatibilità ambientale di determinate attività.

Difatti la V.i.a. prevede che i progetti pubblici o privati di notevole impatto sull'ambiente siano sottoposti ad una verifica preventiva di compatibilità ambientale, sulla base di una procedura che coinvolge varie amministrazioni a vario titolo competenti. Infatti, la V.i.a. va effettuata considerando molteplici fattori ambientali sia biotici che abiotici, anche in correlazione tra di loro che intersecano vari settori di competenza di diverse amministrazioni.

In origine sulla V.i.a. doveva pronunciarsi il Ministero dell'ambiente, mentre oggi la competenza è ripartita tra lo Stato e le Regioni, in alcuni casi anche le Province, secondo la rilevanza e la natura del progetto²⁹¹.

L'obiettivo della V.i.a. è quello di valutare preventivamente tutte le eventuali implicazioni ambientali di una determinata opera per prevenire o ridurre al minimo danni all'ambiente, eventualmente anche rinunciando alla realizzazione della stessa²⁹², e, quindi, non di rimediare ad un danno già avvenuto, ma di prevenire un eventuale pregiudizio.

Nella V.i.a. coesistono sia aspetti di discrezionalità amministrativa, tipici della materia ambientale, che aspetti di discrezionalità tecnica, data la complessità delle valutazioni da adottare in materia. E' stato infatti osservato che nella V.i.a. ha luogo «una ponderazione complessa, che coinvolge profili tecnici e profili di vera e propria opportunità, tali da

²⁸⁹ La dottrina fa risalire la nascita della V.i.a. al 31 dicembre 1969, quando negli Stati Uniti d'America, il Congresso impose al Governo federale di verificare preventivamente gli effetti negativi che potevano derivare all'ecosistema dalla realizzazione di specifiche tipologie di progetti e opere. Tale politica statunitense ebbe tale clamore che ben presto fu copiata da altri Paesi particolarmente sensibili al tema ambientale; inoltre questa specifica analisi fu inserita in numerosi trattati internazionali. In tal senso, cfr. A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia e N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, Roma, 2008; G. Cordini, P. Fois e S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2008; B. Caravita DI Toritto, *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2005; G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002.

²⁹⁰ La legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, detta la disciplina del danno ambientale, modifica il comportamento che la pubblica amministrazione ha avuto fino a quel momento in tale ambito soprattutto per quanto riguarda il risarcimento del danno in materia ambientale e riconosce nuove forme di tutela in tale ambito attraverso l'istituzione di associazioni portatrici di interessi diffusi. Sul punto cfr. A. Lucarelli, *Osservazioni in tema di «Impatto ambientale»*, cit.

²⁹¹ La Comunità europea emanò provvedimenti volti a valutare anticipatamente le ricadute negative sull'ambiente causate da specifiche attività industriali – IPPC *Integrated Pollution Prevention and Control* –, nonché a stimare preventivamente eventuali effetti negativi derivanti dalla realizzazione di opere (V.i.a.) e quelli conseguenti l'adozione di determinati piani e programmi (*valutazione ambientale strategica*, V.a.s.). Sul punto cfr. S. Maglia, *Diritto ambientale*, vol. II, Milano, 2011, p. 59.

²⁹² C.d. "opzione zero". Cfr. F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, seconda edizione, Padova 2012, p. 281.

trascendere l'aspetto prettamente gestionale tipico della competenza dirigenziale e da rientrare tra i poteri di indirizzo politico-amministrativo»²⁹³.

Il Consiglio di Stato ha specificato, inoltre, che la V.i.a. assomma in sé molteplici e svariati profili: «La valutazione dell'impatto ambientale non costituisce un mero giudizio tecnico, suscettibile, in quanto tale, di verifica sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo; apprezzamento che è sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in ipotesi in cui risulti evidente lo sconfinamento dal potere discrezionale riconosciuto all'amministrazione»²⁹⁴.

Un'importante sentenza della Corte costituzionale del 2013²⁹⁵, seguendo l'orientamento ormai consolidato e condiviso da dottrina e giurisprudenza, ha ulteriormente specificato la disciplina della materia. In particolare, la Consulta si è soffermata su due aspetti fondamentali: il primo attiene al fatto che nella procedura di V.i.a. non è agevole distinguere il passaggio dalla fase di *indirizzo* a quello della *gestione*, proprio perché, come già abbiamo visto prima, in essa vi è un vero e proprio intreccio di attività di carattere gestionale e di valutazioni di tipo politico; il secondo aspetto, invece, che rappresenta il nucleo più interessante e centrale delle argomentazioni della Corte, riguarda il principio secondo cui la competenza dell'adozione del provvedimento finale va giustamente attribuita all'ordine politico, ma quest'ultimo non può fare a meno dell'istruttoria dirigenziale. A riguardo, infatti, la Corte sottolinea che: «[...] il legislatore regionale ha attribuito alla Giunta il potere di decidere sulla valutazione di impatto ambientale di interesse provinciale o regionale, tuttavia, tale potere decisionale deve tenere conto, per espressa previsione legislativa, dell'attività istruttoria svolta dai dirigenti regionali»²⁹⁶.

²⁹³ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 settembre 2010, n. 32176. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2851 e Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4245.

²⁹⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 17 maggio 2007, n. 2851.

²⁹⁵ Corte cost., 3 maggio 2013, n. 81.

²⁹⁶ Nel caso di specie la Corte, utilizzando quale argomento utile a riconoscere la ragionevolezza della scelta effettuata dalla legge regionale il fatto che la competenza della politica non possa fare a meno dell'istruttoria dirigenziale, ha definito non irragionevole l'attribuzione della competenza decisoria all'organo politico, dal momento che la disposizione di legge regionale configura l'istruttoria come oggetto di una vera e propria competenza riservata all'organo amministrativo e dunque come un vincolo molto forte all'attività provvedimentale finale.

Il che conferma come nella V.i.a. coesistono non solo aspetti tecnici, ma anche discrezionali, per non dire politici, che caratterizzano tale istituto²⁹⁷.

3. La problematica del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia ambientale: cenni.

Al fine di affrontare in modo esaustivo la questione decisa dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, bisogna tener presente che il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia ambientale è disciplinato dall'art. 117, comma 2, lett. s) Cost., ai sensi del quale «lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...] s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»²⁹⁸; come è noto sui problemi legati alla

²⁹⁷ L'esito di tale provvedimento è vincolante per la conclusione del procedimento di autorizzazione, in quanto, nel caso di esito negativo, il progetto non può essere autorizzato, mentre nel caso di esito positivo l'autorizzazione deve recepire le eventuali prescrizioni. Cfr, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, p. 716 ss.

²⁹⁸ L'art. 117 della Costituzione è stato oggetto di un ampio processo di riforma – unitamente all'intero Titolo V – avvenuto mediante l'approvazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Essa giunge a conclusione di un lungo cammino verso il decentramento amministrativo e legislativo avviato con le leggi nn. 59 e 127 del 1997, con il d. lgs. 469 del 1997 e con il d. lgs. 112 del 1998. Le previsioni contenute nel nuovo Titolo V costituiscono lo sviluppo dell'art. 5 della Costituzione, rimasto invariato, secondo cui «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». Oltre ad operare una nuova e diversa ripartizione delle competenze normative tra Stato, Regioni ed Enti locali in risposta al principio di sussidiarietà, la legge costituzionale n. 3 del 2001 determina uno stravolgimento nel sistema dei controlli statali. Fino dall'indomani dell'Unità d'Italia, infatti, le amministrazioni locali erano considerate «enti autarchici», organi, cioè, di amministrazione indiretta dello Stato, a base territoriale, che perseguivano interessi coincidenti con quelli statali e quindi da assoggettare ad un penetrante controllo, di legittimità e di merito, in ossequio al principio dell'unitarietà dell'azione amministrativa. La nuova Costituzione del 1948, quindi, avrebbe dovuto segnare il passaggio dall'autarchia all'autonomia degli enti locali, come previsto dall'art. 5 della Costituzione e prevedere al contempo norme sull'istituzione di organi di controllo sugli atti nonché sull'attività delle regioni e degli enti locali che rappresentavano una sorta di controbilanciamento al principio innovativo autonomistico introdotto tra i principi fondamentali della Carta. La situazione, invece, si è venuta a modificare progressivamente solo a partire dagli anni '90, quando il rapido susseguirsi delle leggi n. 142 del 1990 e n. 127 del 1997 ha portato ad un reale progresso sulla via della piena esplicazione dell'autonomia degli enti territoriali fino a giungere ad una quasi totale scomparsa dei controlli statali sui medesimi ad opera della riforma, che conferendo pari dignità costituzionale a tutte le componenti riconosciute della Repubblica – comuni, province, città metropolitane, regioni e stato – le ha poste su un piano, non di dipendenza o di subordinazione, ma di collaborazione nel comune interesse della Repubblica e dei suoi cittadini. Tale processo ha inciso, dunque, in maniera netta sui rapporti tra gli enti costitutivi della Repubblica e tra lo Stato, le Regioni e l'Unione Europea. La situazione delineata dalla riforma costituzionale è, dunque, in sintesi, la seguente: a) le materie espressamente riservate alla legislazione esclusiva dello Stato – art. 117, secondo comma, - possono essere disciplinate esclusivamente con legge statale; b) le materie, espressamente previste, di legislazione concorrente – art. 117, terzo comma, - vengono ripartite in questo modo: allo Stato compete la determinazione dei principi fondamentali mentre alle Regioni spetta l'adozione, nel rispetto dei principi statali, della legislazione di dettaglio; c) le materie non rientranti né tra quelle riservate alla legislazione

ripartizione competenziale in materia – tenuto conto anche della previsione che attribuisce alla competenza concorrente la valorizzazione dei beni ambientali – tale problematica è stata più volte affrontata dalla Corte costituzionale.

In realtà, la nostra Costituzione non ha mai definito esplicitamente il diritto dell'ambiente, e a seguito della riforma del Titolo V del 2011, si è fatto riferimento all'ambiente solo in sede di definizione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Nonostante tali carenze formali, la giurisprudenza, e in particolare quella della Corte costituzionale, si è da sempre dimostrata attenta e sensibile alle tematiche ambientali, fino a riconoscere all'ambiente la natura di valore costituzionale, talvolta facendo leva sull'art. 9 Cost., altre volte invece facendo riferimento all'art. 32 Cost., elaborando la situazione giuridica soggettiva del diritto all'ambiente salubre. La Consulta²⁹⁹, legando gli interessi riguardanti l'ambiente ai valori su cui si fonda la nostra Carta costituzionale³⁰⁰, ha fatto emergere il concetto di *ambiente* alla stregua degli altri valori costituzionali, facendolo diventare uno dei beni fondamentali del nostro ordinamento³⁰¹. Infine, il concetto di ambiente già emerso come valore costituzionale, si è ulteriormente rafforzato con l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, sia pure sul versante del riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni.

La Corte ha poi affermato, con la nota decisione n. 303 del 2003³⁰², che dai lavori preparatori del nuovo art. 117 Cost., l'intento del legislatore costituzionale sembra sia stato

esclusiva dello Stato né tra quelle di legislazione concorrente sono attribuite alla potestà legislativa alle Regioni (art. 117, quarto comma). La potestà legislativa risulta così ripartita tra lo Stato e le Regioni in base al criterio della *materia*. La riforma, quindi, enuclea le materie sulle quali lo Stato ha legislazione esclusiva, elencando le materie di legislazione concorrente e rimettendo alle Regioni la potestà legislativa su ogni materia non espressamente riservata allo Stato.

²⁹⁹ V., tra tutte, Corte Cost., 1 dicembre 2006, n. 398.

³⁰⁰ In realtà, l'art. 9 della nostra Costituzione, che deriva direttamente dall'art. 150 della Costituzione di Weimar (*“i monumenti naturali ed il paesaggio sono sottoposti alla cura dello Stato”*), aveva come principale fine, per i padri costituenti, quello di tutelare lo “Stato di cultura” e solamente questo aspetto aveva posto tra i principi fondamentali della Carta costituzionale. In tal senso, vedi A. M. Sandulli, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in RGE, n. 2/1967, p. 70: «in tale spirito essa fu voluta dai suoi originari proponenti (on. Marchesi e Moro) e in tale spirito fu intesa dall'on. Ruini [...] il quale ebbe ad affermare che l'inclusione nella Carta delle materie ora comprese nell'art. 9 Cost. si prende a giustificare il richiamo, che ha speciale valore per l'Italia, ad uno Stato di cultura e di tutela dell'eredità di storia e di bellezza del nostro Paese».

³⁰¹ Sul punto, v. G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, p. 73 ss. e B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, cit., 32 e ss. Interventi analitici della giurisprudenza nella materia in questione sono rinvenibili, sin dagli anni '70, dalla Corte di Cassazione, dalla Corte dei Conti, dagli organi di Giustizia amministrativa e dalla Corte costituzionale. In particolare, la Corte di Cassazione e la Corte dei Conti, ai fini di una prima valorizzazione della forma di tutela dell'ambiente, sottolineavano i temi del diritto di proprietà e del diritto alla salute.

³⁰² Corte cost., sent. 1 ottobre 2003, n. 303.

quello di riservare allo Stato il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza però escludere la competenza regionale concorrente in questa disciplina, ai fini della cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali³⁰³.

In più occasioni la Corte costituzionale³⁰⁴ qualifica l'ambiente – insieme ai beni culturali ed ai sistemi ecologici – come vera e propria materia *trasversale*, la cui tutela si intreccia con il principio dello sviluppo sostenibile, ponendosi come mezzo di bilanciamento tra i diritti sociali ed economici³⁰⁵. Questa giurisprudenza³⁰⁶ ha riconosciuto alle regioni la potestà legislativa in materia ambientale, senza tuttavia intaccare il nucleo essenziale del sistema di tutela previsto dalle leggi dello Stato³⁰⁷, che costituisce una sorta di *garanzia minima* di tutela ambientale, che le Regioni possono solo migliorare, aumentando gli *standards*.

In breve, la Consulta ha specificato che il legislatore regionale non può interferire nella competenza statale ai fini della tutela ambientale ma può solo elevare il livello di tutela nell'esercizio di competenze che vengono a contatto con quella dell'ambiente.

Per completezza bisogna ricordare come la Corte costituzionale con sentenza 14 marzo 2008, n. 62, abbia evidenziato anche la profonda separazione tra la competenza della tutela

³⁰³ Con la sentenza 10 - 26 luglio 2002, n. 407, la Corte ha precisato che la tutela dell'ambiente corrisponde ad un «valore trasversale», che «investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze».

³⁰⁴ Corte cost. sentt. 1 dicembre 2006, n. 398 e 18 aprile 20, «Si parla, in proposito dell'ambiente come «materia trasversale», nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni. In questi casi, la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente, e, quindi, altri interessi. Ciò comporta che la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente «viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza», salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell'ambiente. E' dunque in questo senso che può intendersi l'ambiente come una 'materia trasversale' [...]».

³⁰⁵ A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, p. 91 e ss.

³⁰⁶ Si legge nella sentenza n. 104 del 2008: «Si parla, in proposito dell'ambiente come 'materia trasversale', nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni. In questi casi, la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente, e, quindi, altri interessi. Ciò comporta che la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente «viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell'ambiente. E' dunque in questo senso che può intendersi l'ambiente come una 'materia trasversale' [...]».

³⁰⁷ Si citano a titolo meramente esemplificativo le seguenti leggi regionali: Toscana, n. 30/2006 e n. 41/2011, Lazio, n. 15/2011, Molise n. 16/2011, Abruzzo, n. 27/2006, Valle d'Aosta, n. 34/2006, Lombardia, n. 24/2006 e n. 12/2011

ambientale e le altre competenze regionali che in qualche modo hanno a che fare con l'ambiente: «la competenza statale nella materia ambientale si intreccia con altri interessi e competenze, di modo che deve intendersi riservato allo Stato il potere di fissare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, restando ferma la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali» (paragrafo 7, in diritto).

In definitiva occorre evidenziare che la Corte costituzionale ha contribuito ampiamente a delineare il concetto di ambiente e di tutela ambientale. Inoltre, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, la Consulta ha precisato alcuni concetti fondamentali di questa disciplina, innanzitutto chiarendo che non esistono competenze o incroci di materie, in quanto il bene ambiente costituisce una materia trasversale, da tutelare in ogni caso.

4. La decisione della Corte costituzionale.

Tornando alla sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 2017, tra i vari profili di legittimità costituzionale sollevati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, particolare interesse suscita la decisione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, lettera *f*) della legge della Regione siciliana 10 agosto 2016, n. 16, in quanto il legislatore regionale, consentendo la realizzazione senza titolo abilitativo di tutti gli interventi inerenti agli impianti ad energia rinnovabile oltrepassa il limite della propria competenza in materia di *urbanistica* e finisce per invadere la competenza statale in materia di «tutela dell'ambiente».

In breve, è stata dichiarata illegittima la norma che consentiva l'installazione di tutti gli impianti per la produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili senza alcun titolo abilitativo, ma solo rispettando norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico – sanitarie, relative all'efficienza energetica, di tutela dal rischio idrogeologico e di tutela del patrimonio culturale.

Il Giudice delle leggi, in primo luogo, ha sottolineato che nel caso di attività di edilizia libera³⁰⁸ questi interventi sarebbero sottratti alla verifica di assoggettabilità a V.i.a., come

³⁰⁸ Per la nozione di attività di edilizia libera, cfr. F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., p. 177: «L'espressione «attività edilizia libera» (di cui all'art. 6 t.u.) voleva significare originariamente esenzione da

invece previsto dal d. lgs. 3 marzo 2011, n. 28³⁰⁹.

La normativa prevede il regime di edilizia libera solo per una ristretta e specifica categoria di impianti, cioè pannelli solari e fotovoltaici, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori della zona A. Le altre tipologie di impianto devono ottenere l'autorizzazione unica, che tra gli adempimenti prevede la verifica di assoggettabilità a V.i.a.

In conclusione, il problema principale è dato dal fatto che il legislatore regionale ha disatteso, nei casi imposti dalla legge statale, il preventivo espletamento della verifica di assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale sul progetto preliminare, creando disconnessione con il d. lgs. n. 152/2006 e, quindi, con la normativa statale di tutela dell'ambiente.

5. Le argomentazioni di incostituzionalità.

Per comprendere se il ragionamento seguito dalla Corte possa essere condiviso o meno – alla luce anche della predetta giurisprudenza costituzionale – giova ricordare quale sia stata l'evoluzione e la *ratio* della disciplina ambientale.

Già prima della riforma costituzionale del 2001, la giurisprudenza costituzionale identificava l'ambiente come *valore* costituzionalmente protetto, e, in quanto tale, delineava una specie di materia *trasversale*, sulla quale si manifestavano competenze diverse, che potevano essere anche regionali, «mentre allo Stato spettano le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale»³¹⁰.

adempimenti formali: possibilità di intraprendere taluni interventi edilizi minori, senza titolo edilizio, purché (ovviamente) nel rispetto della disciplina urbanistica sostanziale (Cass. pen., III, 7 aprile 2011, n. 19316). Ma nel nuovo testo dell'articolo in discussione (risultante dalla novella dell'art. 5 l. n. 73/2010) – sotto l'unica denominazione «edilizia libera» - risultano in realtà due diversi regimi normativi: uno sostanzialmente conforme al significato originario; l'altro solo in parte, essendo stato aggravato da un onere di comunicazione, che lo avvicina a quello della D.i.a.”.

³⁰⁸ Si tratta del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 di “Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE”

³⁰⁹ Si tratta del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 di “Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE”.

³¹⁰ Cfr. Corte cost., sentt. 18 novembre 2000, n. 507, 15 febbraio 2000, n. 54, 7 ottobre 1999, n. 382 e 17 luglio 1998, n. 273. Sul punto, v. anche F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, cit., p. 716; B. Caravita, L. Casseti e A. Morrone, *Diritto dell'ambiente*, cit., 34.

Con la riforma costituzionale del Titolo V, la tutela dell'ambiente viene affidata in via esclusiva allo Stato, per cui per «ambiente ed ecosistema» deve intendersi la parte di *biosfera* che riguarda l'intero territorio nazionale³¹¹.

In particolare, sia nella sentenza n. 407 del 2002 che nella 104 del 2008, la Corte costituzionale, oltre a configurare l'ambiente come valore costituzionalmente protetto, specifica che al suo interno coesistono due specifici interessi diversi, uno diretto alla conservazione e l'altro inerente alla sua utilizzazione. Pertanto in tale concetto si palesano sia competenze regionali che statali.

Inoltre, per poter realizzare interventi di rilevanza nazionale, può essere disposta in questo ambito dalla legge statale l'attribuzione di funzioni amministrative, sulla base dei criteri generali previsti dall'art. 118, comma 1, Cost., cioè con riferimento ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, laddove si rendano necessarie³¹².

Pertanto, tale giurisprudenza, come si è detto, effettivamente ha riconosciuto la possibilità alle Regioni di legiferare in materia, attraverso normative organizzatorie o di altro genere, ma sempre nel rispetto del sistema di tutela previsto dalla legge statale³¹³.

In coerenza con una giurisprudenza pregressa, la Corte costituzionale, con la sentenza in commento, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione regionale nella parte in cui consente di realizzare, in assenza di titolo abilitativo, tutti gli interventi inerenti agli impianti ad energia rinnovabile, senza fare salvo il previo espletamento della verifica di assoggettabilità a V.i.a. sul progetto preliminare³¹⁴, afferma che la Regione siciliana ha travalicato i limiti della propria competenza in materia urbanistica³¹⁵, andando ad intaccare sfere di competenza del legislatore statale. Secondo tale prospettiva, l'assoggettamento ad attività di edilizia libera per l'installazione di tutti gli impianti per la produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili – senza alcun titolo abilitativo, sebbene nel rispetto di norme antisismiche di sicurezza, antincendio, igienico sanitarie, relativa all'efficienza energetica,

³¹¹ Come affermato nella Dichiarazione di Stoccolma del 1972.

³¹² Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 62 e Corte cost., 1 giugno 2006, n. 213.

³¹³ Cfr. F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., p. 260.

³¹⁴ Corte cost., n. 232 del 2017, in commento.

³¹⁵ Per un richiamo di carattere generale, cfr. A. Police, *Legislazione delle opere pubbliche e dell'edilizia*, Torino, 2004; A. Crosetti, A. Police e M. R. Spasiano, *Diritto urbanistico e dei lavori pubblici*, Torino, 2007; E. Furno, *Vincoli paesaggistici e condono edilizio tra cura del paesaggio e governo del territorio*, in *Giustamm.it*, 2012; *ID.*, *La Corte costituzionale e l'autorizzazione paesaggistica: un'occasione mancata nell'intricato nodo dei rapporti tra stato e regioni in materia di paesaggio*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2/2007; *ID.*, *Il governo del territorio in Campania e la legislazione condonistica: l'accertamento di conformità delle opere edilizie*, in *Giustamm.it*, 2006.

di tutela dal rischio idrogeologico e di tutela del patrimonio culturale - sottrae questi interventi alla verifica della V.i.a., come invece disposto dal d. lgs. n. 28/2011³¹⁶.

In conclusione, secondo la giurisprudenza costituzionale, le Regioni, in tale disciplina, non possono non tenere conto del dettato del legislatore statale, proprio perché in caso contrario invaderebbero la competenza esclusiva dello Stato.

6. A mò di conclusione: il diritto dell'ambiente come diritto sociale.

La sentenza in commento sembra dunque coerente con pregresse decisioni della Corte, confortate, tra l'altro, anche dalla dottrina³¹⁷, e risulta in linea con i concetti di *ambiente* e di *tutela ambientale* elaborati in sede giurisprudenziale.

L'ingresso del concetto di ambiente e della sua tutela nell'area dei valori giuridici «a protezione necessaria»³¹⁸ risulta essere un fenomeno³¹⁹ che ha provocato un «vero e proprio sconvolgimento nel complesso dell'ordinamento giuridico»³²⁰.

Con la sentenza in esame, la Corte costituzionale ha posto un ulteriore tassello nella determinazione del concetto *ambiente*, rifacendosi non solo a sue precedenti decisioni ma anche a citazioni di principio e agli sviluppi delle norme internazionali e comunitarie in materia³²¹. Infatti, nel nostro ordinamento non vi è un concetto unitario di ambiente, ma esso può essere ricavato anche da norme concernenti altri ambiti, come ad esempio quelle

³¹⁶ Secondo la Corte: «[...] in un'ottica di ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti [...] il legislatore ha ritenuto di garantire attraverso la complessa disciplina del procedimento inerente alla realizzazione degli impianti ad energia rinnovabile [...]» attraverso proprio l'assoggettività di tali interventi alla V.i.a.

³¹⁷ Come rinvio di carattere generale su tale disciplina si vedano M. Carducci, (voce) *Natura (diritti della)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017, pp. 486 – 521; A. Lucarelli, *Diritto pubblico europeo dell'economia e modelli di gestione del servizio idrico*, in A. Pierobon (a cura di), *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente*, Rimini, 2012, pp. 1405 – 1410; R. Briganti, *Il diritto all'acqua. Tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Napoli, 2012; *ID.*, *Diritti fondamentali e generazioni future: la tutela dell'ambiente e dei beni vitali*, in *Cos'è un diritto fondamentale?*, Atti del convegno del Gruppo di Pisa, Napoli, 2017

³¹⁸ Sul punto v. G. Rossi, (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 3.

³¹⁹ Nella legge 8 luglio 1986, n. 349, all'art.1, comma 2, si legge che «è compito del Ministero assicurare, in un quadro organico, la promozione, la conservazione e il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento».

³²⁰ Cfr. M. Mazzamuto, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1751 ss.

³²¹ Per approfondimenti sulla tutela ambientale in ambito europeo, si veda A. Lucarelli, *La tutela dell'ambiente*, in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit.

sul riparto di attribuzioni tra Stato, Regioni ed Enti locali che si sono avvicinate nel tempo.

In breve, l'ambiente ha interessato progressivamente diversi ambiti dell'ordinamento, a partire dalla dimensione internazionale, attraversando poi quella europea³²², sino a giungere a quella nazionale, costruendo così un sistema multilivello di normative specialistiche e di competenze trasversali.

Il coinvolgimento di più soggetti istituzionali ha generato però anche una notevole complessità nelle attività di regolazione e di gestione dell'ambiente. A dipanare il nodo delle competenze tra ordinamento sovranazionale e nazionale in materia ambientale è intervenuto il principio di sussidiarietà³²³ che ha creato un collegamento tra le Istituzioni sovranazionali e gli Stati membri. Unione Europea e Stati nazionali hanno fornito, inoltre, nei limiti delle rispettive capacità e competenze, strumenti di tutela rafforzata nei confronti dei problemi ambientali.

Le competenze, prima della riforma costituzionale, venivano genericamente allocate presso gli organi centrali dello Stato, sia a causa del carattere obiettivamente sovraregionale delle problematiche ambientali, sia perché il diritto comunitario, indiscussa fonte primaria degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, tendeva a coinvolgere direttamente la responsabilità politica e giuridica dello Stato.

Questo assetto centralista delle funzioni in materia ambientale, dapprima modificata con la legge 15 marzo 1997, n. 59³²⁴, è stato, poi, ripristinato dal processo riformatore che ha portato alla revisione del Titolo V della Costituzione, riaccentrando la tutela ambientale per renderla più efficace.

³²² Come richiamo di carattere generale sulla legislazione europea si veda, A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit.; A. Lucarelli, *Editoriale. Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia: la legislazione per principi e la legittimità comunitaria*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2011, pp. 3- 10.

³²³ Sul principio di sussidiarietà v. A. Lucarelli, *L'organizzazione amministrativa delle nuove autorità d'ambito tra principio di sussidiarietà verticale, ruolo delle regioni e vincoli referendari*, in *federalismi.it*, 2014; L. Ventura (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino 2004; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; E. Bonelli, *Sussidiarietà, necessità e proporzionalità-adequatezza nell'ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Diritto e cultura*, n. 1/2001; *ID.*, *Governo locale, sussidiarietà e federalismo fiscale*, Torino, 2001; G. D'Agnolo, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Padova, 1998.

³²⁴ Per quanto concerne il tema specifico dell'ambiente, il sesto ed ultimo comma dell'art. 1 della legge Bassanini prevedeva che la promozione dello sviluppo economico, la valorizzazione dei sistemi produttivi e la promozione della ricerca applicata sono interessi che lo stato, le regioni, i comuni e gli altri enti locali assicurano nell'ambito delle loro competenze e nel rispetto delle esigenze della salute, della sicurezza pubblica e della tutela dell'ambiente.

Con il d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112³²⁵, il centro d'imputazione delle competenze era rappresentato dalle autonomie territoriali, ragion per cui tutte le funzioni amministrative non espressamente riconosciute di rilievo nazionale erano conferite alle Regioni e agli Enti locali³²⁶, nella direzione della riforma della Pubblica amministrazione e della semplificazione amministrativa.

Il decreto attuativo n. 112 del 1998 specificava, inoltre, le materie di competenza statale e quelle di competenza concorrente Stato/Regione, affidando la maggior parte delle attività politiche ambientali alla potestà statale, fermo restando la previsione di ulteriori funzioni in capo alle Regioni, proprio in relazione all'interesse meramente locale dell'intervento.

Il nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione, come già sottolineato, prevede in capo alla competenza esclusiva dello Stato la materia della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, affidando, poi, alla legislazione concorrente Stato – Regioni molte materie riconducibili all'ambiente, come la tutela della salute, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia, oltre alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali. Tra le materie affidate, in via residuale, alla potestà legislativa regionale, sono da ricomprendere alcune materie comportanti sicure implicazioni con la protezione dell'ambiente, quali l'agricoltura, la caccia, la pesca.

La riforma del 2001 ha, dunque, determinato, per un verso, un sistema – solo tendenzialmente – rigido di riparto delle competenze tra Stato e Regioni e, per altro verso, un sistema flessibile di allocazione delle funzioni amministrative.

Come si è evidenziato, «una totale risalita delle competenze normative ambientali al livello statale non era concretamente praticabile, proprio a causa della *trasversalità* della materia in questione e dei suoi inestricabili intrecci con una moltitudine di materie assegnate alla competenza concorrente o residuale delle Regioni»³²⁷.

Di fatto, nonostante il nuovo art. 117, la Corte costituzionale³²⁸ ha continuato a riconoscere la legittimazione del legislatore regionale a introdurre – unicamente – prescrizioni di natura ambientale migliorative della tutela approntata dal quadro normativo nazionale.

³²⁵ Si tratta del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, avente ad oggetto il «conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59».

³²⁶ Si veda l'art. 3, comma 1, della normativa in questione.

³²⁷ M. Renna, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 135 ss.

³²⁸ Cfr. Corte cost., sentt. 282 del 2002 e 303 del 2003.

Sicché l'apparente chiarezza e disinvoltura con cui il nuovo art. 117 ha riordinato le competenze ambientali, attraverso una esplicita elencazione di materie, cela non pochi elementi di contraddizione, soprattutto se si guarda alla competenza legislativa concorrente.

Forti dubbi, infatti, si sono manifestati in ordine al coordinamento della legislazione statale con quella regionale, in riferimento, soprattutto, a quelle disposizioni tecniche formulate per determinare i limiti e le soglie di tutela ambientale, che le attività produttive a rischio ambientale devono rispettare nell'esercizio della propria impresa.

Dunque, se da una parte la riforma del Titolo V della Costituzione ha ribadito il riconoscimento dell'ambiente quale valore costituzionale portante della nostra Carta fondamentale, dall'altra, tuttavia, non ha chiarito bene le dinamiche di distribuzione delle funzioni tra i diversi organi: prova ne è il fatto che sono molteplici i ricorsi presentati alla Corte costituzionale e, in parte, agli organi di giustizia amministrativa³²⁹ chiamati ad esprimersi, continuamente, sul riparto di competenze tra Stato e Regioni in ordine alla materia ambiente³³⁰.

In particolare, in merito al d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152³³¹, emerge prima di tutto che esso non modifica – ma conferma piuttosto – l'impianto del decreto Bassanini del 1998 e della novella costituzionale del 2001³³².

Tornando alla sentenza n. 232 del 2017 della Corte costituzionale, da cui si sono prese le mosse, la Regione siciliana, con la norma impugnata, aveva consentito che tutti gli interventi riguardanti gli impianti ad energia rinnovabile potessero essere realizzati senza titolo abilitativo, nel caso di specie senza alcuna valutazione di impatto ambientale, il che contrasta con il quadro costituzionale e con il bene *ambiente* quale valore costituzionale primario, così come delineato dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

³²⁹ Si vedano, in particolare, le recenti sentenze del TAR Lazio, sez. III, 20 aprile 2017, n. 4760 e del Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392.

³³⁰ Per un rinvio di carattere dottrinario vedi A. Police, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva e soggettiva*, in D. De Carolis, E. Ferrari 3 A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006.

³³¹ Si tratta del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, "norme in materia ambientale", meglio conosciuto come Codice dell'Ambiente. Per un richiamo più generale v. anche A. Lucarelli e A. Pierobon, *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi proposte*, Napoli, 2009.

³³² Significativo è l'art. 3 *quinquies* del codice dell'ambiente, il quale prevede che i principi e la disciplina ivi contenuta costituiscono le condizioni essenziali per assicurare un livello minimo di tutela, uniforme su tutto il territorio nazionale e dispone, altresì, che lo Stato può intervenire nella materia solo nei casi in cui l'operato degli organi territoriali inferiori non sia sufficiente per realizzare gli obiettivi prefissati

La piena e completa applicazione dell'istituto della V.i.a., il cui scopo è, per l'appunto, quello di verificare gli effetti diretti ed indiretti della realizzazione di un determinato progetto sulla flora, sulla fauna e sull'uomo stesso, attua l'affermazione di un vero e proprio diritto sociale, perché l'uomo, quale membro della società, ha il diritto di vivere in un ambiente salubre³³³, tale da favorire il pieno sviluppo psicofisico dello stesso.

Per questo motivo le Pubbliche amministrazioni hanno il compito di pianificare le politiche di tutela rivolte a garantire lo sviluppo di un processo, ormai avviato, di sensibilizzazione ambientale e di democratizzazione dei processi decisionali afferenti l'ambiente; tuttavia, per realizzare tale obiettivo è necessario che gli enti pubblici compiano tutti gli sforzi necessari per dirimere ogni controversia relativa alla distribuzione delle proprie competenze in materia ambientale, cercando, invece, nuove forme di coordinamento e nuove strategie concordate di tutela. Alla luce di ciò era assolutamente in contrasto con tali principi quanto previsto dalla legge della Regione siciliana, impugnata proprio perché la stessa aveva invaso la competenza statale in materia di tutela ambientale.

Di conseguenza possiamo affermare che l'ambiente è un problema fondamentale dello stato sociale poiché esso rientra tra i diritti sociali in quanto considerato non solo *uti singulus* ma anche *uti socius*, come diritto del soggetto considerato appartenente alla collettività e non solo come diritto che spetta al cittadino in quanto singolo, essenzialmente sotto il profilo della salute ex art. 32 Cost.³³⁴

L'ambiente va considerato come un vero e proprio bene comune da tutelare³³⁵, sia sotto il profilo dell'appartenenza che della fruizione³³⁶. Infatti, quanto a quest'ultima, possiamo dire che il diritto dell'ambiente assume un autonomo rilievo nel nostro ordinamento quale posizione giuridica soggettiva azionabile in maniera indipendente.

In realtà, con la riforma del Titolo V della Costituzione si ribadisce la tutela e la

³³³ La sentenza della Cass. civ., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172 riconosce il diritto alla salute anche quale diritto all'ambiente salubre, la cui protezione è paragonata a quella dei diritti fondamentali e individuali della persona umana. Tale pronuncia identifica per la prima volta il diritto dell'ambiente come diritto soggettivo, tutelabile anche nei confronti della Pubblica Amministrazione

³³⁴ Cfr. anche A. Lucarelli, *Il diritto all'ambiente nella riforma costituzionale tra unità e pluralismo*, in *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano, 2004.

³³⁵ Cfr. P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Pomezia, 2014.

³³⁶ P. Maddalena, *Il diritto all'ambiente come diritto inviolabile dell'uomo*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 2/1995 p. 1897.

valorizzazione di tale diritto, riconoscendo anche la sua natura di interesse diffuso³³⁷, in particolare sulla base di un'ampia interpretazione dell'art. 9 Cost.

Concludendo, si può affermare che, sebbene nel nostro ordinamento non ci sia un concetto unitario di ambiente, nella nostra Carta costituzionale tale concetto, nelle sue molteplici sfaccettature, sia in realtà ricavabile dall'analisi dell'art. 9³³⁸, letto in correlazione con gli artt. 2, 3, 32, 41, 42 e 44 della Costituzione, che nelle loro diverse combinazioni garantiscono l'effettività di tale diritto in una prospettiva di maggiore tutela della persona umana³³⁹.

Abstract: Nel commento a Corte Costituzionale n. 232 del 2017 viene affrontato il problema del concetto di ambiente incentrato sulla sua dimensione sociale. Si evidenzia, in particolare, come nella valutazione d'impatto ambientale la presenza della verifica di assoggettabilità riesca a tenere insieme l'esigenza di semplificazione del procedimento con la ponderazione degli interessi coinvolti dalle fattispecie concrete.

Abstract: In the present note to the sentence n. 232 of 2017 of the Constitutional Court is faced problem of the concept of the environment centred on its social dimension. It is pointed out, in particular, as in the assessment of the environmental impact, the presence of the subduable assessment can hold together the need to simplify the procedure with the weighting of the interests involved from the specific cases.

Parole chiave: diritto dell'ambiente – diritto sociale – valutazione d'impatto ambientale – Corte costituzionale.

Key words: environmental law – social law – assessment of the environmental impact – Constitutional Court

³³⁷ G. Recchia, *Tutela dell'ambiente: da interesse diffuso a interesse costituzionalmente protetto*, in C. Murgia (a cura di), *L'ambiente e la sua protezione civile*, Milano 1991, p. 143.

³³⁸ Cfr. G. Donati, *Sul diritto dell'ambiente in America latina tra costituzioni e leggi ambientali*, Pensa editore, 2006; S. Baldin, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni Latino Americane*, n. 10/2014.

³³⁹ Cfr. A. Lucarelli, *Il diritto all'ambiente nella riforma costituzionale tra unità e pluralismo*, cit.

INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT: PROFILI DI INCOMPATIBILITÀ CON IL SISTEMA DEMOCRATICO E LA COSTITUZIONE, I DIRITTI UMANI E LO SVILUPPO SOSTENIBILE.*

di Simone Berretta**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Garanzie processuali. – 3. Diritto applicabile. – 4. Costi. – 5. Globalizzazione. – 6. Democrazia, Costituzione e sovranità. – 7. Diritti umani. – 8. Sviluppo sostenibile. – 9. ISDS, neoliberalismo, eguaglianza.

149

1. Introduzione.

Dagli anni Novanta in avanti si è assistito ad un marcato incremento della stipulazione di Trattati sugli investimenti tra Stati³⁴⁰, accordi prevalentemente bilaterali, ma non solo³⁴¹, contenenti clausole per la risoluzione delle controversie (*Investor State Dispute Settlement* - ISDS), allo stesso modo si è verificato un notevole aumento del ricorso a tale strumento da parte degli investitori stranieri³⁴².

Il sistema prevede la possibilità per l'investitore di portare lo Stato in giudizio davanti ad una Corte arbitrale, qualora tra i due soggetti sorga una controversia. Sono diversi gli istituti che offrono questo tipo di servizio, fra questi il più famoso è l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), con sede a Washington, articolazione della Banca Mondiale specializzata esclusivamente nella risoluzione delle controversie

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore in Giurisprudenza – Università di Torino.

340 Il numero totale di accordi bilaterali fino al 1979 ammonta a 238, nel decennio dal 1980 al 1989 cresce a 385, nel 1999 si raggiunge la cifra di 1857 a livello mondiale (UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959 – 1999*, United Nations, New York and Geneva, 2000). Il numero attuale di accordi bilaterali sugli investimenti ammonta a 2952 di cui 2358 in vigore, a cui sono da aggiungere i trattati commerciali con capitoli dedicati agli investimenti che equivalgono a 380, di cui 310 in vigore (UNCTAD, Investmentpolicyhub, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (24 settembre 2018)).

341 La disciplina degli investimenti esteri è affidata perlopiù ad accordi bilaterali tra gli Stati (*Bilateral Investment Treaties*- BITs), esistono però anche accordi multilaterali, con oggetto non limitato agli investimenti, come ad esempio il NAFTA, che coinvolge Stati Uniti, Canada e Messico, stipulato nel 1994; l'*Energy Charter Treaty*, accordo in materia energetica, sempre del 1994, firmato da numerosi Stati europei e da alcuni Stati asiatici; il TTIP, accordo tra Stati Uniti e Unione Europea, per il quale però le trattative sono in fase di stallo; o l'accordo CETA, tra Unione Europea e Canada, in vigore in via provvisoria dal 2017.

342 Cfr. UNCTAD, *IIA Issue Note. Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, maggio 2017.

investitore-Stato³⁴³. Esistono poi numerosi altri soggetti a cui è possibile rivolgersi, come ad esempio l'International Chamber of Commerce (ICC)³⁴⁴, con sede a Parigi, la Stockholm Chamber of Commerce (SCC)³⁴⁵, la London Court of International Arbitration (LCIA)³⁴⁶, o la Permanent Court of Arbitration (PCA)³⁴⁷. L'arbitrato può inoltre essere condotto secondo la forma ad hoc, senza l'ausilio di alcuna istituzione, solitamente applicando le UNCITRAL Arbitration Rules³⁴⁸, corpo di regole predisposto nell'ambito delle Nazioni Unite.

L'investitore può quindi sottoporre la questione ad una Corte internazionale, in cui a giudicare sono soggetti privati, provenienti perlopiù dal mondo dell'economia e legati ai grandi studi legali internazionali, esautorando così i Giudici nazionali. Lo Stato soccombente sarà condannato a pagare al ricorrente vittorioso la somma stabilita, senza possibilità di un secondo grado di giudizio.

Gli Arbitri applicano in prevalenza le norme riconducibili a quella che viene definita "nuova *lex mercatoria*"³⁴⁹, insieme di principi sviluppati nel contesto del commercio internazionale, volti a regolare gli scambi oltre frontiera. L'interpretazione di tali principi è estremamente ampia, e spesso permette di ricomprendere fattispecie molto diverse sotto la medesima categoria.

L'arbitrato internazionale sugli investimenti ha dei costi estremamente elevati, che gravano

343 L'ICSID nasce nel 1965, con la firma della Convenzione di Washington, entrata in vigore nel 1966. Il Centro è un'organizzazione internazionale, che persegue il fine di promuovere gli investimenti internazionali, attraverso la "depoliticizzazione" delle controversie investitore Stato, che vengono sottratte alla giurisdizione interna e affidate ad un organo terzo considerato maggiormente neutrale (I. F.I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, versione aggiornata al 31 gennaio 1992 di un discorso tenuto dall'autore il 31 luglio 1985 all'International Congress on Commercial Arbitration a Rio de Janeiro, pubblicato successivamente come articolo in *ICSID Review* 1 (1986)). La maggior parte degli Stati latinoamericani non firmarono la Convenzione, ritenendo il sistema previsto non necessario, tale rifiuto è conosciuto come *El no de Tokio* (ICSID, *History of the ICSID Convention*, Vol 2, 1970, p. 606).

344 La ICC nasce nel 1919, nel 1923 viene fondata la corte arbitrale, che opera secondo le *ICC Arbitration Rules* (<https://iccwbo.org/>).

345 L'istituto arbitrale della SCC nasce nel 1917, è collegata alla camera ma indipendente da essa, i procedimenti seguono l'apposito regolamento, le *SCC Arbitration Rules* (<http://www.sccinstitute.com/>).

346 Le origini della LCIA risalgono al 1892, anno in cui viene fondata *The City of London Chamber of Arbitration*, le regole arbitrali sono contenute nelle *LCIA Arbitration Rules* (<http://www.lcia.org/>).

347 La PCA è un'organizzazione internazionale fondata nel 1899. Opera in due ambiti: fornisce servizi di risoluzione delle controversie o può svolgere la funzione di autorità designante, che nomina gli arbitri in procedimenti non amministrati presso di essa (<https://pca-cpa.org/en/home/>).

348 La *United Nation Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) ha emanato le regole arbitrali nel 1976, allo scopo di fornire un modello versatile da utilizzare per la conduzione di controversie arbitrali. L'arbitrato può svolgersi in qualsiasi luogo, anche all'interno di istituzioni come quelle sopra menzionate (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html)

349 Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2010.

sul bilancio statale, così come esorbitanti possono essere le cifre riconosciute come risarcimento all'investitore, che possono arrivare a toccare il bilione di dollari. L'alto costo del procedimento genera inoltre il fenomeno del finanziamento da parti terze, che offrono sostegno economico, in cambio di una parte del risarcimento, agli investitori che non possiedono risorse sufficienti per portare avanti la causa.

Queste particolarità del meccanismo arbitrale lo rendono ampiamente criticabile, e pongono in dubbio la sua compatibilità con diversi elementi riconducibili alle garanzie costituzionali in tema di caratteristiche del processo, fondamentali in uno Stato di diritto retto da regole democratiche, così come appare plausibile il contrasto con il principio della sovranità popolare. Allo stesso modo sembra potersi configurare un conflitto con i principi delineati in ambito di tutela dei diritti umani e con il perseguimento di un modello di sviluppo sostenibile, laddove le attività degli investitori incompatibili con tali obiettivi generino il riconoscimento di un diritto al risarcimento per i mancati profitti.

L'analisi del sistema dai diversi punti di vista permette uno sviluppo parallelo del discorso, affrontato dall'ottica del diritto costituzionale, individuando i diversi contesti rispetto ai quali l'ISDS si pone in contrasto, e delineando quello che sembra essere uno scontro tra due diverse prospettive: una che pone al centro il mercato e l'interesse economico, e l'altra che invece valorizza la persona e l'interesse collettivo.

2. Garanzie processuali.

Una prima serie di criticità può rilevarsi in relazione alle principali garanzie previste da uno stato di diritto in ambito processuale, quali la precostituzione del Giudice naturale, l'imparzialità e l'indipendenza del soggetto giudicante, la possibilità di ottenere un secondo grado di giudizio.

L'articolo 25 della Costituzione italiana afferma al comma 1: «Nessuno può essere distolto dal Giudice naturale precostituito per legge»³⁵⁰, mentre il comma 1 dell'articolo 102

350 L'assenza di precostituzione potrebbe portare ad una «assegnazione mirata in funzione dell'esito che alla controversia si voglia dare» (M. D'Amico e G. Arconzo, *Art. 25*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 530). Su naturalità e precostituzione si vedano inoltre: M. Nobili, *Il I comma dell'art. 25*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti Civili*, Zanichelli, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1981; R. De Liso, *Naturalità e precostituzione del giudice nell'art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XIV. Fasc. 2 (1969); R.

stabilisce che: «La funzione giurisdizionale è esercitata da Magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»; il testo prosegue negando la possibilità di istituire Giudici straordinari o speciali. Il principio affermato garantisce l'imparzialità del Giudice, che potrebbe non essere certa se questo fosse scelto successivamente al sorgere della controversia³⁵¹.

Tra soggetti privati questi principi sono derogabili qualora sussista un accordo tra le parti, che sono legittimate a prevedere consensualmente il ricorso ad un Arbitro³⁵². La deroga è quindi ammessa su base contrattuale e in un'ottica privatistica, in un contesto in cui la decisione verte su questioni individuali e su interessi di pari rango, e a seguito di un accordo esplicito e volontario tra le parti in conflitto³⁵³.

Nel caso di controversia tra investitore e Stato si ha invece una distorsione nell'espressione del consenso, che viene dato in momenti diversi, e non deriva da un apposito accordo: è dichiarato dallo Stato in maniera estremamente generica e aperta, attraverso la clausola arbitrale contenuta in leggi o trattati internazionali³⁵⁴, mentre da parte dell'investitore la dichiarazione è costituita dalla richiesta di sottoporre la controversia ad arbitrato³⁵⁵. Si parla in questo caso di “*arbitration without privity*”³⁵⁶, espressione coniata per indicare la situazione in cui il consenso non deriva da un accordo contrattuale, ma viene ricavato da atti aventi diversa natura e viene dato dalle due parti non contestualmente.

Le questioni affrontate nei giudizi prendono inoltre in considerazione scelte di politica pubblica, effettuate dallo Stato nel libero esercizio del suo potere sovrano, che possono

Romboli, *La garanzia del giudice naturale precostituito per legge*, in S. Panizza, A. Pizzorusso e R. Romboli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Edizioni Plus, Pisa, 2002.

351 M. Scaparone, *L'ordinamento Giudiziario*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 23.

352 Il Codice di procedura civile prevede l'arbitrato tra i procedimenti speciali, al titolo VIII. L'arbitrato commerciale è inoltre disciplinato da diversi strumenti internazionali quali ad esempio il Protocollo di Ginevra sulle Clausole Arbitrali, del 24 settembre 1923; la Convenzione di Ginevra sull'Esecuzione delle Sentenze Arbitrali Straniere, del 26 settembre 1927; la Convenzione di New York sul Riconoscimento e l'Esecuzione delle Sentenze Arbitrali Straniere, del 10 giugno 1958; a livello europeo esiste inoltre la Convenzione Europea sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, firmata a Ginevra il 21 aprile 1961.

353 La manifestazione di volontà può essere inserita direttamente nel contratto (clausola compromissoria art. 808 c.p.c.), o derivare da un successivo accordo (compromesso art. 807 c.p.c.).

354 Si veda ad esempio l'art. 26.3 dell'*Energy Charter Treaty*: «[...] each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration [...]»; o anche l'art. 25.1 dell'US model BIT del 2012: «Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Treaty».

355 Sul tema: G.B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, e Netherlands, 2012, pp. 4-5; M. Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, p. 21-32.

356 J. Paulsson, *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review*, Vol. 10, I. 2, 1995.

essere fatte per garantire diritti fondamentali dei cittadini, e che non dovrebbero quindi poter essere messe in discussione attraverso sistemi di giustizia privata.

L'assenza di un foro precostituito e la possibilità di scelta tra diversi sistemi arbitrali rende inoltre possibile il cosiddetto “*forum shopping*”³⁵⁷, lasciando all'investitore la facoltà di rivolgersi al foro che ritiene più conveniente per le sue necessità. Questa pratica viene generalmente limitata il più possibile dai sistemi giudiziari nazionali³⁵⁸, per evitare la competizione tra Giudici diversi e il possibile conflitto tra decisioni sulla medesima questione, e per contrastare i fenomeni di abuso del diritto, che comportano un utilizzo delle facoltà riconosciute dall'ordinamento che va oltre i fini per i quali sono state attribuite³⁵⁹.

La possibilità di ricorrere tramite arbitrato costituisce un privilegio per gli investitori stranieri, discriminante nei confronti degli investitori nazionali, che possono rivolgersi esclusivamente alle Corti nazionali³⁶⁰. Comporta inoltre ulteriori criticità³⁶¹, tra le quali la mancanza di coerenza della sentenza: il Tribunale infatti potrebbe essere portato a decidere anche in assenza di elementi sufficienti per definire la controversia³⁶², pur di soddisfare la richiesta delle parti, definendo perciò la questione senza un'adeguata analisi dei fatti e delle norme applicabili.

Oltre al *forum shopping* si verifica poi il “*treaty shopping*”³⁶³, messo in atto attraverso la creazione di società collegate, che nascono con il solo ed unico scopo di poter usufruire della protezione fornita da un trattato contenente una clausola ISDS, e che spesso non sono altro che gusci vuoti, che non svolgono alcuna attività commerciale³⁶⁴. È il caso ad esempio

357 Cfr. D. Gaukrodger, K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, Paris, 2011, pp. 51-54.

358 *Ibid.* Anche il diritto comunitario disciplina la competenza giurisdizionale (Regolamento 44/2001/CE), per evitare fenomeni di *forum shopping* tra le Corti dei diversi Stati membri.

359 La nozione di abuso del diritto legata al *forum shopping* è stata utilizzata in ambito europeo, nel settore societario e in quello tributario (Cfr. L. Panzani, *Forum Shopping e Abuso del Diritto*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, Fascicolo 10, (2017)).

360 Cfr. M. Nalin, *Le ricadute costituzionali dei meccanismi di protezione degli investimenti internazionali*, cit., p. 574; York University, *Public Statement on the International Investment Regime*, cit.; Australian Government-Department of foreign Affairs and Trade, *Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity*, Aprile 2011.

361 Cfr. J. Pauwelyn, L.E. Salles, *Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 42, Iss. 1, (2009).

362 *Ibid.*, p. 83.

363 Cfr. D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., pp. 55-57.

364 R. Knotterus, R. Van Os, *The Netherlands: A Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection*, Investment Treaty News, 12 gennaio 2012, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/the-netherlands-treaty-shopping/> (10 aprile 2018).

della causa intentata da Philip Morris contro lo Stato australiano³⁶⁵: la società non avrebbe potuto ricorrere ad un Tribunale arbitrale tramite la sua sede australiana, ma attraverso una società collegata, con sede a Hong Kong, ha potuto effettuare il ricorso in base all'articolo 10 del BIT tra Australia e Hong Kong del 1993³⁶⁶.

Questa pratica estende a dismisura la possibilità di sfruttare il meccanismo ISDS, attribuendo a qualsiasi società la possibilità di citare in giudizio uno Stato, permettendo quindi anche agli investitori nazionali di ricorrere costituendo compagnie in Stati esteri. Se in questo modo si appiana la discriminazione tra investitori esteri e nazionali, non vengono ad ogni modo eliminate le ulteriori problematiche che caratterizzano il *forum shopping*.

Un secondo attrito può individuarsi in relazione ai principi di imparzialità, indipendenza e terzietà del Giudice, che rappresentano le basi su cui si fonda la legittimazione del potere giudiziario nello Stato contemporaneo³⁶⁷. Chi esercita la potestà di giudizio deve essere libero da influenze provenienti dagli altri poteri ed essere al di sopra delle parti, privo di pregiudizi o attitudini favorevoli nei confronti di una o dell'altra.

In ambito di arbitrato sugli investimenti si richiede che chi viene nominato per decidere della controversia sia persona dotata di «high moral character»³⁶⁸ e che in caso di «alleged lack of impartiality or independence»³⁶⁹ sia possibile richiedere l'esclusione del soggetto nominato. Altri requisiti richiesti agli arbitri sono relativi alle conoscenze possedute nei campi del diritto commerciale e degli investimenti³⁷⁰.

365 *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

366 O. Shaposhnikova, *The Philip Morris Case and the Right to Regulate (Legislate)*, International Law Square, 5 febbraio 2016, <https://ilsquare.org/2016/02/05/the-philip-morris-case-and-the-right-to-regulate-legislate/>, (10 marzo 2018).

367 Tali principi sono sanciti nella Costituzione italiana agli articoli 104 e 111 comma 2. Sul tema: G. Piperata e A. Sandulli, *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici: atti dell'incontro del Gruppo del San Martino, Venezia, 7-9 aprile 2011*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012; L. Prendini, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, Edizioni scientifiche italiane Napoli, 2017; G. Campanelli, *Le garanzie giurisdizionali: il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti: scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Giappichelli, Torino, 2010; N. Zanone e F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario: status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2002; G. Rognoni, *Giustizia e separazione dei poteri*, il Mulino, n. 1/2004.

368 *ICSID Convention* art. 14.1.

369 *ICC Arbitration Rules* art. 14.

370 *Cfr. ICSID Convention* art. 14.1: «Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators»; CETA art. 8.27: «The Members of the Tribunal shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognised competence. They shall have demonstrated expertise in public international law. It is

Si può notare come le competenze ritenute necessarie siano limitate all'ambito economico, quindi al campo più attinente all'interesse dell'investitore, mentre non è richiesta alcuna competenza in materia di diritto pubblico, né conoscenze relative alla politica di tutela dell'ambiente o della salute. Chi è chiamato a giudicare è quindi generalmente sprovvisto di esperienza e familiarità con questioni inerenti agli interessi della collettività, che possono rappresentare un elemento rilevante delle motivazioni addotte dallo Stato.

Ma i dubbi sull'imparzialità e sull'indipendenza sono legittimati da motivazioni ben più consistenti, individuabili non esclusivamente nelle competenze richieste (benché in stretta connessione con esse), ma in diversi ordini di ragioni.

In primo luogo le competenze necessarie fanno sì che ci sia un forte legame tra chi è chiamato a giudicare e il mondo economico. Gli Arbitri sono infatti generalmente soggetti che svolgono la loro attività professionale all'interno di questo mondo, spesso si tratta di avvocati provenienti da grandi studi legali specializzati in controversie commerciali, accademici che svolgono attività di ricerca nel campo dell'economia o del diritto commerciale, esperti che collaborano con Governi o grandi aziende³⁷¹.

Tra questi soggetti vi è inoltre un gruppo molto ristretto che interviene in una buona parte delle cause: nel 55% dei casi conosciuti hanno svolto la funzione di Arbitri alternativamente le stesse quindici persone³⁷². Non solo: i soggetti chiamati a svolgere la funzione di Arbitro in una controversia, possono senza alcuna limitazione assumere il ruolo di avvocati o consulenti in un'altra disputa, prospettandosi quindi un tipico esempio di *revolving doors*³⁷³.

È facile desumere come meccanismi del genere non siano oggettivamente adatti a garantire imparzialità e indipendenza: l'Arbitro potrebbe trovarsi facilmente nella condizione di decidere le sorti di una controversia nella quale siano parti un'azienda o uno Stato per i quali ha prestato la sua attività professionale. In secondo luogo, il fatto che il numero di

desirable that they have expertise in particular, in international investment law, in international trade law and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements».

371 A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 137; D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 44; United Nations-General Assembly, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, A/70/285, 5 agosto 2015, p. 18.

372 Cfr. P. Eberhardt, C. Olivet, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, Brussels/Amsterdam, 2012, p. 38.

373 *Ibid.* Si veda inoltre: M. Langford, D. Behn e R. Hilleren Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, n. 20/2017.

professionisti nominati come Arbitri più frequentemente sia molto esiguo, fa sì che l'interpretazione delle regole e la definizione delle norme del diritto internazionale degli investimenti, sia monopolizzata da pochi soggetti privati, provenienti dal medesimo contesto sociale e culturale, che condividono una comune visione delle relazioni economiche, e che tendono quindi a conformare le regole al loro punto di vista³⁷⁴. In quest'opera di costruzione è esclusa qualsiasi visione alternativa, né è previsto il controllo di alcun potere pubblico, il corpo di regole che ne deriva è perciò frutto di un pensiero uniforme, che pone alla sua base la garanzia del profitto. Inoltre l'abitudine di questi soggetti ad intervenire nelle cause come Arbitri o come difensori rende molto probabile l'evenienza che nella medesima controversia avvocati e Giudici abbiano tra loro legami personali e che sorga un contrasto tra le posizioni che il medesimo soggetto sostiene in diversi procedimenti, in quanto potrebbe ricoprire contemporaneamente il ruolo di arbitro in una disputa e quello di consulente in un'altra³⁷⁵.

Discutibile è inoltre il fatto che chi giudica venga nominato dalle parti o da un'autorità non dotata di carattere pubblico. Gli Arbitri tenderanno ragionevolmente a rispecchiare il punto di vista del soggetto che li ha nominati³⁷⁶, soprattutto se aspirano ad essere chiamati nuovamente in successive dispute, perché la possibilità di essere rinominati dipende inevitabilmente dal risultato che la parte ha ottenuto o dalla valutazione dell'autorità di nomina, che sarà parametrata alla visione che detiene in merito ai temi affrontati nel giudizio³⁷⁷.

Il conflitto di interessi appare evidente e peraltro non si limita alle questioni appena trattate, ma si estende al mantenimento stesso dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie, a scapito di altri meccanismi³⁷⁸. Se infatti la retribuzione degli Arbitri non è fissa e slegata dalla loro attività, ma dipende dall'esercizio o meno della funzione, è facile credere come sarà interesse di questi soggetti alimentare l'industria dell'arbitrato e far proliferare la quantità di cause³⁷⁹, cosa che non avviene quando un Giudice riceve un

374 Cfr. G. Van Harten, *Why Arbitrators not Judges? Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration*, 3 luglio 2014, p. 39 ss.

375 *Ibid.*

376 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 42.

377 G. Van Harten, *Why Arbitrators not Judges?*, cit.

378 Cfr. P. Eberhardt e C. Olivet, *Profiting from Injustice*, cit.; D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., pp. 47-48.

379 *Ivi*. Il numero di casi conosciuti è aumentato costantemente dagli anni Novanta, arrivando a 767 nel 2016 (UNCTAD, *IIA Issue Note. Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, maggio 2017).

compenso fissato per legge, indipendente dal numero di controversie che è chiamato a risolvere.

In terzo luogo il sistema ISDS esclude la possibilità di ricorrere in appello contro la sentenza. Sebbene il secondo grado di giudizio non rappresenti un diritto riconosciuto esplicitamente a livello costituzionale³⁸⁰, è comunque una procedura prevista nel sistema italiano e nella maggior parte degli ordinamenti democratici.

Le sentenze arbitrali non hanno possibilità di essere appellate per una revisione nel merito, ma si può effettuare un ricorso esclusivamente per vizi procedurali³⁸¹. La decisione assume carattere vincolante e definitivo come se fosse stata emessa da un Giudice facente parte dell'ordinamento giudiziario interno, diventa quindi *res judicata* non appena pronunciata, come se provenisse da una corte di ultima istanza³⁸².

Sebbene l'appello in alcuni casi non sia concesso dagli stessi ordinamenti interni³⁸³, la rilevanza pubblica delle questioni affrontate nei giudizi che coinvolgono Stati ed investitori

380 Non vi è in Costituzione un'affermazione del diritto ad un secondo grado di giudizio in quanto tale, ma l'art. 24.2 riconosce il diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio, prevedendo perciò indirettamente che i procedimenti giudiziari siano costituiti da più gradi. La Corte costituzionale ritiene non esista un riconoscimento costituzionale del diritto ad un secondo grado di giudizio come ha affermato ad esempio nella sentenza 301 del 1896 (Corte costituzionale, *Sentenza n. 301 Anno 1986*, in *Consulta Online*, <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0301s-86.html>). Alcuni autori si sono invece pronunciati in direzione opposta, sostenendo un'indiretta copertura costituzionale del diritto d'appello: E.T. Liebman, *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in *Rivista di diritto processuale*, (1980); I. Nicotra, *Doppio grado di giudizio, diritti di difesa e principio di certezza*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1/2000. Sul procedimento d'appello si veda: G. Verde, *Diritto processuale civile. 2. Processo di cognizione*, 4 ed., Zanichelli, Bologna, 2015, p. 205-206; D. Dalfino, *L'appello, garanzia di giustizia*, in *Questione giustizia*, n. 4/2015.

381 La *Convenzione ICSID* prevede la possibilità di istituire un comitato *ad hoc*, che ha il compito di valutare la richiesta di annullamento di una sentenza emessa da un tribunale ICSID. Questa sarà accordata ai sensi dell'art. 52 se viene accertato: «(a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based». Per le sentenze emesse da tribunali non ICSID è possibile richiedere che non vengano eseguite ai sensi dell'art. V della *Convenzione* per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, stipulata a New York nel 1958; l'annullamento è invece regolato dalla legislazione interna, che spesso prende come esempio l'art. 34.2 della *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*.

382 Tale principio è stabilito dall'art. 54.1 della *Convenzione ICSID*: «Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State»; allo stesso modo l'art. III della *Convenzione di New York del 1958* prevede che ogni Stato firmatario riconosca come vincolanti le sentenze arbitrali straniere e che ne permetta l'esecuzione secondo il proprio diritto interno, senza richiedere condizioni più onerose di quelle richieste alle sentenze arbitrali emesse sul proprio territorio.

383 L'art. 339 del Codice di Procedura Civile prevede che le sentenze di primo grado siano appellabili «purché l'appello non sia escluso dalla legge o dall'accordo delle parti».

appare una valida motivazione per sostenere che l'assenza di un giudizio di secondo grado sia un elemento fortemente negativo del sistema.

Alcune proposte sono state presentate per ovviare a tale mancanza³⁸⁴. La presenza di una Corte d'Appello, pur essendo funzionale al miglioramento del sistema e ad una maggiore coerenza interpretativa, non rappresenterebbe tuttavia una soluzione per le altre questioni esposte, soprattutto nel caso in cui a giudicare in appello fossero soggetti con le medesime caratteristiche degli Arbitri in primo grado, e non Giudici, la cui imparzialità ed indipendenza sia garantita dall'essere incardinati nel sistema giudiziario e dall'esercitare una funzione pubblica³⁸⁵.

Risulta infine poco compatibile con le garanzie richieste da un sistema democratico l'assenza di adeguati meccanismi di trasparenza e partecipazione. La confidenzialità è infatti una delle principali caratteristiche del procedimento arbitrale, ed è un elemento che rende tale sistema molto attrattivo per gli investitori, poiché evita le conseguenze derivanti da una procedura pubblica, che potrebbe comportare il rischio di svelare informazioni riservate³⁸⁶.

I regolamenti arbitrali prevedono specificamente la riservatezza del procedimento: ad esempio l'articolo 19.4 delle LCIA Arbitration Rules afferma che «All hearings shall be held in private, unless the parties agree otherwise in writing», l'articolo 30 invece dispone che le sentenze non siano pubblicate, a meno che non vi sia il consenso delle parti. Anche per le decisioni dei Tribunali ICSID è previsto il divieto di pubblicazione, salvo volontà delle parti³⁸⁷, il Centro ha però istituito un sistema di registrazione pubblica dei casi, ed è quindi possibile conoscere l'identità delle parti, la materia del contendere ed una sintesi delle motivazioni della sentenza, quando le parti non acconsentono alla sua pubblicazione³⁸⁸. Le *UNCITRAL Arbitration Rules* sono state integrate con le *UNCITRAL*

384 Ad esempio l'Unione Europea ha previsto l'inserimento di un meccanismo di appello nel CETA e nel TTIP (European Commission, *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*, p.16-17).

385 G. Van Harten, *Why Arbitrators not Judges?*, cit., pp. 53-54.

386 J. Ribeiro e M. Douglas, *Transparency in investor-state arbitration: the way forward*, in *Asian International Arbitration Journal*, n. 1/2015, p. 2.

387 *ICSID Convention* art. 48.2.

388 *ICSID Arbitration Rules* Rule 48.(4); *ICSID Administrative and Financial Regulations* art. 22.1, art. 23.

Il registro è tenuto dal Segretario Generale, e non sembra essere prevista la possibilità per le parti di opporsi alla pubblicazione dei dati essenziali relativi alla causa (Cfr. ICSID, *Confidentiality and Transparency - ICSID Convention Arbitration*, [Icsid.worldbank.org](https://icsid.worldbank.org),

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Confidentiality-and-Transparency.aspx>, (13 novembre 2018)).

Rules on Transparency, che prevedono una maggiore pubblicità della procedura e la pubblicazione della sentenza³⁸⁹; l'applicazione di queste regole è però limitata³⁹⁰.

La trasparenza dovrebbe costituire un elemento fondamentale delle procedure che coinvolgono questioni di interesse pubblico e chiunque dovrebbe avere accesso alle informazioni relative a tali questioni³⁹¹. L'arbitrato è invece un sistema pensato e sviluppato per risolvere questioni tra privati, prive di rilevanza pubblica, per i quali la riservatezza assume un grande valore. Ma quando tale sistema viene utilizzato in dispute nelle quali vengono messe in discussione le scelte politiche di uno Stato non può mantenersi la medesima riservatezza, al contrario dovrebbe prevedersi la massima pubblicità.

Il primo aspetto che dovrebbe sempre essere reso pubblico riguarda l'esistenza della causa stessa: non si ha infatti conoscenza di numerosi procedimenti ISDS³⁹², dipendendo la pubblicità dal regolamento arbitrale e dalla volontà delle parti. Come visto sopra, solo l'ICSID è provvisto di un sistema per rendere note le cause, sebbene nessuno obbligo sia previsto per l'accesso ai documenti, alle udienze e in merito alla pubblicazione della sentenza; negli altri casi non è invece prevista nessuna forma, seppur minima, di pubblicità. Lo Stato si può trovare quindi nella posizione di dover sostenere una spesa senza un'adeguata giustificazione, e i cittadini nella condizione di non poter conoscere la destinazione del denaro pubblico³⁹³.

In secondo luogo è necessario garantire l'accesso ai documenti relativi al procedimento e alle udienze, permettendo così di conoscere la causa del ricorso, le basi giuridiche sulle quali viene fatta la richiesta di indennizzo, le prove presentate, le motivazioni addotte dalle parti, l'identità degli arbitri³⁹⁴. La pubblicazione dei documenti e la pubblicità delle udienze

389 *UNCITRAL Rules on Transparency* art. 3.1.

390 È prevista in tutti i procedimenti basati su accordi stipulati successivamente all'entrata in vigore delle stesse (1 aprile 2014), mentre in caso di accordi con data antecedente possono venire applicate su decisione delle parti.

391 Cfr. York University, *Public Statement on the International Investment Regime*, – 31 August 2010, «osgoode.yorku.ca», <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/> (2 Maggio 2018). Il diritto di accesso alle informazioni è contenuto nella *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, all'art. 19, quale complemento della libertà di opinione ed espressione, e nell'articolo 19 del *Patto sui Diritti Civile e Politici*; l'articolo 25 dello stesso documento statuisce invece il diritto di partecipazione alle decisioni pubbliche.

392 Nelle statistiche si parla infatti di casi “conosciuti”, non potendosi effettuare studi che prendano in considerazione tutti quelli esistenti. (Vedi ad esempio: UNCTAD, *IIA Issue Note. Investor–State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, cit.).

393 Cfr. J. Ribeiro e M. Douglas, *Transparency in investor-state arbitration*, cit., p. 8.

394 *Ivi*, pp. 4-5.

possono essere ammesse discrezionalmente dalle parti³⁹⁵, non essendo previsto nessun obbligo nei regolamenti arbitrali; alcuni trattati recenti contengono però norme in tal senso, come ad esempio il trattato tra Australia e Cile del 2009³⁹⁶.

Come gli altri atti del procedimento, dovrebbe essere inoltre accessibile e consultabile la sentenza, in modo tale da rendere pubblica la decisione degli arbitri e le motivazioni che la sostengono, oltre all'entità dell'eventuale risarcimento e il metodo usato per quantificarlo. La pubblicazione della sentenza costituisce inoltre un metodo utile ad aumentare il senso di responsabilità degli arbitri, favorendo un migliore ragionamento giuridico e la valutazione della decisione da parte della comunità accademica³⁹⁷. Anche in merito alla sentenza non sono previsti obblighi di pubblicità nei regolamenti arbitrali³⁹⁸, ma questi sono inseriti in alcuni trattati³⁹⁹.

Complementare alla questione della trasparenza è quella della partecipazione: l'intervento di terzi, i cui interessi vengono toccati dalla controversia in corso, può essere un mezzo che aumenta la trasparenza, anche se non la garantisce in automatico⁴⁰⁰, perché non sempre alla parte che interviene viene permesso di prendere visione dei documenti prodotti dalle altre parti⁴⁰¹. Il contributo si concretizza tramite la presentazione di una memoria in qualità di *amicus curiae*: il soggetto terzo espone il proprio punto di vista per permettere al Tribunale di avere maggiori elementi su cui basare la decisione. La possibilità di intervento viene concessa dagli Arbitri, dopo aver consultato le parti, o su loro richiesta, e rappresenta un contributo utile per la valutazione della questione e non un diritto riconosciuto per tutelare un interesse⁴⁰². La presentazione di memorie è prevista dai regolamenti arbitrali⁴⁰³ e dalle

395 N. Bernasconi-Osterwalder e L. Johnson, *Bulletin # 2 Transparency in the Dispute Settlement Process: Country Best Practices*, Best Practices Series, International Institute for Sustainable Development, Manitoba, 2011, p. 5 ss.

396 Art. 10.22 Australia – Chile FTA. In senso simile dispone l'art 29 del US Model BIT.

397 J. Ketcheson, *Investment Arbitration: Learning from Experience*, in S. Hindelang e M. Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, 2016, p. 13.

398 Le regole ICSID ad esempio prevedono che la sentenza sia pubblicata dal Segretario Generale se le parti acconsentono, in caso contrario potranno essere pubblicati esclusivamente alcuni estratti della decisione (*ICSID Arbitration Rules* Rule 48(4)). La parte che invece desidera pubblicare la decisione non necessita del consenso della controparte (N. Bernasconi-Osterwalder e L. Johnson, *Bulletin # 2 Transparency in the Dispute Settlement Process*, cit., p. 11).

399 Vedi US Model BIT, art. 29.

400 Cfr. J. Ketcheson, *Investment Arbitration: Learning from Experience*, cit., p. 15.

401 UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 125.

402 G. Cfr. G. Van Harten, *Why Arbitrators not Judges?*, cit., p. 33.

403 Vedi ad esempio *ICSID Arbitration Rules* Rule 37.2.

norme dei Trattati⁴⁰⁴, che solitamente contengono un elenco di fattori utili a valutare la necessità e l'utilità dell'intervento⁴⁰⁵.

3. Diritto applicabile ed interpretazione.

Le norme che determinano la decisione finale variano a seconda dei casi e del luogo in cui l'arbitrato si svolge, il diritto nazionale viene generalmente riconosciuto quale diritto applicabile, ma viene spesso integrato, quando non sostituito, dal diritto internazionale e dalle norme derivanti dagli strumenti di *soft law*, dalle prassi contrattuali e dalle consuetudini commerciali costituenti la nuova *lex mercatoria*⁴⁰⁶. Come per la scelta del Giudice e del foro, anche in questo caso è data massima rilevanza all'autonomia delle parti, che sono libere di determinare il diritto applicabile di comune accordo, intervenendo invece il Tribunale quando le parti non trovano un compromesso.

La nuova *lex mercatoria*⁴⁰⁷ rappresenta il corpo di regole elaborato nel contesto del commercio internazionale da coloro che vi operano, senza intermediazione delle forze politiche, in maniera simile alla *lex mercatoria* sviluppata dalle corporazioni di mercanti in epoca medievale⁴⁰⁸.

Tale sistema di regole si è sviluppato grazie a due principali fattori: la diffusione di forme contrattuali uniformi, utilizzate a livello internazionale, e il ricorso all'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie commerciali⁴⁰⁹. Tale corpo di regole si estende oltre i confini degli Stati nazionali, per disciplinare questioni economiche per le quali si ritiene il diritto interno non sia adeguato, in quanto non conformato alle necessità del commercio internazionale⁴¹⁰.

404 Vedi l'art. 836 del Canada-Peru FTA.

405 Un elenco dei criteri è stato inoltre redatto dalla NAFTA Free Trade Commission, incaricata di definire la partecipazione di parti terze, nella decisione de 17 ottobre 2004.

406 A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit., pp. 142-143.

407 *Ivi*, p. 143.

408 Sul tema si vedano: F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit.; K.P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2. ed., Kluwer Law International, Alphen Aan den Rijn, 2010; L. LONGHI, *Il nuovo diritto globale: lex mercatoria ius gentium?* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, (2016).

409 Cfr. A. Stone Sweet, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, in *Journal of European Public Policy*, 13:5, (2006).

410 K.P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2. ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 9.

Questo diritto particolare, settoriale e transnazionale è perciò coerente con gli interessi di una parte, che ne è addirittura artefice: le grandi *corporations* e le più potenti *law firms* sono le protagoniste di questa opera creativa⁴¹¹, che permette una definizione dei rapporti in base alle esigenze del commercio, attribuendo massima importanza all'autonomia delle parti senza che vi siano controlli e limiti posti da altri attori, che possano intervenire laddove vi siano squilibri di potere.

Anche in merito al diritto applicato ci troviamo di fronte a regole elaborate per disciplinare rapporti tra soggetti privati e per proteggere interessi economici; porre in secondo piano la normativa statale e basare le decisioni su un diritto autoprodotta da chi ne è soggetto passivo solleva dubbi sulla legittimità dei suoi contenuti e sull'adeguatezza di tale diritto a disciplinare questioni che non attengono alla materia commerciale, ma che prendono in considerazione questioni più ampie e più rilevanti del mero interesse economico.

L'attività giudicante comporta necessariamente un'attività interpretativa da parte di chi è investito del ruolo di applicare il diritto al caso concreto, ed anche in questa si possono rilevare diverse criticità. Quando non applica esclusivamente i principi della *lex mercatoria* l'arbitro si troverà nella condizione di dover interpretare ed applicare il diritto interno dello Stato, dando perciò la sua lettura alle norme dell'ordinamento nazionale e valutando la loro conformità con le regole internazionali, senza che però in quest'opera interpretativa sia previsto alcun tipo di filtro di carattere costituzionale, che dovrebbe invece costituire sempre il parametro per valutare la conformità delle norme internazionali⁴¹².

L'interpretazione viene inoltre praticata nel momento in cui si applicano le clausole contenute nei Trattati: l'Arbitro dovrà valutare quale sia la portata della protezione riconosciuta per stabilire se un determinato comportamento o una determinata normativa ne costituiscono violazione.

Questa attività interpretativa porta con sé due diverse criticità. La prima è relativa alla coerenza del sistema giuridico⁴¹³: non è infrequente che alla stessa clausola nel medesimo

411 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 14.

412 Cfr. M. Nalin, *Le ricadute costituzionali dei meccanismi di protezione degli investimenti internazionali*: cit., p. 581.

413 Sul tema si vedano: D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 58 ss.; Organisation for Economic Co-operation and Development, *Government perspectives on investor-state dispute settlement: a progress report*, Freedom of Investment Roundtable, 14 December 2012, p. 17; J.A. Khan, *Managing Investment Disputes: A Critical Analysis of Investor State Dispute Settlement Mechanism in Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of Management & Public Policy*, Vol. 8, No. 2, (2017), p. 41.

trattato o a clausole simili in accordi differenti vengano attribuiti significati differenti⁴¹⁴. In questo modo il sistema risulta inaffidabile, vengono a mancare la certezza del diritto e la prevedibilità della decisione finale, e si dà all'Arbitro una discrezionalità smisurata.

La seconda problematica riguarda il conflitto di interessi in cui incorre l'Arbitro nel momento in cui interpreta il contenuto dei Trattati: la portata della clausola può essere ampliata o ristretta per favorire la parte da cui l'Arbitro è stato nominato⁴¹⁵, sollevando ulteriori dubbi sulla garanzia di imparzialità ed indipendenza.

Anche in questo caso si possono poi individuare elementi critici relativi alla remunerazione dell'Arbitro⁴¹⁶: se questa dipende dallo svolgimento della funzione è suo interesse interpretare estensivamente le questioni relative alla giurisdizione, per proseguire la sua attività; e dato che il diritto di ricorrere tramite arbitrato è riconosciuto esclusivamente all'investitore, l'Arbitro è portato ad estendere la portata delle clausole di protezione per aumentare la fiducia dei ricorrenti nel sistema e nella sua funzionalità per il perseguimento dei propri scopi⁴¹⁷. Un'interpretazione estensiva aumenta inoltre la possibilità per l'Arbitro di essere nuovamente nominato in successive cause, in quanto aumenta l'affidamento dell'investitore nella possibilità di vedere riconosciute le pretese avanzate⁴¹⁸.

4. Costi.

Il ricorso presso una Corte arbitrale comporta dei costi estremamente elevati: si stima che la spesa media per una causa sia di 8 milioni di dollari americani, arrivando in alcune

414 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 60.

415 Cfr. P. Eberhardt e C. Olivet, *Profiting from Injustice*, cit.; D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 48; York University, *Public Statement on the International Investment Regime*, cit. In particolare, la categoria dell'espropriazione ha subito una notevole espansione, tramite il concetto di espropriazione indiretta, che permette di includere tra le misure che richiedono un indennizzo tutti quelle che generano una lesione del diritto di proprietà dell'investitore anche se non direttamente volte a tale scopo. La libertà dello stato di regolamentare risulta in questo modo notevolmente compressa (OECD, *"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, Paris, 2004).

416 *Ibidem*.

417 G. Van Harten, *Pro-Investor or Pro-State Bias in Investment-Treaty Arbitration? Forthcoming Study Gives Cause for Concern*, Investment Treaty News, 13 aprile 2012, <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/pro-investor-or-pro-state-bias-in-investment-treaty-arbitration-forthcoming-study-gives-cause-for-concern/> (18 aprile 2018).

418 *Ibidem*.

controversie a punte di 30 milioni di dollari⁴¹⁹.

Le spese da sostenere riguardano principalmente la retribuzione degli Arbitri, che può raggiungere i 3000 dollari al giorno⁴²⁰, e il compenso per avvocati e consulenti legali, la cui parcella può arrivare a 1000 dollari l'ora⁴²¹. Non indifferenti sono inoltre le retribuzioni da versare ad eventuali esperti e testimoni; piuttosto esigue rispetto al resto sono invece le spese di segreteria, richieste dall'istituzione⁴²².

L'allocazione dei costi non segue regole specifiche, mancando previsioni in merito nelle regole arbitrali. La suddivisione viene perciò decisa dagli Arbitri e spesso non segue il principio dell'attribuzione dei costi alla parte perdente: accade più frequentemente che ogni parte debba sostenere le proprie spese per la difesa e per gli esperti, mentre vengono suddivise equamente la retribuzione degli Arbitri e i costi di segreteria⁴²³.

Costi così elevati vanno a pesare in maniera non indifferente sulle casse statali, soprattutto quando il convenuto è uno Stato in via di sviluppo o in situazione di crisi economica; la mancata attribuzione delle spese alla parte perdente peraltro fa sì che lo Stato debba investire denaro pubblico anche quando risulta vincitore della causa, dovendo quindi sostenere alti costi a prescindere dal risultato finale⁴²⁴.

In secondo luogo tali spese non possono essere sostenute da piccoli imprenditori, ma solo da grandi aziende transnazionali, che sono in grado di arruolare e retribuire gli avvocati provenienti dagli studi legali più importanti e conosciuti a livello internazionale. Le grandi *law firms* hanno peraltro un significativo interesse ad alimentare e far crescere il settore dell'arbitrato internazionale, che rende possibili profitti elevatissimi⁴²⁵.

Un sistema così costoso favorisce la parte economicamente più forte, di solito l'investitore, che può usare la minaccia di instaurare una causa per costringere lo Stato a scendere a compromessi⁴²⁶.

419 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 19.

420 P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice*, cit., p. 15.

421 *Ibidem*.

422 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 19.

423 Cfr. UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 147 ss.

424 Ad esempio nel caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), la Bulgaria, nonostante sia risultata vincente, ha dovuto sborsare più di 6 milioni di dollari in spese legali, in quanto il ricorrente è stato condannato a rimborsare poco più della metà delle spese totali. Uno Stato debole economicamente e con livelli di sviluppo non elevati ha inoltre maggiore difficoltà a strutturare una difesa efficiente, sia per il costo che essa richiede, sia per la mancanza di esperienza e capacità di gestire la situazione (D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 23).

425 Cfr. P. Eberhardt e C. Olivet, *Profiting from Injustice*, cit.

426 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 23.

Se i costi relativi ai compensi sono elevati, risultano irrisori in confronto alle cifre che gli investitori chiedono come risarcimento: dalle decine di milioni si arriva alle centinaia e alle migliaia. Per citare alcuni esempi recenti: il Canada è stato condannato a pagare un risarcimento di 21 milioni di dollari alla *Windstream Energy LLC*, azienda americana che aveva investito nel settore dell'energia eolica; il Tribunale, istituito nell'ambito della PCA, ha individuato una violazione dello standard del trattamento giusto ed equo⁴²⁷ con sentenza del 27 settembre 2016⁴²⁸. Il 21 luglio 2017 un Tribunale ICSID ha condannato l'Argentina a risarcire tre aziende spagnole, operanti nel settore aereo, che affermavano di avere subito un esproprio, contrario alle norme del Trattato bilaterale tra Argentina e Spagna; lo Stato deve ora pagare 320 milioni di dollari come risarcimento⁴²⁹. La *Crystallex International Corporation* nel 2011 ha chiesto alla Bolivia un risarcimento per avere negato un permesso ambientale e il mancato rinnovo di una concessione mineraria; il Tribunale ICSID, in data 4 aprile 2016, ha condannato lo Stato boliviano a pagare all'azienda canadese 1202 milioni di dollari, considerando la situazione come un caso di espropriazione senza compensazione⁴³⁰.

Non sempre le cifre arrivano a toccare vette così estreme, ma si parla pur sempre di milioni di dollari, da aggiungere alle spese sostenute per retribuire Arbitri ed avvocati. Cifre che lo

427 Il trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*), è uno degli standard contenuti nella maggioranza dei trattati. Non ha un contenuto definito con esattezza e viene spesso utilizzato dalle Corti arbitrali per determinare la scorrettezza delle condotte statali (Cfr. P. Muchlinski, *The Framework of Investment Protection: the Content of BITs*, cit., p. 47; M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*, cit., p. 235-236; ICSID Case No. ARB/03/19, *Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken*).

428 *Windstream Energy LLC v. Government of Canada, PCA Case No. 2013-22*. (M. Levine, *NAFTA tribunal orders Canada to pay U.S. wind power developer more than CAD28 million*, Investment Treaty News, 13 marzo 2017, <https://www.iisd.org/itn/2017/03/13/nafta-tribunal-orders-canada-to-pay-u-s-wind-power-developer-more-than-cad28-million-windstream-energy-llc-v-government-of-canada-pca-case-no-2013-22/> (1 maggio 2018)).

429 *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1*. (M.F. Sarmiento, *Argentina ordered to pay over USD 320 million for unlawful expropriation in airlines case*, Investment Treaty News, 26 settembre 2017, <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/argentina-ordered-pay-over-usd320-million-for-unlawful-expropriation-airlines-case-maria-florencia-sarmiento/>, (24 aprile 2018)).

430 *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2*. (M. D. Brauch, *Venezuela ordered to pay US\$ 1.202 billion plus interest to Canadian mining company Crystallex for FET breach and expropriation*, Investment Treaty News, 10 agosto 2016, <https://www.iisd.org/itn/2016/08/10/crystallex-international-corporation-v-bolivarian-republic-of-venezuela-icsid-case-no-arb-af-11-2/>, (24 aprile 2018)). Il principio di giusta compensazione in caso di esproprio è un'altra regola contenuta nella maggior parte dei trattati, che riprende i canoni della *formula Hull*, definita nel 1938 dal Segretario di Stato americano Cordell Hull, e che prevede una "*prompt, adequate and effective compensation*" (A.F. Lowenfield, *International Economic Law*, 2 ed., Oxford University Press, New York, 2008, 2 ed., Oxford University Press, New York, 2008, p. 475 ss.).

Stato potrebbe usare per altri scopi, utili alla collettività⁴³¹; cifre che possono costituire un deterrente alla libertà dello Stato di legiferare perseguendo determinati obiettivi.

Gli alti compensi richiesti dai professionisti e l'elevata consistenza dei risarcimenti generano inoltre un altro fenomeno: il finanziamento da parte di terzi delle spese, quando il ricorrente non ha la possibilità di sostenerle con le proprie finanze.

I terzi che forniscono questo servizio sono generalmente grandi società finanziarie⁴³², che offrono di anticipare le spese legali del cliente, chiedendo in cambio una percentuale sul risarcimento, a condizione che questo venga riconosciuto, non ricevendo perciò nulla in caso contrario⁴³³.

La risoluzione delle controversie diventa quindi un ambito di investimento con grandi possibilità di guadagno, la tutela dei profitti di un investitore si trasforma in una possibilità di profitto per un altro investitore, che scommette sul risultato della causa, puntando sulla vittoria del ricorrente, dal quale otterrà dal 20% fino al 50% del risarcimento riconosciuto⁴³⁴.

L'arbitrato si configura come un'industria, un settore dell'economia utilizzabile per produrre profitti, con tutte le conseguenze che da ciò derivano. Il finanziatore ha infatti un forte interesse a far sì che la controversia si concluda con l'attribuzione di un risarcimento monetario al ricorrente. Vengono perciò sconsigliate tutte quelle soluzioni negoziali che non prevedono un risarcimento⁴³⁵, si spinge l'investitore a portare avanti la causa anche quando la pretesa può risultare frivola o abusiva⁴³⁶, e si può creare l'effetto di allargare a dismisura la richiesta di risarcimento: il ricorrente tende ad aumentarne l'ammontare, consapevole che la cifra verrà spartita con la società finanziatrice⁴³⁷.

Le scelte del soggetto ricorrente vengono poi influenzate dal finanziatore: questo infatti assume un ruolo nella scelta degli Arbitri e degli avvocati, o viceversa può avvenire che il

431 Cfr. E. Arismendi, *La Experiencia del Estado Plurinacional de Bolivia en el CIADI*.

432 Tra queste vi sono ad esempio le inglesi Juridica e Burford, e l'olandese Omni Bridgeway, che hanno inserito l'arbitrato investitore-Stato tra i principali settori di investimento (D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 37).

433 Cfr. B.M. CREMADES, *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 8, I. 4, (2011), p. 2.

434 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 36.

435 *Ivi*, p. 39-40.

436 Cfr. J. Beisner, J. Miller, G. Rubin, *Selling lawsuits, buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, U. S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009, p. 4 ss.

437 J. A. Khan, *Managing Investment Disputes*, cit., p. 40.

consulente indirizzi la parte nella ricerca di un finanziatore⁴³⁸. Le relazioni tra studi legali e fondi di investimento possono infatti essere molto strette; la collaborazione è la norma: spesso gli azionisti maggiori delle società finanziarie hanno in precedenza lavorato come avvocati nei grandi studi legali e mantengono perciò stretti legami con questi⁴³⁹.

Anche qui si ripropone una questione di conflitto di interessi: a quello già affrontato, relativo al rapporto tra Arbitri e consulenti delle parti⁴⁴⁰, si aggiunge quello relativo al finanziamento da parte di terzi. Soggetti nuovi, non direttamente coinvolti nella controversia, ma che apportano un contributo finanziario, inseriscono il proprio interesse economico nella questione, modificando i rapporti tra gli altri attori. L'imparzialità e l'indipendenza degli Arbitri vengono ulteriormente messe in dubbio: al critico legame tra questi e studi legali si aggiunge l'ombra del finanziatore terzo, soggetto capace di esercitare una forte ingerenza.

5. Globalizzazione.

La globalizzazione economica si è sviluppata, dal secondo dopoguerra, attraverso l'istituzione di organizzazioni economiche internazionali, come il Fondo Monetario Internazionale (IMF), la Banca Mondiale e l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)⁴⁴¹, e progetti regionali come la Comunità Economica Europea, evolutasi poi nell'Unione Europea⁴⁴². Il mercato globale necessita di regole uniformi: l'investitore richiede che la sua attività economica non sia sottoposta a normative avverse e sconosciute, ma che vi sia la certezza di operare in un ambiente favorevole al profitto, in un sistema giuridico orientato alla sua protezione.

Il diritto che risponde meglio a queste esigenze è ovviamente quello occidentale, sviluppato in Europa e America del nord, in particolare nella tradizione di *common law*⁴⁴³. La ricerca di uniformità è quindi volta all'estensione di questo diritto al resto del mondo, alla sua

438 Cfr. P. Eberhardt e C. Olivet, *Profiting from Injustice*, cit., p. 59.

439 *Ibidem*

440 Vedi *supra* § 2.1.2.

441 J.W. Head, *The Future of the Global Economic Organization, An Evaluation of Criticisms Leveled at the IMF, the Multilateral Development Banks and the WTO*, Transnational Publishers, New York, 2005.

442 Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2012; dello stesso autore: *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Bari, 2003.

443 M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit.

globalizzazione, a scapito di differenti tradizioni giuridiche e culturali o di visioni del mondo alternative⁴⁴⁴; il modello occidentale viene esportato, presentato come unico paradigma accettabile, come elemento necessario per il perseguimento dello sviluppo.

I prestiti concessi da IMF e Banca Mondiale, sono erogati a condizione che gli Stati mettano in atto riforme strutturali in campo economico, prettamente di stampo neoliberista e spesso lesive dei diritti sociali⁴⁴⁵; gli accordi conclusi nell'ambito dell'OMC rispecchiano la visione dei membri dotati di maggior potere, ovvero le economie occidentali⁴⁴⁶; le clausole contenute nei trattati sugli investimenti e le regole applicate nei giudizi arbitrari esprimono il punto di vista dei rappresentanti del potere economico.

Ma la globalizzazione non significa solo omologazione del diritto, il mondo giuridico è modificato e plasmato dai processi economici non solo per quanto riguarda il suo contenuto, ma anche in relazione alla forma. La rigidità viene sostituita dalla fluidità, dal concetto di governo si passa a quello di *governance*, per indicare tutti quei processi regolativi non più caratterizzati dalla vincolatività tipica del diritto statale, ma da una nuova idea di disciplina implementata tramite la persuasione e la libera adesione⁴⁴⁷.

Nel contesto della *global economic governance* i protagonisti nella creazione del diritto non sono più solo gli Stati sovrani o le organizzazioni internazionali di cui fanno parte, ma anche nuovi soggetti privati, come le *corporation*⁴⁴⁸, che mettono in atto gli scambi commerciali a livello globale, e le grandi *law firms*⁴⁴⁹, vere e proprie imprese del diritto, che producono le regole e gli istituti necessari alla realizzazione degli scambi. Le imprese transnazionali, dotate di capitali immensi e detentrici di un enorme potere, parallelo a quello statale, e spesso in contrasto con esso, modellano le relazioni in base alle esigenze

444 Cfr. R.C. Wolf, *Trade, Aid, and Arbitrate. The Globalization of Western Law*, cit.; K. Miles, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 71 ss.

445 *Ivi*, pp. 104-107.

446 Nei confronti di IMF, Banca Mondiale e WTO sono state elaborate numerose critiche, ad esempio in relazione alla non democraticità di tali istituzioni e all'eccessivo controllo esercitato da Stati Uniti e Stati europei. (Cfr. J.W. Head, *The Future of the Global Economic Organization*, cit.)

447 Sul tema si veda: M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 72-75. L'adesione non è così libera se viene prospettata come unica alternativa possibile, o almeno come unica soluzione che permetta di rimanere all'interno del circuito economico globale. L'assenza di rigidità, invece che garantire maggiore libertà, accorda a coloro che detengono la forza economica un enorme potere, in quanto rende possibile l'imposizione delle proprie regole, camuffata da libera scelta. Sul tema della *soft law* e della sua forza uniformante si veda: A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 171 ss.

448 *Ivi*, pp. 110-117.

449 *Ivi*, pp. 49-52.

del profitto; gli studi legali internazionali forniscono la base giuridica che legittima queste relazioni.

Tutto ciò appare come uno strumento attraverso cui l'oligarchia economica intensifica il suo controllo sulle relazioni sociali, sui modi di pensare, sulle abitudini e sui comportamenti, proponendo il suo modello come l'unico accettabile, limitando le possibilità di concepire forme diverse, insinuandosi attraverso meccanismi subdoli nelle trame della società⁴⁵⁰. L'assenza di forme giuridiche rigide implica l'assenza di controlli efficaci, la mancanza di procedimenti che prevedano dibattito e confronto⁴⁵¹, l'eliminazione della facoltà di chiedere conto delle scelte politiche effettuate. I nuovi centri di potere privato sembrano essere esonerati da verifiche del loro operato, potendo così agire indisturbati nel perseguimento di interessi particolari a scapito di quelli collettivi.

6. Democrazia, Costituzione e sovranità.

Il principio della sovranità popolare, riconosciuto dall'articolo 1, comma 2 della Costituzione italiana, rappresenta uno dei cardini del sistema democratico, di cui è caratteristica essenziale, esprimendo l'identità tra governanti e governati⁴⁵².

La sovranità nasce come attribuzione dello Stato, libero di agire sul piano internazionale senza vincolo alcuno⁴⁵³, il concetto perde le sue caratteristiche originarie nel mondo

450 "L'utopia neoliberale dissimula la sua identità e cancella qualsiasi possibile dialettica" (G. Micciarelli, *CETA, TTIP e altri fratelli: il contratto sociale della post-democrazia*, in *Politica del diritto*, Fascicolo 2, (2017), p. 241). Sul tema si veda inoltre: M. FISHER, *Capitalist Realism. Is there no alternative?*, John Hunt Publishing, UK, 2009.

451 Da notare come i negoziati in merito a TTIP e CETA siano rimasti a lungo segreti, e sia stata necessaria la pressione dei movimenti della società civile per spingere le parti a rendere pubblici i contenuti dei trattati prima della loro approvazione definitiva. (Cfr. A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit., p. 104; M. Barlow, *CETA: A Threat to Local Democracy I*, Huffingtonpost., (22 Ottobre 2011), www.huffingtonpost.ca/maude-barlow/ceta_b_1021782.html, (16 maggio 2018); G. Micciarelli, *CETA, TTIP e altri fratelli*, cit., p. 241 ss.; M. M. Morvillo, *Quanta (e quale) trasparenza nella negoziazione del Transatlantic Trade and Investment Partnership?*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016), pp. 136 e ss; C. CROUCH, *Democracy at a TTIP'ing point: Seizing a slim chance to reassert democratic sovereignty in Europe*, in *Juncture. IPPR's quarterly journal of politics and ideas*, Vol. 1, n. 3/2014).

452 Cfr. A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento NO TAV*, Jovene, Napoli, 2011, p. 108 ss.; G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano, I. I Sovranità e democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2006; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., Cedam, Padova, 1991.

453 L'idea dello Stato come potere più elevato, oltre il quale non si pone nessun altro potere, deriva dalla concezione seicentesca, espressa nei trattati costituenti la pace di Vestfalia, che nel 1648 concluse la guerra

globalizzato: lo Stato non è più l'unico soggetto delle relazioni internazionali, ma deve confrontarsi con numerosi attori, pubblici e privati, ai quali volontariamente o meno cede parte della sua sovranità⁴⁵⁴; parte quindi di quella sovranità che in uno Stato democratico appartiene al popolo.

In questa dinamica si inseriscono le organizzazioni internazionali, che traggono legittimazione dalla volontà degli Stati, che limitano il loro potere consapevolmente, concordando il fine per il quale tale limitazione è imposta. Nella Costituzione italiana l'articolo 11 ammette limitazioni alla sovranità per la creazione di «un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», indicando quindi molto chiaramente quali debbano essere le basi che giustificano la riduzione del potere statale.

Non sembra invece esistere alcuna legittimazione giuridica che giustifica e ammette il potere di fatto detenuto dalle *corporations*, un potere ottenuto e mantenuto grazie alle enormi risorse economiche, non basato su alcuna motivazione legata al benessere collettivo. Un potere spesso in conflitto con quello statale, che agisce direttamente, attraverso azioni concretamente in contrasto con i principi e le leggi dello Stato democratico, o indirettamente, cercando di modificare ed influenzare le politiche nazionali in direzione favorevole ai propri interessi, esercitando pressione nei centri di potere nazionali e sovranazionali⁴⁵⁵.

La cessione di sovranità, prevista dalle costituzioni democratiche, dovrebbe essere finalizzata ad una migliore garanzia dei diritti da queste riconosciuti: data la natura di barriera contro ingiustizia e disegualianza della Carta costituzionale e dato il carattere dello Stato quale tutore ed attuatore dei diritti costituzionali, qualsiasi limitazione del

dei trent'anni. (J.H. Jackson, *Sovereignty: Outdated Concept or New Approaches*, in W. Shan, P. Simons, D. Singh, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008). 454 *Ibidem*

455 Sull'attività di lobbying, esercitata dalle élite economiche, si vedano ad esempio: M. Fotia, *Le lobby in Italia*, Edizioni Dedalo, Bari, 1997; C.C. Lo Re, *Il governo del mondo : istituzioni, strutture e lobby della globalizzazione*, Cooper & Castelvechi, Roma, 2003, capitoli IV e V.

Nota è inoltre la pratica del *revolving doors*, che permette a soggetti provenienti dal mondo economico di ricoprire incarichi politici e viceversa, muovendosi tra pubblico e privato senza che vi siano controlli efficaci su possibili conflitti di interessi. (Sul tema: A. Demurtas, *Unione europea, lobby e porte girevoli. Il passaggio dalla politica ai gruppi di pressione*, Lettera 43, 19 marzo 2014, <http://www.lettera43.it/articoli/politica/2014/03/19/unione-europea-lobby-e-porte-girevoli/112756/>, (16 maggio 2018); Lobbyingitalia, *Frenare la revolving door tra pubblico e privato*, Lobbying Italia, 14, novembre 2013, <http://www.lobbyingitalia.com/2013/11/frenare-la-revolving-door-tra-pubblico-e-privato/>, (16 maggio 2018); R. Jass-Aguilar e H. Waitzkin, *Multinational corporations, the state, and contemporary medicine*, in *Health Sociology Review*, 20:3, (2011); D. Etzion e G.F. Davis, *Revolving Doors? A Network Analysis of Corporate Officers and U.S. Government Officials*, in *Journal of Management Inquiry*, Volume 17, n. 3/2008).

potere statale dovrebbe ammettersi solo in virtù di un incremento delle tutele concepite dai costituenti.

Se la sovranità statale viene circoscritta per fini diversi, da forze che agiscono per vie legali e di fatto, al solo scopo di tutelare i propri interessi particolari, le finalità individuate a livello costituzionale vengono meno. La «pace e la giustizia fra le Nazioni» non sono garantite da un sistema di risoluzione delle controversie che esautora i Giudici nazionali, i quali esercitano il potere giudiziario secondo i dettami costituzionali, a differenza degli Arbitri privati, che sono invece investiti di un ruolo intimamente legato ai propri interessi personali e a quelli degli investitori, e che applicano norme svincolate da qualsiasi controllo di costituzionalità⁴⁵⁶.

Democrazia ed economia di mercato sono due ambiti nettamente distinti: una politica neoliberista non è necessaria all'avvento di un regime democratico⁴⁵⁷. Tuttalpiù uno Stato democratico può risultare ambiente più favorevole per la promozione di riforme che favoriscano l'apertura dei mercati, in quanto il pluralismo garantisce la dialettica delle idee e il confronto tra esse. Ma in questo confronto si rischia di cadere nella trappola tesa dall'oligarchia economica, che spesso approfitta di un sistema democratico per esercitare il suo potere indisturbata, insinuandosi nei centri di potere, direzionando e limitando il confronto tra idee, presentando il proprio punto di vista come l'unico accettabile⁴⁵⁸, ed eliminando la possibilità di mettere in discussione le basi del sistema economico,

456 Cfr. A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit., p. 126.

457 Così come la democrazia non è esportabile tramite interventi armati, attraverso i quali si diffonde il modello economico occidentale, come è avvenuto ad esempio in Iraq, in cui all'invasione statunitense del 2003 ha fatto seguito l'approvazione di una nuova legge sugli investimenti stranieri. La guerra al terrore viene usata come strumento per giustificare l'introduzione di riforme neoliberiste, presentate come inesorabilmente legate all'avvento della democrazia (M. Sornarajah, *The Neoliberal Agenda in Investment Arbitration: Its Rise, Retreat and Impact on State Sovereignty*, in W. Shan, P. Simons e D. Singh, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, cit., p. 205; cfr. W. BROWN, *Stati murati, sovranità in declino*, Ed. italiana a cura di Federica Giardini, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 42). Sul tema si veda inoltre: L. Canfora, *Esportare la libertà. Il mito che ha fallito*, Mondadori, Milano, 2007; A. Chua, *L'età dell'odio: esportare democrazia e libero mercato genera conflitti etnici?*, Carocci, Roma, 2004. Sul rapporto tra democrazia e mercato: M. Salvati, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Il mulino, Bologna, 2009; J. E. Stiglitz, *In un mondo imperfetto: stato, mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, a cura di Laura Pennacchi, Donzelli, Roma, 2001.

458 Sul tema si veda ad esempio: L. Gallin, *Il colpo di Stato di banche e governi: l'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, Torino, 2013, p. 251 ss., in cui si afferma come il neoliberalismo sia una «dottrina totalitaria che si applica alla società intera e non ammette critiche» (p.251), «una dottrina costruita scientificamente allo scopo di conquistare un'egemonia che non ammette discussione in ogni settore della società, espellendone ogni altra dottrina o visione del mondo» (p.265). Si veda inoltre: M. Fotia, *Le lobby in Italia*, cit., p. 127, in cui si fa riferimento ai processi «non decisionali», che escludono determinate questioni dal dibattito pubblico. In questa direzione si inserisce poi il mantra «*There Is No Alternative*» (TINA), usato come motivazione per giustificare politiche neoliberiste, giudicate inevitabili e non discutibili.

ammettendo solo quelle variazioni che rimangono all'interno del paradigma dominante⁴⁵⁹. L'arbitrato viene promosso come sistema di tutela dalle ingiustizie perpetrate da uno Stato che abusa del suo potere nei confronti di un investitore impotente⁴⁶⁰, ma sembra in realtà rappresentare un sistema che incrina le possibilità di garantire i diritti dei più deboli e che aumenta invece il potere dei più forti; non uno strumento che punta all'evoluzione della società in senso egualitario, ma un mezzo che permette di aggredire indiscriminatamente le tutele erette a difesa dal potere economico, abbattendo le barriere che permettono di arginarlo, strutturate per soddisfare il senso di giustizia che permea la Costituzione italiana e le Costituzioni democratiche in genere.

Il diritto statale, in quanto emanato da un organo (il Parlamento), che è espressione del popolo sovrano, trova la sua legittimità nelle procedure democratiche previste dalla Costituzione, ed è legittimo se rispetta forme e principi contenuti nella Carta costituzionale. La struttura democratica dello Stato fa sì che siano i cittadini⁴⁶¹ ad esercitare il potere su loro stessi: vi è coincidenza tra chi pone le norme e chi ne è soggetto, il diritto presenta i caratteri dell'autonomia, che si contrappone all'eteronomia, la situazione in cui il diritto è posto da altri, non da coloro che ne sono i destinatari, ovvero la circostanza in cui legislatore ed esecutore delle norme sono due soggetti distinti⁴⁶².

Il diritto internazionale, benché dotato di carattere sovrastatale, deve pur sempre rispettare la Carta costituzionale, non si pone gerarchicamente ad un livello superiore, il suo contenuto non può entrare in contrasto con i principi stabiliti in Costituzione⁴⁶³. Si rispetta in questo modo il principio della sovranità popolare: rimane pur sempre l'organo eletto, rappresentante della pluralità di opinioni, a decidere della ratifica o meno di un trattato, ed

459 Si va verso quella che è stata definita “*postdemocrazia*”, lasciando che le *élite* acquistino sempre più potere sottraendolo alla politica (C. Crouch, *Postdemocrazia*, traduzione di Cristiana Paternò, Roma-Bari, 2003, p. 9).

460 Cfr. M. Hirsch, *The arbitration mechanism of the International centre for the settlement of investment disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1993, p. 8.

461 Norberto Bobbio distingue il termine popolo dal termine cittadini, in quanto espressione di una massa composta da individui dotati di autonomia, la quale si concreta nel voto, attribuito singolarmente ad ognuno. Nella parola popolo invece si cela maggiormente il riferimento ad una massa indistinta, che «*forma un tutto*». L'autore preferisce perciò parlare di potere dei cittadini piuttosto che di potere del popolo. (N. Bobbio, *Democrazia*, cit., pp. 6-7).

462 *Ivi*, p.11.

463 I trattati internazionali hanno la medesima efficacia della norma interna di adattamento e, in alcuni casi possono fungere da norma interposta, per valutare la legittimità costituzionale di norme interne che siano in contrasto con essi, ma non assumendo per questo valore costituzionale. Tale interpretazione del nuovo art. 117 della Costituzione, così come riformato nel 2001, è stata definita in diverse sentenze della Corte Costituzionale: le n. 348 e 349 del 2007 e successivamente nel 2009 con le sentenze n. 39 e 311 (A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit., pp. 122-123).

è sempre possibile rilevarne l'illegittimità di fronte alla Corte costituzionale.

Il diritto fluido, dalle forme morbide e non chiaramente definite, non è invece sottoposto a tale scrutinio. I contenuti della *lex mercatoria*, sono elaborati sì da coloro i quali ne sono destinatari, ma non attraverso le forme garantiste che caratterizzano la democrazia e che permettono il confronto di diversi punti di vista. Tramite l'arbitrato peraltro questo diritto di origine commerciale viene applicato a questioni che non sono di carattere economico, coinvolgendo perciò interessi diversi e andando ad incidere su soggetti che non hanno contribuito alla creazione delle norme alle quali finiscono per essere sottoposti. Tale diritto sembra perciò dotato di eteronomia piuttosto che di autonomia, contrastando quindi con una caratteristica essenziale del sistema democratico⁴⁶⁴.

L'erosione dei diritti e della sovranità dello Stato, in nome di un sistema che appare diseguale ed iniquo, è individuabile nel processo definito *chill effect* o *regulatory chill*⁴⁶⁵, ovvero l'effetto di *raffreddamento* normativo, consistente in un peggioramento degli *standard* di tutela dei diritti, e nella contestuale limitazione della potestà regolamentare dello Stato.

La disciplina posta a garanzia dei principi democratici sembra subire un arretramento, le normative vengono modificate o eliminate, per evitare l'instaurazione di nuovi procedimenti ISDS; la minaccia da parte dell'investitore di fare ricorso ha un effetto deterrente sull'emanazione di nuove leggi⁴⁶⁶, il diritto dello Stato di regolare determinate materie secondo le esigenze dei cittadini risulta fortemente limitato.

La portata effettiva di questo fattore non è facilmente definibile⁴⁶⁷, in quanto coinvolge diversi elementi, relativi alla percezione da parte del legislatore della possibilità dell'instaurazione di un procedimento, che dipende peraltro dalle informazioni possedute in merito al sistema ISDS e al suo funzionamento e relativamente al diritto internazionale

464 Cfr. N. Bobbio, *Democrazia*, cit., p. 11. Come afferma Kelsen: "È politicamente libero chi è sottomesso, sì, ma alla volontà propria, non alla volontà esterna" (H. Kelsen, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 46). Se il diritto è qualificabile come mezzo di espressione della forza il suo contenuto è necessariamente conforme al pensiero delle forze vincenti, che tendono ad omologare il resto della società (Cfr. A. Algotino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, cit., p. 59).

465 L'effetto di *regulatory chill* si verifica quando uno Stato modifica la sua attività legislativa a seguito di una minaccia di ricorrere tramite arbitrato da parte di un investitore. (C. Tietje, F. Baetens e E. Rotterdam, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for the Minister of Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign affairs, The Netherlands, 2014, pp. 40-41).

466 *Ibid.*

467 Per uno studio basato su modelli matematici si veda: E. Janeba, *Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements*, Cesifo Working Paper no. 6188, Category 8: Trade Policy, 2016.

degli investimenti in generale⁴⁶⁸. Lo studio di casi concreti permette però di affermare che l'effetto descritto sia reale e che i rischi che ne conseguono siano effettivi⁴⁶⁹.

Alcuni esempi aiutano a rendere meglio l'idea della questione: nel 2004 alcune Province canadesi avanzano la proposta di creare un sistema pubblico di assicurazione automobilistica, per fornire ai cittadini una copertura completa e a basso costo, concorrente con le polizze offerte da agenzie private. Il progetto elaborato dalla commissione incaricata rimane però solo sulla carta, la possibilità di tramutarlo in legge viene bloccata dalle compagnie assicurative operanti sul mercato canadese, che minacciano di ricorrere tramite arbitrato nel caso venga adottato un provvedimento del genere⁴⁷⁰.

Precedentemente, nel 2002, lo Stato indonesiano aveva fronteggiato una situazione simile, in relazione ad una nuova legge che avrebbe imposto limitazioni alle industrie minerarie che svolgono attività estrattiva all'interno di zone forestali protette. Anche in questo caso la nuova legge non vede la luce, il Governo indonesiano non porta avanti il progetto, temendo ritorsioni e richieste di risarcimento da parte delle aziende del settore, che prospettano la possibilità di citare lo Stato in sede arbitrale⁴⁷¹.

Le situazioni descritte costituiscono esempi di come l'inibizione dell'attività legislativa dello Stato o l'influenza su essa vengono esercitate in maniera indebita, bloccando l'adozione di misure elaborate per garantire ai cittadini maggiori tutele o per proteggere beni collettivi, utilizzando come deterrente un sistema che appare costruito e strutturato per difendere l'interesse privato.

Lo Stato è libero di disciplinare le diverse materie di sua competenza, ma rispettando i limiti imposti dal sistema democratico e dalla Costituzione; in congruenza con i principi che garantiscono il pluralismo, il rispetto delle minoranze ed il giusto equilibrio tra le diverse esigenze in gioco, gli organi legislativi ed esecutivi possono regolamentare le diverse questioni seguendo l'indirizzo politico prescelto.

Ulteriori limiti sono inoltre posti dall'appartenenza ad organizzazioni sovranazionali, quali ad esempio l'Unione Europea, che attraverso Trattati istitutivi, direttive e regolamenti,

468 Cfr. K. Tienhaara, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*, in C. Brown e K. Miles (ed.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 610-611.

469 *Ivi* p. 617 ss.

470 S. Shrybman e S. Sinclair, *Public auto insurance and trade treaties*, Canadian Center for Policies Alternatives, Briefing Paper. Trade and Investment Series, Vol 5 (1), (2004).

471 S.G. Gross, *Inordinate Chill: Bits, Non-NAFTA MITs, and Host-State Regulatory Freedom- An Indonesian Case Study*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol 24, I. 3 (2003).

direziona l'attività legislativa verso determinati obiettivi.

I Trattati sugli investimenti e l'arbitrato in essi previsto influiscono anch'essi sul libero esercizio del potere legislativo: gli investitori esteri possono ricorrere contro provvedimenti adottati dalle Autorità statali, chiedendone la diretta rimozione, ottenendo la compensazione per i mancati profitti da questi causati e frustrando l'emanazione di nuovi provvedimenti. Il *right to regulate* dello Stato risulta perciò limitato in nome delle esigenze del mercato e del guadagno, e la tutela dei diritti sociali, dell'ambiente e della salute possono subire forti inibizioni⁴⁷².

Bisogna riconoscere che alcuni trattati e alcune decisioni arbitrali si riferiscono esplicitamente al *right to regulate*, statuendo che questo debba essere sempre garantito e che non possa essere limitato dalle disposizioni del trattato o dalle esigenze dell'investitore.

Il testo del CETA ad esempio dispone in tale senso nel preambolo:

«Recognizing that the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity⁴⁷³».

In direzione simile, nel caso *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*⁴⁷⁴, il Tribunale ha affermato:

«It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power⁴⁷⁵».

La sentenza, datata 11 settembre 2007, ha dato ragione allo Stato lituano, dichiarando legittimo il rifiuto nei confronti del progetto, presentato da una compagnia norvegese, per la costruzione di un parcheggio nella città di Vilnius. Il Tribunale ha riconosciuto come

472 Cfr. The Council of Canadians, *The CETA Deception. How the Harper government's public relations campaign misrepresents the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement*, 17 luglio 2012, pp. 5-6.

473 Consolidated CETA text, Preamble.

474 ICSID Case No ARB/05/8.

475 ICSID Case No ARB/05/8, Award, 11 settembre 2007, § 332.

valide le motivazioni addotte dallo Stato, relative alla conservazione del patrimonio storico e culturale e alla tutela dell'ambiente, il diritto delle Istituzioni di disporre nell'interesse dei cittadini ha in questo caso prevalso⁴⁷⁶.

In una controversia più recente, le cui parti sono lo Stato australiano e l'azienda produttrice di tabacco Philipp Morris⁴⁷⁷, la questione verteva sulle leggi antifumo di recente emanazione, che modificavano le regole relative alla grafica dei pacchetti di sigarette, riducendo lo spazio per il logo della marca, e aumentando quello utilizzato per messaggi dissuasivi⁴⁷⁸. La decisione finale⁴⁷⁹ è stata in favore dello Stato, anche se le motivazioni non sono relative al diritto dello Stato di tutelare il diritto alla salute, ma riconoscono invece il comportamento abusivo della società, che ha proposto il ricorso tramite una sede appositamente costituita ad Hong Kong per usufruire della protezione accordata dal Trattato bilaterale tra Hong Kong e Australia⁴⁸⁰.

Chiaramente le decisioni dei Tribunali arbitrali non sono sempre a favore dell'investitore, in alcuni casi gli arbitri prendono in considerazione le motivazioni alla base dei provvedimenti statali e sanciscono la loro legittimità, così come i testi dei Trattati in alcuni casi riconoscono il diritto dello Stato a regolare tutelando interessi contrastanti con l'interesse al profitto. Ma ciò non elimina i problemi insiti nel sistema ISDS, che comunque permette all'investitore di sfidare determinate normative, lasciando alla discrezione di soggetti privati la valutazione delle circostanze e degli interessi in gioco, e sottraendola alla giurisdizione di Corti costituite da Giudici, la cui attività viene esercitata secondo le garanzie definite per legge.

7. Diritti umani.

Con la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* del 1948 si ha per la prima volta

476 Stockholm Chamber of Commerce, *Case Summary No. 8*, ISDS BLOG, 18 agosto 2015, <http://isdsblog.com/2015/08/18/case-summary-no-8/>, (1 giugno 2018).

477 *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

478 K. Singh, *Philip Morris v. Australia: A big win for public health*, in *Third World Economics*, Issue No. 606, (2015) <https://www.twn.my/title2/twe/2015/606/3.htm>.

479 Sentenza del 17 dicembre 2015.

480 C. Knaus, *Philip Morris cigarettes charged millions after losing plain packaging case against Australia*, *The Guardian*, 10 luglio 2017, <https://www.theguardian.com/business/2017/jul/10/philip-morris-cigarettes-charged-millions-after-losing-plain-packaging-case-against-australia>, 1 giugno 2018.

una definizione chiara e condivisa di quali siano i diritti umani, questione che fino ad allora era rimasta confinata al dibattito dottrinale, e mai tradotta in diritto positivo a livello internazionale⁴⁸¹.

La dichiarazione non ha carattere vincolante, ma ha assunto nel corso del tempo valore di *jus cogens*, in quanto contiene principi consuetudinari riconosciuti e accettati da tutti gli Stati. Negli anni seguenti il suo contenuto viene riprodotto e specificato tramite numerose Convenzioni, dotate di forza vincolante per gli Stati firmatari, quali ad esempio il *Patto Internazionale sui Diritti civili e Politici*, il *Patto Internazionale sui Diritti Sociali Economici e Culturali*, entrambi del 1966, la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna*, approvata nel 1979, o la più recente *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie*, del 1990.

Attraverso la disciplina dei diritti umani, il perseguimento di un modello di società più giusta ed egualitaria⁴⁸² si estende dal piano statale interno, che esprime tali fini per mezzo della Carta costituzionale, al piano internazionale, portando le istanze di cambiamento ad un livello superiore, condividendo tra Nazioni con diverse esperienze politiche e culturali i medesimi obiettivi.

I ricorsi proposti davanti ai Tribunali ISDS pongono spesso in gioco questioni direttamente inerenti alla tutela dei diritti umani e quindi incidenti sul rispetto da parte degli Stati degli impegni assunti in questo ambito a livello internazionale; allo stesso modo la protezione accordata agli investitori assume il carattere di obbligo internazionale, quando deriva da un Trattato con altro Stato. Ma nel bilanciamento degli interessi la garanzia dei diritti umani dovrebbe essere gerarchicamente superiore alla tutela del profitto privato; questo assunto non viene però spesso rispettato, il risarcimento per la perdita del capitale investito molte volte è riconosciuta, a prescindere dall'obbiettivo che lo Stato persegue con la misura che influisce sui diritti dell'investitore.

Questioni relative ai diritti umani vengono spesso sollevate nel corso delle cause, sia dagli

481 Cfr. A. Casseese, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 32 ss. I diritti dell'uomo erano già stati codificati in passato, sono infatti contenuti nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, adottata nel 1789 in Francia e nelle Dichiarazioni statunitensi del periodo 1776-1789. Tali documenti costituiscono dei precursori della dichiarazione del 1948, ma sono molto differenti, in quanto, ad esempio, riconoscono esclusivamente diritti agli individui e non ai gruppi e inoltre non prevedono efficaci strumenti di garanzia dei diritti (*Ivi*, p. 12 ss.).

482 “[...] la nascita e ora anche la crescita dei diritti dell'uomo sono strettamente connesse con la trasformazione della società [...]”, N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014, p. 73.

Stati che dagli investitori, e in alcuni casi dallo stesso Tribunale⁴⁸³, ma l'unico diritto ad essere pienamente riconosciuto e garantito è quello di proprietà⁴⁸⁴, mentre per tutto ciò che riguarda la tutela della salute, dell'ambiente, del lavoro, e in generale dei diritti collettivi, si ha molte volte un rigetto delle motivazioni addotte. Il fatto che lo Stato abbia emanato una determinata normativa per garantire i propri cittadini è considerato irrilevante, al centro del ragionamento viene posto il diritto dell'investitore al profitto, considerato prevalente su qualsiasi altra esigenza di diverso carattere⁴⁸⁵.

La protezione accordata agli investitori stranieri viene considerata il principale vincolo per l'azione degli Stati: gli altri obblighi internazionali facenti parte del vasto impianto di diritti strutturato a protezione da arbitrio e ingiustizia vengono messi in secondo piano, il bilanciamento opera spesso a favore dell'interesse di una singola categoria di soggetti, gli investitori.

La disciplina dei diritti umani è correlata, così come le Costituzioni democratiche, alla limitazione del potere, pone degli argini al suo esercizio, per evitare che questo venga utilizzato in modo arbitrario, per tutelare coloro i quali non detengono posizioni di potere dalla volontà di coloro che le occupano⁴⁸⁶. Il potere viene circoscritto, vengono poste delle barriere affinché non degeneri in arbitrio, delle regole che ne permettono il controllo, rendendo così possibile la garanzia dei diritti. In secondo luogo i diritti umani, in particolare quelli di natura sociale, intervengono sulle disegualianze, incentivando azioni volte a ridimensionarle, agendo sulle cause che le generano attraverso interventi che le eliminano o ne riducono la portata⁴⁸⁷.

La tutela della proprietà privata deve essere bilanciata con le altre esigenze, il diritto individuale di un soggetto viene garantito nella misura in cui ciò sia possibile nel confronto tra questo e altri interessi, pubblici o privati, che entrano in contrasto con esso. Il profitto non dovrebbe prevalere sul diritto di ogni essere umano allo sviluppo, sul dovere di solidarietà, sulla necessità di promuovere un ordine internazionale equo e democratico, in

483 Cfr. V. Kube ed E.U. Petersmann, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, in *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y*, 11:65, (2016).

484 *Ivi*, p. 69.

485 Si veda ad esempio come la disciplina in materia ambientale venga spesso interpretata quale atto contrario agli obblighi di protezione degli investitori (K. Miles, *The Origins of International Investment Law*, cit., p.154 ss.).

486 Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 273.

487 Si distingue tra diritti civili e politici, relativi alla libertà da indebite influenze da parte dello Stato nella vita privata e al diritto di partecipare alla vita politica, e diritti economico sociali, orientati all'appianamento della disparità, A. Cassese, *I diritti umani oggi*, cit., p. 5.

cui sia a tutti riconosciuto l'accesso al benessere⁴⁸⁸.

I Trattati sugli investimenti e le decisioni arbitrali dovrebbero essere compatibili con tutti gli obblighi assunti dagli Stati in sede di Nazioni Unite, a partire dalla Carta istitutiva dell'ONU, che all'articolo 103 recita: «In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail», proseguendo con gli altri documenti approvati in tale sede in materia di diritti dell'uomo, garantendo ad esempio il diritto alla partecipazione, riconosciuto dagli articoli 19 e 25 del *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici*, e non rispettato, molto frequentemente, sia nelle trattative in merito ai trattati sugli investimenti, sia nei procedimenti arbitrali⁴⁸⁹.

Le decisioni arbitrali entrano spesso in conflitto con i principi che costituiscono l'impianto destinato a tutelare i diritti fondamentali dell'uomo: gli investitori sovente abusano del diritto a ricorrere tramite arbitrato, chiedendo compensazioni per mancati profitti derivanti dai limiti posti da provvedimenti che tutelano l'interesse dei cittadini.

Si prenda ad esempio il caso *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*⁴⁹⁰, nel quale l'azienda statunitense ha chiesto allo Stato messicano un risarcimento per il mancato rilascio di un permesso di costruzione, necessario ad edificare una struttura per il trattamento di rifiuti tossici. La negazione del permesso era motivata dal contrasto con la disciplina relativa al consumo di territorio e alla protezione dell'ambiente, ma nonostante ciò il Tribunale ha riconosciuto all'impresa una compensazione di 16.7 milioni di dollari, con sentenza del 30 agosto 2000, valutando la situazione come un caso di esproprio indiretto⁴⁹¹.

Sempre un'azienda nord americana, la *Azurix Corporation*, ha chiesto e ottenuto un risarcimento di 165 milioni di dollari dallo Stato argentino⁴⁹², condannato per aver infranto lo *standard* di trattamento giusto ed equo⁴⁹³. La vicenda riguarda la fornitura di acqua potabile, nella città di Buenos Aires: una concessione trentennale attribuiva alla Azurix la

488 United Nations-General Assembly, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, cit., p. 4.

489 *Ivi*, p. 10.

490 ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

491 K. Miles, *The Origins of International Investment Law*, cit., pp. 156-158.

492 *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12; sentenza del 14 luglio 2006.

493 Richiesta di arbitrato del 19 settembre 2001; sentenza del 14 luglio 2006.

gestione della rete idrica, a seguito di una grave contaminazione batterica dell'acqua il Governo ha imposto all'azienda una sanzione, considerandola non ottemperante agli obblighi derivanti dalla concessione, e ha vietato la riscossione delle fatture dovute dai residenti per il periodo in cui l'acqua si è mantenuta contaminata; in base a questi eventi l'impresa effettua una richiesta di arbitrato, lamentando il guadagno perso a causa di provvedimenti emessi per tutelare la salute degli abitanti di Buenos Aires.

Un altro esempio, relativo ai diritti dei lavoratori, coinvolge l'Egitto e l'azienda francese Veolia, operante nel settore dello smaltimento dei rifiuti, che ha citato in giudizio lo Stato, a seguito dell'emanazione della legge che alzava il salario minimo dei lavoratori⁴⁹⁴. Veolia aveva chiesto un risarcimento di 110 milioni di dollari, affermando che il mancato adeguamento dell'accordo con lo Stato egiziano e la nuova legge sul salario, contrastano con l'obbligo contrattuale di mantenere i guadagni allineati con l'incremento dei costi⁴⁹⁵. Il Tribunale ha recentemente deciso in favore dello Stato, che ha però in ogni caso dovuto sostenere i costi della causa⁴⁹⁶.

L'investitore privato tendenzialmente agisce per perseguire il suo interesse personale, svolgendo un'attività che per sua natura comporta dei rischi. Ma il profitto non è riconosciuto quale diritto umano, nel gioco dell'investimento a volte si vince, a volte si perde⁴⁹⁷, e quando ciò accade, non dovrebbe essere responsabilità dello Stato, che ha agito nell'interesse dei cittadini, risarcire chi ha scommesso il suo capitale.

Attraverso l'*amicus curiae*, che prevede la presentazione di memorie, da parte di terzi, in qualità di amici della Corte, viene in alcuni casi data la possibilità di introdurre elementi relativi alla protezione dei diritti umani. L'istituto è originario del *common law*, e prevede il contributo di soggetti diversi dalle parti contendenti, giustificato dall'esistenza di un forte interesse nella questione trattata⁴⁹⁸. Il terzo non interviene come parte della disputa, ma propone il suo punto di vista per fornire alla corte ulteriori elementi di valutazione⁴⁹⁹.

Questa pratica si è molto diffusa nelle dispute internazionali, dove ad intervenire sono

494 *Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/15.

495 Public Citizen, *Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies*, Citizen, (2014), p.15.

496 ISDS Platform, *Veolia loses ISDS case against Egypt – after six years and millions in costs*, 4 giugno 2018, <https://isds.bilaterals.org/?veolia-loses-isds-case-against&lang=en>, (3 maggio 2019).

497 Cfr. United Nations-General Assembly, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, cit., p. 5.

498 P.J. Sands, R. Mackenzie, *International Courts and Tribunals, Amicus Curiae*, Oxford Public International Law, gennaio 2008, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e8> (29 maggio 2018).

499 *Ibid.*

solitamente organizzazioni non governative (ONG), che portano alla luce le istanze della società civile non rappresentate da altri soggetti⁵⁰⁰.

Nel contesto dell'arbitrato sugli investimenti la memoria redatta come *amicus curiae* costituisce un mezzo che permette di difendere le politiche statali che tutelano l'interesse pubblico, spesso attraverso argomentazioni basate sui diritti umani.

La partecipazione di parti terze non è però garantita di diritto, ma viene concessa a discrezione del Tribunale, che valuta in base all'utilità degli argomenti addotti dal soggetto che richiede di intervenire; anche quando la memoria è accettata non è inoltre scontato che sia dato pieno riconoscimento alle motivazioni presentate, spesso infatti gli Arbitri non danno particolare rilevanza alle questioni inerenti ai diritti umani; allo stesso modo l'istituto non garantisce la trasparenza, non essendo previsto un automatico accesso agli atti legato alla presentazione della memoria.

Nel caso che ha coinvolto nel 2011 lo Zimbabwe, citato in giudizio da alcune società svizzere⁵⁰¹, il Tribunale ha rifiutato la richiesta di partecipare presentata da alcune comunità indigene, congiuntamente all'*European Center for Constitutional and Human Rights*. Le aziende ricorrenti lamentavano la lesione del loro diritto di proprietà, a seguito del programma di redistribuzione della terra messo in atto dallo Stato, che andava ad incidere su terreni da loro posseduti. Le motivazioni addotte per richiedere l'intervento prendevano in considerazione la *Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni*, approvata dall'assemblea generale dell'ONU il 13 settembre 2007, la quale riconosce il diritto al libero uso della terra, che nel caso in esame risulta limitato dalla presenza di soggetti che vantano diritti sul territorio su cui sono insediate le popolazioni indigene⁵⁰². La richiesta di intervento viene respinta, affermando che le norme citate non sono rilevanti per la decisione della controversia, in quanto nessuna delle parti le ha direttamente incluse nelle proprie argomentazioni⁵⁰³.

500 Vedi: E. De Brabandere, *NGOs and the "Public Interest": the Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic Disputes*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, N. 1, (2011).

501 *Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Joint ICSID Cases No. ARB/10/15 and ARB/10/25.

502 Da notare come la proprietà della Border Timber sia stata acquisita dalla British South Africa Company, compagnia che ha portato avanti la politica coloniale che ha privato le popolazioni locali delle proprie terre, C. Cros e C. Schliemann-Radrbruch, *When Investment Arbitration Curbs Domestic Regulatory Space: Consistent Solutions through Amicus Curiae Submissions by Regional Organisations*, in *Law & Dev. Rev.*, 6:67, (2013), p. 101).

503 *Ivi*, pp. 93-96.

La richiesta di partecipazione viene invece accettata nel caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania*⁵⁰⁴, nel quale l'impresa, di origine inglese, ricorre contro la cancellazione del contratto che le attribuiva la gestione della rete idrica⁵⁰⁵, motivata dal mancato rispetto degli obblighi e dalla cattiva gestione del servizio⁵⁰⁶. L'intervento come *amici curiae*, presentato congiuntamente da più soggetti⁵⁰⁷, solleva questioni legate al diritto all'acqua, riferendosi all'articolo 11 del *Patto Internazionale sui Diritti Sociali Economici e Culturali*⁵⁰⁸ e ad altre Convenzioni internazionali⁵⁰⁹. La decisione finale, del 24 luglio 2008, è in favore dello Stato, e il Tribunale riconosce l'utilità della memoria presentata, anche se non è chiaro quanto questa abbia influenzato la decisione⁵¹⁰, poiché le motivazioni presentate dalle terze parti non sono citate nel ragionamento giuridico⁵¹¹.

L'intervento come *amicus curiae*, ha un'efficacia limitata nel sollevare questioni relative ai diritti umani: le sue caratteristiche lo rendono un mezzo che non sembra in grado di incidere realmente sulla sentenza, e gli Arbitri sono dotati di eccessiva discrezionalità nella valutazione delle motivazioni presentate nelle memorie, oltre che nella scelta se ammettere o meno la partecipazione di terzi, portatori di un interesse pubblico, che dovrebbe invece essere messo in primo piano.

8. Sviluppo sostenibile.

504 ICSID Case No. ARB/05/22.

505 Richiesta di arbitrato del 5 agosto 2005.

506 C. Cros e C. Schliemann-Radrbruch, *When Investment Arbitration Curbs Domestic Regulatory Space*, cit., pp. 88-90.

507 *The Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), The Legal and Human Rights Centre (LHRC), The Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), The Center for International Environmental Law (CIEL), The International Institute for Sustainable Development (IISD)*.

508 «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita. Gli Stati parti prenderanno misure idonee ad assicurare l'attuazione di questo diritto, e riconoscono a tal fine l'importanza essenziale della cooperazione internazionale, basata sul libero consenso».

509 *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, art. 14 (2) (c); *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, art. 14 (2) (h); *Convention on the Rights of the Child*, art. 24 (2) (c).

510 L'utilità della memoria è inoltre limitata, a causa dell'impossibilità per le terze parti di accedere a tutti i documenti relativi alla controversia, fattore che impedisce una completa valutazione degli elementi in gioco. (J. Harrison, *Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Promoting Social Justice?* in P.M. Dupuy, F. Francioni ed E.U. Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, cit., p. 412)

511 *Ibidem*

Il concetto di sviluppo sostenibile viene definito in maniera chiara e condivisa nel 1987, nel rapporto della *World Commission on Environment and Development*, istituita dall'Assemblea Generale dell'ONU. Il report *Our Common Future*, indica come sostenibile lo sviluppo che soddisfa i bisogni attuali del genere umano senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri bisogni⁵¹².

Negli anni successivi numerosi documenti ribadiscono e approfondiscono tale idea: la *Dichiarazione di Rio* del 1992, l'Agenda 21, la *Dichiarazione del Millennio contenente gli Obiettivi di Sviluppo del Millennio (Millennium development Goals - MDGs)* e l'*Agenda 2030* che individua gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*Sustainable Development Goals - SDGs*) da raggiungere entro il 2030. Sebbene siano tutti atti dal carattere giuridicamente non vincolante⁵¹³, rappresentano un riferimento per l'azione di soggetti pubblici e privati, dei fini a cui mirare nel proprio operato.

Uno dei temi principali dello sviluppo sostenibile è costituito dalla tutela dell'ambiente, elemento fondamentale per la soddisfazione dei bisogni, le cui risorse, necessarie al sostentamento dell'essere umano, devono essere consumate senza superare i limiti che non ne permettono la rigenerazione, evitando uno sfruttamento che comprometta una futura fruizione⁵¹⁴.

Le elaborazioni più recenti del concetto comprendono inoltre molti riferimenti a temi sociali⁵¹⁵, che si affiancano a quelli ambientali, e completano l'idea di sviluppo sostenibile, inteso non solo come progresso compatibile con l'ambiente in cui l'essere umano opera, ma

512 World Commission on Environment and Development, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, Oslo, 20 marzo 1987, Chapter 2: Towards Sustainable Development.

513 Per una critica del carattere non vincolante degli SDGs si veda: T. Pogge e M. Sengupta, *A Critique of the Sustainable Development Goals' Potential to Realize the Human Rights of All: Why being better than the MDGs is not good enough*, in *Social Policy and the Transformative Potential of the SDGs*, Bob Deacon ed., speciale del *Journal of International and Comparative Social Policy*, (2016).

514 Cfr. D. Meadows, J. Randers, *I nuovi Limiti dello Sviluppo. La salute del pianeta nel terzo millennio*, traduzione di Maurizio Ricucci, Mondadori, Milano, 2006. Lo studio, attraverso strumenti informatici e matematici, calcola il rapporto tra risorse del pianeta e necessità del genere umano, dimostrando come sia estremamente necessario cambiare le abitudini, per impattare in maniera minore sull'ambiente e permettere uno sfruttamento delle risorse esistenti che non superi i limiti oltre i quali non è più possibile tornare indietro.

515 Già nel testo dell'Agenda 21, troviamo la prima Sezione dedicata alla dimensione sociale ed economica dello sviluppo sostenibile; la *International Law Association New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, del 2 aprile 2002, contiene riferimenti al diritto alla partecipazione, ai diritti umani, alla tutela della salute; i 17 *Sustainable Development Goals (SDGs)* comprendono, tra gli altri, l'eguaglianza di genere (SDG 5), il diritto all'educazione (SDG 4), l'accesso alla giustizia (SDG 16).

anche come evoluzione delle relazioni umane, delle relazioni tra Stati e dei legami tra diversi ambiti, tutti in egual misura coinvolti nel processo di miglioramento necessario ad eliminare le disuguaglianze esistenti. Lo sviluppo sostenibile risulta quindi sempre di più connesso e interdependente con i diritti umani, con i principi democratici, con il diritto alla partecipazione e l'obbligo di trasparenza e rendicontabilità delle scelte politiche⁵¹⁶.

Per far sì che lo sviluppo e il progresso dell'essere umano avvengano in modo sostenibile è infatti necessario che si guardi al quadro generale, in una prospettiva olistica⁵¹⁷, che prenda in considerazione tutti i molteplici aspetti che caratterizzano la realtà delle relazioni tra soggetti e tra discipline, una prospettiva che renda evidente il legame esistente tra ambiti a prima vista distanti e separati, ma che nel concreto risultano influenzarsi a vicenda.

Nel perseguimento di migliori livelli di sviluppo il ruolo dell'investimento appare senza dubbio fondamentale⁵¹⁸, in particolare sono necessari investimenti di origine estera là dove il contributo nazionale risulta insufficiente. Ma l'investimento estero non dovrebbe configurarsi come una indiscriminata usurpazione delle risorse locali, che prende le forme di un nuovo colonialismo.

L'investimento estero deve essere compatibile con le necessità di sviluppo del Paese⁵¹⁹, apportando un miglioramento, e non causando danni ulteriori; la crescita del PIL non può danneggiare la fascia più debole della popolazione. L'interesse dell'investitore al profitto va riconosciuto e tutelato in quanto funzionale al benessere collettivo, ma non può prevalere se entra in contrasto con le esigenze dei cittadini.

Di conseguenza non dovrebbe affidarsi ad un sistema privato, privo di garanzie volte a tutelare gli obiettivi di sviluppo, la risoluzione delle controversie in materia di investimenti. Se gli investitori sono liberi di sfidare le normative e le azioni poste in essere per perseguire la sostenibilità, si pone un ostacolo non indifferente alla sua realizzazione. La protezione dell'investimento non dovrebbe atteggiarsi come prevalente, su interessi dotati di pregnanza di gran lunga maggiore; lo sviluppo sostenibile non dovrebbe essere interpretato come obiettivo secondario rispetto al profitto.

516 Vedi ad esempio, in tema di trasparenza, la *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*, del 1998 (Aarhus Convention).

517 Cfr. U. Mattei e F. Capra, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca Edizioni, Torino 2017.

518 Cfr. International Institute for Sustainable Development (IISD), IISD, <http://www.iisd.org/topic/investment>, 28 maggio 2018.

519 Soprattutto se lo scopo dei trattati sugli investimenti è quello di promuovere lo sviluppo. (M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 219).

Il meccanismo ISDS non sembra garantire l'attenzione richiesta per le questioni relative allo sviluppo, il bilanciamento tra gli interessi in gioco viene spesso effettuato in maniera arbitraria, in assenza di un quadro chiaro di riferimento; il giudizio reso non viene effettuato in base a parametri chiari e determinati, che prendano in adeguata considerazione le necessità sottostanti alle misure incidenti sull'interesse dell'investitore. La sostenibilità dell'investimento non appare come requisito necessario per ottenere la sua protezione, la sostenibilità dell'attività statale non sembra costituire un carattere sufficiente a garantirne la legittimità o a renderla elemento per determinare l'entità del risarcimento.

Le scelte politiche effettuate da un Governo allo scopo di tutelare l'ambiente, in un'ottica di sviluppo sostenibile, vanno frequentemente ad incidere sui diritti di proprietà di grandi investitori, che di conseguenza chiamano in giudizio lo Stato per richiedere compensazioni spropositate, come se l'azione statale fosse immotivata ed arbitraria, realizzata al solo scopo di danneggiare l'investitore straniero e non per proteggere interessi collettivi.

Un esempio di questa strategia è il caso *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*⁵²⁰. La società nordamericana aveva acquistato nel 1970 l'area conosciuta come Santa Elena, per realizzarvi infrastrutture turistiche; nel 1978 il Costa Rica espropria la zona, motivando il decreto con la necessità di conservare la biodiversità tipica del luogo⁵²¹. Al Tribunale ICSID viene richiesto di determinare l'entità della compensazione, sulla quale le parti non riescono a trovare un accordo⁵²²; la sentenza viene emessa il 17 febbraio 2000 e condanna lo Stato a pagare un risarcimento di 16 milioni di dollari, valutando come irrilevanti le motivazioni alla base del decreto di esproprio, che, per quanto legittime, non sono elementi in grado di incidere sull'entità della compensazione⁵²³.

Un altro caso simile, la cui decisione esprime una mancata considerazione dell'interesse collettivo e le scelte di politica pubblica è *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The*

520 ICSID Case No. ARB/96/1.

521 R. Pavoni e L. Samuele, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor State Case Law: A Critical Appraisal*, in P.M. Dupuy, F. Francioni ed E.U. Petresmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, cit., pp. 537-539.

522 Richiesta di arbitrato del 2 giugno 1995.

523 «Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains». (*Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award, 17 febbraio 2000, § 71).

*United Mexican States*⁵²⁴, nel quale la compagnia spagnola ricorre contro lo Stato messicano⁵²⁵, reo di aver negato il rinnovo di una licenza per la gestione di una discarica di rifiuti pericolosi, motivato anche dalle numerose proteste provenienti da movimenti della società civile⁵²⁶. Il ragionamento del tribunale giudica la questione come meramente politica, sottovalutando le implicazioni ambientali e il principio di precauzione, affermando che non vi siano seri rischi per l'ambiente, e declassando le contestazioni come banali «socio-political circumstances»⁵²⁷, non determinate da una «serious urgent situation, crisis, need or social emergency»⁵²⁸. La sentenza, del 23 maggio 2003, condanna il Messico ad un risarcimento di 5 milioni di dollari, a cui sono da aggiungere gli interessi, calcolati dal 1998⁵²⁹.

Gli Arbitri non hanno tenuto conto né delle esigenze di tutela dell'ambiente né del diritto di partecipazione alle decisioni pubbliche, la compensazione riconosciuta all'investitore è stata calcolata esclusivamente in base al valore del capitale investito e della perdita sofferta, indipendentemente dalle motivazioni che stanno alla base della misura contestata. La partecipazione, la manifestazione del proprio punto di vista da parte dei cittadini, è stata giudicata come una contingenza di poco conto, mero incidente di percorso, a cui prestare poca attenzione, irrilevante nella valutazione delle scelte effettuate dallo Stato, che vengono valutate come un deliberato ed immotivato attacco ai diritti economici dell'investitore, inerme di fronte ad un'azione ingiusta ed illegittima.

Non sempre però le motivazioni economiche dell'investitore prevalgono, in alcuni casi le ragioni dello Stato vengono riconosciute, anche se è raro che ciò avvenga in virtù delle necessità di tutela dell'ambiente.

Nel caso *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*⁵³⁰, l'investitore argentino si rivolge alla Corte arbitrale per contestare il fallimento del suo investimento⁵³¹, dovuto a diverse motivazioni, tra cui l'imposizione di oneri ulteriori derivanti dalla Valutazione di Impatto Ambientale (VIA), in seguito alla quale il costo dell'attività industriale, che

524 ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

525 Richiesta di arbitrato del 27 luglio 2000.

526 R. Pavoni e L. Samuele, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor State Case Law*, cit., pp. 554-556.

527 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 marzo 2003, § 129.

528 *Ivi*, § 139.

529 *Ivi*, § 201.2.

530 ICSID Case No. ARB/97/7.

531 Ricorso presentato il 18 luglio 1997.

prevedeva la produzione di sostanze chimiche altamente tossiche, sarebbe diventato eccessivo. Il Tribunale⁵³², giudicando la VIA un atto obbligatorio e prevedibile dall'investitore⁵³³, nega il rimborso richiesto, sostenendo che il mancato profitto sia stato causato da una scorretta valutazione dei rischi commerciali da parte dell'impresa⁵³⁴.

Sempre in relazione ad una Valutazione di Impatto Ambientale si sviluppa il caso *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, condotto secondo le UNCITRAL *Arbitration Rules*⁵³⁵. L'impresa canadese ricorre perché non ha ricevuto l'autorizzazione dallo Stato californiano per la realizzazione di un progetto minerario, che prevede l'apertura di una miniera d'oro a cielo aperto, all'interno della California Desert Conservation Area, in una zona abitata da popolazioni indigene⁵³⁶. Sebbene la sentenza, datata 8 giugno 2009, rigetti la richiesta della *Glamis Gold*, le motivazioni addotte non tengono in debita considerazione le questioni ambientali, quanto piuttosto elementi relativi all'entità dell'investimento, all'effetto della VIA e della disciplina legislativa limitante le miniere a cielo aperto sul suo valore, e al rispetto degli *standard* di trattamento: il diniego del risarcimento viene infatti motivato negando che vi sia stato un'ingente perdita di valore del capitale investito e confutando la tesi del ricorrente secondo cui non vi sarebbe stato un trattamento giusto ed equo⁵³⁷.

Questi esempi costituiscono delle eccezioni, la tendenza a giudicare esclusivamente in base a fattori economici è infatti prevalente nei giudizi arbitrali; il Tribunale non è vincolato da alcun obbligo di decidere tenendo conto delle scelte di politica ambientale, il *focus* rimane nella maggior parte dei casi centrato sul valore dell'investimento e sull'aspettativa di profitto, anche quando questioni di pubblico interesse vengono sollevate e costituiscono la *ratio* che determina il contenuto delle disposizioni legislative ed amministrative.

532 Sentenza del 13 novembre 2000.

533 «*The Tribunal has carefully examined these contentions, since the Environmental Impact Assessment procedure is basic for the adequate protection of the environment and the application of appropriate preventive measures. This is true, not only under Spanish and EEC law, but also increasingly so under international law*» (*Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 novembre 2000, § 67).

534 R. Pavoni e L. Samuele, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor State Case Law*, cit., p.545 ss.

535 Notifica di arbitrato del 9 dicembre 2003.

536 *Ivi*, p. 547 ss.

537 E. Whitsitt, D. Vis-Dunbar, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America: Tribunal sets a high bar for establishing breach of "Fair and Equitable Treatment" under NAFTA*, «Investment Treaty News», 15 luglio 2009, <https://www.iisd.org/itn/2009/07/14/glamis-gold-ltd-v-united-states-of-america-tribunal-sets-a-high-bar-for-establishing-breach-of-fair-and-equitable-treatment-under-nafta/>, 30 maggio 2018.

9. ISDS, neoliberalismo, eguaglianza.

Il sistema ISDS, così come si deduce dalla storia del suo sviluppo, che si articola nel corso del processo di decolonizzazione⁵³⁸, è frutto dell'affermazione del pensiero economico neoliberista e dell'ideologia del libero mercato. La promozione e la protezione degli investimenti esteri, considerate fondamentali e necessarie allo sviluppo dei Paesi più arretrati, e poi diventate obbiettivo generale in tutte le relazioni commerciali tra Stati, sono un tassello del sistema giuridico che sostiene il libero flusso dei capitali a livello internazionale, garantendo a chi li detiene la realizzazione dei profitti derivanti dal loro investimento, tutelando da un'ampia gamma di rischi, ponendo l'interesse dell'investitore in primo piano, spesso a scapito degli interessi collettivi e dei principi di giustizia ed eguaglianza⁵³⁹.

La fluidità dei meccanismi ISDS e il loro forte distacco dalle forme tradizionali di giustizia, così come configurate nel contesto dello Stato di diritto, rende questo sistema difficile da controllare e da sottomettere ai valori espressi nelle costituzioni democratiche e nei trattati sui diritti umani, così come risulta arduo concepire la sua compatibilità con il concetto di sviluppo sostenibile.

Analizzando con occhio critico le regole che governano i procedimenti arbitrari, gli esiti delle decisioni⁵⁴⁰ e gli interessi che possono entrare in gioco nel corso del giudizio ci si rende conto di come il sistema sia strutturato per fornire una tutela efficace ed immediata all'investitore, attraverso un meccanismo che esula dalle forme e dalle garanzie del processo tradizionale, in nome della velocità richiesta dal mercato, e senza prendere in

538 Sul tema si vedano: M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 18 ss.; K.J. Vandeveld, *A Brief History of International Investment Agreement*, in K.P. Sauvant, L.E. Sachs, *The effect of treaties on foreign direct investment : bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*, Oxford University Press, New York, 2009; M.R. Mauro, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti*, Giappichelli, Torino, 2003 p. 2 ss; A.F. Lowenfield, *International Economic Law*, 2 ed., Oxford University Press, New York, 2008, p. 483 ss.

539 Cfr. A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit.; R. C. WOLF, *Trade, Aid and Arbitrate. The Globalization of Western Law*, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 2004, p. 25-26.

540 Gli investitori risultano vincitori nel 72% dei casi inerenti la giurisdizione e nel 60% dei casi relativi al merito. (H. MANN, *ISDS: Who Wins More, Investor or State?*, in International Institute for Sustainable Development (IISD), *Investment Treaty News, Breaking News Analysis*, (2015)).

considerazione altri valori fondamentali, o comunque lasciando alla volontà delle parti o degli Arbitri se tenere conto o meno di questi valori⁵⁴¹.

Le criticità del meccanismo ISDS rendono evidente come questo non sia uno strumento adatto a risolvere questioni che coinvolgono interessi pubblici e collettivi, ma utile esclusivamente a soddisfare l'interesse privato delle grandi imprese transnazionali, utilizzato come risorsa nel conflitto tra due prospettive antitetiche: quella che pone al centro la persona, l'uguaglianza e l'equa distribuzione della ricchezza e quella che invece ruota attorno al mercato, al profitto e al mantenimento della disparità⁵⁴².

Contro il sistema ISDS si sono sollevate numerose voci, dalla società civile, dal mondo accademico e dagli stessi Governi: numerosi sono infatti i movimenti di contestazione degli accordi commerciali più recenti come TTIP e CETA⁵⁴³; diversi studiosi hanno manifestato pubblicamente le loro preoccupazioni in merito alla risoluzione delle controversie tramite ISDS⁵⁴⁴; i governi di Ecuador⁵⁴⁵, Bolivia⁵⁴⁶ e Venezuela⁵⁴⁷ hanno deciso di ritirarsi dalla Convenzione di Washington istitutiva dell'ICSID, mentre il Governo australiano nel 2011 ha espresso la volontà di non inserire più la clausola ISDS nei trattati sugli investimenti⁵⁴⁸. Dubbi sulla legittimità del sistema sono inoltre stati avanzati in sede ONU, attraverso la relazione di Alfred-Maurice de Zayas, esperto indipendente per la promozione di un ordine internazionale equo e democratico, che sostiene la necessità per gli Stati di abolire un

541 Cfr. C. Reiner e C. Schreuer, *Human Rights and International Investment Arbitration* in P.M. Dupuy, F. Francioni ed E.U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

542 A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, cit.

543 Ne sono un esempio la Campagna Stop TTIP Italia (<https://stop-ttip-italia.net/>) o la European Initiative Against TTIP e CETA (<https://stop-ttip.org/>).

544 Vedi ad esempio: York University, *Public Statement on the International Investment Regime*, cit.; Alliance for Justice, *Open letter by the Alliance for Justice*, cit.

545 J.M. Robbins, *Ecuador withdraws from ICSID Convention*, «uk.practicallaw.thomsonreuters.com», 12 agosto 2009, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-422-1266?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-422-1266?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1), (2 Maggio 2018).

546 Bilaterals.org, *Bolivia notifies World Bank of withdrawal from ICSID, pursues BIT revisions*, «bilaterals.org», 9 maggio 2007, <https://www.bilaterals.org/?bolivia-notifies-world-bank-of&lang=fr>, 2 maggio 2018.

547 Gobierno bolivariano de Venezuela, *Gobierno bolivariano denuncia convenio con Ciadi*, «guyana.embajada.gob.ve», http://guyana.embajada.gob.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=243:gobierno-bolivariano-denuncia-convenio-con-ciadi&catid=3:noticias-de-venezuela-en-el-mundo&Itemid=19&lang=es, (2 Maggio 2018).

548 Australian Government-Department of foreign Affairs and Trade, *Gillard Government Trade Policy Statement*, cit., p. 14.

meccanismo che rappresenta una minaccia alla tutela dei diritti umani⁵⁴⁹.

Anche la Corte di Giustizia Europea ha inoltre sollevato di recente alcune criticità, con una sentenza del 6 marzo 2018⁵⁵⁰, in cui stabilisce la non compatibilità con il diritto europeo della clausola arbitrale contenuta nel trattato bilaterale tra Olanda e Slovacchia⁵⁵¹.

Sembra quindi più che necessario un suo superamento e la riconduzione delle controversie tra investitore e Stato all'interno del sistema giudiziario nazionale, prevedendo eventualmente, qualora questo risulti effettivamente non efficiente, un ricorso sovranazionale, ma presso Corti che siano orientate a proteggere non solo l'interesse economico del singolo, ma anche i diritti dei cittadini⁵⁵².

Abstract: L'arbitrato internazionale sugli investimenti è diventato, dalla fine del secolo scorso, uno strumento molto apprezzato ed utilizzato dagli investitori stranieri, presente in quasi tutti i trattati bilaterali sugli investimenti e nei trattati commerciali con capitoli dedicati agli investimenti come NAFTA, ECT, TTIP e CETA. Il meccanismo arbitrale solleva però diversi dubbi e critiche, in quanto le sue caratteristiche lo fanno apparire poco compatibile con i requisiti che in uno stato di diritto dovrebbe avere il sistema giudiziario, quali ad esempio l'imparzialità ed indipendenza dei giudici o la trasparenza del procedimento e la possibilità di accesso agli atti. Di non poco conto è inoltre il peso sulle casse statali: i compensi dovuti ad arbitri e consulenti sono molto alti, così come

549 United Nations-General Assembly, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, cit., pp. 3-4.

550 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, C-284/16, EU:C:2018:158, 6 marzo 2018.

551 La vicenda trae origine dal giudizio arbitrale tra la Slovacchia e la società olandese Achmea, conclusosi con una condanna per lo Stato, quantificata in 22,1 milioni di euro. La Corte di Giustizia ha ritenuto illegittima la clausola del trattato, in quanto il tribunale arbitrale non è parte del sistema giudiziario interno e non ha quindi la possibilità di porre alla Corte questioni pregiudiziali in merito all'interpretazione del diritto europeo, nonostante si possa trovare nella situazione di applicarlo; la sentenza non è inoltre appellabile e non è quindi revisionabile da una corte che ne assicuri la compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, C. Fouchard e M. Krestin, *The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BITS*, Arbitrationblog Kluwer Arbitration, 7 marzo 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/> (3 maggio 2018).

552 Così come è avvenuto in diversi giudizi, inerenti a questioni relative al diritto di proprietà, portate davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e alla Corte Europea di Giustizia, U. Kriebaum, *Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor State Arbitration?*, in Dupuy, F. Francioni ed E.U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009; B. De Witte, *Balancing of Economic Law and Human Rights by The European Court of Justice*, in Dupuy, F. Francioni, E.U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, cit..

estremamente elevati sono i risarcimenti riconosciuti agli investitori. Si rilevano perciò numerosi attriti: con i principi costituzionali e democratici; con la normativa internazionale sui diritti umani; con un modello di sviluppo sostenibile per le future generazioni.

Abstract: International investment arbitration has become, since the end of the last century, a highly appreciated tool used by foreign investors, present in almost all bilateral investment treaties and commercial treaties with chapters dedicated to investments such as NAFTA, ECT, TTIP and CETA. However, the arbitration mechanism raises several doubts and criticisms, as its characteristics make it seem inconsistent with the requirements that the judicial system should have in a rule of law state, such as the impartiality and independence of the judges, or the transparency of the procedure and the possibility of access to documents. Moreover is not neglectable the weight on State's funds: the fees due to arbitrators and counselors are very high, as well as the compensation paid to investors is extremely high. There are therefore numerous frictions: with constitutional and democratic principles; with international human rights law; with a model of sustainable development for future generations.

Parole chiave: ISDS – investimenti stranieri - democrazia – Costituzione – diritti umani – sviluppo sostenibile - neoliberismo.

Key words: ISDS – foreign investment – democracy – Constitution – human rights – sustainable development – neoliberalism.

I MAGISTRATI E L'USO DEI SOCIAL. APPUNTI SULLA DEONTOLOGIA PROFESSIONALE DI CATEGORIA NELL'ERA DELLA COMUNICAZIONE DI MASSA.*

di Luca Longhi**

Sommario. 1. Premessa. Il recente invito alla sobrietà del Presidente Mattarella. – 2. Il profilo etico-comportamentale del magistrato oltre le previsioni tipizzate del d.lgs. n. 109/2006. – 3. I doveri del magistrato di fronte ai cittadini alla luce della legittimazione democratica della giurisdizione. – 4. A mo' di conclusioni. Democrazia giurisdizionale e giusto processo.

192

1. Premessa. Il recente invito alla sobrietà del Presidente Mattarella.

Nell'era dei *social media*, in cui tutti sono chiamati ad esprimersi sui fatti più disparati, mettendo in piazza i propri pensieri ed i propri gusti, si impongono all'opinione pubblica i temi dell'educazione e della reputazione digitale, ovverosia del comportamento e dell'immagine che ciascuno di noi assume sulla rete.

Questi elementi, già di particolare rilievo in linea generale da un punto di vista sociologico, rivestono, invece, interesse del tutto peculiare in una prospettiva giuridica con riferimento a categorie specifiche di soggetti cui sono affidate pubbliche funzioni, come i magistrati.

Dell'argomento si è di recente occupato il Presidente della Repubblica, in occasione di un intervento alla Scuola Superiore della Magistratura a Scandicci, nel quale ha ammonito la platea togata sui rischi di un uso poco accorto dei *social*, invitando alla sobrietà dei comportamenti, anche a garanzia dell'imparzialità della funzione⁵⁵³.

Si tratta di un tema di assoluta importanza (come testimonia, del resto, il fatto che il

* *Sottoposto a referaggio.*

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico – Università Telematica “Pegaso”.

⁵⁵³ In particolare, nella circostanza (il 5 aprile 2019), il Presidente della Repubblica ha avuto modo di dichiarare: «Una questione nuova, tra le più delicate, è l'uso dei social media da parte dei magistrati; sono strumenti che se non amministrati con prudenza e discrezione, possono offuscare la credibilità e il prestigio della funzione giudiziaria [...] la qualificazione professionale [...] non può prescindere, anche a garanzia dell'imparzialità, da un profondo rispetto della deontologia professionale e da sobrietà nei comportamenti», aggiungendo poi che «[la magistratura] non deve mai farsi suggestionare dal clamore mediatico intorno ai processi, da spinte emotive evocate da un presunto e indistinto sentimento popolare». Cfr. *Il Messaggero* del 6 aprile 2019, articolo a firma di C. Guasco.

Presidente Mattarella abbia ritenuto di dedicargli giustamente la propria attenzione) che permette di riflettere sui confini della responsabilità disciplinare dei magistrati in rapporto alle nuove tecnologie, sempre più invasive – e, quasi, *minacciose* – della sfera privata e della riservatezza di ciascuno.

In questa sede, prendendo le mosse proprio dalle dichiarazioni del Capo dello Stato, si proverà a ragionare dei profili di responsabilità dei magistrati nell'uso dei *social* anche in relazione alla legittimazione democratica della giurisdizione, nell'accezione ed entro i limiti in cui tale espressione assume validità nel nostro ordinamento costituzionale.

2. Il profilo etico-comportamentale del magistrato oltre le previsioni tipizzate del d.lgs. n. 109/2006.

La prepotente affermazione dei *social* nelle nostre vite riporta di attualità – sotto un'altra luce – il tema della rilevanza disciplinare delle condotte tenute dai magistrati anche al di fuori dello svolgimento delle relative funzioni, dopo che la novella del 2006 e la stessa giurisprudenza disciplinare avevano profondamente modificato la precedente visione ancorata ad un certo perbenismo etico (si pensi all'art. 18 r.d. n. 511/1946, in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, abrogato proprio per effetto del d.lgs. n. 109/2006, e all'antico riferimento ivi contenuto alla lesione del *prestigio* dell'ordine giudiziario⁵⁵⁴).

Ed invero, proprio alla luce del nuovo orientamento interpretativo – giustificato dal nuovo contesto socio-culturale (mutato già a partire dagli anni sessanta⁵⁵⁵) prima ancora che dalla

⁵⁵⁴ Ai sensi della disposizione abrogata, «[i]l magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti». Sull'argomento, si rinvia a L. Longhi, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, p. 144 ss.

⁵⁵⁵ Si vedano, *ex multis*, CSM, 4 luglio 1964, in proc. n. 74 («[i]l comportamento del magistrato, il quale mantenga una relazione intima con una donna, frequentandone assiduamente la casa e facendosi notare quasi quotidianamente con lei nella propria automobile – si da ingenerare sfavorevoli e facili illazioni nell'opinione pubblica – non è consono ai doveri di un appartenente all'ordine giudiziario e pertanto costituisce illecito disciplinare»); CSM, 20 ottobre 1962, in proc. n. 19 («[c]ommette illecito disciplinare il magistrato il quale abbia numerose volte frequentato un casinò municipale sito nel territorio del mandamento di cui era pretore, qualificandosi per avvocato ed ottenendo così la relativa tessera d'ingresso»); CSM, 5 febbraio 1965, in proc. n. 85 («[i]l fatto che un magistrato si faccia notare in stato di ebbrezza per le strade del luogo dove è unico pretore e frequenti dei bar fino a tarda notte, menoma in modo rilevante la fiducia e la considerazione di cui un giudice deve godere, ed è tale da compromettere gravemente il prestigio dell'ordine giudiziario»); CSM,

riforma intervenuta – il monito del Presidente della Repubblica ad uso accorto dei *social* si rivela quanto mai opportuno, ben al di là delle singole fattispecie sanzionabili, invitando i magistrati ad indossare un abito mentale di correttezza piuttosto che al mero rispetto dei divieti disciplinari previsti dalla legge.

Si è trattato di un richiamo assolutamente doveroso, tenuto conto dell'avvento delle nuove tecnologie che attentano sempre più alla privacy dei soggetti (esponendoli, talora, anche alla tentazione di cedere a vere e proprie forme di esibizionismo) e dell'insufficienza del diritto disciplinare a fissare modelli etici per ciascuna categoria professionale, viepiù nel quadro della società pluralista definita dalla Costituzione, dalla quale è scaturito un ceto giuridico non più monoclasse, come nello Stato liberale, che potrebbe non riconoscersi necessariamente in un nucleo comune di valori e riferimenti culturali⁵⁵⁶.

Eppure, il moltiplicarsi di vicende legate ad un utilizzo non sempre misurato delle piattaforme virtuali da parte di taluni magistrati⁵⁵⁷ ha indotto a varie riprese l'opinione pubblica e le istituzioni stesse ad occuparsi del fenomeno, con il rischio di un ritorno ad un approccio eticizzante – perlomeno a livello epidermico – ad una questione che reclama, invece, rigore e assoluta serietà di analisi.

Nella disciplina vigente, le disposizioni che mirano a regolamentare le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati in relazione ai doveri correlati al loro *status* sono da identificarsi nell'art. 2, co. 1, lettere *u*), *v*) e *aa*) d.lgs. n. 109/2006, aventi ad oggetto rispettivamente «la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la

8 maggio 1965, in proc. n. 82 («[c]ommette illecito disciplinare il magistrato che intraprenda una relazione amorosa con l'amanuense addetta all'ufficio e mantenga tale relazione anche dopo il licenziamento della donna»); CSM, 14 luglio 1962, in proc. n. 36 («[c]ommette illecito disciplinare il magistrato che, nel luogo ove esercita le sue funzioni, pur essendo coniugato con figli, tenga una relazione amorosa con una ragazza diciottenne, con la quale pernotti anche in un pubblico esercizio ed usi incontrarsi con lei quasi quotidianamente in un vicino comune, così da trascurare gravemente il servizio e da suscitare pubblico scandalo e generale riprovazione»).

⁵⁵⁶ Si pensi anche solo al tema delle correnti interne alla magistratura e della partitizzazione dell'elezione dei membri del CSM. Sul punto, si vedano C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, ed. 1976, p. 1283 e A. Pizzorusso, *art. 108*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992, p. 22 ss.

⁵⁵⁷ L'articolo giornalistico richiamato nella nota 1 riferisce, tra gli altri, dei casi di un pubblico ministero responsabile di indagini di un importante processo, immortalata ad una festa privata mentre un avvocato, difensore di uno degli indagati nel medesimo procedimento, le baciava i piedi; del pubblico ministero titolare delle indagini su un'esplosione nella quale rimase ferito un noto attore televisivo, che si era lasciata andare sulla rete ad apprezzamenti sul suo aspetto fisico; del pubblico ministero che pubblicava in rete video di ricette e consigli di benessere, tutti sottoposti nell'ultimo periodo – a vario titolo e con esiti diversi – all'attenzione della Sezione disciplinare del CSM.

violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui⁵⁵⁸»; «pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione del divieto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106⁵⁵⁹» e «il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati».

Le fattispecie richiamate possono trovare applicazione proprio in rapporto ad un utilizzo imprudente dei *social* che costituiscono, evidentemente, uno dei più efficaci mezzi di divulgazione di pensieri, immagini e contenuti al giorno d'oggi.

Va da sé che la qualità di magistrato – e lo svolgimento della correlativa funzione (leggi anche: *missione*) – lungi da qualsiasi valutazione moralistica al riguardo, consiglierebbe un uso assolutamente accorto di tali strumenti (quando non addirittura, in taluni casi, un'astensione totale) in relazione alla condivisione di aspetti privati così come, a maggior ragione, di fatti o informazioni inerenti al servizio.

La *ratio* di tale limitazione – che, al di fuori delle previsioni richiamate, viene talora genericamente individuata in ragioni di mera opportunità (pure, a loro modo, rilevanti quando si approccia la materia deontologica) – può essere rinvenuta, in una prospettiva più strettamente giuridica, nell'art. 1 d.lgs. n. 209/2006 e nel rispetto da parte dei magistrati dei doveri ivi sanciti di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio. Ciascuno di tali doveri concorre a delineare il profilo comportamentale del magistrato, cui non si confà certamente una condotta digitale troppo disinvolta, anche solo dal punto di vista – più intuitivo rispetto agli altri – del riserbo⁵⁶⁰, al di là delle ipotesi sanzionate in modo puntuale ai sensi degli artt. 2 ss. d.lgs. n. 109/2006.

⁵⁵⁸ Sulla distinzione tra il dovere di riservatezza di cui all'art. 2, co. 1, lett. u) e il generale dovere di riserbo di cui al precedente art. 1, cfr. S. Di Amato, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013, p. 303.

⁵⁵⁹ «Ogni informazione inerente alle attività della procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento».

⁵⁶⁰ Il CSM, già prima dell'introduzione della novella del 2006 (con delibera 14 settembre 2001), aveva avuto modo di definire il dovere di riserbo nei seguenti termini: «[...] la discrezione e la prudenza non solo nell'esprimere ma anche nel far percepire i propri sentimenti e le proprie opinioni, sicché si possa dubitare delle doti di indipendenza e di imparzialità, danneggiando la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione».

I doveri peculiari del magistrato enumerati dall'art. 1 cit. ritrovano, peraltro, il proprio precedente logico-giuridico nei doveri costituzionali, innanzitutto, nei doveri di disciplina ed onore in capo ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche di cui al secondo comma dell'art. 54 Cost., ma anche, più in generale, nell'adempimento dei doveri di solidarietà (artt. 2 e 4 Cost.) nello svolgimento del servizio a vantaggio della collettività.

Ma è l'impianto complessivo della Carta, a ben vedere, che scolpisce i profili della magistratura in coerenza con la delicatezza della fondamentale funzione affidatale (*ius dicere*), anche nelle parti in cui non ha mai trovato finora una compiuta attuazione da parte del legislatore (è il caso del terzo comma dell'art. 98 Cost. in tema di limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati, da cui dovrebbe pur evincersi, in un certo senso – e malgrado l'applicazione che se ne è data in questi primi settant'anni – una qualche attitudine di ritiratezza dalla *mischia* congeniale ad un corretto svolgimento della funzione⁵⁶¹).

Del resto, il profilo che emerge dall'itinerario di principi sommariamente abbozzato in questa sede non è poi così distante – in una versione, evidentemente, aggiornata all'odierno contesto ordinamentale – dall'antico modello ciceroniano del giudice *sine spe ac metu*, avuto riguardo alla credibilità della funzione a garanzia precipua dei cittadini, veri *titolari* della giurisdizione nell'accezione che sarà illustrata *infra*.

3. I doveri del magistrato di fronte ai cittadini alla luce della legittimazione democratica della giurisdizione.

La riforma della responsabilità disciplinare dei magistrati cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente ha perseguito, tra le altre, la finalità di adeguare la materia alla prospettiva costituzionale espressa dagli artt. 101 ss. Cost., spostandone il baricentro dalla dimensione corporativa e autoreferenziale dell'*antico regime* (cfr. artt. 17 ss. abr. r.d. n. 511/1946) ad un'ottica pienamente coerente con i principi democratici (a partire proprio dall'art. 1 Cost.)

⁵⁶¹ Sul punto, si rinvia a L. Longhi, *Il divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali. Riflessioni a margine del cd. caso Emiliano*, in www.osservatorioaic.it, 18 settembre 2018.

e con quella che può essere definita legittimazione democratica della giurisdizione⁵⁶².

Detta locuzione, in un sistema come il nostro in cui le nomine dei magistrati avvengono per concorso (art. 106 Cost.), assume un significato, se possibile, ancor più profondo rispetto a modelli elettivi di organizzazione giudiziaria, nei quali il collegamento con la sovranità popolare apparirebbe *prima facie* maggiormente intuitivo ed evidente.

Il duplice collegamento con il popolo espresso dall'art. 101 Cost. – nel primo comma, in maniera esplicita e, in via mediata, nel richiamo alla legge di cui al secondo comma, che costituisce, a sua volta, una manifestazione pura della sovranità popolare attraverso il ruolo rivestito dal Parlamento (cfr. art. 70 Cost.)⁵⁶³ – racchiude *in nuce* quest'idea di democrazia giurisdizionale, in piena armonia, del resto, con il complessivo disegno costituzionale.

È il caso, ad esempio, dell'ultimo comma dell'art. 102 Cost. in tema di partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia, che – sebbene limitata a casi e forme particolari – costituisce un'ulteriore traccia del nesso esistente tra sovranità popolare e giurisdizione, così come deve essere, d'altronde, in un ordinamento democratico, per una delle funzioni fondamentali dello Stato.

È il caso, ancora, del secondo comma dell'art. 104 Cost., ovvero della scelta dei Costituenti di collocare il Presidente della Repubblica, quale punto cruciale del circuito costituzionale⁵⁶⁴, al vertice del c.d. organo di autogoverno della magistratura⁵⁶⁵ (eteropresidenza⁵⁶⁶) – pur con i problemi di coordinamento sistematico che essa comporta⁵⁶⁷ – giustificata dalla *ratio* di limitare l'isolamento in senso corporativo della categoria (in uno alla disposizione relativa alla composizione mista del Consiglio, art. 104, co. 4 Cost.), preservandone, al contempo, le prerogative di autonomia e indipendenza (art.

⁵⁶² In questi termini, ad es., R. Romboli, *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*, in *Foro it.*, 2006, p. 51.

⁵⁶³ Sul punto, si rinvia alle considerazioni formulate in L. Longhi, *La certezza del diritto oggi tra sovranità legislativa e democrazia giurisdizionale*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, n. 1/2019.

⁵⁶⁴ Cfr. G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 903 ss.; A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Il Presidente della Repubblica fra unità maggioritaria e unità nazionale*, in *Quad. cost.*, 1985, p. 5 ss.

⁵⁶⁵ In relazione al controverso carattere di organo di autogoverno, invalso nel lessico giuridico, al di là della sua correttezza formale, si evidenzia che l'art. 15 abr. l. n. 180/1981 qualificava in tal modo l'organo istituito per la magistratura militare. Sul punto, si vedano le considerazioni critiche di A. Pizzorusso, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 473 ss., che parla di «sommarietà» ed «ambiguità» di tale definizione.

⁵⁶⁶ Sui profili dell'eteropresidenza, si veda il fondamentale contributo di L. Arcidiacono, *La presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, II, Milano, 1988, p. 35 ss.

⁵⁶⁷ Per una ricostruzione dei quali, si veda A. Moretti, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, Napoli, 2011, p. 76 ss. Sul rapporto tra l'art. 87, c. 10, Cost. e l'art. 104, c. 2, Cost., si veda L. Arcidiacono, cit., p. 38 ss.

104, co. 1 Cost.) e mantenendola inserita appieno nella trama democratica definita nella Carta⁵⁶⁸.

La formula organizzativa prescelta per il CSM esprimeva, nelle intenzioni dei Costituenti, un perfetto equilibrio tra l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario, da un lato, e la garanzia del corretto esercizio della funzione giurisdizionale nell'interesse generale, dall'altro, nel contesto di quella idea di democrazia più volte evocata in questa sede.

Ecco perché le recenti dichiarazioni del Capo dello Stato, nelle sue vesti di Presidente del CSM⁵⁶⁹, sulla condotta digitale dei magistrati sono particolarmente meritevoli di attenzione, in relazione sia al loro contenuto sia alla peculiare posizione rivestita nel quadro dell'ordinamento giurisdizionale.

Ulteriori elementi di raccordo tra giurisdizione e sovranità popolare nell'architettura costituzionale sono da ravvisarsi, poi, nel meccanismo di selezione dei magistrati mediante il principio del concorso (art. 106, c. 1, Cost.), che stabilisce un legame tra la magistratura e lo Stato-comunità, da cui la prima trae la propria legittimazione democratica⁵⁷⁰ e, dunque, il senso della propria *rappresentanza* (in forza della quale la giustizia è amministrata *in nome* del popolo, cfr. art. 101, c. 1, Cost.)⁵⁷¹.

In tale prospettiva, il contatto della magistratura con la società, come si è avuto modo di constatare sopra, acquista rilievo specifico alla luce di diversi parametri costituzionali, dal principio democratico (art. 1) al principio solidarista (art. 2), dal principio di eguaglianza (art. 3) allo stesso principio lavorista (art. 4), in relazione proprio all'accesso alla carriera. Inoltre, le garanzie di terzietà e imparzialità (art. 111 Cost.) sono dettate a tutela dei cittadini in correlazione con l'eguaglianza davanti alla legge (art. 3, c., 1 Cost.) cui i giudici sono soggetti ai sensi del secondo comma dell'art. 101 Cost.

⁵⁶⁸ Sull'argomento, si veda S. Bartole, *Consiglio Superiore della Magistratura: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 427 ss. Proprio la natura e la composizione del CSM, attraverso la sintesi tra rappresentanze dell'ordine giudiziario e istanze politiche del Paese presenti in Parlamento, costituiscono un ulteriore fattore di unità ordinamentale. Sul punto, cfr. L. Arcidiacono, cit., p. 59.

⁵⁶⁹ Sulla tesi della c.d. «doppia Presidenza», che distingue giuridicamente la figura del Presidente della Repubblica da quella di Presidente del CSM, si veda G. D'Orazio, *La doppia Presidenza e le sue crisi (il Capo dello Stato e il Consiglio Superiore della Magistratura)*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 255 ss.

⁵⁷⁰ Sul punto, si veda M. Patrono, *Scenari per una riforma del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 458.

⁵⁷¹ Sull'idea della c.d. rappresentanza istituzionale, si veda S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *www.federalismi.it*, 12 settembre 2018. Sull'argomento, si vedano, da ultimo, A. Ruggeri, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale" (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in *www.federalismi.it*, 28 novembre 2018 e G. Laneve, *Legislatori e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2018, p. 415 ss.

In tema di imparzialità dei magistrati, riveste tradizionalmente un certo rilievo il profilo dell'apparenza (si pensi alla celebre metafora della moglie di Cesare⁵⁷²), oggi non più secondo una visione di conformismo etico⁵⁷³ – superata ormai, come osservato, dalla progressiva instaurazione di uno spirito laico nella giurisprudenza disciplinare oltre che dagli intervenuti sviluppi normativi – quanto piuttosto a beneficio esclusivo della corretta amministrazione della giustizia e della credibilità della funzione agli occhi dei cittadini.

4. A mo' di conclusioni. Democrazia giurisdizionale e giusto processo.

Alla luce delle argomentazioni formulate nei paragrafi che precedono e delle vicende illustrate (cfr. nota 5), si possono aggiungere ancora le seguenti considerazioni conclusive sul profilo etico-comportamentale dei magistrati.

Ancora una volta, il punto di partenza obbligato di ogni discorso in materia non può che essere rappresentato dall'art. 101 Cost. – collocato, non a caso, all'apertura del titolo dedicato alla magistratura – che esprime in maniera efficace il senso profondo del concetto, più volte richiamato qui, di democrazia giurisdizionale e dei doveri che esso comporta.

In particolare, ai sensi del suo secondo comma, «i giudici sono soggetti soltanto alla legge»⁵⁷⁴.

Ebbene, se è vero che l'impiego dell'avverbio «soltanto» vale ad enfatizzare il profilo dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, ponendo quest'ultima (*rectius*, ciascun giudice) al riparo da condizionamenti da parte degli altri poteri (e, segnatamente, del Governo), è altrettanto vero che non può essere sottovalutato il dato della soggezione

⁵⁷² Sulla quale, si veda R. Manfellotti, *La moglie di Cesare e l'Uomo Ragno. Brevi note sulla partecipazione dei magistrati alla competizione politica*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, p. 306 ss.

⁵⁷³ In termini critici di tale impostazione, si veda N. Rossi, *Sorvegliare e punire... (note sulla disciplina dei magistrati nel progetto di "riforma" dell'ordinamento giudiziario)*, in *Questione giust.*, n. 5/2004, p. 829, che evidenzia i rischi insiti nella fondazione di un «"diritto disciplinare dell'apparenza" ispirato alla pretesa di misurare qualsiasi condotta del magistrato non solo sul piano della realtà effettuale ma anche sul terreno meramente simbolico dell'apparenza». Del medesimo avviso, S. Ermani, *La giustizia disciplinare*, in *Quest. giust.*, n. 1/2006, p. 135, il quale evidenzia la contrarietà del giudizio di apparenza con il principio di legalità e con la tipizzazione degli illeciti (*nulla poena sine lege*). A tale modello non è estraneo il rischio di favorire un certo conformismo giudiziario. Sul punto, cfr. G. Ferri, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, in *Quest. giust.*, p. 84.

⁵⁷⁴ Sul punto, si segnala la diversa lettura dell'art. 101 Cost. contenuta in D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

alla legge (*iudex sub lege*), quale imprescindibile presidio di garanzia per il cittadino nell'ambito dello Stato di diritto.

Solo in quest'ottica di bilanciamento tra poteri (reso necessario dalla divaricazione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*⁵⁷⁵), la magistratura può ritrovare la propria legittimazione democratica (nell'accezione sopra osservata) funzionale al corretto adempimento della rappresentanza ad essa attribuita ai sensi del primo comma dell'art. 101 Cost.

In caso contrario – sminuendo, cioè, la portata del *vincolo* racchiuso nella legge (*legum omnes servi sumus...*) – si rischia di svilire il significato stesso della funzione (che altro non è che *dicere ius*⁵⁷⁶), facendo del giudice un libero creatore del diritto e abbandonando l'ordinamento al *caos* dell'incalcolabilità⁵⁷⁷.

D'altronde, lo stesso dovere di osservanza delle leggi di cui all'art. 54 Cost. – mai valorizzato abbastanza dalla dottrina⁵⁷⁸ – non può non imporsi anche e soprattutto a chi quelle leggi è chiamato ad applicarle né si può ritenere che il richiamo alla Costituzione nel binomio (leggi-Costituzione) ivi contenuto possa attenuare l'effettività delle norme giuridiche, potendo tutt'al più solo rafforzarla nel quadro delle garanzie apprestate dall'ordinamento.

La fedeltà ai doveri correlati alla funzione e allo *status* deve costituire, a suo modo, un fattore di *coesione* (nella traccia indicata dall'art. 2 Cost.) – in termini, ad esempio, di unità della giurisprudenza e, per quanto possibile, di prevedibilità delle decisioni⁵⁷⁹ – in relazione al ruolo che i magistrati svolgono all'interno della società⁵⁸⁰, contribuendo anch'essa a cementare lo spirito di identificazione dei cittadini nei valori e nelle regole espressi dall'ordinamento giuridico.

⁵⁷⁵ La divaricazione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* e l'affermazione del principio di separazione dei poteri, tra i capisaldi del costituzionalismo moderno, trae origine dagli studi di Locke e di Montesquieu. Sul punto, si vedano J. Locke, *Due trattati sul governo* (1690), trad. it., Torino, 2010 e C.L. Montesquieu, *L'Esprit des Lois* (1748), trad. it., Milano, 1989. Per una ricostruzione del problema si veda T.F. Giupponi, *Il conflitto tra giustizia e politica. Verso una "democrazia giudiziaria"?*, in www.forumcostituzionale.it, 9 maggio 2016.

⁵⁷⁶ Sul punto, si veda G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Studi in onore di Massimo di Lauro*, Padova, 2012, p. 371.

⁵⁷⁷ Su quest'idea si vedano N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim* e A. Lucarelli, *Nuovi modelli di incalcolabilità del diritto*, in A. Apostoli e M. Gorlani (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto* (Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Brescia 24 novembre 2017), Napoli, 2018, p. 123 ss.

⁵⁷⁸ In una letteratura giuridica complessivamente sbilanciata sul versante dei diritti, si segnala nel periodo recente, solo a titolo meramente esemplificativo, il prezioso contributo di L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, che esprime, non a caso, un invito a una riscoperta *culturale* del concetto di dovere.

⁵⁷⁹ Cfr. N. Irti, cit., p. 144 ss.

⁵⁸⁰ Già M. Nigro, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, p. 161, osservava la trasformazione del ruolo del giudice, collocato non più all'esterno della società, ma al centro di essa.

Non è un caso, peraltro, che nella radice etimologica dell'attività svolta dai giudici (*iuris prudentia*) possa leggersi anche un certo richiamo ad una virtù *etica*⁵⁸¹ – la prudenza, appunto – cui il singolo magistrato deve in qualche modo informare il proprio operato (si veda, ad esempio, l'art. 116 c.p.c. in tema di *prudente* apprezzamento in sede di valutazione delle prove).

In altri termini, il richiamo all'adesione da parte dei giudici a precisi doveri comportamentali (prima ancora che strettamente disciplinari) – ben lungi da una prospettiva di conformismo morale e tenuto conto della diffusione su vasta scala delle nuove tecnologie con i problemi che il loro utilizzo inevitabilmente implica – appare quanto mai opportuno nel superiore interesse al buon andamento della funzione giurisdizionale.

Si tratta, com'è evidente, di una funzione fondamentale, che non può che essere amministrata nelle sedi⁵⁸² qualificate e nel rispetto di forme solenni⁵⁸³ (il «giusto processo» come previsto dall'art. 111 Cost.), richiedendo, allo scopo, *ministri* all'altezza, sotto tutti i punti di vista, della delicata missione ad essi attribuita.

Abstract: Il presente articolo affronta i profili di responsabilità disciplinare dei magistrati in relazione all'utilizzo dei social network a partire dal recente invito alla sobrietà del Presidente Mattarella e da alcuni casi pratici.

Abstract: This article analyses the disciplinary responsibility profiles of judges in relation to the use of social networks starting from the recent invitation to sobriety expressed by President Mattarella and from some practical cases.

Parole chiave: Responsabilità disciplinare dei giudici – deontologia – social network –

⁵⁸¹ Non è casuale che, proprio insieme alla giustizia (nonché alla sapienza e alla temperanza), la *prudentia* sia annoverata tra le virtù cardinali della religione cattolica (e, più in generale, sia pure con diverse sfumature, faccia parte del patrimonio del pensiero occidentale).

⁵⁸² Di qui il richiamo ai cc.dd. processi mediatici nelle dichiarazioni del Presidente Mattarella (v. nota 1).

⁵⁸³ Già S. Satta, *In difesa del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1947, IV, p. 45, osservava che «nel processo si celebra l'atto più solenne della vita dello Stato, che è la realizzazione del suo ordinamento giuridico».

democrazia giurisdizionale – giusto processo

Key words: Disciplinary responsibility of the judges – professional ethics – social networks
– jurisdictional democracy – fair process.

RIFLESSIONI SUL RUOLO DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NEL PROCESSO DECISIONALE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI.*

di Andrea Napolitano**

Sommario. 1. Premessa: oggetto, metodo ed obiettivi dell'indagine. – 2. La dimensione costituzionale del principio di precauzione. – 3. L'evoluzione storico-normativa del principio di precauzione nel panorama giuridico internazionale ed europeo. – 4. Il principio di precauzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. L'evoluzione del principio di precauzione dell'ordinamento nazionale. 6. Conclusioni prospettiche

1. Premessa: oggetto, metodo ed obiettivi dell'indagine.

Le cronache di questi ultimi tempi, in modo particolare le questioni inerenti la diffusione del batterio della c.d. *Xylella*, impongono delle riflessioni sul ruolo che è stato attribuito al principio di precauzione nella fase di elaborazione delle politiche dei singoli Stati e nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, i cui effetti si ripercuotono, in maniera determinante, ed a volte irreversibile, sulla vita di alcune comunità.

Strettamente collegato alla continua evoluzione scientifica e tecnologica, i cui effetti si producono inesorabilmente sull'azione delle amministrazioni pubbliche, il principio di precauzione si è affermato, nella c.d. "società del rischio"⁵⁸⁴, come strumento idoneo a fornire certezza ed efficienza⁵⁸⁵.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Assegnista di ricerca in Diritto cost. – Università di Napoli "Federico II".

⁵⁸⁴ Secondo parte della dottrina, infatti, il costante ed inesorabile sviluppo tecnologico e sociale, nonché la globalizzazione delle economie e dei diritti, hanno prodotto un mutamento dei rischi e la percezione degli stessi che diventano, quindi, elementi caratterizzanti la società del rischio. Cfr. Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999, p. 30; A. Giddens, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, 2000, p. 50; U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2001, p. 40; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2001, p. 20; Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, p. 34; S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, p. 23.

⁵⁸⁵ Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018, p. 3. Per una analisi più approfondita del principio di precauzione cfr. M. Tallacchini, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi, M. Cecchetti e A. Andronio, *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, 67; F. Acerboni, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Il diritto della Regione. Regione del Veneto*, 2000, p. 245; M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 169; D. Amirante, *Il principio di precauzione tra scienza e diritto*, in *Dir. gest. Amb.*, 2001, p. 16; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, p. 30; L. Butti, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Cost.*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, p. 809; G. Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006, p. 40; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio ed*

Come si avrà modo di analizzare *infra*⁵⁸⁶, il dibattito in dottrina e giurisprudenza sulla natura da attribuire al principio di precauzione si è incentrato, da un lato, sulla possibile connessione tra *rischio* (inteso quale previsione di un evento negativo) ed *emergenza* (da declinarsi quale necessità di fronteggiare una situazione imprevista)⁵⁸⁷ e, dall'altro, sulla netta separazione tra l'amministrazione dell'emergenza da quella del rischio che non legittima deroghe alle disposizioni ordinarie in materia di competenza, ma obbliga le Pubbliche amministrazioni ad assumere le proprie decisioni sulla base di un puntuale percorso istruttorio e valutativo⁵⁸⁸.

Ad avvalorare quest'ultimo orientamento è la legge n. 241/90, così come modificata dalla legge n. 15/05, che, all'articolo 1, inserisce fra i "principi generali dell'attività amministrativa"⁵⁸⁹ anche quelli dell'ordinamento europeo tra i quali rientra, senza dubbio alcuno, anche il principio di precauzione che obbliga le autorità competenti «ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici»⁵⁹⁰.

Seguendo tale interpretazione risulta evidente, quindi, una netta e necessaria differenziazione tra lo stato emergenziale ed il principio precauzionale, che legittima ipotesi derogatorie alle disposizioni ordinarie, imponendo, al tempo stesso, alle Pubbliche

azione amministrativa, in *Riv. It. Dir. pubbl.*, 2007, p. 43; A. Zei, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, II, 2008, p. 670 ss.

⁵⁸⁶ Paragrafo 4 e 5.

⁵⁸⁷ Cfr. sul punto B. Baldi, *Gestire l'emergenza: le politiche di protezione civile in prospettiva comparata*, Roma, 1996, p. 34; M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, p. 142; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 14; I.M. Marino, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, p. 2177; R. Ferrara, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, p. 61.

⁵⁸⁸ Cfr. sul punto V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 3; G. Bascherini, *L'emergenza cost.. Definizione e modelli*, Milano, 2003, p. 42; M. A. Cabiddu, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2, Bologna, 2010, p. 50.

⁵⁸⁹ Come è noto con la legge n. 15/05 il principio di precauzione, in quanto principio generale dell'ordinamento europeo, è stato ricompreso «a pieno titolo, anche formalmente» fra i principi generali dell'azione amministrativa nell'ordinamento italiano. Cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, p. 57. Sul punto l'Autore evidenzia come "ciò non significa che prima di tale riconoscimento il principio non avesse valore cogente, ma certamente non si può negare che, di fronte al nuovo dettato normativo, esso abbia acquistato uno spazio ed un rilievo un tempo inimmaginabili".

⁵⁹⁰ Cfr. Tribunale CE, 26 novembre 2002, Cause riunite T- 74/00 e altre, *Artegodan*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 632; Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, C- 39/03, *Artegodan*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2005, 4, p. 841.

amministrazioni di tenere in considerazione, per le proprie decisioni, non solo valutazioni scientifiche e tecniche ma anche e soprattutto il coinvolgimento degli interessati allo stesso provvedimento.

Sul punto deve altresì sottolinearsi come il principio di precauzione (riconducibile a situazioni di incertezza scientifica) debba essere analizzato in maniera diversa rispetto a quello di prevenzione⁵⁹¹ (adottato in riferimento a danni, non temuti, ma potenziali) proprio in considerazione dei differenti presupposti cui sono ancorati⁵⁹².

Ad avvalorare la sempre maggiore rilevanza, nell'attuale panorama giuridico nazionale ed europeo, del principio di precauzione contribuisce, inoltre, il riferimento a tematiche connesse a profili di responsabilità civile e penale da intendersi quale diretta conseguenza degli sviluppi e delle acquisizioni scientifiche e tecnologiche.

Sulla base di un metodo ricostruttivo ed, al tempo stesso, analitico delle disposizioni e delle decisioni, in ambito europeo e nazionale, che hanno interessato tale materia, nel presente lavoro ci si interrogherà sull'imprescindibile funzione che il principio di precauzione è chiamato a ricoprire nella fase decisionale delle pubbliche amministrazioni in ambito statale e locale.

Si indagheranno, in modo particolare le basi costituzionali dello stesso, evidenziandone la propria legittimazione non solo negli articoli che disciplinano il principio di legalità ed in quelli che regolano l'azione amministrativa, ma anche, nello specifico, in quelle norme costituzionali poste a tutela dell'ambiente e del diritto alla salute.

Al riguardo si cercherà di mettere in risalto, inoltre, l'interessante rapporto che intercorre tra la tutela dell'ambiente, diritto alla salute ed il principio di precauzione in riferimento ai c.d. diritti delle generazioni future ed alla c.d. responsabilità intergenerazionale che

⁵⁹¹ Per un'analisi più approfondita del principio di prevenzione di rinvia a I. Nicotra, *Principio di prevenzione e tutela delle generazioni*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2, 2003, p. 20 ss.

⁵⁹² Cfr. sul punto M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 174 che afferma come "il principio dell'azione preventiva e gli strumenti che lo realizzano trovano supporto e potenziamento grazie a un altro principio direttamente connesso con il concetto di prevenzione, ma che, per gli specifici caratteri che lo connotano, assume una propria autonoma configurazione: il principio di precauzione o del cosiddetto 'approccio precauzionale'". Cfr. inoltre G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1086. Secondo l'Autore "il principio di precauzione si differenzia da quello di prevenzione non solo qualitativamente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto qualitativamente, perché è basato su un modo nuovo di percepire i pericoli derivanti dal progresso". Cfr. infine F. De Leonardis, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2011, p. 23 secondo il quale il principio di precauzione costituisce uno "sviluppo o una specificazione della prevenzione e si iscrive in una logica nettamente diversa da quella della prevenzione: quella dell'amministrazione del rischio".

dovrebbero guidare, soprattutto, in questo periodo, le politiche dei singoli Stati sia in ambito economico che ambientale.

L'analisi proseguirà, inoltre, analizzando l'evoluzione che il principio di precauzione ha subito in ambito sovranazionale, attraverso l'esame dei documenti, vincolanti e non vincolanti e delle decisioni delle Corti europee e nazionali che ne hanno disciplinato la materia nel corso degli anni.

Seguiranno, infine, delle conclusioni prospettive si prefissano l'obiettivo di porre l'attenzione sulla sempre maggiore rilevanza che si deve attribuire al principio di precauzione nella fase decisionale delle Pubbliche amministrazioni in modo da poter prevenire rischi, anche potenziali, per la salute e per l'ambiente che potrebbero scaturire dall'adozione di provvedimenti amministrativi.

Per questo motivo, si cercherà di evidenziare come il principio in esame debba essere considerato un inderogabile strumento per valutare la legittimità dell'azione amministrativa anche in considerazione del fatto che i temi della protezione del clima, dell'atmosfera, della conservazione della biodiversità, della tutela dell'ambiente devono oggi, sempre di più, essere considerati componenti irrinunciabili per l'assetto democratico di un Paese visto il loro inscindibile rapporto con gli altri diritti fondamentali sotto la comune matrice della dignità sociale, così come previsto dall'articolo 3 della Costituzione⁵⁹³.

2. La dimensione costituzionale del principio di precauzione.

Il principio di precauzione, come è stato correttamente evidenziato, sviluppa la sua azione, in modo specifico, nel diritto amministrativo anche e soprattutto in considerazione di quanto previsto dall'articolo 1 della legge n. 241/90 il quale, disciplinando il procedimento amministrativo, stabilisce come l'azione amministrativa debba perseguire i fini determinati dalla legge secondo quanto previsto dai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali rientra, senza dubbio, quello di precauzione⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Cfr. B. Caravita di Toritto, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, p. 19.

⁵⁹⁴ Cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; F. Trimarchi, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 1672.

Sulla base di tale disposizione risulta, quindi, evidente la legittimazione costituzionale dello stesso grazie all'articolo 97 Cost. nella misura in cui l'assunzione di decisioni, o l'avvio di attività ed iniziative da parte di soggetti pubblici, debbano essere fondate su una preliminare e puntuale valutazione dei dati scientifici di conoscenza e dei presupposti normativi.

Per questo motivo, quindi, particolarmente rilevante è l'inscindibile rapporto tra il principio di precauzione e quello di legalità, il quale, pur non essendo esplicitamente affermato nella Costituzione, rinviene, come è noto, il proprio fondamento costituzionale nello stesso articolo 97 della Costituzione che estende l'ambito applicativo del rispetto della legge nell'organizzazione dei pubblici uffici anche all'intera azione amministrativa.

In questa fase, quindi, la peculiarità del principio di precauzione si riflette, in maniera puntuale, sulla valutazione degli effetti di una decisione di agire o non agire in presenza di un rischio, anche solo paventato, e sulla provvisorietà di tale valutazione in ragione dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche⁵⁹⁵.

Poiché il principio di precauzione si è sviluppato nell'ambito della tutela dell'ambiente⁵⁹⁶ e del diritto alla salute⁵⁹⁷, può sostenersi come lo stesso trovi la propria legittimazione costituzionale negli articoli 9 e 32 Cost.⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Cfr. sul punto M. G. Stanzone, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità della P. A. Profili di diritto comparato*, in www.comparazioneDirittocivile.it, settembre 2016, p. 2. Al riguardo l'Autrice ha altresì evidenziato come "L' intervento della P. A. può riguardare tanto materie per le quali il legislatore ha stabilito standard e criteri essenziali quanto fattispecie ancora non disciplinate. Tuttavia, la regolamentazione amministrativa spesso comporta una cristallizzazione in parametri e criteri, che, al contrario, dovrebbero mutare con l'evoluzione delle conoscenze scientifiche e adeguarsi al divenire sempre più rapido e complesso della realtà".

⁵⁹⁶ Per una dettagliata analisi della concezione dell'ambiente nel testo cost. cfr. per tutti M.S. Giannini, *"Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, p. 15; B. Caravita di Toritto, *La tutela dell'ambiente nel diritto cost.*, in V. Domenichelli e N. Olivetti Rason, C. Poli (a cura di), *Diritto pubblico dell'ambiente*, Padova, 1996, p. 47. Per un'approfondita disamina sui principi fondamentali ai quali si ispira l'intervento europeo in materia ambientale: B. Caravita Di Toritto, L. Casseti e A. Morrone (a cura di), *Diritto all'ambiente*, cit., p. 30.

⁵⁹⁷ Come è noto il principio di precauzione è stato concepito, per la prima volta, nell'ordinamento giuridico tedesco dalla legislazione sull'impiego dell'energia nucleare e sulla tutela delle immissioni inquinanti nell'atmosfera. Nello specifico, infatti, l'articolo 7 comma 1, n. 3 della c.d. «Legge sull'impiego pacifico dell'energia nucleare» subordina la concessione di un'autorizzazione alla produzione di energia atomica all'«adozione di tutte le precauzioni necessarie, in base allo stato della scienza e della tecnica, contro i danni che possono essere cagionati attraverso la costruzione ed il funzionamento dell'impianto». Cfr. sul punto A. Zei, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. Bifulco e A. D'Aloia, *Un diritto per il futuro*, cit., p. 8; R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 20.

⁵⁹⁸ Cfr. B. Caravita Di Toritto, L. Casseti e A. Morrone (a cura di), *Diritto all'ambiente*, cit., p. 40.

Come è noto, inoltre, in virtù degli interventi della Corte di giustizia all'ambiente è riconosciuto, in alcuni casi, un rilievo certamente superiore anche rispetto a quello della tutela della concorrenza e del mercato⁵⁹⁹.

A ciò deve aggiungersi, inoltre, come la nostra Costituzione preveda, tra i limiti all'iniziativa economica privata, a prescindere dai possibili significati di utilità, fine, funzione sociale, anche le c.d. finalità ambientali e paesaggistiche⁶⁰⁰.

Al riguardo parte della dottrina ha evidenziato l'importanza del riferimento contenuto nell'articolo 41 poiché, «a prescindere dai possibili significati di utilità, fine e funzione sociale non vi è dubbio che tra essi rientrino senz'altro quelli con finalità ambientali e paesaggistiche»⁶⁰¹.

Sul punto la Corte costituzionale ha elaborato una casistica interessante⁶⁰² dalla quale affiora come la disciplina volta a tutelare interessi ambientali non sia in contrasto con la libertà di iniziativa economica «perché questa consente l'apposizione di limiti al suo esercizio a condizione che essi corrispondano all'utilità sociale, nel cui ambito sicuramente rientrano gli interessi alla tutela della salute e dell'ambiente»⁶⁰³.

La stessa Corte ha inoltre evidenziato come l'articolo 9 della Costituzione risulti essere strettamente collegato all'articolo 32 della Costituzione immaginando, per questo motivo, «un diritto all'ambiente salubre» ed una «tutela dell'ambiente in cui l'uomo vive»⁶⁰⁴ in considerazione del fatto che «l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita e la sua salvaguardia esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini»⁶⁰⁵.

⁵⁹⁹ In modo particolare, la Corte di giustizia ha evidenziato come la protezione dell'ambiente debba essere dichiarato uno degli «scopi essenziali della Comunità» ed una «esigenza imperativa». Cfr. sul punto Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C-240/83, in *Racc.* 1985, I, 531; Corte di giustizia, 20 settembre 1988, C-302/86, *Racc.* 1987, I, p. 351

⁶⁰⁰ Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, p. 847.

⁶⁰¹ Cfr. B. Caravita di Toritto, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 19.

⁶⁰² Cfr. sul punto Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, in *Foro amm.*, 1987, p. 3; Corte cost., 31 marzo 1987 n. 87, in *Giur.it.*, 1988, I, 1, p. 5336; Corte cost., 11 luglio 1989 n. 391, in *Giur.it.*, p. 1990, I, 1, p. 338; Corte cost., 3 ottobre 1990, n. 430, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2570; Corte cost., 30 luglio 1992, n. 388, in *Riv. Giur. amb.*, 1992, p. 873; Corte cost., 7 novembre 1994, n. 379, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 48; Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 3, I, p. 476; 3 marzo 2007 n. 81, in *Giur. cost.*, 2006, 2, p. 873; Corte cost., 18 aprile 2008, n. 104, in *Giur. cost.*, 2008, 2, p. 1318; Corte cost., 23 gennaio 2009, n. 12, in *Giur. cost.*, 2009, 1, p. 77.

⁶⁰³ Cfr. Corte cost., 3 giugno 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1577.

⁶⁰⁴ Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, in *Foro amm.*, 1991, p. 5.

⁶⁰⁵ Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 617, in *Giur. cost.*, 1987, p. 12

Ed è proprio in ragione di una lettura congiunta degli articoli 9 e 32 Cost., che i Giudici costituzionali hanno affermato la concezione *unitaria* dell'ambiente che comprende «la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutta la specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni»⁶⁰⁶.

La tutela dell'ambiente e, di conseguenza, il principio di precauzione risultano strettamente collegati, inoltre, ai c.d. diritti delle generazioni future ed alla c.d. responsabilità intergenerazionale, da intendersi quale «possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli appartenenti alla generazione vivente, in favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti»⁶⁰⁷, che, in virtù della propria dimensione non solo morale ma anche giuridica, sono alla base di un ripensamento, seppur lento, dell'impostazione dei singoli Stati nella fase di attuazione di politiche in ambito economico⁶⁰⁸ e di contrasto ai cambiamenti climatici⁶⁰⁹.

Da ciò può quindi evidenziarsi come il principio di precauzione trovi ulteriore legittimazione costituzionale nell'articolo 2 della Costituzione che, come è noto, riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, impone l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale dal quale derivano, secondo attenta dottrina

⁶⁰⁶ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro amm.*, 1988, I, p. 329.

⁶⁰⁷ Cfr. sul punto R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 35 ss. Al riguardo l'Autore ha sottolineato la differenza tra responsabilità intergenerazionale e responsabilità verso generazioni future, evidenziando come «la valenza concettuale delle due espressioni non è però identica. Possiamo infatti affermare che il concetto di responsabilità intergenerazionale include quello di responsabilità verso le generazioni future, e non viceversa. Con il primo termine si pongono in relazione generazioni che potrebbero essere già tutte esistenti».

⁶⁰⁸ Si veda, da ultimo la sentenza della Corte cost. 14 febbraio 2019 n. 18, in *Diritto e Giustizia*, 2019. In modo particolare, la Corte cost., nel richiamare come parametri di legittimità cost. gli articoli 81 e 97 della Costituzione, ha attribuito un'autonoma rilevanza giuridica ai c.d. «diritti di domani», facendo ricorso al concetto di solidarietà, tanto in termini di equità, quanto di mutualità-generazionale, nella sua declinazione di solidarietà-generazionale e solidarietà intra-generazionale. Per un'attenta e puntuale ricostruzione della questione si rinvia a A. Papa e G. Palombino, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. Carpentieri (a cura di), *L'abuso del diritto e la sua rinnova "rilevanza trasversale nell'ordinamento giuridico italiano": Considerazioni introduttive*, Torino, 2018, p. 140 ss.; G. Palombino, *La solidarietà generazionale alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte Cost.*, in corso di pubblicazione. Cfr. sul punto inoltre Corte cost., 29 luglio 2005 n. 345, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4; Corte cost., 18 giugno 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 3, p. 2374; Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 263, in *Giur. cost.*, 2009, 5, p. 3738; Corte cost., 10 aprile 2014, n. 88, in *Giur. cost.*, 2014, 2, p. 1606; Corte cost., 5 marzo 2018, n. 49, in *Foro it.*, 2018, 9, 5, p. 2614.

⁶⁰⁹ Per un'attenta ed esaustiva analisi sul punto Cfr. sul punto R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, cit., p. 31 ss.

“Costituzioni intensamente politiche, caratterizzate, cioè, da finalità di lungo periodo da perseguire attraverso l’impegno comune e solidale dei consociati”⁶¹⁰.

3. L’evoluzione storico-normativa del principio di precauzione nel panorama giuridico internazionale ed europeo.

Grazie alle numerose convenzioni internazionali e ai documenti non vincolanti che si sono susseguiti nel tempo⁶¹¹, il principio di precauzione può essere considerato “il prodotto forse più originale e nuovo del diritto internazionale dell’ambiente”⁶¹² che ha trovato una definitiva consacrazione della Dichiarazione di Rio de Janeiro sull’ambiente e lo sviluppo del 1992.

Nello specifico, infatti, il Principio n. 15 della stessa stabilisce che, «al fine di tutelare l’ambiente, gli Stati adotteranno ampiamente un approccio cautelativo in conformità delle proprie capacità. Qualora sussistano minacce di danni gravi o irreparabili, la mancanza di una completa certezza scientifica non potrà essere addotta come motivo per rimandare iniziative costose in grado di prevenire il degrado ambientale».

L’impostazione precauzionale è quindi giustificata dalla necessità di prevenire danni gravi e difficilmente riparabili, quale diretta conseguenza della omessa valutazione dei rischi connessi all’esercizio di determinate attività⁶¹³.

⁶¹⁰ Cfr. M. Fioravanti, *Art. 2 Costituzione italiana*, Roma, 2018, p. 32.

⁶¹¹ Il riferimento è, ad esempio, alla Convenzione sulla protezione del Mar Baltico del 22 marzo 1974 o alla Dichiarazione ministeriale adottata a conclusione della III Conferenza internazionale sulla protezione del Mar del Nord del 1990 all’interno della quale viene evidenziato come «i governi firmatari devono adottare il principio di precauzione, vale a dire adottare misure volte ad evitare gli impatti potenzialmente nocivi di sostanze che sono persistenti, tossiche e suscettibili di accumulazione biologica, anche quando non vi sono prove scientifiche dell’esistenza di un nesso causale tra le emissioni e gli effetti». Allo stesso modo si ricorda la Carta Mondiale della Natura adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1982 che, seppur giuridicamente non vincolante, rappresenta uno dei primi testi all’interno del quale si afferma che «le attività che comportano un elevato grado di rischio per la natura devono essere precedute da un esame approfondito e i loro promotori devono dimostrare che i benefici derivanti dall’attività prevalgono sui danni eventuali alla natura e che qualora gli effetti nocivi di tali attività siano conosciuti in maniera imperfetta, esse non dovranno essere intraprese», cfr. sul punto D. Amirante, *Il principio precauzionale tra scienza e diritto*, cit., p. 16; A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., p. 115; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, cit., p. 51.

⁶¹² Cfr. M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2001, p. 39.

⁶¹³ Diretta conseguenza di tale compito è stata l’esigenza di prevedere, non solo chiare e puntuali nozioni scientifiche sempre aggiornate, ma anche un’ampia scelta di soluzioni alternative. Cfr. A. Zei, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, cit., p. 84 secondo la quale questa esigenza impone “un dialogo sempre più stretto, in cui da un lato, la ragionevolezza delle decisioni giuridiche dipende sempre più

Si tratta di una prima enunciazione del principio di precauzione fortemente criticata in dottrina che l'ha ritenuta, in più occasioni, "aperta e vaga"⁶¹⁴, evidenziando altresì l'impossibilità di fare riferimento "ad un precetto normativo sufficientemente chiaro da configurarsi come una vera e propria norma generale del diritto internazionale"⁶¹⁵.

Dopo la Dichiarazione di Rio il principio di precauzione è stato velocemente recepito a livello europeo nel Trattato di Maastricht (articolo 174 TCE oggi articolo 191 TFUE), grazie al quale è stato inserito tra i principi fondamentali della politica europea ambientale insieme al principio di prevenzione, correzione ed a quello del c.d. *chi inquina paga*, considerati i *pilastri* della strategia degli interventi dell'Unione in materia di ambiente⁶¹⁶.

In seguito, la comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 (Com/2000/01) ha incluso lo stesso nell'alveo dei principi generali dell'ordinamento europeo, derivandone da ciò l'obbligo, in capo alle amministrazioni, di adottare, nell'ambito preciso delle competenze attribuite dalle disposizioni di settore, provvedimenti appropriati al fine di prevenire rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, sacrificando, in alcuni casi, quelle esigenze connesse alla protezione di interessi economici⁶¹⁷.

Nello specifico, infatti, è evidenziato come il rispetto del principio di precauzione debba

dall'attendibilità dei riscontri scientifici su cui esse si basano, mentre, dall'altro, la legislazione diviene sempre più pervasiva, imponendo l'adozione di tecnologie aggiornate, capaci di ridurre l'impatto delle attività sull'ambiente".

⁶¹⁴ Cfr. T. Scovazzi, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 699; F. Acerboni, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, cit., p. 245; F. Mucci, *L' "approccio precauzionale" a tutela dell'ambiente marino nel diritto internazionale comunitario: tra disciplina sostanziale e soluzioni procedurali* in M.C. Ciciriello (a cura di), *La protezione del Mare Mediterraneo dall'inquinamento. Problemi vecchi e nuovi*, Napoli, 2003, p. 140; G. Manfredi, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011, p. 25.

⁶¹⁵ Cfr. A. Zei, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, cit., p. 6.

⁶¹⁶ Cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., p. 31. Secondo l'Autore dalla disposizione in esame, oltre alla necessaria tutela dell'ambiente, di fondamentale rilevanza sono "le tre fasi di sviluppo dei principi di azione amministrativa in materia ambientale". La prima caratterizzata dall'applicazione del principio della correzione in via prioritaria alla fonte e del principio *chi inquina paga*; la seconda da individuarsi nell'affermazione del principio di precauzione in cui "l'azione amministrativa viene congegnata in modo tale che l'intervento del pubblico potere preceda il verificarsi di un danno certo" ed, infine, un'ultima fase contraddistinta dall'applicazione del principio di precauzione che si "caratterizza per la necessità di prevenire, oltre ai pregiudizi sicuri, anche le minacce potenziali, incerte e ipotetiche". *Contra* E. Dalfino, *Per un diritto procedimentale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, p. 657; P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, pp. 20 ss. Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia a I. Nicotra (a cura di), *Europea e ambiente*, cit., p. 30 ss.

⁶¹⁷ Cfr. sul punto A. Pizzorusso, *Il patrimonio cost. europeo*, Bologna, 2002, p. 130; A. Von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, p. 120.

prevedere un'attività di prevenzione e di controllo al fine di evitare la produzione di effetti negativi, impegnando altresì i decisori pubblici a prendere in considerazione tutti i dati scientifici e tecnici disponibili tutelando, infine, il c.d. sviluppo socio-economico, da intendersi sia nella sua interezza e che nelle singole parti⁶¹⁸.

Come è stato evidenziato, quindi, grazie alla comunicazione della Commissione il principio di precauzione, previsto in precedenza in modo esplicito solo con riguardo alla protezione dell'ambiente, si è visto riconosciuto l'adeguata rilevanza, potendo essere applicato “in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità”⁶¹⁹.

Come è noto, inoltre, a livello europeo tale principio è stato ritenuto pacificamente applicabile non più al solo diritto ambientale⁶²⁰, ma anche alla salute umana, ai prodotti alimentari, ai settori zoosanitario e fitosanitario anche in seguito alla Risoluzione sul principio di precauzione annessa alle conclusioni del Consiglio europeo tenutosi a Nizza tra il 7 e il 10 dicembre 2000 in cui si legge che «il principio di precauzione fa parte dei principi da prendere in considerazione nella politica della Comunità in materia ambientale; che tale principio è altresì applicabile alla salute umana nonché ai settori zoosanitario e fitosanitario»⁶²¹.

Il ricorso al principio di precauzione trova quindi una sua legittimazione nelle sole ipotesi in cui sia chiara e puntuale l'identificazione, sulla base di dati scientifici, di un *ragionamento rigorosamente logico* del rischio e di un'adeguata ed attendibile istruttoria,

⁶¹⁸ In modo particolare nella Comunicazione viene stabilito che il principio di precauzione “comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto”.

⁶¹⁹ Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 43.

⁶²⁰ Come è noto l'ambiente e la salute ricevono inoltre una particolare tutela anche dagli articoli 35 e 37 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea che prevedendo un collegamento tra tutela dell'ambiente e della salute e le politiche europee a tutela della vita, individuandone i valori e le risorse da tutelare, conservare, promuovere. Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia a sul punto A. Lucarelli, *La protezione della salute*, in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, p. 73; *ID.*, *La tutela dell'ambiente*, in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 91.

⁶²¹ Cfr. sul punto M. Tallacchini *Il principio di precauzione nella pratica della decisione*, ARPA Rivista, 2002, p. 88 secondo la quale la possibile applicazione del principio in ambiti diversi da quello dell'ambiente può essere considerato un ulteriore indizio che depone “a favore della sua natura di principio generale nella regolazione giuridica della scienza incerta”.

capace di fornire un sufficiente grado di verosimiglianza e di probabilità del danno temuto⁶²².

4. Il principio di precauzione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea dei diritti dell'uomo.

Anche la Corte di giustizia ha evidenziato come la corretta applicazione del principio di precauzione imponga, da parte delle autorità nazionali competenti, una valutazione dei rischi basata su «indizi specifici» che, anche nell'impossibilità di superare una possibile incertezza giuridica, risultino idonei a calibrare la sussistenza di un livello di rischio tale da rendere necessarie misure di tutela dell'ambiente e della salute⁶²³.

Al riguardo di particolare interesse risulta una recente decisione della Corte di giustizia⁶²⁴, chiamata a pronunciarsi sulle domanda di pronuncia pregiudiziale, sollevata dal Tar del Lazio, in merito alla decisione di esecuzione UE 2015/789 della Commissione del 18 maggio 2015 avente ad oggetto misure per combattere l'introduzione e la diffusione, sull'intero territorio europeo, del batterio della c.d. *Xylella fastidiosa*⁶²⁵.

⁶²² Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 43.

⁶²³ Cfr. Corte di Giustizia, 14 luglio 1983, C-174/83 Sandoz, in *Racc.*, 1983, p. 2445; Corte di Giustizia, 19 settembre 1984, C-94/83 Heijn, in *Racc.*, 1984, p. 3263; Corte di Giustizia, 10 dicembre 1985, C-247/84 Motte in *Racc.*, 1985, p. 3887; Corte di Giustizia, 6 maggio 1986, C-304/84 Muller, in *Foro it.*, 1986, V, p. 167; Corte di Giustizia, 13 novembre 1990, C- 331/88, Fedesa, in *Foro it.*, 1991, p. 10; Corte di Giustizia, 5 maggio 1998, C-157/96, National Farmers Union, in *Racc.*, I-2211; Corte di Giustizia, 5 maggio 1998, C-180/96, Regno Unito / Commissione, in *Racc.*, I, 2265; Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C-236/01 in *Riv. dir. agr.* 2003, II, p. 375; Corte di Giustizia 23 settembre 2003, C- 192/01 in *Ragiusan*, 2004, 237-8, p. 193; Corte di Giustizia 7 settembre 2004, C-127/02 in *Dir. e giust.*, 2004, 41, p. 116; Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, C-77/09 Gowan Comercio Internacional e Servicos in *Foro amm. CDS* 2010, 12, p. 2564; Corte di Giustizia, 10 aprile 2014, C- 269/13 in *Guida al diritto* 2014, 43, p. 105; Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, C- 157/14 Neptune Distribution in *Foro it.*, 2016, 1, IV, p. 16. Cfr. di recente Corte di giustizia dell'Unione europea, 13 settembre 2017, C-111/16, Fidenato, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 3, p. 827. Per una analisi più approfondita della pronuncia della Corte si vedano E. Corcione, *Emergency Measures Against GMOs Between Harmonizing and Deharmonizing Trends: The Case Fidenato et al.*, in *European Papers – European Forum*, 2018, pp. 345-356; S. Pitto, *La legittimità delle limitazioni statali agli alimenti OGM alla luce del principio di precauzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2018, pp. 245-253; F. Ferri, *Corte di Giustizia dell'Unione europea e (non) applicazione del principio di precauzione alle misure provvisorie di emergenza in materia di OGM: note sulla sentenza Fidenato*, in *www.federalismi.it*, 15, p. 18. Cfr. infine F. Munari, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, pp. 131-153.

⁶²⁴ Corte di Giustizia, 9 giugno 2016 C- 78/16, 79/16 in *Resp. civ. prev.* 2016, 6, p. 2006.

⁶²⁵ Cfr. Tar Lazio, 22 gennaio 2016 n. 780 in *Foro it.*, 2016, 3, III, p. 129. Nello specifico i Giudici nazionali dubitavano della conformità alle norme europee dell'obbligo imposto all'Italia dalla Decisione di esecuzione

In modo particolare, sulla base di un parere scientifico del 6 gennaio 2015 e di una relazione resi dall' E.F.S.A. (Autorità europea per la sicurezza alimentare), la Decisione imponeva «misure di peculiare afflittività allo scopo di eradicare l'organismo specificato e impedirne l'ulteriore diffusione nel resto dell'Unione» , prevedendo “ misure di eradicazione immediata delle piante ospiti, indipendentemente dal loro stato di salute (e) l'adozione di misure di contenimento per la protezione dei siti di produzione delle piante aventi particolare valore scientifico, sociale o culturale»⁶²⁶.

I Giudici nazionali lamentavano, nello specifico, il contrasto con il principio di precauzione di tali disposizioni nella parte in cui venivano previste misure di eradicazione delle piante ospiti «senza adeguato supporto scientifico che attesti con certezza il rapporto causale tra la presenza dell'organismo e il disseccamento delle piante ritenute infette».

La Corte di giustizia, ricordando che il legislatore europeo è obbligato a tener conto del principio di precauzione, ha tuttavia evidenziato come lo stesso debba essere applicato “tenendo conto del principio di proporzionalità”⁶²⁷, secondo il quale l'atto adottato non deve superare «i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa in esame»⁶²⁸.

2015/789 di procedere alla rimozione immediata degli ulivi, a prescindere dal loro stato di salute, in un raggio di 100 metri attorno alle piante già infette dal batterio senza la previsione di alcun indennizzo ed in contrasto con quanto previsto dalla Direttiva 2000/29 «letta alla luce dei principi di precauzione e di proporzionalità». Nello specifico la Direttiva in esame impone a ciascuno Stato membro di notificare immediatamente alla Commissione ed agli altri Stati membri “la presenza nel suo territorio di organismi nocivi” e l'adozione delle “misure necessarie per l'eradicazione o, ove non sia possibile, il contenimento degli organismi nocivi in questione”, informando la Commissione e gli altri Stati membri delle misure adottate. Per un'analisi più approfondita delle pronunce giurisdizionali che si sono occupate della vicenda Cfr. Tar Lazio 4 gennaio 2016 n. 7 in *Foro Amm.*, 2016, 1, p. 145; Tar Lazio 22 gennaio 2016 n. 778 in *Foro it.*, 2016, 3, III, p. 131; Consiglio di Stato 11 febbraio 2016 n. 478 in *Foro it.*, 2016, 3, p. 129.

⁶²⁶ L'articolo 6 della Decisione prevedeva infatti che “Lo Stato membro interessato, entro un raggio di 100 metri attorno alle piante che sono state esaminate e sono risultate infette dall'organismo specificato, rimuove immediatamente : a) le piante ospiti, indipendentemente dal loro stato di salute; b) le piante notoriamente infette dall'organismo specificato; c) le piante che presentano sintomi indicativi della possibile infezione da parte di tale organismo o sospettate di essere infette da tale organismo”.

⁶²⁷ Cfr. sul punto F. De Leonardis, *Principio di precauzione e amministrazione di rischio*, cit., p. 51 secondo il quale il principio di precauzione è considerato, dalla giurisprudenza europea, “una filiazione del principio di proporzionalità” in considerazione del fatto che “prima che fosse espressamente riconosciuto come tale veniva, nella giurisprudenza incluso in esso”. L'Autore evidenzia altresì che “ se si definisce, però, il principio di precauzione come il principio in base al quale, anche in caso di incertezza tecnico- scientifica, la decisione amministrativa deve essere supportata da un'adeguata istruttoria volta a far emergere il rischio probabile e deve, in ogni caso, essere proporzionata, non si può non pervenire alla conclusione che si tratti di un principio cogente a tutti i livelli ordinamentali in quanto collegato direttamente con il principio (istituzionale) di ragionevolezza”. *Contra* G. Gordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002, p. 187, secondo il quale ogni azione preventiva costituisce anche applicazione di un più generale principio di precauzione.

⁶²⁸ Cfr. sul punto Corte di giustizia, 17 ottobre 2013, *Schaible*, C-101/22 in *Foro amm.* – Cds, 2013, 10, p. 2636; Corte di giustizia, 17 dicembre 2015, C- 157/14, *Neptune Distribution* in *Foro it.*, 2016, 1, IV, p. 16.

Sulla base di tali premesse, quindi, secondo i Giudici europei, l'adozione delle misure di eradicazione previste dalla Decisione in parola erano da considerarsi *necessarie, appropriate* al caso concreto e *proporzionali* rispetto al fine da raggiungere, rappresentato dalla diffusione del batterio nell'intero territorio europeo, evidenziando, inoltre, come «il principio di precauzione, lungi dal vietare l'adozione di qualsiasi misura in mancanza di certezza scientifica quanto all'esistenza o alla portata di un rischio sanitario, può del tutto all'opposto, giustificare l'adozione, da parte del legislatore dell'Unione, di misure di protezione quand'anche permangano in proposito incertezze scientifiche»⁶²⁹.

A prescindere dall'esame del nesso di causalità tra diffusione del batterio ed essiccamento delle piante, la dottrina ha criticato la decisione della Corte di giustizia, in quanto si sarebbero applicati “due pesi e due misure”⁶³⁰ con conseguente disparità di trattamento tra le parti⁶³¹.

A ciò si aggiunga, inoltre, il mancato rispetto del principio di proporzionalità tra obiettivo da tutelare e misura *afflittiva* adottata ed imposta ai destinatari, giustificata da una “assolutizzazione dell'obiettivo”⁶³², capace di motivare qualunque tipologia di provvedimento attraverso il rovesciamento dell'esatto *iter* argomentativo.

Oltre a lamentare la violazione del principio di precauzione e l'eccessiva sproporzione tra lo strumento utilizzato (totale eradicazione delle piante a prescindere dal loro stato) e l'obiettivo (impedire la diffusione del batterio), i destinatari delle misure afflittive avevano altresì lamentato la mancata previsione di una indennità in conseguenza della perdita che

In queste occasioni i giudici europeo hanno evidenziato come il principio di precauzione giustifichi l'adozione di misure restrittive in tutti i casi in cui “risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse” e che, nel caso di possibilità di scelta tra più misure appropriate “ si debba ricorrere a quella meno gravosa e gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti”.

⁶²⁹ Nello specifico, i giudici, pur evidenziando che nel parere presentato il 6 gennaio 2015 dall' EFSA non fosse riscontrabile “l'esistenza di un sicuro nesso di causalità tra il batterio Xylella e il disseccamento rapido degli ulivi” ha ritenuto sufficiente la mera constatazione di una “correlazione significativa tra la presenza del batterio e il manifestarsi della patologia”.

⁶³⁰ Cfr. S. Cognetti, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini e F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 142 ss.

⁶³¹ Nello specifico, a questi ultimi, è stata contestata l'assenza di elementi di prova idonei a suffragare l'insussistenza del nesso di causalità tra la presenza del batterio ed il disseccamento degli ulivi, e la Commissione, alla quale non è stato richiesto nessun onere probatorio per avvalorare la propria tesi Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 111.

⁶³² Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 111.

avrebbero sofferto con l'estirpazione delle piante⁶³³.

Pur riconoscendo al legislatore dell'Unione ampia discrezionalità⁶³⁴, la Corte ha, nel caso specifico, affermato un diritto ad un indennizzo quale diretta conseguenza di quanto previsto dall'articolo 17 della stessa Carta dei diritti fondamentali⁶³⁵.

Al riguardo si ricorda come, anche la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha evidenziato che le Pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di informare correttamente i soggetti esposti a possibili rischi scientificamente incerti, individuando, in caso di inadempimento, una responsabilità patrimoniale a carico dello Stato⁶³⁶.

Nel richiamare il proprio orientamento sul diritto al rispetto della vita privata, così come tutelato dall'articolo 8 CEDU⁶³⁷, in base al quale lo Stato è obbligato ad assicurare informazioni dettagliate ad ogni individuo per una corretta valutazione dei rischi per la propria vita e la propria salute e a predisporre un efficiente assetto legislativo idoneo a scongiurare ogni minaccia a tale diritto, la Corte individua, nell'inosservanza del principio di precauzione, una causa di responsabilità di natura patrimoniale di diritto internazionale

⁶³³ Nello specifico, nonostante la Decisione di esecuzione della Commissione avesse la consistenza di una espropriazione in danno dei proprietari delle aziende agricole, non era stato previsto un regime di indennizzo soprattutto in riferimento all'obbligo di eradicazione di piante sane.

⁶³⁴ Cfr. sul punto Corte di giustizia, 10 luglio 2003, C-20/00 *Booker Acquaculture e Hydro Seafood*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 1217.

⁶³⁵ Nello specifico, infatti, l'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali, relativo al diritto di proprietà prevede al par. 1 che «nessuna persona può essere privata dalla proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa» e che «l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale». Cfr. sul punto A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 91.

⁶³⁶ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 5 dicembre 2013, Ricorso n. 52809/09 in *Giornale di dir. amm.*, 6, 2014, p. 586. Cfr. inoltre sul punto Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 19 febbraio 1998, Ricorso n. 14967/89 in *Riv. it. medicina legale*, 2002, p. 202; Corte Europea dei diritti dell'Uomo 9 giugno 1998, Ricorso n.21825/93 in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, 2, p. 697; Corte Europea dei diritti dell'uomo 19 febbraio 1998, Ricorso n. 14967/89; Corte Europea dei diritti dell'Uomo 19 ottobre 2004, Ricorso n. 32555/96; Corte Europea dei diritti dell'Uomo 27 gennaio 2009, Ricorso n. 67021/01. *Contra* Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 10 aprile 2007, Ricorso n.6339/05 in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1, p. 225. Per un'analisi più approfondita della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul punto Cfr. E. Ruozi, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti Umani*, Napoli, 2011, p. 120.

⁶³⁷ Cfr. Corte Europa dei diritti dell'Uomo 11 ottobre 2011, Ricorso n. 5056/10 in *www.echr.coe.int*; Corte Europa dei diritti dell'Uomo 3 novembre 2011, Ricorso n. 57813/10 in *Ragusan*, 2012, 335, p. 190; Corte Europa dei diritti dell'Uomo, 5 dicembre 2013, Ricorso n. 32665/10 in *www.echr.coe.int*; Corte Europa dei diritti dell'Uomo, 5 settembre 2017, Ricorso n. 61496/08 in *Ridare.it*, 27 dicembre 2017. Per un'analisi approfondita sulla giurisprudenza della Corte Europea in materia di rischio per la salute si rinvia a C. Hilson, *Risk and The European Convention on Human Rights: Towards a New Approach*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2009, 353; O.W. Pedersen, *The Ties that Bind: The Environment the European Public Law*, 4, 2010, p. 571.

in capo alle Amministrazioni pubbliche autonome rispetto alle disposizioni nazionali⁶³⁸.

Nonostante dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il principio di precauzione non risulti aver acquisito ancora una propria identità, non essendo stato univocamente individuato, parte della dottrina ha riscontrato, nell'interpretazione dei giudici europei, "i tratti di un nuovo paradigma, ancora in formazione dello Stato contemporaneo, che diviene Stato protettore⁶³⁹, informatore e formatore"⁶⁴⁰, chiamato a farsi carico della previsione di possibili eventi imprevedibili derivanti da attività umane e della prevenzione e protezione della collettività.

5. L'evoluzione del principio di precauzione nell'ordinamento nazionale.

Il principio di precauzione è oggi considerato uno dei principi cardine che regolano l'attività delle Pubbliche amministrazioni⁶⁴¹.

Come è noto, inoltre, prima dell'entrata in vigore del c.d. codice dell'ambiente⁶⁴², l'ordinamento italiano risultava privo di un richiamo generale al principio di precauzione a cui si faceva riferimento unicamente in alcuni provvedimenti settoriali⁶⁴³ o decisioni

⁶³⁸ Secondo i Giudici, nel valutare l'atteggiamento dello Stato, risulta necessario «considerare tutte le circostanze del caso concreto, avendo riguardo, tra l'altro, alla legittimità delle azioni e omissioni, al procedimento decisionale seguito, all'effettivo svolgimento di analisi e studi appropriati, alla complessità della vicenda. L'estensione delle obbligazioni positive imputabili allo Stato dipenderanno, infine, dall'origine delle minacce e dall'intensità con cui il rischio è suscettibile di essere mitigato». Per una approfondita analisi del rapporto tra principio di precauzione responsabilità patrimoniale cfr. P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 30 ss.; E. Al Mureden, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Bologna, 2008, p. 59 ss.

⁶³⁹ Cfr. sul punto F. Ewald, *L'Etat de précaution. Rapport public du Conseil d'Etat pour l'année 2005*, Parigi, 2006, p. 30.

⁶⁴⁰ Cfr. M. Pacini, *Principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2014, p. 590.

⁶⁴¹ Per un'analisi più approfondita sulla rilevanza del principio di precauzione nell'ordinamento nazionale cfr. T. Marrocco, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 1233; A. Gragnani, *Il principio di precauzione come modello dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9; G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1086; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 413.

⁶⁴² d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, «Norme in materia ambientale».

⁶⁴³ Il riferimento è, ad esempio, alla Legge 22 febbraio 2001 n. 36 «Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici». Nello specifico, all'articolo 1 comma 1 della Legge, particolare attenzione è assegnata alla necessità di dettare principi volti a «promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174 par. 2 del Trattato Istitutivo dell'Unione europea» e «assicurare la tutela dell'ambiente e del paesaggio». Per un'analisi approfondita della materia si rinvia a S. Cassese, *La nuova disciplina sulla protezione dalla esposizione a campi elettromagnetici*, in *Giorn. dir.*

giurisprudenziali aventi ad oggetto la legittimità dei provvedimenti emanati dalle amministrazioni pubbliche⁶⁴⁴.

Il codice dell'ambiente ha recepito, all'articolo 301, il principio individuando le tipologie e le modalità di applicazione delle misure preventive da adottare e sancendo che «in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2 del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione»⁶⁴⁵.

Il successivo articolo 310 del codice dell'ambiente ha poi riconosciuto ad enti territoriali nonché a persone fisiche e giuridiche la legittimazione ad agire per l'annullamento di provvedimenti emanati in violazione delle disposizioni in materia ambientale nonché «avverso il silenzio inadempimento del Ministero dell'ambiente e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale».

Nel Testo unico delle norme in materia ambientale sono stati poi inseriti l'articolo 3 *ter*, avente ad oggetto il principio dell'azione ambientale, secondo il quale «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante un'adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio *chi inquina paga* che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale» e l'articolo 3 *bis*, con il quale si è annoverato il *principio dell'azione ambientale* tra i *principi generali* in tema di tutela dell'ambiente, definiti «regole generali della materia ambientale

amm., 2001, p. 3; G. Manfredi, *Commento alla legge* ° 36/01, in *Urb. App.*, 2001, p. 40. Sul punto si ricorda inoltre l'articolo 107 del c.d. Codice del consumo, che indica il principio di precauzione quale criterio di adozione delle misure previste dei confronti di prodotti pericolosi o ritenuti tali. Cfr. d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, «Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003 n. 229».

⁶⁴⁴ Cfr. sul punto Tar Brescia, 11 aprile 2005, n. 304 in *Foro amm. TAR*, 2005, 4, p. 966.

⁶⁴⁵ Nello specifico, infatti, la disposizione in esame prevede che «in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2 del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di precauzione». Al riguardo è stato evidenziato come la norma nazionale riprenda fedelmente i criteri utilizzati dalla Commissione Europea nella Comunicazione sul principio di precauzione del 2000 ribadendo l'esigenza di prevedere un'istruttoria capace di garantire un'analisi approfondita della situazione di rischio assicurando altresì l'operazione di bilanciamento tra i diversi beni ed interessi concretamente in conflitto. Cfr. L. Butti, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti Comunitarie e della Corte Cost.*, cit., p. 814; A. Zei, *Principio di precauzione*, cit., p. 670 ss.

nell'adozione degli atti normativi, di indirizzo e di coordinamento e nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile ed urgente»⁶⁴⁶.

Al riguardo deve altresì evidenziarsi il ruolo fondamentale della Corte costituzionale che ha più volte sottolineato come il principio di precauzione non costituisca un nuovo ed autonomo termine nel bilanciamento degli interessi, rappresentando, al contrario, elemento imprescindibile per risolvere il rapporto tra interessi confliggenti⁶⁴⁷.

Quindi il principio di precauzione non previene, ma assume un decisivo rilievo nelle operazioni di *bilanciamento*: in tale modo il diritto o la libertà pretermessa non vengono *eccessivamente sacrificati* specie nelle ipotesi di incertezza scientifica collegabili a potenziali danni alla salute ed all'ambiente⁶⁴⁸.

Proprio la verifica dello stato delle conoscenze scientifiche è stata considerata situazione indispensabile dalla Corte, nei casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi in sede di controllo di costituzionalità della disposizione, non potendosi sostituire, con proprie valutazioni, al ruolo degli organismi tecnico-scientifici competenti in materia⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Cfr. d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, «Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 recante norme in materia ambientale».

⁶⁴⁷ Cfr. sul punto Corte cost. 3 novembre 2005, n. 406 in *Giur. cost.*, 2005, 6, p. 4429 con la quale i giudici costituzionali hanno evidenziato come il principio di precauzione «rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base dei dati scientifici sufficienti ed attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività». Sul punto si ricorda, inoltre, come la Corte Cost. abbia assegnato a tale principio la natura di norma parametro nel giudizio di costituzionalità della legislazione regionale e statale in materia ambientale. Cfr. Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282 in *Comuni Italia*, 2002, p. 1179; Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307 in *Giur. cost.*, 2003, p. 5; Corte cost., 16 luglio 2009, n. 247, in *Giur. cost.*, 2009, 4, p. 3217. Cfr. inoltre P. Savona, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *www.federalismi.it*, 25, 2011, p. 10.

⁶⁴⁸ Il riferimento è, ad esempio, a contrasti fra tutela della salute e libertà di iniziativa economica o fra libertà economiche e tutela della salute. Si veda su tutte la decisione della Corte Cost. 9 maggio 2013 n. 85, in *Foro it.*, 2014, 2, I, p. 441, sul c.d. caso Ilva grazie alla quale i Giudici costituzionali hanno puntato l'attenzione sul «continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi», evidenziando come fosse necessario individuare «un punto di equilibrio che non può che essere dinamico e non prefissato in anticipo secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». In quell'occasione la scelta di prosecuzione dell'attività produttiva costituì, secondo la Corte, «l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici e amministrativi in un unico procedimento, nel quale devono trovare simultanea applicazione i principi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale». Cfr. V. Onida, *Un conflitto di poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte Cost., Sentenza n. 85/13*, in *Rivista aic*, 3, 2013, p. 20; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, 3, 2013, p. 1510; A. Morelli, *Un drammatico bilanciamento fra principi costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2013, p. 11; G. Arconzo, *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte Cost.: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 febbraio 2013, p. 30.

⁶⁴⁹ Cfr. sul punto Corte Cost. 26 maggio 1998, n. 185 in *Ragiusan*, 1998, 172, p. 184; Corte Cost. 9 maggio 2002, n. 202 in *Giur. cost.*, 2002, p. 1599; Corte Cost. 6 aprile 2005, n. 135 in *Ragiusan*, 2005, 257, p. 136;

Anche il Giudice amministrativo ha riconosciuto al principio di precauzione, sulla base degli orientamenti della giurisprudenza europea sul punto, un ruolo fondamentale nelle ipotesi in cui siano riscontrabili attività pericolose, anche in maniera potenziale, per la salute e per l'ambiente⁶⁵⁰.

Al riguardo particolarmente rilevante è la sentenza del Consiglio di Stato n. 6250/13⁶⁵¹ che, secondo parte della dottrina, ha definito un vero e proprio “*decalogo di regole per una corretta applicazione del principio di precauzione*”⁶⁵².

Facendo propri i dettati elaborati dalla giurisprudenza europea sul punto, secondo i giudici l'applicazione degli elementi caratterizzanti il principio di precauzione debbono rinvenirsi “*lungo un percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi- carattere necessario delle misure adottate*” con la diretta conseguenza che le attività da porre in essere in via precauzionale “*presuppongono che la valutazione dei rischi di cui dispongono le autorità riveli indizi specifici i quali, senza escludere l'incertezza scientifica, permettano ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l'attribuzione di tali misure è necessaria al fine di evitare pregiudizi all'ambiente o alla salute*”⁶⁵³.

Sulla base di tali considerazioni gli stessi giudici hanno chiarito come una corretta applicazione del principio di precauzione debba necessariamente prevedere l'adozione di misure volte “*al preventivo svolgimento di una valutazione quanto più possibile completa*

Corte Cost. 3 novembre 2005, n. 406, cit., p. 4429; Corte Cost. 17 marzo 2006, n. 106 in *Giur. cost.* 2006, p. 2; Corte Cost. 23 luglio 2009, n. 235 in *Giur. cost.*, 2009, 4, p. 2895; Corte Cost. 24 luglio 2009, n. 248 in *Giur. cost.* 2009, 4, p. 3278; Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 93 in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 1592; Corte Cost. 5 dicembre 2014, n. 274 in *Giur. cost.* 2014, 6, p. 4670; Corte Cost. 9 maggio 2015, n. 83 in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 1424; Corte Cost. 12 luglio 2017, n. 170 in *Giur. cost.* 2017, 4, p. 1555; Corte Cost. 8 novembre 2017, n. 232 in *Giur. cost.* 2017, 6, p. 2340; Corte Cost. 15 novembre 2017, n. 240 in *Giur. cost.* 2017, 6, p. 2478.

⁶⁵⁰ Cfr. sul punto Consiglio di Stato 14 aprile 2016 n. 1509 in *Foro Amm.*, 2016, 4, p. 812; Tar Lazio 3 giugno 2015 n. 7782 in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4,1, p. 793; Consiglio di Stato 12 febbraio 2015 n. 757 in *Riv. giur. ed.* 2015, 3, I, p. 490; Consiglio di Stato 6 maggio 2013 n. 2446 in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 5, p. 1278; Consiglio di Stato n. 2495/15 in *Foro amm.*, 2015, 5, p. 1415; Consiglio di Stato 22 luglio 2005 n. 3917 in *Foro it.* 2006, 7-8, III, p. 402; Consiglio di Stato 27 dicembre 2013 n. 6250 in *Riv. giur. ed.*, 2014, 1, I, p. 106 Tar Abruzzo 3 ottobre 2012 n. 403 in *Foro amm. TAR*, 2012, 10, p. 3218; Tar Molise, 15 marzo 2017 n. 82 in *Foro amm.*, 2017, 3, p. 762; Consiglio di Stato 18 maggio 2015 n. 2495 in *Foro amm.*, 2015, 5, p. 1415.

⁶⁵¹ Cfr. Cons. Stato 27 dicembre 2013 n. 6250, in *Riv. giur. ed.*, 2014.

⁶⁵² Cfr. G. Monaco, *Dal Consiglio di Stato quasi un “decalogo” sull'applicazione del principio di precauzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, p. 551.

⁶⁵³ Il Consiglio di Stato rifiutando “ un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente” ha precisato che «la giuridicizzazione e la conseguente giustiziabilità del principio di precauzione passano così attraverso la necessità di riconoscere canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini delle loro formazioni sociali e delle loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale».

dei rischi calata nella concretezza del contesto spazio temporale di riferimento” in modo da individuarne la misura “necessaria”⁶⁵⁴.

6. Conclusioni prospettiche.

Sulla base dell’analisi svolta in merito alla sempre maggiore rilevanza che il principio di precauzione sta acquisendo nel panorama giuridico nazionale ed europeo, risultano necessarie delle, seppur brevi, considerazioni prospettiche.

Il principio di precauzione impone alle Pubbliche amministrazioni di adottare provvedimenti adeguati all’esigenza di prevenire rischi, anche potenziali, per la salute, l’ambiente e la sicurezza di una collettività, facendo quindi prevalere tali necessità sugli interessi economici⁶⁵⁵.

Come è stato evidenziato, si tratta di una “risposta del diritto alle nuove forme di aggressione all’incolumità e alla salute che derivano dalle applicazioni delle scoperte scientifiche e tecnologiche”⁶⁵⁶ che, al tempo stesso, “ non fornisce una regola per decidere, quanto piuttosto una regola di procedere” in quanto la ratio ispiratrice non può che rinvenirsi “nell’organizzazione delle procedure, nei cui casi si convogliano le valutazioni scientifiche, economiche e politiche che fondano il ricorso alla misura cautelativa”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 202.

⁶⁵⁵ Cfr. P. A. Lemme Machado, *Il principio di precauzione e la valutazione dei rischi*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 5, 2007, p.892 secondo il quale “la situazione di rischio può non essere pienamente delineata ma la sua percezione, ancorché imprecisa, deve essere dimostrata con razionalità, evitando perciò di incamminarsi sul terreno dell’imponderabile”.

⁶⁵⁶ Cfr. A. Costanzo, *Presupposti del diritto ambientale europeo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2003, p. 13.

⁶⁵⁷ Cfr. M. Cecchietti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, in *www.federalismi.it*, 25, 2006, p. 103.

La decisione di adottare misure precauzionali deve essere quindi considerata la sintesi della volontà politica e di valutazioni amministrative avvalorate da fondamenti di natura scientifica ed, al tempo stesso, da un bilanciamento tra interesse costituzionalmente garantiti. Cfr. inoltre sul punto S. Bartolomei, *Il principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?* in *Biotetica*, 2001, p. 321; S. Grassi, *Prime osservazioni sul principio di precauzione nel diritto positivo*, in *Dir. gest. amb*, 2001, p. 53; P. Vineis- M. Ghisleni, V. Ricciardi, *Sulle giustificazioni scientifiche del principio etico di precauzione*, in *Notizie di Politeia*, 2002, p. 102; G. Manfredi, *Note sull’attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubb.*, 3, 2004, p. 1081; A.M. Princigalli, *Il principio di precauzione: “danni gravi e irreparabili” e mancanza di certezza scientifica*, in *Il diritto dell’agricoltura*, 2004, p. 152; M. Gestri, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario: gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 477; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, cit., p. 85.

Da ciò ne deriva, quindi, che il rispetto del principio di precauzione debba essere considerato un imprescindibile parametro per valutare la legittimità dell'azione amministrativa nell'adozione di un determinato atto, in quanto considerato vero e proprio "principio attivo di regolazione dell'azione amministrativa"⁶⁵⁸.

Come è stato più volte evidenziato, infatti, la valutazione dei rischi, compiuta dalle amministrazioni nella fase di approvazione di un provvedimento, è soggetta ad un sindacato limitato da parte dei giudici in considerazione delle «scelte di natura politica, economica e sociale» compiute dalle stesse amministrazioni, con la diretta conseguenza che «solo la manifesta inidoneità di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento»⁶⁵⁹.

Nonostante la rilevanza assegnata da dottrina e giurisprudenza al principio di precauzione, da un'accurata analisi della recente questione della c.d. *Xylella fastidiosa* deve purtroppo

⁶⁵⁸ Cfr. F. Trimarchi, *Principio di precauzione e qualità dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 6, 2005, p. 1684. Il principio di precauzione diviene quindi regola procedurale che impone il rispetto dei canoni di trasparenza, pluralismo ed emendabilità. Cfr. inoltre L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, cit., p. 323. Sul punto l'Autore ha evidenziato come l'attenzione attribuita in ambito europeo al principio di precauzione abbia favorito una riflessione sulla partecipazione dei cittadini ai processi di valutazione scientifica. Da qui ne deriva l'esigenza di "democratizzare l'expertise scientifico e di assicurare una corretta e trasparente comunicazione scientifica, volta ad includere, ove possibile, la partecipazione della società civile alle decisioni che possono porsi alla base delle trasformazioni sociali e che possono rivelarsi suscettibili di ledere taluni diritti fondamentali dell'uomo". Cfr. infine S. Lieto, *Inquadramento giuridico del sistema dell'early-warning per la gestione del rischio ambientale tra principio di precauzione e discrezionalità tecnica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2, 2007, p. 136. Secondo l'Autrice "il principio di precauzione dovrebbe tradursi in dispositivo giuridico e dovrebbe fondarsi su alcuni punti: necessità di una istruttoria tecnico giuridica completa, svolta da un organo imparziale (non politico) i cui componenti siano selezionati mediante procedure pubbliche; necessità che i meccanismi normativi possano essere progressivamente adeguati in base all'evoluzioni della scienza e della tecnica; necessità di garantire a questi procedimenti normativi forme di partecipazione pubblica".

⁶⁵⁹ Cfr. Tribunale di Primo Grado, 11 settembre 2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell'Unione Europea*, in www.curia.europa.eu. In questa occasione i giudici hanno chiarito che "il principio di precauzione permette alle istituzioni comunitarie di adottare, nell'interesse della salute umana, ma sulla base di conoscenze scientifiche ancora lacunose, misure di protezione che possono ledere, finanche in modo profondo, posizioni giuridiche tutelate e, a questo proposito, conferisce alle istituzioni un margine discrezionale notevole. Cfr. inoltre Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia Spa*, in *Racc.*, 2003, I, p. 8105; Tribunale di Primo Grado, 28 giugno 2005, T-158/03, *Industrias Químicas des Valles, SA c. Commissione*, in *Racc.*, 2005, II, p. 2425.

evidenziarsi l’emanazione di atti normativi europei⁶⁶⁰, nazionali⁶⁶¹ e regionali⁶⁶² che sembrano porsi in netto contrasto con lo stesso principio.

Nello specifico, infatti, nell’emanazione di questi atti non si è minimamente presa in considerazione quanto indicato dalle nuove tecnologie biologiche, avvalorate anche da studi scientifici⁶⁶³, che non solo eviterebbero la totale estirpazione delle piante ma scongiurerebbero, soprattutto, un inutile spargimento di pesticidi che, come è noto, rientrano a pieno titolo tra quelle attività che possono comportare, in maniera immediata, un danno alla salute di una generalità indeterminata di abitanti delle zone interessate, nonché una conseguente lesione del c.d. diritto all’ambiente salubre, così come legittimamente previsto dalla giurisprudenza⁶⁶⁴.

Sul punto è stato inoltre ricordato che i temi della protezione del clima, dell’atmosfera, della conservazione della biodiversità, della tutela dell’ambiente sono considerati una componente fondamentale per l’assetto democratico di un paese, in considerazione del nesso tra diritto dell’ambiente e gli altri diritti fondamentali sotto la comune matrice della pari dignità sociale, così come previsto dall’articolo 3 della Costituzione⁶⁶⁵.

In conclusione risulta quindi auspicabile una riconsiderazione del principio di precauzione da parte delle Pubbliche amministrazioni nella fase di approvazione di qualsiasi provvedimento che possa avere effetti diretti ed immediati su determinate comunità di cittadini.

Nello specifico, infatti, il principio di precauzione non può più essere saggiato sulla base di un’impostazione *meramente procedurale* alla stregua di una sostanziale regola di giustizia, ma deve finalmente rappresentare un valore, una regola di azione capace di orientare, parametrare ed indirizzare l’attività delle Pubbliche amministrazioni, idonea a

⁶⁶⁰ Cfr. Decisione di esecuzione 2015/789 della Commissione del 18 maggio 2015 relativa alle misure per impedire l’introduzione e la diffusione nell’Unione della Xylella fastidiosa; Decisione di esecuzione 2018/927 della Commissione del 27 giugno 2018 che modifica la decisione di esecuzione 2015/789 relativa alle misure per impedire l’introduzione e la diffusione nell’Unione della Xylella fastidiosa.

⁶⁶¹ Cfr. Decreto Ministeriale 13 febbraio 2018 n. 4999 relativa a “ Misure di emergenza per la prevenzione, il controllo e l’eradicazione di Xylella fastidiosa nel territorio della Repubblica Italiana”.

⁶⁶² Cfr. Delibera Giunta Regionale 24 ottobre 2018 n. 1890 recante “ Azioni di contrasto alla diffusione della Xylella fastidiosa per il 2018/2019 in applicazione della Decisione di esecuzione (UE) 789/2015.

⁶⁶³ Al riguardo si ricorda quello proposto dal Prof. Scortichini, batteriologo di fama internazionale, che ha inoltre firmato i protocolli di diagnosi di *Xylella fastidiosa* presenti nell’EPPO.

⁶⁶⁴ Cfr. sul punto Corte Cost. 30 dicembre 1987 n. 617, in *Riv. Giur. Amb*, 1988, p. 113. Nello specifico, la Corte ha evidenziato come “l’ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita e la sua salvaguardia esprime l’esigenza di un habitat naturale nel quale l’uomo agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini”.

⁶⁶⁵ Cfr. B. Caravita Di Toritto – L. Cassetti – A. Morrone (a cura di), *Diritto all’ambiente*, cit., p. 40.

prevedere una tutela preventiva attraverso “un’integrazione tra il giudizio scientifico e giudizio giuridico-politico per la tutela del cittadini”⁶⁶⁶ ed, al tempo stesso, prevedere procedure aperte al contraddittorio, partecipative ed inclusive di tutti gli interessi coinvolti⁶⁶⁷.

Abstract: Il presente lavoro ha ad oggetto il ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle Pubbliche amministrazioni anche, e soprattutto, alla luce della sempre maggiore rilevanza che lo stesso sta acquisendo per la tutela di situazioni costituzionalmente garantite, quali i diritti alla salute ed all’ambiente.

Il principio in esame, sviluppatosi in ambito internazionale, trova una propria legittimazione in alcune disposizioni costituzionali: esso ha avuto una definitiva consacrazione, grazie all’intervento della giurisprudenza, nazionale ed europea, e del legislatore che lo ha inserito nell’alveo dei dogmi che regolano l’azione amministrativa.

Abstract: The aim of this work is to investigate on the role of the precautionary principle in the decision process of the public administration, in light of the ever rising relevance which the same is acquiring, in order to protect constitutionally guaranteed rights, such as the right to health and the one to the environment. The principle under examination, developed in an international setting, finds its legitimacy in some constitutional dispositions and it had its final consecration due to the national and European case law intervention and due to the legislator who inserted it among the dogma which regulate the administrative action.

Parole chiave: Principio di precauzione – azione amministrativa – salute – ambiente – diritti – pubblica amministrazione.

Key words: Precautionary principle – administrative action – health – environment – rights

⁶⁶⁶ Cfr. M. Tallacchini, *Principio di precauzione e filosofia pubblica dell’ambiente*, in *Una nuova etica per l’ambiente*, Lecce 2005, p. 95. Cfr. inoltre G.D. Comporti, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell’inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, cit., p. 215, che ribadisce la centralità di “*apparati stabili ben visibili cui deve essere affidato il compito di pronunciarsi definitivamente su questioni tecnico-scientifiche complesse, non controllabili sino in fondo né da parte del giudice né da parte dell’amministrazione*”.

⁶⁶⁷ Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione tra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 257.

– Public administration.

PRINCIPI COSTITUZIONALI E PROPRIETÀ PUBBLICA. LE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME TRA ORDINAMENTO EUROPEO E ORDINAMENTO INTERNO.*

di Maria Chiara Girardi**

Sommario. 1. Premessa. Un tema di diritto costituzionale. – 2. L'evoluzione del quadro normativo relativo alle concessioni demaniali marittime. – 3. L'Italia e le continue proroghe *bersaglio* della Commissione europea. – 4. Il contrasto tra normativa comunitaria e normativa interna. La sentenza *Promoimpresa e Melis*. – 5. I recenti interventi normativi e giurisprudenziali in tema di concessioni demaniali marittime. – 6. L'incompatibilità tra l'uso collettivo e l'uso individuale dei beni appartenenti al demanio marittimo. – 7. Conclusioni.

226

1. Premessa. Un tema di diritto costituzionale.

Il recente accordo raggiunto in Senato su un emendamento presentato dalla Lega ed inserito nella legge di bilancio, ha permesso un ulteriore rinvio, questa volta di ben quindici anni, dell'applicazione ai beni demaniali marittimi del settore turistico-balneare, della c.d. direttiva Bolkestein⁶⁶⁸.

Tale direttiva - la 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006⁶⁶⁹, relativa ai servizi nel mercato interno, è stata recepita dall'art. 16, comma 4, del d.lgs 26 marzo 2010, n. 59⁶⁷⁰. Da allora, tuttavia, per quanto concerne le concessioni demaniali marittime, l'Italia ha continuamente prorogato l'entrata in vigore di tale normativa, delineando vie alternative che consentissero di non rispettare la direttiva

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoranda di ricerca in Diritti umani. Teoria, storia e prassi – Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

⁶⁶⁸ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 376 del 27 dicembre 2006, pp. 36-68.

⁶⁶⁹ Cosiddetta Bolkestein dal nome del proponente, ex Commissario Europeo per la Concorrenza e il Mercato Interno dell'Unione europea, Frits Bolkestein.

⁶⁷⁰ Tale decreto, rubricato *Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 94 del 23 aprile 2010 – S.O. n. 75.

servizi⁶⁷¹, al dichiarato scopo di tutelare gli investimenti degli imprenditori balneari⁶⁷².

Alla luce delle suddette evoluzioni normative, nazionali e comunitarie, risulta doverosa una riflessione sulle questioni legate al tema delle concessioni demaniali marittime, in particolare quelle a scopo turistico – ricreativo.

A tal fine, è necessario effettuare preliminarmente una breve ricostruzione della categoria del demanio marittimo.

Nell'ambito del *genus* dei beni demaniali statali rientrano, invero, tutti quei beni appartenenti allo Stato, definiti *extra commercium*, che sono direttamente e gratuitamente fruibili da parte della collettività⁶⁷³.

In particolare, i beni demaniali marittimi rientrano nel *genus* del c.d. demanio necessario. Quest'ultimo comprende tutti i beni immobili che sono considerati demaniali *ipso facto*⁶⁷⁴. I beni demaniali marittimi, infatti, sono per loro intrinseca natura beni del demanio necessario. Ai fini della demanialità, la loro destinazione al soddisfacimento della funzione pubblica riveste un ruolo fondamentale⁶⁷⁵: da ciò derivano le caratteristiche d'inalienabilità, incommerciabilità ed inespropriabilità⁶⁷⁶. Pertanto, i beni del demanio marittimo non possono essere oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti

⁶⁷¹ Le citate proroghe sono in netto contrasto con l'art. 16 del decreto legislativo n. 59 del 2010 di attuazione della direttiva Bolkestein, il cui art. 16 prevede che «1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi. [...] Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo».

⁶⁷² In realtà la direttiva 2006/123/CE tiene già conto della necessità di tutelare gli investimenti degli imprenditori. Al considerando 62 si legge infatti che «la durata dell'autorizzazione concessa dovrebbe essere fissata in modo da non restringere o limitare la concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti».

⁶⁷³ O. Ranalletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico* in *Giur.it*, L. IV, 325, p. 147.

⁶⁷⁴ M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio*, Torino, 2018, p.101.

⁶⁷⁵ «Il rapporto esistente fra il bene demaniale e la funzione svolta rispetto ad esso dall'ente pubblico come tale, e cioè quale ente che rappresenta e provvede agli interessi dei consociati, contribuisce largamente alla precisazione del concetto di proprietà pubblica: e in considerazione di esso quest'ultima può designarsi [...] come proprietà necessaria all'ente pubblico per lo svolgimento di certe sue funzioni, e quindi per l'adempimento di certi suoi fini. E poiché tali fini rientrano fra quelli che l'ente si pone quali suoi propri ed essenziali, può dedursene che l'ente pubblico deve avere dei beni demaniali per risponder allo scopo della sua esistenza, allo stesso modo in cui deve avere un territorio per esistere: e che quindi la proprietà pubblica è proprietà necessaria». Così E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1989, p.15.

⁶⁷⁶ Si veda, a tal proposito, il d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, che all'art. 4 ha introdotto la possibilità di espropriare i beni appartenenti al demanio pubblico, qualora ne venga pronunciata la sdemanializzazione, senza operare alcuna distinzione tra quelli a demanio necessario e a demanio accidentale. Tale regime rappresenta una novità assoluta per l'ordinamento italiano e riflette, altresì, la diffusa tendenza alla contrazione del pubblico a favore del privato.

stabiliti dalla legge⁶⁷⁷.

Di regola, l'attribuzione ai privati dei diritti di godimento su tali beni avviene attraverso i provvedimenti di concessione, con la previsione di canoni commisurati ai vantaggi ottenuti dagli utilizzatori⁶⁷⁸.

Ai fini della valorizzazione del patrimonio pubblico, tuttavia, è necessario regolamentare il citato regime concessorio⁶⁷⁹ e declinarlo nell'ambito dei principi costituzionali. Infatti, la durata eccessiva di tali affidamenti, unitamente alla previsione di canoni irrisori, rischierebbe di tradursi in regimi di monopolio di fatto, con il conseguente depauperamento di tali risorse⁶⁸⁰.

Il fondamento della questione, dunque, si colloca nella necessità di conciliare la disciplina concessoria con i principi costituzionali; in particolare con l'art. 42 Cost., in tema di proprietà⁶⁸¹, con gli artt. 41 e 43 Cost. in tema di utilità sociale, nonché con gli artt. 2, 3 e 117 Cost.

Lo sfruttamento economico di tali risorse, infatti, – attesa la particolare natura di beni quali il mare e le spiagge – si scontra con l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali ad esse

⁶⁷⁷ In tal senso, la Commissione dei Beni Pubblici (c.d. Commissione Rodotà), istituita con il d.m. 21 giugno 2007 al fine di modificare il Codice civile nella materia dei beni pubblici, nel proprio disegno di legge delega, all'art. 3, lett. c) relativo ai beni comuni, prevedeva che la concessione fosse possibile nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata e non prorogabile.

⁶⁷⁸ Si badi bene che l'accesso alla battigia - ossia a quel tratto di spiaggia, solitamente quantificato in cinque metri, a ridosso del mare - è sempre libero e gratuito, pur in presenza di stabilimenti balneari, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 251, della l. 27 dicembre 2006 n. 296 (Legge Finanziaria 2007). Ciò è stato confermato, recentemente, dall'art. 11, comma 2, lett. d) della l. 15 dicembre 2011 n. 215 (Legge Comunitaria 2010) che ha ribadito l'esistenza del diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini della balneazione.

⁶⁷⁹ Nell'ambito dell'ordinamento interno, in passato si è discusso circa la natura giuridica dell'atto concessorio, ossia se configurarlo come negozio di diritto pubblico oppure avente natura contrattuale; o se ritenere, piuttosto, che l'atto di concessione si perfezioni in due momenti distinti: il primo, derivante dall'atto della pubblica amministrazione e il secondo, dalla convenzione tra questa e il privato. La questione è stata risolta a livello europeo, adottando la nozione di contratto di concessione pubblica, dipendente dall'idoneità dell'atto ad attribuire un vantaggio all'utilizzatore.

⁶⁸⁰ Sul punto si rinvia a A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni* (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019), in *dirittifondamentali.it*, 1, 2019; Id., *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari 2013, pp. 32 ss.

⁶⁸¹ Nel diciannovesimo secolo, l'influenza della pandettistica romano-germanica ha condotto ad una sovrapposizione tra la nozione di beni pubblici e la nozione di proprietà pubblica. Infatti il l'idea dell'appropriazione del *dominus* sul bene è divenuta elemento costitutivo anche dei beni pubblici al punto che prevale sulla funzione che la res può svolgere. Di conseguenza, l'interesse della collettività soggiace rispetto agli interessi del dominus. In merito si rinvia a: A. Lucarelli, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sottocategoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos*, 2, 2017; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, pp. 55 ss.

sottesì⁶⁸².

In tale ottica si pone l'obbligo di rispettare il diritto ad un ambiente salubre: pertanto, l'art. 9 Cost., a tutela del paesaggio, va letto in parallelo con l'art. 32 Cost., che tutela la salute non solo in quanto diritto spettante all'individuo, ma anche come interesse della collettività. Peraltro, la tutela dell'interesse generale alla protezione e alla fruizione collettiva di tali beni comporta la necessità di prevedere, da un lato, procedure d'accesso trasparenti e competitive e, dall'altro, canoni adeguati a carico degli imprenditori.

In relazione a tale ultimo aspetto, infatti, al di là dei modelli di gestione prescelti, si pone sullo sfondo la regola della concorrenza. Quest'ultima dovrebbe impedire una durata eccessivamente dilatata delle concessioni, che di fatto preclude l'accesso al mercato agli altri imprenditori creando delle situazioni di dominio dei concedenti, e dovrebbe garantire ai destinatari di tali servizi, attraverso l'uso responsabile di tali risorse, un effettivo ed equo godimento dei diritti ad essi collegati⁶⁸³.

“Si potrebbe parlare, sul punto, di una ‘democratizzazione’ della regola della concorrenza, attesi i contenuti in termini di uguaglianza e solidarietà che è in grado di esprimere. Un corretto funzionamento della regola della concorrenza nell’ambito di mercati connessi allo sfruttamento economico di beni comuni, potrebbe rivelarsi un moltiplicatore di utilità per l’interesse generale, facendo conseguire alla collettività obiettivi di coesione sociale”⁶⁸⁴.

2. L'evoluzione del quadro normativo relativo alle concessioni demaniali marittime.

Per una puntuale analisi giuridica della tematica in esame occorre, preventivamente, svolgere una breve ricognizione dell'evoluzione del quadro normativo interno – piuttosto carente – sul quale è intervenuta la direttiva europea Bolkestein.

⁶⁸² In tal senso, si veda il progetto di iniziativa popolare *Disegno di legge delega Commissione Rodotà beni comuni, sociali e sovrani.*” pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 19 dicembre 2018 n. 294, che riprende il testo originario del disegno di legge delega del 2007.

⁶⁸³ Come, ad esempio, il diritto di uguaglianza sostanziale, il diritto alla salute, all'ambiente salubre, al paesaggio.

⁶⁸⁴ A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime*, cit.; A. Lucarelli e L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 3, 2018, pp. 1251 ss.; L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime tra regola della concorrenza e diritti fondamentali*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1, 2011, p. 258.

Il Codice della navigazione prevede, all'art. 36, che i beni parte del demanio marittimo o le zone di mare territoriale possono essere oggetto di una concessione a termine «compatibilmente con le esigenze del pubblico uso». All'art 37, comma 2, poi abrogato, era sancito invece il c.d. diritto di insistenza⁶⁸⁵. Si tratta di un principio di preferenza del concessionario uscente in occasione del rinnovo delle concessioni del demanio pubblico marittimo.

L'art. 01, comma 1, del d. l. 5 ottobre 1993, n. 400 (convertito con modificazioni dalla l. 4 dicembre 1993, n. 194), relativo alla determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime, ha poi stabilito che tra le diverse ipotesi di concessione d'uso dei beni demaniali marittimi rientrano le concessioni d'uso per finalità turistico-ricettive⁶⁸⁶.

Lo stesso articolo, al comma 2, fissa in quattro anni la durata di tali concessioni, salvo diversa durata se richiesta e motivata dagli interessati.

Invece, le «Disposizioni concernenti le concessioni di beni demaniali marittimi», previste all'art. 10 della l. del 16 marzo 2001, n. 88⁶⁸⁷ – stabiliscono che «le concessioni [...] indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza». È fatto salvo ovviamente il potere di revoca delle concessioni sancito all'art. 42 del Codice della navigazione⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ La vecchia formulazione del comma 2 dell'art. 37 cod. nav. prevedeva che: «E' altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze». Tale periodo è stato abrogato dall'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 convertito con legge 26 febbraio 2010, n. 25, perché ritenuto in contrasto con l'art. 43 TCE (attuale art. 49 TFUE).

⁶⁸⁶ L'art. 01, al comma 1, statuisce infatti testualmente che: «1. La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione».

⁶⁸⁷ Tale legge è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 3 aprile 2001, n. 78 ed è rubricata *Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime*.

⁶⁸⁸ Il citato articolo prevede che: «Le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero sono revocabili in tutto o in parte a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. Le concessioni di durata superiore al quadriennio o che comunque importino impianti di difficile sgombero sono revocabili per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. La revoca non dà diritto a indennizzo. Nel caso di revoca parziale si fa luogo ad un'adeguata riduzione del canone, salva la facoltà prevista dal primo comma dell'articolo 44. Nelle concessioni che hanno dato luogo a una costruzione di opere stabili l'amministrazione marittima, salvo che non sia diversamente stabilito, è tenuta a corrispondere un indennizzo pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato. In ogni caso l'indennizzo non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti».

In tale contesto, si è poi inserita la legge finanziaria del 2007⁶⁸⁹, la quale ha fissato in un termine non inferiore a sei anni e non superiore a vent'anni la durata massima sulle concessioni marittime del settore turistico - ricettivo, «in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle Regioni»⁶⁹⁰. La stessa legge ha fissato per la prima volta i criteri di quantificazione dei canoni di concessione e ha introdotto, accanto al canone tabellare, un canone commisurato al valore di mercato, seppur mitigato in vario modo.

Emerge, dunque, che tale contesto normativo consentiva alle concessioni di essere sostanzialmente perpetue, poiché gli imprenditori potevano ottenere il rinnovo automatico della concessione, oppure, dovendo partecipare a procedure di selezione, comunque godevano di una situazione di privilegio rispetto a tutti gli altri offerenti.

È però di palmare evidenza che la suddetta disciplina risultava apertamente in contrasto con la direttiva Bolkestein⁶⁹¹, ed in particolare con i principi di concorrenza e di non discriminazione, sanciti rispettivamente agli artt. 106 e 56 TFUE.⁶⁹²

L'articolo 12 della suddetta direttiva prevede infatti che: «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una

⁶⁸⁹ L. del 27 dicembre 2006, n. 296, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 27 dicembre 2006, n. 299 – S.O. n. 244 e denominata «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)»

⁶⁹⁰ Si tratta dell'art. 253 della l. 296/2006, cit., il quale interviene modificando l'articolo 3 del d.l. del 5 ottobre 1993, n. 400, cit., convertito, con modificazioni, dalla l. del 4 dicembre 1993, n. 494, cit., aggiungendo tale periodo al comma 4 bis.

⁶⁹¹ A tal proposito, la Corte di Giustizia UE, sez. V, con la sent. del 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, C-458/14 e C-67/15 - in risposta alle questioni pregiudiziali sollevate dal Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 con ord. del 24 settembre 2014, n. 2401 e dal Tar Sardegna, sez. I, con ord. del 28 gennaio 2015, n. 22493 – ha precisato che: «L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico – ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati». Su tali aspetti si veda C. Benetazzo, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico - ricreativo tra diritto interno ed europeo* in *Munus*, 1, 2018, pp. 287 ss.; L. S. Rossi, *Spiagge: vietate le proroghe automatiche delle concessioni senza una procedura di selezione tra potenziali candidati*, in *Guida al dir.*, 2016, pp. 14 ss.

⁶⁹² Sul rapporto tra le concessioni demaniali marittime e i principi di concorrenza e non discriminazione, si veda: A. Lucarelli e L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., i quali sottolineano come una durata eccessiva delle concessioni precluderebbe quasi del tutto l'accesso agli operatori esclusi dall'aggiudicazione, creando delle vere e proprie posizioni di dominio di privati sui beni demaniali, che per loro stessa natura coinvolgono invece l'interesse della collettività. Si v. anche A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. pubbl. comunit.*, 2013, pp. 437 ss.; L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., p. 252; G. Gruner, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2010, pp. 678 ss.

procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento [...] l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami».

Pertanto, in applicazione della Direttiva servizi, le concessioni demaniali marittime non possono essere rinnovate automaticamente e non opera il citato diritto di insistenza. Al contrario, è prescritta la necessità di bandire procedure di evidenza pubblica per garantire un equo e trasparente accesso alle concessioni da parte di qualsiasi cittadino dell'Unione europea.

3. Le continue proroghe *bersaglio* della Commissione europea.

Alla luce delle considerazioni già esposte, la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione⁶⁹³ nei confronti dello Stato italiano, poiché tale normativa risultava non conforme al diritto dell'Unione europea. L'art 37 del Codice della navigazione, infatti, a parer della Commissione, era contrario alla normativa contenuta nell'art 49 TFUE⁶⁹⁴ (già art. 43 del Trattato CE), relativa alla libertà di stabilimento⁶⁹⁵. Infatti, il diritto di insistenza,

⁶⁹³ Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908, con cui la Commissione europea ha censurato il fatto che in Italia l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime per finalità ricreative fosse basata su un sistema di preferenza per il concessionario uscente, che comportava sostanzialmente un rinnovo automatico delle concessioni esistenti. Con nota del 29 gennaio 2009, il Segretariato Generale ha inviato alla Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione Europea, un avviso di costituzione in mora, chiedendo - ex art. 226 del Trattato istitutivo della Comunità europea - la produzione di osservazioni in merito. Nella lettera di costituzione in mora, la Commissione UE contestava, peraltro, la compatibilità dell'art. 9, comma 4, della l.r. del Friuli Venezia Giulia del 13 novembre 2006, e la compatibilità del rinnovo automatico della concessione alla scadenza sessennale di cui all'art. 1, comma 2, d.l. del 1993, n. 400, cit., convertito con l. 494/1994, cit., e successivamente modificato dall'art. 10 della l. 88/2001, cit., con i principi di cui all'art. 49 TFUE e con l'art. 12 Direttiva 2006/123/CE.

⁶⁹⁴ Si veda D. Diverio, *Art. 49 TFUE*, in F. Pocar e M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, pp. 350 ss.

⁶⁹⁵ La libertà di stabilimento si fonda sostanzialmente sul principio di parità di trattamento, che implica il divieto di qualsivoglia discriminazione basata sulla cittadinanza (c.d. discriminazione diretta), ma anche di qualsiasi forma di discriminazione indiretta basata su criteri diversi, ma tale, tuttavia, da raggiungere lo stesso risultato (c.d. discriminazione materiale). Il Considerando 65 della Direttiva 2006/123/CE, cit., dispone che: «L'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio in uno Stato membro, a titolo principale come a titolo secondario, non dovrebbero quindi essere subordinati a criteri quali il luogo di stabilimento, di residenza, di domicilio o di prestazione principale dell'attività. [...] ». In tal senso, inoltre, la Corte di Giustizia, nella

ossia, come anzidetto, il criterio di preferenza del concessionario uscente, previsto nelle procedure di attribuzione delle concessioni, restringeva il campo della libertà di stabilimento, comportando discriminazioni basate sul luogo di stabilimento dell'imprenditore ed impedendo ad altri concorrenti un concreto ed effettivo accesso a tali concessioni⁶⁹⁶.

La risposta dell'Italia si è avuta con il d.l. 30 novembre 2009, n. 194⁶⁹⁷, che ha abrogato il diritto di insistenza, lasciando, tuttavia, inalterata la previsione del rinnovo automatico della concessione alla scadenza. Tale intervento non si è rivelato, pertanto, sufficiente ad eliminare i contrasti esistenti tra la normativa interna e la direttiva europea, per cui la Commissione ha deciso, il 5 maggio 2010, di inviare all'Italia una lettera di messa in mora complementare⁶⁹⁸, con la quale chiedeva di trasmetterle, entro due mesi, le proprie osservazioni sui nuovi rilievi formulati. Tali ulteriori rilievi della Commissione s'incentravano sulla contrarietà dei suddetti istituti con l'art. 12 della Direttiva Bolkestein, che prevede meccanismi competitivi di accesso alla gestione del demanio marittimo, attraverso procedure di selezione tra i candidati imparziali e trasparenti, a garanzia del diritto di concorrenza e al fine di tutelare risorse o capacità tecniche che, per via della loro scarsità, rischiano di depauperarsi⁶⁹⁹.

sentenza *Promoimpresa e Melis*, cit., ha affermato che: «L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico - ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo».

⁶⁹⁶ In relazione alla libertà di stabilimento, si evidenzia che agli artt. 51 e 52 TFUE e all'art.16 della direttiva Bolkestein sono previste delle deroghe, per esempio per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica e tutela ambientale. Tali deroghe debbono però essere adeguate e ragionevoli, ossia proporzionali agli scopi da raggiungere e non discriminatorie. In proposito si veda la sent. della Corte di giustizia del 1° giugno 2010, C-570/07, *Consejería de Salud y Servicios Sanitarios*, punto 116.

⁶⁹⁷ D.l. 30 novembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25, in Gazzetta Ufficiale. del 27 febbraio 2010, n. 48, S.O. n. 39

⁶⁹⁸ Commissione europea, procedura di infrazione n. 2010/2734.

⁶⁹⁹ In merito, si veda il punto 49 della sent. *Promoimpresa e Melis*, cit., secondo cui: «Nell'ipotesi in cui le concessioni di cui ai procedimenti principali rientrassero nell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della direttiva 2006/123 – circostanza che spetta al giudice del rinvio determinare, come risulta dal punto 43 della presente sentenza – occorre rilevare che, secondo il paragrafo 1 di tale disposizione, il rilascio di autorizzazioni, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità». Cfr. G. Marchegiani, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, in *Giust. Amm.*, 10, 2016. Nello stesso senso, si rinvia alla categoria giuridica dei beni comuni, intesi quali beni che esprimono utilità funzionali allo sviluppo dei diritti fondamentali, la cui eventuale positivizzazione potrebbe garantire una maggiore effettività alla tutela di tali beni (tra cui rientrano certamente le spiagge), assicurandone la fruizione collettiva - compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future - ed il godimento dei diritti ad essi correlati. Sul punto si rinvia a A. Lucarelli, *Biens communs. Contribution à un théorie juridique*,

Pertanto, in seguito a tale comunicazione d'infrazione complementare, è intervenuta la l. 15 dicembre 2011, n. 217⁷⁰⁰, il cui articolo 11 ha abrogato la disciplina del rinnovo automatico delle concessioni alla scadenza. Si è inoltre data una delega al governo al fine di revisionare e riordinare la legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime entro fine aprile 2013.

Nel frattempo, è stata prevista una proroga al 31 dicembre 2015 delle concessioni per finalità turistico – ricettive con scadenza anteriore a tale ultima data e ancora in vigore il 30 dicembre 2009, con il dichiarato intento di disporre una disciplina transitoria rispettosa del principio di concorrenza, in attesa del riordino del quadro normativo relativo alle concessioni demaniali marittime.

Successivamente alla conclusione della procedura d'infrazione europea⁷⁰¹, lo Stato è nuovamente intervenuto con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179⁷⁰², il cui art. 34 - *duodecies* ha prorogato ancora le concessioni demaniali - in vigore al 31 dicembre 2009 con scadenza entro il 31 dicembre 2015 – sino al 31 dicembre 2020. Tale intervento è stato giustificato dalla necessità di garantire una disciplina transitoria e, implicitamente, la certezza del diritto, in attesa di una disciplina definitiva organica⁷⁰³.

Con la stessa *ratio* è poi stato emanato il d.l. 24 giugno 2016, n. 113⁷⁰⁴, il cui art. 24, comma 3-*septies*, disponeva che «nelle more della revisione e del riordino della materia in

in *Droit et société*, 1, 2018, pp. 141 ss., Id., *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni*, cit.; Id., *La democrazia dei beni comuni*, cit., passim.

⁷⁰⁰ Tale legge è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 2 gennaio 2012, n. 1, rubricata *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010*.

⁷⁰¹ In conseguenza di questi interventi legislativi la procedura d'infrazione è stata chiusa il 27 febbraio 2012.

⁷⁰² Decreto convertito con l. del 17 dicembre 2012, n. 221, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 18 dicembre 2012, n. 294, rubricata *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*.

⁷⁰³ Sul punto, si rinvia a quanto efficacemente affermato da A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, cit., secondo cui «Le ragioni che inducono il decisore politico a richiedere continuamente la proroga procrastinando *sine die* il momento in cui si darà l'avvio all'evidenza pubblica, derivano innanzitutto dall'esigenza di tutelare i lavoratori del settore, l'eccellenza e il *know-how* acquisiti sul campo in anni di esperienza. Non solo, la maggior parte delle imprese turistico-balneari è a conduzione familiare, ne dovrebbe conseguire anche una particolare attenzione verso la piccola impresa. Non si deve però sottacere che nel 2006 la Direttiva servizi è passata al Parlamento UE e al Consiglio con l'approvazione di chi allora rappresentava l'Italia nelle sue "istanze" legislative ed è stata recepita nell'ordinamento con il d.lgs. 59/2010, cit., senza prevedere particolari tutele per il settore in questione. Si sarebbe potuto chiedere una deroga nel momento della stesura della Direttiva come è avvenuto per altri settori e prima che fosse votata in via definitiva dal Parlamento UE». Cfr. anche A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *federalismi.it*, 14, 2016, passim.

⁷⁰⁴ Decreto convertito con l. del 7 agosto 2016, n. 160, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale del 20 agosto 2016, n. 194, rubricata *Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio*.

conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25»⁷⁰⁵.

4. Il contrasto tra normativa comunitaria e normativa interna. La sentenza *Promoimpresa e Melis*.

Con la sentenza *Promoimpresa e Melis*⁷⁰⁶, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, su due questioni pregiudiziali sollevate dai Tribunali amministrativi della Sardegna e della Lombardia, che vertevano sull'interpretazione dell'art. 12 della direttiva Bolkestein e sugli artt. 49, 56 e 106 TFUE, riguardanti rispettivamente la libertà di stabilimento, la libera prestazione di servizi e la concorrenza.

Le citate Regioni lamentavano la contrarietà della normativa nazionale – contenente reiterate proroghe del termine di scadenza delle concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, di rilevanza economica – ai principi comunitari della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza.

La Corte, nel caso in esame, ha ritenuto, innanzitutto, che tali concessioni possano essere qualificate come «autorizzazioni», e che la fattispecie delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, ad uso turistico-ricreativo, oggetto di rinvio pregiudiziale, fosse riconducibile nell'ambito applicativo della direttiva Bolkestein. Secondo i Giudici comunitari, tali concessioni, rientrando nell'ambito dell'art. 12 della suddetta direttiva, debbono essere sottoposte ad una procedura di selezione tra i candidati, trasparente, imparziale e adeguatamente pubblicizzata. Pertanto, la normativa nazionale contenente proroghe indiscriminate della data di scadenza delle autorizzazioni ed il rinnovo automatico delle concessioni, risultava contraria alla direttiva comunitaria, anche in virtù della scarsità delle risorse naturali⁷⁰⁷. Nella fattispecie, infatti, la scarsità del bene deriva

⁷⁰⁵ Cfr. su tali aspetti, S. Squazzoni, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2, 2016, pp. 166-168.

⁷⁰⁶ Corte di giustizia, *Promoimpresa e Melis*, cit.

⁷⁰⁷ Cfr. G. Marchegiani, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, cit, spec. 2.

non soltanto dalla naturale limitatezza dei litorali, delle spiagge e della costa, ma anche dai limiti e vincoli ambientali⁷⁰⁸.

A ciò si aggiunga che, in ogni caso, le autorità pubbliche sono assoggettate al principio di non discriminazione previsto dal TFUE, per cui una concessione che presenti un c.d. interesse transfrontaliero certo⁷⁰⁹, non potrebbe comunque essere oggetto di una proroga automatica, poiché tale proroga impedirebbe alle imprese con sede in altri Stati membri di partecipare ad alcuna procedura di selezione tra i candidati, comportando un'evidente violazione del principio di parità di trattamento e di non discriminazione⁷¹⁰.

La Corte ha dunque concluso ritenendo che, in virtù del principio dell'effetto diretto delle norme dell'Unione, i giudici nazionali dovessero disapplicare (*rectius*, non applicare) la normativa nazionale interna ed applicare invece la disciplina prevista dalla direttiva comunitaria⁷¹¹, adottando procedure di evidenza pubblica nelle controversie analoghe.

5. I recenti interventi normativi e giurisprudenziali in tema di concessioni marittime.

Con un emendamento presentato dalla Lega ed inserito nella legge di bilancio pluriennale

⁷⁰⁸ L'art. 9 Cost. si occupa della tutela dell'ambiente e del paesaggio quali «espressione di un principio fondamentale dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e si sviluppa la persona umana». La tutela dell'ambiente è poi uno dei motivi di interesse generale espressamente previsti all'art. 16 della Direttiva 2006/123/CE, secondo cui gli Stati membri possono sottoporre a restrizioni l'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio sul proprio territorio. In tal senso si veda: Corte cost., sent. del 27 luglio 2000, n. 378 e Cons. Stato, sez. VI, sent. del 29 marzo 1996, n. 507. Sul tema, inoltre, cfr. F. Capra e U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, trad. it., Sansepolcro, 2017, passim; M. De Benedetto, *Introduzione*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole*, Bologna, 2011, pp. 15 ss.; F.S. Cardina, *L'ambiente valore giuridico o anche materia?*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2008;

⁷⁰⁹ Sul punto, Corte di giustizia, sent. del 14 novembre 2013, C-221/12, *Belgacom*, par. 26-28; sent. del 17 luglio 2008, causa C-347/06, *ASM Brescia*, par. 59-60;

⁷¹⁰ V. Corte Cost., 24 giugno 2010, n. 227, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2589; v. i punti 43 e 49 della sent. *Promoimpresa e Melis*, cit., nonché il punto 72, per cui: «Al fine di declinare caso per caso la tutela esperibile per ragioni di certezza del diritto, la Corte dà rilievo alla data di attribuzione delle singole concessioni. [...] Per concessioni – quali quelle oggetto di controversia – attribuite negli anni Duemila “quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, [...] il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE».

⁷¹¹ Sul punto, Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170, in *www.giurcost.org*. In tema di concessioni demaniali marittime, nello specifico, cfr. ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2622, in *www.giustiziaamministrativa.it*; Corte di giustizia, sent. del 16 giugno 2015, causa C-593/15, *Rina Services*, par. 37; Tar Sardegna, sez. I, ord. 27 ottobre 2010, n. 473, in *Urb. app.*, 2011, p. 599 con nota di M. D'Orsogna, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*. In senso opposto si veda ad es. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 aprile 2011, n. 679, in *Riv. giur. edil.*, 2011, I, p. 1080.

per il triennio 2019-2021⁷¹² è stata concessa un'ulteriore proroga di quindici anni delle concessioni demaniali marittime, che resterebbero in vigore fino al 31 dicembre 2034. Tale proroga si applica alle concessioni a carattere turistico - ricreativo disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400; alle concessioni vigenti al momento dell'entrata in vigore del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, nonché a quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009⁷¹³; alle concessioni delle aree di demanio marittimo per finalità residenziali e abitative, già oggetto di proroga ai sensi del d.l. 19 giugno 2015, n. 78⁷¹⁴.

Da ultimo, è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza n. 1 del 2019⁷¹⁵, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 2, commi 1, 2, 3 e dell'art. 4, comma 1, della legge della Regione Liguria 10 novembre 2017, n. 26, contenente la disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative. Tale disciplina, sostanzialmente, estendeva la durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico – ricreative di trenta anni dalla data di entrata in vigore della legge, con lo scopo, dichiarato dalla Regione, di evitare un vuoto normativo che si sarebbe creato, in vista della scadenza delle concessioni al dicembre 2020, e, dunque, a tutela dei principi dell'affidamento e della certezza del diritto⁷¹⁶.

La Corte, tuttavia, ha ritenuto detta normativa contraria all'art. 117 Cost⁷¹⁷, poiché la tutela dell'affidamento degli operatori balneari riguarda una «sfera di competenza riservata in via esclusiva alla legislazione statale, alla quale unicamente spetta disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni

⁷¹² L. del 30 dicembre 2018, n. 145, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 31 dicembre 2018, n. 302 -S.O. n. 62, rubricata *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*.

⁷¹³ E per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328 o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'art. 02 della l. 4 dicembre 1993, n. 494 di conversione del decreto-legge 5 ottobre 1993 n. 40.

⁷¹⁴ L'art. 7, commi 9-*septiesdecies* e 9-*duodevicies*, del d.l. 78/2015, cit., ha demandato alle Regioni il compito di svolgere una ricognizione delle rispettive fasce costiere, finalizzata anche alla proposta di revisione organica delle zone di demanio marittimo ricadenti nei propri territori (in tal senso le Regioni Lazio, Veneto e Toscana).

⁷¹⁵ In merito, si v. A. Lucarelli, *Il "nodo" delle concessioni demaniali marittime*, cit.

⁷¹⁶ Sul punto, Corte di giustizia, *Promoimpresa e Melis*, cit., afferma che una disparità di trattamento tra i singoli operatori economici «può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto»; Cfr. nello stesso senso, Corte di Giustizia, *ASM Brescia*, cit.; Id. *Belgacom*, cit.

⁷¹⁷ In tema di competenze in materia, si rinvia a M. Esposito, *Corte di giustizia UE e Corte costituzionale sottraggono allo Stato italiano la competenza sul regime della proprietà*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 358 ss.

già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni, per la ragione, appunto, che la tutela di tale affidamento incide sui criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo, i quali devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale, e corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. [...] E su tale materia incide, per di più, in modo particolarmente accentuato, in ragione della eccessiva estensione della durata delle concessioni in atto, poiché, anche alla luce del diritto europeo, durate eccessive stimolano gestioni inefficienti (sentenza n. 176 del 2018)⁷¹⁸.

Nella stessa direzione, sebbene in un'ottica più generale, preme evidenziare che la Corte costituzionale, allorquando ne ha avuto l'occasione, ha più volte dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali contenenti rinnovi automatici o proroghe alle concessioni demaniali marittime, fluviali o lacuali⁷¹⁹. Solitamente, ciò è stato fatto nel presupposto del contrasto di tale normativa con il diritto comunitario, in particolare con la citata direttiva Bolkestein, in linea con quanto sostenuto dalla Commissione europea nell'ultima procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia⁷²⁰.

6. L'incompatibilità tra l'uso collettivo e l'uso individuale dei beni appartenenti al demanio marittimo.

La tematica in esame solleva una pluralità di questioni, dovute, più in generale, alla funzione della proprietà pubblica e, nello specifico, agli interessi economici sottesi alle concessioni del settore turistico – ricreativo.

La problematica fondamentale è legata alla necessità di conciliare l'adozione di procedure trasparenti ed imparziali, conformi agli obblighi comunitari, con la necessità di tutelare gli investimenti economici dei concessionari. Sorge un problema di incompatibilità tra l'uso

⁷¹⁸ Sul tema, cfr. A. Salomone, *La concessione di beni demaniali marittimi*, Roma, 2013, pp. 76 ss.; F. Di Lascio, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-Tar*, 2009, pp. 787 ss.; B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008;

⁷¹⁹ A titolo esemplificativo, si vedano le sentt. della Corte cost. nn. 233 del 2010, 340 del 2010, 213 del 2011 e 213 del 2011. Cfr. anche M. Morvillo, *Concorrenza sotto l'ombrellone: illegittima la normativa pugliese*, in *Quad. cost.*, 2017, pp. 501 ss.

⁷²⁰ Cfr. *ex multis*, Corte cost. sent. 23 maggio 2017, n. 157; sent. 5 dicembre 2018, n. 221; sent. 8 maggio 2018, n.118.

collettivo – e dunque la possibilità di fruizione libera delle spiagge – e l’uso individuale del bene⁷²¹. Tali beni, infatti, per la loro natura e per la loro utilità a vantaggio della collettività, rientrerebbero nella categoria dei c.d. beni comuni⁷²², e pertanto risponderebbero al dovere di tutelare interessi generali e diritti fondamentali ad essi collegati.

Pertanto, pur potendosi astrattamente concedere tali beni a soggetti privati⁷²³, resta ferma, non soltanto la necessità di stabilire procedure trasparenti e competitive che garantiscano pari accesso alla concessione a tutti i cittadini dell’Unione europea, ma anche l’esigenza di tutelare tali beni contro ogni forma di sfruttamento o depauperamento, salvaguardando la dimensione sociale e le istanze di sostenibilità ambientale da essi scaturenti. In altri termini, la concessione deve essere subordinata al pagamento da parte dell’utilizzatore di adeguati corrispettivi, così da garantire che l’interesse della collettività all’utilizzo e alla salvaguardia del bene⁷²⁴, prevalga sugli interessi economici dei singoli concessionari⁷²⁵. Dunque, ciò che prevale è la dimensione funzionale di tale particolare categoria di beni, che deve valere come limite alla discrezionalità dei singoli imprenditori.

La direttiva Bolkestein diviene allora «l’ideale terreno di emersione per il riconoscimento di nuovi diritti, correlati ad un utilizzo responsabile delle risorse naturali, rispettoso dell’interesse generale»⁷²⁶. L’obiettivo è quello di valorizzare il patrimonio demaniale

⁷²¹ Sulla problematica relativa alla compatibilità tra uso collettivo ed uso individuale del bene, si v. M. Renna, *Beni pubblici* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 717, il quale evidenzia come solo le norme di settore possano prevedere la costituzione di diritti a favore di terzi sui beni demaniali, sancendone le modalità ed i limiti e vincolando le amministrazioni all’utilizzo di provvedimenti concessori. Cfr. anche A. Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale: verso i beni comuni*, in *Diritto e Società*, 3, 2016, pp. 483-492.

⁷²² Si rinvia a A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, cit., passim; L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime tra regola della concorrenza e diritti fondamentali*, cit. Cfr. anche D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione* in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2, 2014, la quale, invece, non ritiene necessaria l’introduzione di una nuova categoria giuridica di bene comune, ma ipotizza una sub categoria di proprietà pubblica

⁷²³ Sul tema, si rinvia a B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, passim.

⁷²⁴ «I beni costituenti il demanio comune od universale appartengono totalmente ed esclusivamente alla collettività cui competono le utilità essenziali che se ne possono trarre (*ne inerte vitam cives lucere cogantur*)». Così Cass. Civ., Sez. II, 27 novembre 1954, n. 4329.

⁷²⁵ L. Longhi, *Ivi*, afferma giustamente che: «L’astratta utilizzabilità di tali beni, laddove pubblici, da parte di concessionari deve prevedere meccanismi competitivi di accesso alla loro gestione, unitamente alla prestazione di corrispettivi rigorosamente proporzionali ai vantaggi che da essi può trarre l’utilizzatore, e non può costituire occasione di depauperamento in danno della collettività, dal momento che lo sfruttamento di un bene comune da parte di un privato può ben rappresentare, in una prospettiva astratta, un’ “espropriazione” dello stesso nei confronti dei suoi legittimi titolari».

⁷²⁶ A. Lucarelli e L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, cit.

marittimo, proteggere le risorse naturali, garantirne una migliore fruizione da parte della collettività e soprattutto assicurarne una corretta gestione, anche al fine di consentire che la ricchezza scaturente dall'utilizzo di tali beni venga posta a vantaggio della collettività e non dei singoli. Bisogna, dunque, rendere effettivo l'equo ed il diffuso godimento dei diritti fondamentali collegati a tali beni, nel rispetto della stretta relazione intercorrente tra beni e servizi, sancita nell'art. 2082 c.c.⁷²⁷

7. Conclusioni.

Alla luce di tutto quanto accaduto, le riflessioni da fare sono molteplici; è evidente, infatti, che il tema delle concessioni demaniali marittime sia tuttora di difficile risoluzione.

L'analisi, svolta a partire dalla normativa vigente e calata nell'ambito dei principi costituzionali, ha posto in luce diverse problematiche.

Innanzitutto, è d'obbligo domandarsi per quanto ancora l'Italia potrà sottrarsi agli obblighi impostele dal diritto europeo ed in particolare, dalla direttiva Bolkestein. Quanto la dichiarata transitorietà della disciplina interna può valere come giustificazione alla non applicazione della normativa comunitaria?

Come evidenziato, infatti, l'attuale disciplina risulta palesemente in violazione dei principi di libertà di stabilimento, non discriminazione e tutela della concorrenza, nonché del principio di trasparenza, che si traducono in una disparità di trattamento dei potenziali concessionari. Tale disparità di trattamento sarebbe giustificata solo ove ricorressero motivi imperativi di interesse generale ovvero l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del concessionario uscente. Tuttavia, la verifica della ricorrenza di tali motivi andrebbe compiuta di volta in volta, non essendo ammissibili presunzioni di carattere generale.

Sarebbe oltremodo opportuno, dunque, che l'Italia adottasse finalmente una disciplina sull'intera materia delle concessioni demaniali marittime, che possa conciliare le diverse istanze in materia e rimuovere le incertezze normative in tempi rapidi. Sarebbe quantomeno doveroso introdurre procedure di evidenza pubblica, trasparenti ed imparziali, che garantiscano la partecipazione di qualsiasi cittadino degli Stati membri, tutelando, da una parte, il diritto di concorrenza, nella sua accezione democratica più ampia, la libertà di

⁷²⁷ Invero, i servizi sono funzionali al miglior utilizzo dei beni.

stabilimento e di libero accesso ai servizi, e d'altra parte, gli investimenti dei concessionari uscenti.

In relazione a tale ultimo aspetto, preme sottolineare che la direttiva stessa già contiene delle clausole di tutela degli investimenti dei concessionari uscenti, nonché di tutela dell'affidamento e della certezza del diritto. Infatti, da una lettura attenta della normativa in materia, emerge chiaramente che la Bolkestein è nella sostanza l'applicazione concreta di principi già sanciti a livello comunitario, nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ed in particolare nell'art. 49 TFUE, che disciplina la libertà di stabilimento. La direttiva ha dunque posto in luce problematiche che sarebbero comunque sorte successivamente, poiché l'Italia non può sottrarsi agli obblighi impostele dai Trattati, ancor prima che dalla Direttiva servizi.

Non è, dunque, concepibile che l'Italia, a quasi dieci anni dal recepimento della direttiva Bolkestein, continui a disporre proroghe e rinnovi automatici delle concessioni, senza garantire alcun meccanismo di gara tra gli offerenti e senza predisporre specifici strumenti di tutela in ordine all'impatto sociale e ambientale scaturente dall'utilizzo di tali risorse naturali.

Con la concessione di quest'ulteriore proroga, infatti, viene posto in secondo piano l'interesse della collettività rispetto agli interessi economici dei singoli imprenditori, o, detto in altri termini, la tutela dei diritti fondamentali connessi a tali beni viene ad essere subordinata alla tutela degli interessi "mercantili" degli attuali concessionari. Peraltro, la recentissima proroga è stata inserita all'ultimo momento nella legge di bilancio, con un emendamento *ad hoc* della Lega, nonostante i continui ammonimenti della Commissione europea e dell'*Antitrust*⁷²⁸, che ritengono che i rinnovi automatici delle concessioni demaniali marittime violino la concorrenza. La stessa Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* ha sottolineato come non esista realmente la necessità di tutelare un legittimo affidamento degli operatori balneari, ma soltanto il dovere di tutelarne gli investimenti effettuati. Ciò andrebbe realizzato attraverso la predisposizione di regimi transitori di breve periodo, adeguati alle norme europee a tutela della concorrenza, evitando così il radicamento di situazioni ingiustamente vantaggiose in capo agli imprenditori

⁷²⁸ Si v., per esempio, la segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, in *www.agcm.it*, con cui l'Autorità Garante ha denunciato l'inammissibilità delle previsioni volte a creare una posizione di vantaggio a favore dei concessionari uscenti (c.d. diritto di insistenza) e ha evidenziato che l'eccessiva durata delle concessioni permette lo sviluppo di condotte collusive tra i concessionari di lunga data.

uscenti, *rectius* monopoli di fatto.

Allo stato attuale più del 50% delle coste italiane è occupato dagli stabilimenti balneari, attraverso ventisettemila concessioni, nonostante gli introiti per lo Stato siano poco più di centomila euro.

Volendo fare un paragone con gli altri Paesi⁷²⁹, in Francia per esempio, la durata delle concessioni non può oltrepassare i dodici anni. In Grecia, sebbene la durata delle concessioni sia soggetta alla volontà dei Comuni, la gestione dei tratti di spiaggia è affidata attraverso bandi di gara che garantiscono trasparenza ed imparzialità. In Croazia le concessioni hanno una durata massima di cinque anni, e il relativo affidamento è soggetto a delle valutazioni sugli scopi e gli importi degli investimenti economici.

È evidente, pertanto, che l'Italia non possa continuare a nascondersi dietro il principio del legittimo affidamento in capo agli attuali concessionari, per sfuggire alla normativa europea. È necessario un intervento organico, che introduca meccanismi competitivi di accesso alle gare, corrispettivi proporzionali ai vantaggi ottenuti e garantisca allo stesso tempo ai proponenti una durata della concessione compatibile con gli investimenti previsti. Così facendo, si valorizza il patrimonio pubblico a favore della collettività, si tutelano gli interessi transfrontalieri e si salvaguardano il patrimonio ambientale, la salute pubblica, le politiche sociali e la concorrenza.

Abstract: Il presente articolo analizza l'evoluzione del regime delle concessioni demaniali marittime, alla luce della normativa comunitaria, in particolare della direttiva 2006/123/CE e della giurisprudenza più recente. Si solleva la problematica questione dell'incompatibilità tra uso individuale ed uso collettivo delle risorse naturali. Si evidenzia la necessità di garantire una corretta gestione di tali risorse, allo scopo di tutelare i diritti fondamentali ad esse correlate, nonché di evitare ogni forma di sfruttamento o depauperamento, salvaguardando in particolare il patrimonio ambientale e la dimensione sociale da esse scaturente.

⁷²⁹ Sulle discipline vigenti negli altri Paesi europei si rinvia a, F. Di Lascio, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, cit., ove si analizzano e si mettono a confronto le normative di Spagna, Francia, Portogallo, Croazia, ovvero quei Paesi che godono di una vasta estensione costiera e pertanto gestiscono servizi turistici legati proprio al settore balneare.

Abstract: This article analyses the evolution of the maritime state property concessions regime, in light of EU legislation and in particular of the Directive 2006/123/EC and the most recent jurisprudence. The problematic inquiry of the incompatibility between individual and collective use of natural resources is raised. The need to guarantee a correct management of these resources is highlighted, in order to protect the fundamental rights related to them, as well as to avoid any form of exploitation or depletion, in particular safeguarding the environmental heritage and the social dimension arising from them.

Parole chiave: demanio marittimo – direttiva Bolkestein – concessioni – diritto di concorrenza.

Key words: maritime domain – Bolkestein directive – concession – competition law

DIRITTO AL PAESAGGIO. UN APPROCCIO MULTILIVELLO.*

di Lea Brizzi e Valentina Spagna**

Sommario. 1. Introduzione: la nozione di paesaggio. – 2. La tutela del paesaggio nell'ambito della Convenzione UNESCO del 1972. – 3. Il procedimento di *World Heritage Listing*. – 4. Piani di gestione UNESCO nell'esperienza italiana – 5. La Convenzione europea del paesaggio. – 6. L'ordinamento italiano. – 7. Gli strumenti operativi del governo del paesaggio: i piani paesaggistici. – 8. Considerazioni conclusive.

244

1. Introduzione: la nozione di paesaggio.

Il tema relativo alla tutela del paesaggio non è nuovo, quanto piuttosto nuova appare la sensibilità e l'attenzione che lo stesso sta assumendo negli ultimi decenni, a tutti i livelli: internazionale, europeo, nazionale e regionale ed interno, tanto sul piano istituzionale che sociale. Ne dà atto anche la circostanza che di recente il MiBACT (Ministero dei beni e delle attività culturali e per il Turismo) abbia sentito l'esigenza di operare uno studio di settore altamente analitico e dettagliato confluito nel *Rapporto sullo stato delle politiche per il Paesaggio*, e di adottare uno strumento programmatico quale la Carta nazionale del paesaggio.

L'indagine sull'esistenza e la consistenza di un effettivo *diritto al paesaggio* non può prescindere da un'analisi circa la nozione di paesaggio⁷³⁰. Tale nozione, infatti, è stata a lungo confusa, pretestuosamente o meno, con le nozioni contigue di ambiente e urbanistica/governo del territorio, circostanza questa che ha ostacolato un'effettività della sua tutela. Se sul piano scientifico-descrittivo, infatti, è innegabile che le tre nozioni si inseriscano tutte in quella più ampia di territorio (nella sua accezione naturalistica), sul piano della scienza giuridica, però, un approccio panurbanistico è inaccettabile perché non idoneo a differenziare, gerarchizzare e, quindi, ponderare gli interessi giuridici sottesi a tali

* *Sottoposto a referaggio.*

** Lea Brizzi è Dottoressa di ricerca in Ordine internazionale e tutela dei diritti individuali – Università degli Studi di Napoli “Federico II”. Valentina Spagna è Dottoressa di ricerca in Diritto amministrativo – Università degli Studi di Napoli – “Federico II”. Il presente lavoro è stato concepito da entrambi gli Autori. In particolare, i paragrafi 2,3,4, sono stati elaborati da Lea Brizzi, mentre i paragrafi 5,6,7 da Valentina Spagna. I paragrafi 1 e 8 sono frutto di elaborazione congiunta.

⁷³⁰ Sul punto si rinvia a P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2004, p. 366 ss.

nozioni, dal momento che è proprio la diversità degli interessi tutelati a giustificare i differenti regimi di tutele apprestati dall'ordinamento. Invero, le tre summenzionate nozioni afferiscono a differenti valori, seppur tutti inerenti al territorio. All'ambiente, infatti, sono riconducibili interessi relativi alla conservazione della biosfera; al paesaggio sono riferibili interessi e valori che appartengono alla dimensione culturale ed identitaria del territorio; all'urbanistica/governo del territorio, infine, sono ricollegabili soprattutto interessi di stampo economico-sociale inerenti alla salvaguardia e alla gestione del corretto assetto e sviluppo delle trasformazioni urbanistico-edilizie.

Autorevole dottrina ha definito il paesaggio come “la forma del territorio [...] creata dalla comunità umana che vi si è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo [...] in un processo creativo continuo”⁷³¹.

Una nozione così caratterizzata da fattori materiali e immateriali, elementi naturalistici e antropici, colloca a pieno titolo il paesaggio nella categoria dei beni comuni⁷³², con tutte le potenzialità e le criticità della fattispecie, non esclusi i rischi di *free-riding*⁷³³.

La complessità e la fluidità della nozione di paesaggio riflette, poi, la forte e continua tensione esistente tra le contrapposte esigenze ed essa sottese: quelle di tutela e valorizzazione culturale con quelle di protezione e conservazione della biosfera e quelle di più marcata natura socio-economica di sviluppo del territorio.

A fronte del disastro che l'assenza di una cultura del paesaggio e di politiche di gestione del territorio sempre più dissennate e corrotte hanno causato, dequalificando, sotto potenziando e svilendo quella propensione identitaria a cui i nostri paesaggi locali sono da sempre votati, vengono in rilievo le questioni relative alla ragionevolezza dei limiti alla trasformazione e alla ricerca di adeguati strumenti di *governance* del territorio che pongano la tutela del paesaggio come principio ispiratore.

⁷³¹ A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969.

⁷³² Sul tema dei beni comuni cfr. P. Maddalena, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione della Repubblica italiana*, in *Giur. cost.*, n. 3/2011, p. 2613 ss. S. Nespore, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 6/2013, p. 665 ss., A. Iuliani, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e diritto privato*, n. 2/2012, p. 617 ss.

⁷³³ Il *free-riding* è uno dei rischi a cui sono esposti i beni comuni. Al riguardo si veda G. Harding, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, n. 162/1968, ss. Questi, essendo caratterizzati da una fruibilità estesa, indipendentemente dalla natura proprietaria degli stessi, sono spesso oggetto di comportamenti opportunistici da parte di quanti fruiscono dei benefici derivanti da tali beni senza, però, sopportarne i costi. In tema, si veda L. Brizzi, S. Pugliese, M.L. Tufano e V. Spagna, *Towards an effective method of governance of cultural heritage sites (CH sites)*, in S. Pinton e L. Zagato (a cura di), *Cultural Heritage. Scenarios 2015-2017*, Edizioni Cà Foscari Digital Publishing, Volume IV of the series “*Sapere l'Europa, Sapere d'Europa*”, 389 ss.

2. La tutela del paesaggio nell'ambito della Convenzione UNESCO del 1972.

A livello internazionale la tutela del paesaggio può essere ricondotta alla Convenzione UNESCO del '72 sul patrimonio culturale e naturale mondiale, il cui art. 1 definisce «i siti» come opere coniugate dell'uomo e della natura. In quel contesto, tuttavia, è solo nel '92 che viene elaborata la peculiare categoria di «paesaggio culturale»⁷³⁴ ad opera del Comitato del patrimonio culturale (WHC), poi inserita nelle *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention – OG –* (par. 47 e all. 3). La nozione di paesaggio culturale è caratterizzata proprio dall'interazione tra il fattore umano e natura, dalla relazione intima dei popoli/comunità con il territorio. I paesaggi culturali sono quindi il simbolo dell'evoluzione della società umana e del suo insediamento nel tempo, caratterizzati per una diversità di manifestazioni nell'interazione di uomo e natura, in un ambito geografico e culturale definito, le quali spesso riflettono tecniche specifiche di uso sostenibile del suolo, tenuto conto anche delle caratteristiche e dei limiti dell'ambiente in cui sono inserite⁷³⁵.

Nell'ambito del diritto internazionale, in materia culturale, da alcuni decenni, si è assistito ad una evoluzione del concetto di patrimonio culturale⁷³⁶: originariamente limitato al solo patrimonio materiale, come risulta dalla Convenzione del '72, che all'art. 2, distingue le macrocategorie del patrimonio culturale e del patrimonio naturale, poi esteso al patrimonio culturale immateriale con la Convenzione UNESCO del 2003. In tale nozione viene oggi ricompresa anche la categoria del paesaggio culturale, il quale include sia elementi

⁷³⁴ Cfr. *Report of the Expert Group on Cultural Landscapes* (La Petite Pierre 24-26 October 1992), in <http://whc.unesco.org>.

⁷³⁵ Al riguardo, si veda T. Scovazzi, *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale nella sua applicazione ai beni culturali*, in A. Cannone (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, 2014, p. 1 ss.

⁷³⁶ In particolare si vedano L. Zagato, *Diversità culturale e protezione/salvaguardia del patrimonio culturale: dialogo (e contaminazione) tra strumenti giuridici*, in G. Cataldi e V. Grado (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture. XVIII Convegno SIDI. Napoli 13-14 giugno 2013*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, 369 ss.; A. Ciampi, *Identifying and Effectively Protecting CH*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 699 ss.; E. Triggiani, *Tutela europea dei beni culturali nel contesto internazionale*, in E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 221 ss.; T. Scovazzi, *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale*, cit., p. 1 ss.; S. Barile, *Towards a Novel Conception of Bene culturale*, in G.M. Golinelli (a cura di), *Cultural Heritage and Value Creation, Towards New Patways*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015, p. 53 ss.; L. Brizzi, S. Pugliese, M.L. Tufano e V. Spagna, *Towards an effective method of governance of cultural heritage sites (CH sites)*, cit., p. 389 ss.

materiali che immateriali e nel quale si evidenzia l'aspetto dinamico dell'interazione tra l'elemento naturale del territorio e quelle forze, tanto naturali che culturali, capaci di trasformarlo, caratterizzarlo e differenziarlo.

L'evoluzione del concetto di patrimonio culturale è stata accompagnata da una presa di coscienza della potenzialità del patrimonio quale risorsa in grado di generare ricchezza⁷³⁷, per cui, ad esigenze di mera tutela, si sono affiancate esigenze di valorizzazione. Ne è seguito un cambio di prospettiva anche sulla più peculiare nozione di paesaggio culturale. Ai paesaggi culturali, definiti quali *cultural properties*, sono applicabili tutti i principi enucleati nella Convenzione del '72 e nelle OG.

Il principio fondamentale, che è alla base della Convenzione del '72, è che il patrimonio culturale e naturale di *valore eccezionale*, anche se riferibile ad una o più nazioni, è riconosciuto come appartenente all'intera comunità internazionale in una visione globale che ne amplifica e diffonde il significato⁷³⁸ e, dunque, costituisce *patrimonio universale* per la protezione del quale tutta la comunità internazionale è chiamata a cooperare. Ciascuno Stato partecipe della Convenzione assume, pertanto, l'obbligo di garantire l'identificazione, la protezione, la conservazione, la valorizzazione e la trasmissione alle generazioni future del suo patrimonio culturale e naturale eccezionale (art. 3 e 4) e si impegna ad adottare una politica volta a realizzare un ruolo e una funzione del patrimonio culturale nella vita collettiva nonché a predisporre sistemi di protezione adeguati per far fronte ai pericoli che minacciano il patrimonio culturale (art. 5).

Obiettivo della Convenzione è quello di creare una rete di tutela e valorizzazione e un particolare regime di protezione per quella parte di patrimonio culturale e naturale dal valore eccezionale, attraverso un procedimento di *listing*, cd. *World Heritage Listing*⁷³⁹. Il

⁷³⁷ Come si è rilevato in dottrina, l'analisi deve procedere attraverso una lettura sincronica dei diversi strumenti di tutela, a carattere universale e regionale, da un lato la Convenzione UNESCO del '72, la Dichiarazione universale UNESCO sulle diversità culturali del 2001, poi la Convenzione UNESCO del 2003 sul patrimonio immateriale, la Convenzione UNESCO del 2005 sulla protezione delle diversità delle espressioni culturali, la Dichiarazione di Firenze del 2012, dall'altro la Convenzione europea del paesaggio del 2000, la Convenzione di Faro del 2005 sul valore dell'eredità culturale per la società. Per approfondimenti si veda L. Zagato, *Diversità culturale e protezione/salvaguardia del patrimonio culturale: dialogo (e contaminazione) tra strumenti giuridici*, in G. Cataldi e V. Grado (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture. XVIII Convegno SIDI. Napoli 13-14 giugno 2013*. Napoli, 2014, p. 369 ss.

⁷³⁸ A. Cesi, *I piani di Gestione dei Siti UNESCO in Italia. Siti del Patrimonio Mondiale dell'Unesco e strumenti di gestione*, Ufficio Patrimonio Mondiale UNESCO, in *Rapporto MiBACT sullo stato delle politiche del paesaggio*, 2017, p. 326 ss.

⁷³⁹ A. Cannone, *Listing e delisting nella Convenzione sul patrimonio mondiale culturale e naturale del 1972*, in A. Cannone (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, 2014, p. 23 ss.

sistema UNESCO, infatti, ha previsto due differenti Liste: la *Lista del patrimonio mondiale* (WHL) (art. 11, par. 2), che comprende quei beni riconosciuti di valore universale eccezionale, e la Lista del patrimonio mondiale in pericolo (WHD), costituita da quei beni, della prima lista, che sono minacciati da danni gravi e precisi (art. 11, par. 4). I beni che figurano e sono suscettibili di figurare in tali liste possono beneficiare di forme di assistenza internazionale e delle risorse del fondo per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale (art. 15).

3. Il procedimento di *World Heritage Listing*.

L'inserimento di un determinato bene/sito/paesaggio⁷⁴⁰ in seno alla citata WHL, è disciplinato dalla Convenzione del '72, e dalle relative OG, le quali regolano le modalità di presentazione da parte degli Stati delle proposte di candidatura dei propri beni e definiscono le condizioni ed i criteri per il riconoscimento, ad opera degli organismi consultivi UNESCO, dell'*Outstanding Universal Value* (OUV).

Il *valore universale eccezionale* del patrimonio culturale e naturale, come condizione per la sua protezione, non è meglio descritto. La Convenzione del '72 all'art. 11 par. 2, utilizza questo concetto in maniera ampia, senza fornire ulteriori dettagli⁷⁴¹, probabilmente al fine di permettere una sua evoluzione nel corso del tempo. Una definizione più precisa è contenuta nelle OG: "*Outstanding Universal Value means cultural and/or natural significance which is so exceptional as to transcend national boundaries and to be of common importance for present and future generations of all humanity*" (par. 49 OG); "*the Convention is not intended to ensure the protection of all properties of great interest, importance or value, but only for a select list of the most outstanding of these from an international viewpoint*" (par. 52 OG).

Nel contesto dei paesaggi culturali, l'interazione tra l'uomo e natura deve assurgere a valore universale eccezionale⁷⁴².

⁷⁴⁰A fini semplificativi, nella presente trattazione, ci si riferirà genericamente ai beni, in quanto le regole e i criteri generali valgono sia per i beni che per i siti che per i paesaggi culturali (cfr. All. 3 OG).

⁷⁴¹T. Scovazzi, *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale*, cit., p. 1 ss..

⁷⁴²N. Mitchel, M. Rossler e P.M. Tricaud, *Paysages culturels du patrimoine mondial. Guide pratique de conservation et de gestion*, in *Cahiers 26 du patrimoine mondial*, Parigi, 2011, p.24.

Al fine della iscrizione del bene nella WHL, il WHC definisce i criteri, necessari per il riconoscimento dell'OUV (para 49-53 e 77-78 OG.).

Per essere considerato di OUV, è necessario che un bene soddisfi altresì i requisiti di autenticità ed integrità (para 79-95 OG e la Conferenza di Nara del 1994), nonché sia dotato di un adeguato sistema di gestione atto ad assicurarne un'idonea protezione nel tempo⁷⁴³ (par. 78; para 96-119 OG).

Il requisito di autenticità è soddisfatto qualora un bene esprima in modo veritiero e credibile il suo valore⁷⁴⁴ (para 79-86 OG). Nel contesto dei paesaggi culturali, per autenticità si intende rispetto della continuità territoriale, della funzione storica che deriva dal sito, della sua unicità, della sua specificità e ciò differisce a seconda del contesto culturale in cui ci si trova.

L'integrità (para 87-95 OG), invece, evoca un concetto di completezza, nel senso che il bene deve possedere gli elementi necessari per esprimere l'OUV: tali elementi e le interazioni tra gli stessi devono essere trasmessi in modo integro alle generazioni future.

Tutta la procedura, a partire dalla selezione delle proposte fino alla fase di gestione, deve avvenire in maniera partecipata attraverso lo scambio, la condivisione, il coinvolgimento di tutti gli *stakeholders* (pubblici e privati)⁷⁴⁵. La prassi in più casi ha dimostrato come vengano valutate positivamente, ai fini dell'iscrizione nella WHL, non soltanto la sussistenza dei criteri e condizioni, ma altresì le modalità di *governance* del sito, che devono essere basate sulla cooperazione tra attori locali e su una efficace gestione, come nei casi dell'area mineraria della *Great Copper Mountain* in Svezia, oppure il caso del *Lake District* in Inghilterra.

La presentazione delle candidature da parte dei singoli Stati avviene attraverso una procedura complessa e articolata, atta a dimostrare che il valore del bene è talmente eccezionale, da oltrepassare i confini nazionali e meritare l'iscrizione nella WHL⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Al riguardo si veda A. D'Auria e S. Pugliese, *The Governance of UNESCO Cultural Landscapes Between Universal values and Local Identity: The Case of Campania*, in *Society, Integration, Education*, 2013, p. 189 ss.

⁷⁴⁴ T. Scovazzi, *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale*, cit., p. 1 ss.

⁷⁴⁵ A. Leask e A. Fyall, *Managing World Heritage Sites*, Oxford, 2006; in particolare si veda S. Miller, *Stakeholders and community participation*, in A. Leask e A. Fyall, *Managing World Heritage Sites*, op. cit., 37-54; A. D'Auria e S. Pugliese, *The Governance of UNESCO*, cit., p. 189 ss.

⁷⁴⁶ Le proposte di iscrizione devono comprendere la identificazione del bene, la sua descrizione, le ragioni giustificative dell'iscrizione, lo stato di conservazione, il sistema di protezione e gestione, gli indicatori attualmente esistenti e proposti atti a misurare e valutare lo stato di conservazione, la documentazione, l'identità dei soggetti responsabili e la firma a nome dello Stato proponente (par. 130 O. G.).

Una volta che il bene è stato valutato dagli organi competenti, spetta al WHC assumere la decisione finale: nel caso in cui decida in senso positivo, il WHC adotta la dichiarazione di OUV (para 154-157 OG), motivando le ragioni alla base della valutazione stessa (par. 155 OG), iscrivendolo nella WHL; qualora, invece, il WHC ritenga che non sia possibile adottare la dichiarazione di OUV, la proposta di iscrizione non potrà essere nuovamente presentata, se non in casi eccezionali, a seguito di nuove scoperte, nuove informazioni scientifiche, o sulla base di criteri differenti da quelli relativi alla proposta iniziale (par. 158 OG)⁷⁴⁷.

4. Piani di gestione UNESCO nell'esperienza italiana.

Ai fini della candidatura le OG prevedono l'obbligo che ogni proposta sia corredata da un piano di gestione, il quale dovrà specificare le modalità di preservazione dell'OUV e garantirne nel tempo la conservazione alle future generazioni⁷⁴⁸ (par. 108-119 OG). Al fine di assicurare un controllo costante della gestione dei beni inclusi nella WHL, è infatti necessario che l'iscrizione nella WHL non venga considerata come risultato finale, ma come un punto di partenza per una sempre maggiore tutela e valorizzazione del valore eccezionale.

Quindi l'iscrizione nella WHL rappresenta solo l'inizio di un processo caratterizzato dal monitoraggio dell'UNESCO sullo stato di conservazione del bene e sull'effettivo rispetto del piano di gestione. È il WHC l'organo deputato a tal fine, in cooperazione con gli Stati, i quali sono tenuti a dare informazioni costanti attraverso l'inoltro di periodici rapporti (par. 29 Conv. UNESCO '72 e para 199-210 OG), ciò al fine di dimostrare il mantenimento del OUV ed evitare che il bene venga cancellato dalla WHL.

Infatti, nell'esercizio della sua funzione di controllo, il WHC può decidere altresì se il bene

⁷⁴⁷ Il WHC in caso di necessità di carattere istruttorio può sempre chiedere ulteriori informazioni allo Stato proponente (*Referral of Nomination*) (par. 159 OG.), oppure differire la decisione (*Deferral of Nomination*) (par. 160 OG). L'iscrizione di molti siti è stata rinviata per attendere l'implementazione del piano di gestione, come nel caso del sito archeologico di Bagan in Birmania (cfr. A. Leask, A. Fyall, *Managing World Heritage Sites*, Oxford, 2006).

⁷⁴⁸ In tema si vedano S. Miller, *Stakeholders and community participation*, *op. cit.*, 37-54; A. D'Auria e S. Pugliese, *cit.*, p. 189 ss.; G. Iacovone, *I piani di gestione relativi ai beni inseriti nella Lista del Patrimonio culturale e naturale*, in A. Cannone (a cura di) *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, 2014, p. 77 ss.; A.M. Ferroni, *Metodologia e criteri dei Piani di gestione italiani*, in *Rapporto MiBACT*, *cit.*, 2017, p. 328 ss.

debba transitare nella WHD, perché minacciato da danni precisi, o se esso sia cancellato dalla WHL, qualora abbia perso l'OUV (par. 176 OG).

Si è parlato, a tal proposito, dell'attribuzione di poteri sanzionatori e ispettivi al WHC, con verifica dell'esatto adempimento degli obblighi di conservazione del bene in capo allo Stato attraverso il cd. *name and shame*⁷⁴⁹.

Un modello di gestione efficace non può essere considerato in astratto, in quanto dovrà variare a seconda delle peculiarità, fisiche e culturali, del singolo bene e a seconda delle risorse disponibili (para 110-118 OG)⁷⁵⁰.

Tuttavia, l'UNESCO individua degli elementi imprescindibili per una gestione virtuosa tra i quali: una conoscenza approfondita e condivisa del bene da parte di tutti gli *stakeholders*, l'utilizzo dello strumento della pianificazione, oltre che di monitoraggio del bene, la valutazione della vulnerabilità del bene ai cambiamenti sociali economici, lo sviluppo di meccanismi di coordinamento delle diverse attività, l'allocazione delle risorse necessarie, un sistema trasparente di funzionamento del sistema di gestione⁷⁵¹. Pertanto, i piani di gestione UNESCO devono essere realizzati attraverso processi partecipati⁷⁵² atti a coinvolgere tutti gli *stakeholders* (par. 117 OG), contenere obiettivi chiari, essere sintetici e facilmente consultabili. Ciò è stato fortemente ribadito con la Dichiarazione di Budapest del 2002, nella quale il WHC ha sottolineato l'importanza strategica dei piani di gestione, ribadendo agli Stati la necessità di tutelare il patrimonio mondiale con attività adeguate, volte a contribuire allo sviluppo socio-economico delle comunità con il coinvolgimento attivo degli *stakeholders* e attraverso forme di educazione, informazione, sensibilizzazione. Invero, i piani di gestione UNESCO si sono rivelati nel tempo un valido strumento in grado di conciliare esigenze di tutela e conservazione con esigenze di trasformazione, sviluppo socio economico e sostenibilità⁷⁵³. Essi presentano coordinate in sintonia con gli strumenti interni di governo del territorio, fondati su una strategia condivisa, realizzata attraverso procedure negoziate.

Per quanto riguarda specificamente l'ordinamento italiano, nel 2004 è stata istituita la Commissione Consultiva per i piani di gestione dei siti UNESCO e per i sistemi turistici

⁷⁴⁹ G. Iacovone, *I piani di gestione*, cit., p. 77 ss.

⁷⁵⁰ cfr. F. Riccio, *Siti UNESCO, legislazione nazionale e pianificazione territoriale*, in *Rapporto MiBACT*, cit., 2017, pp. 336-337.

⁷⁵¹ N. Mitchel, M. Rossler, P.M. Tricaud, *Paysages culturels*, op. cit., in particolare 33.

⁷⁵² A. Cesi, *I piani di Gestione dei Siti UNESCO*, in *Rapporto MiBACT*, cit., p. 326 ss.

⁷⁵³ G. Iacovone, *I piani di gestione*, cit., p. 77 ss.

locali, con funzioni di indirizzo e orientamento per la redazione e l'attuazione uniforme dei piani di gestione dei siti italiani iscritti nelle Liste UNESCO.

Essa ha emanato le Linee guida⁷⁵⁴ finalizzate a fornire un modello di piano, che si basa su un sistema di gestione integrata capace di coniugare l'esigenza di tutela, conservazione e valorizzazione, con quella di trasformazione e sviluppo sostenibile del territorio locale, mutuato dalle esperienze italiane in materia di conservazione e valorizzazione di beni culturali.

La suddetta programmazione integrata deve tener conto delle trasformazioni del territorio nel tempo, e ciò viene in rilievo soprattutto in relazione alla materia dei paesaggi culturali per il loro endemico carattere dinamico ed evolutivo, essendo essi il frutto di quel continuo dialogo tra uomo e natura.

A tal fine è necessario che le competenze dei soggetti coinvolti nelle attività di gestione siano quanto più variegate, e che sia assicurato il coinvolgimento di tutti gli *stakeholders*. Se è vero che i piani UNESCO costituiscono uno strumento strategico ed operativo di coordinamento della pianificazione territoriale atto ad intervenire, con modifiche e varianti, sui Piani regolatori e sui Piani Paesaggistici⁷⁵⁵, tuttavia il tema del rapporto tra piani di gestione dei siti UNESCO e gli strumenti interni di governo del territorio ha presentato spesso criticità.

Si evidenzia innanzitutto la difficile qualificazione normativa, in seno alla gerarchia delle fonti, dei piani UNESCO. Le criticità nascono dalla circostanza che l'UNESCO non definisce la struttura specifica dei piani di gestione; l'organismo internazionale fornisce ampie coordinate, attraverso standard generali di protezione del bene, che però, non presentando il carattere della cogenza, possono acquisire rilevanza giuridica in termini di effettività solo con la disciplina attuativa del legislatore statale⁷⁵⁶.

In Italia un passo in avanti, è stato fatto, in termini di effettività, con l'emanazione della legge n. 77/2006, la quale ha recepito i piani UNESCO, quali strumenti volti ad assicurare la conservazione dei siti e a creare le condizioni per la loro valorizzazione, orientando gli strumenti urbanistici, e prevedendo altresì gli strumenti finanziari a sostegno delle attività,

⁷⁵⁴ Il modello del piano di gestione dei beni culturali iscritti alla lista del Patrimonio dell'Umanità, Linee Guida, MiBACT, 2004.

⁷⁵⁵ A.M. Ferroni, *Metodologia*, in *Rapporto MiBACT*, cit., 2017, p. 328 ss.

⁷⁵⁶ G. Iacovone, *I piani di gestione*, op. cit., 77 ss.

comunicazione e fruizione dei siti stessi⁷⁵⁷.

L'efficacia dei piani trova nuova linfa con l'utilizzo degli strumenti di programmazione negoziata previsti dalla legge del 2006 all'articolo 3⁷⁵⁸, secondo le modalità previste dal codice dei beni culturali del 2004, in particolare agli articoli 111 e 112.

Il tentativo di creare sinergie tra i piani è dimostrato dalla circostanza che i piani paesaggistici di nuova generazione, come nel caso del PPR del Friuli Venezia Giulia, della Puglia, del Piemonte e della Toscana, contengono riferimenti ai siti UNESCO⁷⁵⁹.

La diversità degli scopi e delle finalità dei piani di gestione UNESCO e degli strumenti generali di pianificazione del territorio rende auspicabile un coordinamento tra gli stessi, al fine di garantire l'effettività della tutela e il mantenimento nel tempo dell'OUV⁷⁶⁰.

5. La Convenzione europea del paesaggio.

A rivoluzionare l'approccio alla tutela del paesaggio è l'introduzione della Convenzione europea del Paesaggio (CEP)⁷⁶¹, firmata a Firenze nel 2000⁷⁶². Essa, evidenziando le interrelazioni tra la dimensione naturale e quella culturale del paesaggio, e esaltandone il

⁷⁵⁷ Cfr. artt. 3 e 4, legge n. 77/2006.

⁷⁵⁸ Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 77/2006, gli accordi tra i soggetti pubblici istituzionalmente competenti alla predisposizione dei piani di gestione e alla realizzazione dei relativi interventi sono raggiunti con le forme e le modalità previste dal decreto legislativo n. 42/2004, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio.

⁷⁵⁹ Tali piani, infatti, prevedono strumenti specifici volti proprio alla salvaguardia dell'OUV.

⁷⁶⁰ A tal fine l'ICOMOS ha predisposto una guida atta fornire un'adeguata metodologia per l'*Heritage Impact Assessment* (HIA): una valutazione dell'impatto delle trasformazioni tarata proprio sulle peculiarità del patrimonio culturale mondiale (*Guidance on Heritage Impact Assessments for Cultural World Heritage Properties*, in www.icomos.org/world_heritage/HIA_20110201.pdf). Tale documento puntualizza che, qualora si proceda a una valutazione di impatto ambientale (VIA) su beni che facciano parte della WHL, è necessaria una sezione autonoma che prenda in considerazione specificamente i fattori che possano impattare sull'OUV, alla stregua delle indicazioni dettate nella Guida stessa. Nel caso in cui tale sezione non tenga compiutamente in conto le caratteristiche relative all'OUV, lo strumento valutativo dovrà essere considerato non rispondente agli *standards* fissati dall'ICOMOS per l'HIA. Al riguardo, si veda A. Pereira Roders e R. Van Oers, *Guidance on heritage impact assessments. Learning from its application on World Heritage site management*, in *Journal of Cultural Heritage Management and Sustainable Development*, Vol. 2, n. 2/2012, p. 104 ss.

⁷⁶¹ Sul tema cfr. C. Drigo, *Tutela e valorizzazione del paesaggio. Il panorama europeo*, in www.giuricost.it, 2010; M. Sassatelli, *Europeizzazione e politiche del paesaggio*, Bologna, 2009, 343 ss.; G. Sciuillo (a cura di), *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione*, Bologna, 2009, 27 ss.; M. Renna, *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 649 ss.; G. Sciuillo, *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, in *Aedon*, 3/2008; G. F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007; A.A. Herrero de la Fuente, *La Convenzione europea sul paesaggio (20 ottobre 2000)*, in *Riv. Giur. amb.*, 2001, 893 ss.

⁷⁶² Ratificata dall'Italia nel 2006.

valore identitario, quale frutto della percezione delle popolazioni (art. 1), ne estende la nozione e quindi la tutela. Secondo la CEP il concetto di *paesaggio* va ben oltre quella parte di territorio dal valore eccezionale, ricomprendendo tutti i luoghi della vita, anche quelli ordinari e degradati (art. 2)⁷⁶³.

La CEP, oltre a promuovere la cooperazione europea in materia, si pone anche l'obiettivo di favorire la salvaguardia, la gestione e la pianificazione paesaggistica (art.3).

Per gli Stati parte della CEP, questa prevede impegni di carattere generale, di cui all'art. 5 lett. a), b), c) e d) e misure specifiche, di cui all'art. 6. Per quel che concerne le misure del primo tipo, gli Stati parte sono tenuti a «riconoscere giuridicamente il paesaggio in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità»; definire politiche paesaggistiche di tutela e valorizzazione attraverso modelli partecipati che coinvolgano la popolazione interessata⁷⁶⁴ e gli altri attori pubblici, specialmente locali; integrare il paesaggio in tutti gli strumenti e le politiche territoriali, urbanistiche, ambientali e culturali.

Per quel che riguarda, invece, le misure specifiche, queste rappresentano impegni diretti a favorire la conoscenza e la sensibilizzazione del paesaggio e delle tematiche ad esso inerenti⁷⁶⁵, oltre che ad un miglioramento della qualità paesaggistica dei beni considerati⁷⁶⁶. Le differenze linguistico-culturali dei Paesi aderenti hanno comportato alcune difficoltà interpretative che hanno condotto nel 2008 all'adozione delle Linee guida ufficiali della CEP che sintetizzano nove principi tra loro complementari per l'attuazione della stessa: considerare il territorio nel suo intero; riconoscere il ruolo fondamentale della conoscenza; promuovere la sensibilizzazione; definire strategie per il paesaggio; integrare il paesaggio nelle altre politiche del territorio; integrare il paesaggio nelle politiche settoriali; mettere in

⁷⁶³ Parte della dottrina ha autorevolmente rilevato come una nozione così ampia comporti il rischio di compromettere l'effettività della tutela del paesaggio, dal momento che il concetto di *tutto* è spesso molto prossimo a quello di *nulla*. In tal senso, S. Settis, *Paesaggio Costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2012; cfr. anche P. Carpentieri, cit.

⁷⁶⁴ Si rileva che il richiamo non è solo alla popolazione locale, ma anche alle genti lontane e a quelle che entrano temporaneamente in contatto con i luoghi, dal momento che il paesaggio è patrimonio comune, risorsa per tutti e fondamento per la loro identità. La strategia della partecipazione attiva è stata poi rafforzata dalla Convenzione di Faro del 2005 sul valore dell'eredità culturale. Cfr. L. Scazzosi, cit., pp. 28 e 29.

⁷⁶⁵ La CEP richiede un'informazione e una sensibilizzazione diffusa che coinvolga cittadini, tecnici, amministratori, etc. [...], affinché le scelte che incidono sul territorio possano essere assunte nella piena consapevolezza delle loro implicazioni sia nel breve, che nel lungo periodo.

⁷⁶⁶ C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata e G. Sciuillo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, p. 256.

pratica la partecipazione del pubblico; rispettare gli obiettivi di qualità paesaggistica; sviluppare la mutua collaborazione e lo scambio di informazioni.

Le suddette Linee Guida forniscono una serie di orientamenti concettuali, metodologici e operativi che derivano proprio dalle concrete esperienze messe in atto dai Paesi membri⁷⁶⁷. Se, ciò che promuove la CEP è un paesaggio di qualità, esteso a tutto il territorio, anche a quello degradato e compromesso, è evidente che essa imponga un'integrazione tra paesaggio e ambiente. Ciò nonostante, sebbene a livello internazionale ed europeo si osserva una progressiva convergenza delle politiche e degli strumenti attuativi, il punto di vista della natura e dell'ambiente rimane ancora oggi settoriale e autonomo, come è evidente nelle esperienze della VIA e della VAS⁷⁶⁸.

È stato osservato come in realtà la CEP sottintenda un progetto politico che pone in primo piano la sostenibilità, intesa nei suoi quattro pilastri⁷⁶⁹: economia, ambiente, società e cultura; proponendo la qualità di tutti i luoghi, il benessere fisico e psichico delle popolazioni, la condivisione e partecipazione attiva delle genti alle scelte e all'effettiva gestione del paesaggio quale bene comune⁷⁷⁰.

6. L'ordinamento italiano.

Per una corretta analisi dell'odierno assetto normativo in materia, sembra opportuno ripercorrere brevemente le principali tappe dell'evoluzione legislativa italiana.

Un primo regime giuridico generalizzato per i beni immobili e le bellezze panoramiche è rinvenibile già nella legge Croce del '22, che tutela questa tipologia di beni in virtù del loro valore estetico e del loro particolare legame con la storia civile e letteraria del Paese, attraverso un sistema a carattere marcatamente vincolistico, basato sulla dichiarazione di notevole interesse pubblico, da parte del Ministero dell'Istruzione, e sullo strumento

⁷⁶⁷ In attuazione del principio di mutua assistenza e scambio di informazioni della CEP, e con la finalità di confronto e scambio delle *best practices* in materia, il Consiglio d'Europa organizza ogni anno dei *workshop* internazionali. Inoltre, al fine di dare effettività alla CEP, il Consiglio d'Europa ha predisposto, nel quadro dell'Osservatorio del paesaggio del Consiglio d'Europa, un sistema di informazioni ed un Glossario e organizza periodicamente conferenze sull'applicazione della Convenzione. Cfr. M. Déjeant-Pons, cit., p. 16 ss.

⁷⁶⁸ Sul punto si rinvia a L. Brizzi, S. Pugliese, M.L. Tufano e V. Spagna, cit., p. 396 ss.

⁷⁶⁹ Cfr. L. Scazzosi, cit., p. 27 ss.

⁷⁷⁰ *Ibidem*.

dell'autorizzazione preventiva degli interventi sui beni vincolati.

Il primo disegno organico è, invece, rappresentato dalla legge Bottai del '39, che ha il pregio di disarticolare le bellezze naturali in due categorie: *bellezze individue* e *bellezze di insieme*, e soprattutto di introdurre, in disparte dagli strumenti vincolistici, la possibilità per il Ministero di adottare un piano territoriale paesistico per salvaguardare la bellezza panoramica dei beni vincolati.

Tappa cruciale è, poi, il riconoscimento costituzionale, ad opera dell'art. 9, c. 2, della tutela del paesaggio (insieme a quella del patrimonio storico e artistico della Nazione), quale valore fondamentale del nostro ordinamento.

A partire dagli anni '70, i processi di decentramento travolgono anche la materia paesaggistica. Infatti, con il d.p.r. n. 616/1977, art. 84, si procede a trasferire le principali competenze in tema di autorizzazione, pianificazione e controllo dallo Stato alle Regioni.

I successivi anni '80, caratterizzati dal dilagare di fenomeni di abusivismo edilizio e di cattiva gestione del territorio, impongono una ferma risposta a tale fenomeno da parte dello Stato, che, attraverso una serie di decreti ministeriali, interviene con una massiva apposizione di vincoli⁷⁷¹.

Fondamentali sono state poi le novità introdotte dalla legge Galasso dell'85, che, stravolgendo l'impianto vincolistico disegnato dalla legge Bottai – la quale ammetteva tale strumento solo per dimensioni e prospettive spaziali limitate – ne estende la portata introducendo un nuovo tipo di vincolo paesistico di fonte legislativa⁷⁷².

L'altra grande innovazione della legge Galasso fu l'introduzione per le Regioni dell'obbligo⁷⁷³ di adottare un piano paesistico finalizzato a sottoporre a specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il relativo territorio, oppure di dotarsi di un piano urbanistico territoriale che prendesse in specifica considerazione i valori paesistici e

⁷⁷¹ Evenienza, questa, che tocca la suscettibilità dei Comuni che sentono intaccata la propria libertà edificatoria. In tal senso, C. Barbati e altri, cit., p. 244.

⁷⁷² Tale vincolo è applicabile a tutta una serie di categorie di aree e contesti territoriali di particolare interesse tra cui: le fasce costiere, le rive dei laghi e dei fiumi, i territori di alta montagna, i parchi e le riserve, le zone di interesse archeologico. È stato stimato che l'ampliamento dello strumento vincolistico apportato dalla legge Galasso ha fatto sì che, tra vincoli del primo e del secondo tipo, circa il 50% del territorio italiano sia stato oggetto di vincolo. Tale evenienza ha posto il problema di localizzare e delimitare le aree vincolate e, in secondo luogo, la necessità di dare a vincoli così estesi una puntuale disciplina d'uso. In tal senso, SS. Amorosino, in *Rapporto MiBACT cit.*, 32. La schizofrenia del sistema ha voluto che proprio nel 1985 fosse varato il primo condono edilizio, che diede il via alla "pessima abitudine di legittimare per legge la violazione della legge". Così S. Settis, *op. cit.*, 264.

⁷⁷³ Tale obbligo, però, è stato reiteratamente disatteso dalle regioni, alcune delle quali, ancora oggi, non sono dotate di un piano paesaggistico adeguato.

ambientali⁷⁷⁴.

Con il d.lgs. n. 490/1999, è stato emanato il Testo Unico in materia di beni culturali e ambientali, che, però, non introduce sostanziali novità, essendo meramente ricompilavo della normativa precedente.

Importanti innovazioni sono state invece introdotte dal d.lgs. n. 42/2004, con cui è stato promulgato il Codice dei beni culturali e del paesaggio, successivamente integrato dai d.lgs. nn. 156 e 157 del 2006 e dai d.lgs. nn. 62 e 63 del 2008, che è il testo che a tutt'oggi regola la materia.

Già dalla scelta del suo titolo, è palese come il legislatore abbia voluto dare formale esplicitazione al principio di unitarietà della materia dei beni culturali, in piena attuazione del precetto costituzionale che lega indissolubilmente beni culturali e paesaggio.

Le principali innovazioni apportate dal Codice sul piano tecnico-giuridico possono essere così sintetizzate: la netta distinzione tra la nozione di *beni paesaggistici*⁷⁷⁵, che comprende i beni vincolati, e quella, più ampia, di *paesaggio*, accogliendo in pieno la sua dimensione culturale⁷⁷⁶; l'introduzione di una seconda macrofunzione, la valorizzazione⁷⁷⁷, complementare a quella di tutela a cui si va ad affiancare; uno stravolgimento della funzione del vincolo, che da atto meramente procedurale, è divenuto provvedimento sostanziale, dovendo esso contenere precise prescrizioni di uso dei beni vincolati; la modifica, quindi, anche della funzione dell'autorizzazione paesaggistica, che, di conseguenza, ha perso di discrezionalità; la modificazione, conseguente alla distinzione tra beni paesaggistici e paesaggio, dei rapporti tra Stato e Regioni per quanto attiene alle funzioni legislative ed amministrative, sia di tutela che di valorizzazione, le quali postulano

⁷⁷⁴ «Con la L. 431/1985 era dunque venuto in rilievo, come oggetto di tutela e di valorizzazione, il valore paesistico della forma visibile di aree vaste del territorio». S. Amorosino, cit., p. 32.

⁷⁷⁵ Che si riferisce ai beni vincolati.

⁷⁷⁶ Se la dimensione culturale del paesaggio, riconosciuta dal Codice, recepisce in pieno quanto affermata dalla CEP, qualificando il paesaggio come «il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni» (art. 131, c. 1); l'ambito di tutela appare meno esteso rispetto a quanto riconosciuto in seno alla CEP, infatti, il nostro Codice garantisce la tutela solo a «quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali» (art. 131, c. 2).

⁷⁷⁷ A tal riguardo è da sottolineare che, mentre il legislatore è stato generoso e attento nel dotare di adeguati strumenti di valorizzazione i beni culturali, come dimostra l'art. 112, ugualmente generoso non è stato nei confronti del paesaggio e dei beni paesaggistici. Sul tema Cfr. L. Casini, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, p. 141 ss.; vedi anche G. Severini, *Il patrimonio culturale ed il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2015; *Id La valorizzazione del paesaggio*, in *federalismi.it*, n. 11/2006; S. Amorosino, *La valorizzazione del paesaggio e del patrimonio naturale*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4/2009, p. 143 ss.

la collaborazione tra i due enti e gli Enti locali; l'innovazione delle procedure e dei contenuti precettivi dei piani paesaggistici, che adesso possono individuare anche ulteriori beni da dichiarare di pubblico interesse, oltre che aree compromesse e degradate a regime semplificato; la modificazione del sistema sanzionatorio⁷⁷⁸.

7. Gli strumenti operativi del governo del paesaggio: i piani paesaggistici.

Molteplici sono gli strumenti apprestati dal Codice per garantire la tutela e la valorizzazione del paesaggio. I più rilevanti sono senza dubbio il vincolo, e la correlata autorizzazione paesaggistica⁷⁷⁹, e il piano paesaggistico.

Mentre i primi due incarnano una visione di tutela statica, non in linea con l'odierna concezione di paesaggio, la pianificazione riesce ad interpretare il paesaggio proprio nella sua dimensione dinamica e dialogica, mirando a creare le condizioni per uno sviluppo sostenibile, attraverso l'integrazione del paesaggio nelle altre politiche che incidono sul territorio. È per questo che la presente analisi intende soffermarsi su tale ultimo strumento. I piani paesaggistici⁷⁸⁰, rappresentano, infatti, la punta di diamante, lo strumento strategico, a cui il nostro ordinamento affida l'integrazione dell'interesse paesaggistico con gli altri interessi, in particolare con quelli di sviluppo socio-economico del territorio.

Lo strumento del piano paesaggistico era già previsto nella legge Bottai del '39, ma

⁷⁷⁸ Cfr. S. Amoroso, p. 32; vedi anche R. Bianchini, cit., p. 33 ss.

⁷⁷⁹ Circa i vincoli, in questa sede, vale solo la pena accennare che l'attuale Codice in materia prevede tre tipologie di vincoli paesaggistici: quelli, ex art. 140, apposti attraverso singoli provvedimenti amministrativi su immobili o aree di cui all'art. 136; i vincoli di fonte legislativa, ex art. 142, normalmente incidenti su aree di grande estensione, le cui prescrizioni d'uso devono essere poi definite in sede di pianificazione ai sensi dell'art. 143, c. 1, lett. c); i vincoli apposti in sede di pianificazione, ex art. 143, c. 1, lett. d). I vincoli non comportano, però, l'immodificabilità assoluta del territorio: il Codice, infatti, prevede, all'art. 149, c. 1, una serie di interventi sempre ammessi senza particolari formalità, perché ritenuti compatibili con la tutela dell'interesse paesaggistico; mentre, per tutti gli altri interventi, è previsto un regime di autorizzazione preventiva, di cui all'art. 146. L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire, o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio, e rientra nella competenza della regione, previo parere vincolante della Soprintendenza. L'istituto in esame è stato oggetto di recenti interventi di semplificazione, da ultimo il d.p.r. n. 31/2017. L'attuale sistema prevede tre differenti regimi: un regime ordinario, cui all'art. 146 co. 1 del Codice, un regime semplificato per una serie di interventi ritenuti «minori», cui agli artt. 7-13 del d.p.r. del 2017 e una serie di interventi non soggetti ad autorizzazione perché o «liberi» o «esonerati», cui agli artt. 2 e 4 del d.p.r. in questione (cfr. M. Sinisi, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (D.P.R. 13 febbraio 2017 n. 31): la "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4/2017, p. 235 ss.).

⁷⁸⁰ Per un'approfondita analisi dello strumento cfr. *Rapporto MiBACT*, cit., p. 179 ss.

l'obbligatorietà della sua adozione è stata introdotta, come già osservato, solo nell'85 dalla legge Galasso.

L'attuale quadro normativo è stato ridisegnato dal d.lgs n. 63/08. In base all'attuale previsione, di cui all'art. 135, c. 1, Stato e Regioni svolgono congiuntamente l'attività di pianificazione, limitatamente ai beni e alle aree vincolate, mentre per la restante parte del territorio è competente la Regione, che, ai sensi dell'art. 143, c. 2, ha facoltà di stipulare con lo Stato intese e accordi per un'elaborazione e un'approvazione congiunta dei piani.

L'attività di pianificazione paesaggistica è comunque sempre svolta secondo criteri di pubblicità e partecipazione, ai sensi dell'art. 144, che impone la concertazione istituzionale, la partecipazione dei soggetti interessati e delle associazioni portatrici di interessi diffusi e ampie forme di pubblicità.

Ai sensi dell'art. 135, c. 2 ss., ai piani paesaggistici è affidata la funzione di riconoscere gli aspetti, i caratteri peculiari e le caratteristiche paesaggistiche del territorio considerato e di delimitarne gli ambiti. Per ogni ambito, poi, il piano deve, per le finalità di cui agli artt. 131 e 133, prevedere specifiche normative d'uso e attribuire adeguati obiettivi di qualità, oltre che definire apposite prescrizioni e previsioni, ai sensi del art. 135, c. 4.

L'art. 143 definisce, invece, i contenuti del piano. Tra questi, appare interessante sottolinearne alcuni di fondamentale importanza: la ricognizione e l'analisi del territorio e la ricognizione e la perimetrazione dei beni e delle aree vincolate. Tale attività è, infatti, indispensabile a garantire la conoscenza e l'informazione qualificata necessaria a qualunque tipo di pianificazione/progettazione (art. 143, c. 1 *lett. a, b, c*); la definizione della specifica normativa d'uso dei beni vincolati, che è atta a dare certezza giuridica circa gli interventi operabili su un determinato territorio, nonché idonea contenere l'ambito di discrezionalità dello strumento autorizzatorio; la possibile individuazione di ulteriori immobili, aree o contesti da sottoporre a specifiche misure di salvaguardia e di utilizzazione (art. 143, c. 1, *lett. d, e*); la definizione degli interventi di recupero e riqualificazione delle aree significativamente compromesse o degradate e degli altri interventi di valorizzazione compatibili con le esigenze di tutela (art. 143, c. 1, *lett. g*), nonché l'individuazione delle aree gravemente compromesse o degradate nelle quali la realizzazione degli interventi effettivamente volti al recupero ed alla riqualificazione non richiede il rilascio

dell'autorizzazione di cui all'art. 146. c. 4, *lett. b*)⁷⁸¹.

Le disposizioni di cui agli artt. 143, c. 9 e 145, c. 3 dei piani assicurano poi che le previsioni in esse contenute siano cogenti e inderogabili per gli strumenti urbanistici degli Enti locali e gli altri strumenti di pianificazione previsti dalle normative di settore, prevalendo in via immediata sulle disposizioni eventualmente difformi, e siano altresì vincolanti per i piani, i programmi e i progetti nazionali e regionali di sviluppo economico⁷⁸². Ciò permette che la tutela dell'interesse paesaggistico sia prevalente in tutti gli strumenti di pianificazione territoriale.

Informazione qualificata, cooperazione istituzionale, partecipazione del pubblico, strategie di sviluppo sostenibile, tutela attiva, riqualificazione, valorizzazione, integrazione del paesaggio nelle altre politiche di governo del territorio sono le parole chiave della pianificazione in materia paesaggistica, che rappresenta, nell'impianto ordinamentale, lo strumento ottimale per la tutela e la valorizzazione del paesaggio. Ciò almeno in potenza, dal momento che, purtroppo, l'impegno alla pianificazione è stato da sempre preso con poca serietà dalle regioni, le quali sono rimaste per lungo tempo inadempienti agli obblighi ad esse legislativamente imposti. Solo di recente, infatti, esse sembrano avere compreso l'importanza strategica della pianificazione ed avviato lavori insieme con il Governo centrale (Ministero e Soprintendenze), ma solo quattro (Friuli Venezia Giulia, Puglia, Piemonte e Toscana) ad oggi sono quelle che hanno adottato piani paesaggistici in conformità alle attuali previsioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

8. Considerazioni conclusive.

Se, come emerge nel presente lavoro, numerosi sono gli strumenti e le potenzialità per una gestione virtuosa del paesaggio, sia a livello internazionale che europeo e interno, la strada per l'affermazione di un vero e proprio *diritto al paesaggio* è, purtroppo, ancora lunga. Ciò

⁷⁸¹Le aree compromesse e degradate, tra cui specialmente le aree relative alle periferie urbane, invero, rappresentano la vera sfida del futuro. Proprio in queste aree, infatti, una tutela di tipo statico è inutile se non addirittura dannosa, in quanto solo interventi di riqualificazione e valorizzazione possono far sperare in un loro recupero, in una prospettiva di sviluppo sostenibile. Cfr. M. Bray, *Gli Stati generali del paesaggio: la bellezza salverà il mondo*, in *Aedon*, n. 1/2018; S. Amorosino, *Piani paesaggistici e concetti giuridici indeterminati: le "aree compromesse e degradate" e gli "ulteriori contesti di paesaggio (oltre quelli vincolati) da tutelare*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4/2014, p. 115.

⁷⁸²N. Vettori, *Il piano paesaggistico alla prova. I modelli della Toscana e della Puglia*, in *Aedon*, n. 1/2017.

è dovuto principalmente all'assenza a livello internazionale ed europeo di strumenti di *enforcement*, e, a livello interno, dal fallimento dello strumento chiave a cui è affidata la tutela del paesaggio, dal momento che l'impegno alla pianificazione è rimasto troppo a lungo inattuato. A ciò si aggiunge l'assenza di strumenti di tipo valutativo *ad hoc*, come quelli predisposti in materia ambientale, quali VIA e VAS. Questi ultimi, infatti, pur tenendo in considerazione l'elemento paesaggistico, sono strumenti volti a valutare precipuamente l'incidenza delle trasformazioni del territorio su valori di stampo ambientale, e non sui valori di tipo culturale/identitario, di cui il paesaggio è espressione. È quindi auspicabile che in materia siano introdotti quanto prima strumenti che diano effettività ai diritti di informazione, partecipazione ed accesso alla giustizia analogamente a quanto già garantito dalla Convenzione di Aarhus nel settore ambientale; che gli obblighi inerenti la pianificazione siano finalmente assolti, ponendo così la tutela del paesaggio come *prius* in tutte le scelte di governo del territorio; che sia messo a sistema il rapporto tra piani di gestione UNESCO e gli altri strumenti di pianificazione e soprattutto, come insegna l'esperienza UNESCO, che la pianificazione sia concepita non più come un obiettivo, ma piuttosto come il punto di partenza per una gestione strategica del territorio; che, infine, anche in materia paesaggistica siano finalmente introdotti strumenti di valutazione analoghi a quelli già operanti in materia ambientale.

Abstract: il presente lavoro si interroga circa l'esistenza e la consistenza di un effettivo *diritto al paesaggio*. L'indagine, condotta con un approccio multilivello, si concentra sulla normativa inerente i modelli di qualificazione, protezione, conservazione, pianificazione e valorizzazione del paesaggio; la ripartizione di poteri e competenze e i diversi modelli di *governance* in materia. Fine ultimo è quello di identificare i limiti, le potenzialità e l'idoneità dell'attuale sistema nazionale e sovranazionale a garantire un giusto equilibrio tra esigenze di protezione dell'identità culturale del territorio e i diversi interessi ad esso sottesi.

Abstract: the present paper aims to investigate the existence and consistency of a *right to landscape*. Therefore, by means of a multilevel perspective, this analysis focuses on the legislation concerning models of qualification, protection, conservation, planning and enhancement of landscape. It also examines the distribution of powers and competences

as well as the different governance models in the landscape field. This is in order to evaluate their limits, potential and suitability when it comes to granting a fair balance between the needs of protecting the cultural identity of a territory and environmental and social-economic interests.

Parole chiave: Convenzione europea del paesaggio del 2000 – Convenzione UNESCO del 1972 – paesaggio – paesaggio culturale – patrimonio culturale – pianificazione paesaggistica.

Key words: 2000 European Landscape Convention – 1972 World Heritage Convention – landscape – cultural landscape – cultural heritage – landscape planning.

IL RUOLO IN EUROPA DELLE AUTONOMIE TERRITORIALI (CON PARTICOLARE RIGUARDO AL CASO ITALIANO).*

di Giovanni Luchena e Vittorio Teotonico **

Sommario. 1. Spunti introduttivi. – 2. Alcune tappe fondamentali del *cammino europeo* degli enti sub-statali. – 3. Il caso italiano: la legge 234 del 2012. – 4. Considerazioni finali.

263

1. Spunti introduttivi.

In dottrina, già da tempo, si è osservato come lo Stato non sia più il portatore di valori assoluti, né, tantomeno, il monopolista delle regole⁷⁸³.

È, innanzitutto, l'idea della sovranità «illimitata e onnipotente», tramandata dal costituzionalismo ottocentesco, che sembra aver fatto posto ad un'altra ben diversa⁷⁸⁴, relativa a quella sovranità effettiva e molto più circoscritta che i governanti nazionali possono esercitare in un mondo sempre più contraddistinto da due importanti fenomeni socio-culturali (prima ancora che giuridici e/o economici): il globalismo e il federalismo. Tanto il primo – visto come insieme delle posizioni teoriche favorevoli all'unificazione dei mercati e alla liberalizzazione su scala mondiale degli scambi – quanto il secondo – da intendersi, oltre che come forma di organizzazione costituzionale concretamente sperimentata, anche come dottrina scientifica dominante e pensiero politico-filosofico ormai pressoché trasversale, connessi al potenziamento dei governi non solo di regioni minori (c.d. federalismo interno), ma anche di regioni maggiori (federalismo esterno) – obbligano, perciò, a ridefinire molte categorie scientifiche classiche, *in primis*, quelle giuspubblicistiche, relative, sia ad una concezione dei diritti fondamentali e dei vincoli

* *Sottoposto a referaggio.*

** Giovanni Luchena è Professore associato di Diritto dell'economia – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”. Vittorio Teotonico è Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico – l'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”. Il presente lavoro è frutto di una riflessione congiunta dei due Autori. Ad ogni modo, sono da attribuirsi a Giovanni Luchena la elaborazione dei parr. 2 e 3 e a Vittorio Teotonico quella dei parr. 1 e 4.

⁷⁸³ A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze-Antella, 1997, p. 31.

⁷⁸⁴ B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, 2002, p. 33.

costituzionali eccessivamente penalizzante per il sistema di produzione economica, sia – per quel che qui più interessa – all’«universo di credenza identificato [solo] con il paradigma statale»⁷⁸⁵.

Tali fenomeni, sul vecchio continente, sembrano essersi condensati nell’avanzata dell’integrazione comunitaria che, di fatto, ha sottratto molte competenze ai Paesi coinvolti e ridotto (o, quantomeno, in parte trasformato) il loro circuito democratico-rappresentativo. Mentre gli esecutivi, e non i legislativi, nazionali sono stati i maggiori protagonisti nei momenti deliberativi, sia ordinari che straordinari, di tale processo (divenendo, secondo una opinione piuttosto diffusa, lo snodo politico-istituzionale tra ciò che ancora resterebbe della sovranità statale e ciò che si trasferirebbe alla «sovranità sopranazionale»)⁷⁸⁶, alcune realtà periferiche hanno coltivato in modo crescente propri interessi slegati da quelli centrali, spesso aprendo (o, perlomeno, provando a farlo) un dialogo diretto con soggetti privati e pubblici esterni e, in particolare, con le stesse istituzioni europee, le quali, negli anni, si sono dimostrate sempre meno insensibili alle problematiche scaturenti in aree territoriali particolari.

Tuttavia, se è vero che l’attuale Unione Europea non risulta più affetta da quell’originaria «cecità regionale» (*Landesblindheit*), che impediva alle vecchie Comunità europee di guardare al di là degli Stati⁷⁸⁷, altrettanto vero è che la medesima Unione mostra un certo «self-restraint» nell’interferire con le prerogative dei Paesi membri in riferimento alla disciplina dei livelli di governo inferiori⁷⁸⁸. A questi ultimi, pertanto, sembra occorrere ancora la «mediazione del diritto nazionale» per cogliere adeguatamente le opportunità di partecipare offerte loro dal sistema giuridico sovranazionale⁷⁸⁹: le Regioni (e gli enti locali) esistono per il diritto Europeo se e nella misura in cui esistono per quello nazionale,

⁷⁸⁵ L. Torchia, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 454.

⁷⁸⁶ In tal senso, *ex multis*, cfr. G. Berti, *La revisione della forma di Stato*, in C. Bottari (a cura di), *La riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, Santarcangelo di Romagna, 2003, 46, e S. Mangiameli, *Il Governo tra Unione Europea e autonomie territoriali*, in ID., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 191 ss.

⁷⁸⁷ Così A. D’Atena, *Diritto regionale*, Torino, 2017, p. 371, sulla scorta di H.P. Ipsen, *Als Bundestaats in der Gemeinschaft*, in *Probleme des europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein*, Frankfurt a.M., 1966. V. anche O. Porchia, *Indifferenza dell’Unione nei confronti degli Stati membri e degli enti territoriali: momenti di crisi del principio*, in L. Daniele (a cura di), *Regioni ed autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006, p. 269 ss., spec. p. 279 ss.

⁷⁸⁸ Così A. D’Atena, *cit.*, p. 377.

⁷⁸⁹ *Ibidem*. In tal senso v., tra gli altri, M. Savini, *Regioni e Unione Europea: il mancato «aggiramento» dello Stato*, in *Le Regioni*, 2007, p. 466 ss., e M. Nicolini, *Partecipazione regionale e «norme di procedura». Profili di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, p. 22.

secondo le possibilità offerte, i criteri e i limiti, formali e sostanziali, fissati dai diversi diritti nazionali. Proseguendo con la precedente metafora di carattere oculistico, possiamo dire che tale sistema, sebbene sicuramente non più “ceco”, resta comunque alquanto “miope” e, come tale, non può fare a meno dei vari “occhiali” messi a disposizione dai singoli Stati per potere vedere più distintamente altre soggettività territoriali presenti al loro interno. Da qui può emergere l’utilità di analizzare, a parte i pur significativi progressi registrati sul versante europeo, soprattutto quelle riforme che, sul versante italiano, hanno rimodulato l’equilibrio dei rapporti tra Stato ed enti sub-statali dotati di varie funzioni tra cui, in modo particolare, quella legislativa⁷⁹⁰.

La premessa fondamentale da cui muovono le riflessioni del presente saggio, pertanto, è che, in *subiecta materia*, resta imprescindibile condurre l’esplorazione giuridica non solo, o non tanto, in direzione *top-down*, ma anche, e soprattutto, in direzione *bottom-up*, cioè, per l’appunto, soffermandosi dapprima, e comunque prevalentemente, sulle novità introdotte nel contesto nazionale e su come queste influenzino la prospettiva esterna degli enti territoriali periferici. Insomma, i poteri sovrani statali, per quanto abbiano indiscutibilmente assunto un’accezione, o una rilevanza, più o meno differente da quella che si soleva loro attribuire, o riconoscere, fino a non molti anni fa, di certo non sono scomparsi e, anzi, continuano a rivestire in molti casi un ruolo importante, quando non imprescindibile, come proprio in tema di valorizzazione dell’autonomia regionale (e locale) in dimensione sovranazionale.

⁷⁹⁰ L. Garofalo, *Costituzione italiana, ruolo delle Regioni e dinamica attuale dei rapporti tra ordinamento dell’Unione Europea e ordinamento nazionale. Un approccio multilivello*, in Id. (a cura di), *I poteri esteri delle Regioni. La Puglia come soggetto del diritto dell’Unione Europea e del diritto internazionale*, Napoli, 2013, p. 11 s.

2. Alcune tappe fondamentali del *cammino europeo* degli enti sub-statali.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora innanzi: TFUE)] si è reso necessario correggere e aggiornare talune parti della precedente “legge Buttiglione”⁷⁹¹ (legge n. 11 del 2005) con riferimento alla disciplina della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione del diritto e delle politiche comunitarie.

Gli obiettivi essenziali della nuova disciplina, introdotta dalla legge n. 234 del 2012⁷⁹², sono quelli della riduzione dei tempi di recepimento delle direttive, del rafforzamento della partecipazione del Parlamento (tra cui, ad esempio, il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà) e del sistema dei poteri regionali e locali alla formazione degli atti e delle politiche comunitarie⁷⁹³, nonché della riformulazione dei rapporti tra lo Stato e le istituzioni sovranazionali nel controllo di compatibilità delle norme di incentivazione statale delle imprese con il principio del divieto degli aiuti di Stato⁷⁹⁴.

Le riforme degli assetti istituzionali dell'Unione Europea succedutesi nel tempo hanno contribuito alla progressiva “sprovvincializzazione” degli enti infra-statali⁷⁹⁵, attribuendo loro un ruolo più rilevante, certamente diverso, rispetto ai primi trattati comunitari sia nella

⁷⁹¹ Legge 4 febbraio 2005, n. 11, “Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione Europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”.

⁷⁹² Legge 24 dicembre 2012, n. 234, “Norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea”.

⁷⁹³ A. Esposito, *La legge 24 dicembre, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea. Parte I – Prime riflessioni sul ruolo delle Camere*, in www.federalismi.it, 23 gennaio 2013.

⁷⁹⁴ U. Villani, *Un maggior controllo del Parlamento nazionale può ridurre il cosiddetto “deficit democratico”*, in *Guida al diritto. Diritto dell'Unione Europea: la nuova legge “La Pergola”*, n. 4/2013, p. 63 ss.; M. Castellaneta, «Doppio binario» per dare sprint al recepimento, *ivi*, p. 81 ss. Si tratta di una sorta di *clausola di precauzione*, un metodo predisposto anche per garantire le imprese da possibili spiacevoli “sorprese” quale quella di un ordine di recupero. Ove non osservato, esso farebbe scaturire ulteriori conseguenze fra cui l'impossibilità di accedere a finanziamenti futuri, come previsto dall'art. 46, l. 234 del 2012⁷⁹⁴, in ossequio alla c.d. “clausola Deggendorf” (Sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Repubblica federale di Germania*, causa C-188/92) che non si configura né quale condizione di compatibilità della misura, né quale requisito necessario ai fini della concessione. Infatti, quando il beneficiario destinatario di una decisione di recupero avrà adempiuto al suo obbligo di restituzione potrà legittimamente ottenere l'aiuto successivo eventualmente concessogli (cfr. C.E. Baldi, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. Manuale critico ad uso delle amministrazioni e delle imprese*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, p. 252).

⁷⁹⁵ A. Patroni Griffi, *La «questione» regionale ed il futuro dell'Europa*, in L. Chieffi (a cura di), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Torino, 2009, p. 40 ss.

fase attuativa del diritto comunitario sia in quella della partecipazione ai processi decisionali.

Le prime forme di coinvolgimento dei soggetti sub-statali al processo d'integrazione europea possono farsi risalire alla partecipazione alla fase realizzativa di talune politiche comunitarie di riequilibrio tra aree territoriali diverse, le quali, hanno contribuito, tra l'altro, alla valorizzazione anche degli enti locali quali soggetti di riferimento (ora sempre più presenti nella varie iniziative comunitarie come, ad esempio, quelle relative ai progetti delle macroregioni e dei Gruppi europei di cooperazione territoriale, tutti interventi finalizzati alla realizzazione di politiche di riequilibrio sociale ed economico).

Non si trattava ancora di «un riconoscimento di natura istituzionale, il che avrebbe posto il problema di studiare forme di inserimento dei governi locali nell'assetto delle istituzioni comunitarie, bensì solo di carattere funzionale», ricollegabile essenzialmente alla partecipazione dei governi periferici interessati alla gestione dei cc.dd. fondi strutturali⁷⁹⁶. Da tale prima “esperienza” di regionalismo meramente «funzionalista» sono poi scaturite una serie di iniziative volte a rendere più concreta e “visibile” la presenza delle “periferie” dei Paesi membri nel quadro ordinamentale dell'Unione Europea. Basti rammentare come, a partire dall'Atto unico europeo, la “presenza” delle Regioni in Europa sia stata rafforzata fino alla determinazione di una vera e propria *politica regionale europea* culminata con l'inserimento del principio della coesione economica, sociale e territoriale nel TFUE, da realizzarsi, poi, sia nell'ambito dei singoli ordinamenti giuridici statali sia a livello dell'Unione Europea per il tramite di fondi propri.

Si è passati così ad un «regionalismo più propriamente istituzionale»⁷⁹⁷, in virtù del quale le autonomie territoriali hanno ottenuto – tra l'altro e a parte il riconoscimento simbolico, in disposizioni di carattere generale, di veri e propri soggetti dell'Unione – una sede stabile di coinvolgimento permanente, sia pur con compiti essenzialmente consultivi (il c.d. Comitato delle Regioni), una qualche forma di garanzia in riferimento al rispetto delle proprie competenze (riconducibile in particolare ai meccanismi di partecipazione procedurale da osservare in attuazione del principio di sussidiarietà), e la possibilità che un loro esponente, membro di un esecutivo regionale di rango ministeriale, rappresenti lo Stato d'appartenenza nelle sedute del Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea (possibilità,

⁷⁹⁶ P. Caretti e G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, Torino, 2016, p. 408.

⁷⁹⁷ *Ibidem*.

peraltro, sfruttata pienamente solo da quei Paesi con struttura federale, quali Germania, Austria e Belgio)⁷⁹⁸.

In Italia, la partecipazione, diretta e indiretta⁷⁹⁹, al processo comunitario da parte delle Regioni può dirsi, oggi, tendenzialmente più vicina al ruolo loro assegnato nella prospettiva europea, anche se è stato rilevato come la legge n. 234 del 2012 non sembra abbia colto appieno l'occasione per valorizzare ulteriormente il ruolo delle autonomie regionali e locali⁸⁰⁰.

Lo Stato, ad ogni modo, ha cessato di essere l'esclusivo «protagonista»⁸⁰¹ “esterno” nei rapporti con l'Unione Europea condividendo il destino delle politiche comunitarie con gli enti regionali e locali come stabilito, fra l'altro, dall'art. 117, c. 3, Cost., che, fra le materie di competenza concorrente Stato-Regioni, ricomprende i «rapporti internazionali e con l'Unione Europea delle Regioni» e il «commercio estero», oltre che dal successivo c. 5 della medesima disposizione, che prevede la partecipazione delle Regioni stesse e degli enti locali «alle decisioni dirette alla formazione degli atti comunitari», affidando loro la competenza a attuare ed eseguire gli accordi internazionali e gli atti comunitari secondo quanto stabilito dalle leggi dello Stato e, prevedendo, al contempo, il potere sostitutivo di quest'ultimo in caso di inadempimento.

Il rinnovato “quadro” delle disposizioni costituzionali in materia, comprende, per un verso, l'art. 117, c. 9, Cost., che consente alle Regioni di concludere accordi con gli enti omologhi

⁷⁹⁸ Cfr. M. Nicolini, *cit.*, p. 6 ss., e l'ulteriore dottrina ivi citata, a cui *adde*, perlomeno, P. Scarlatti, *Le Regioni italiane nella fase discendente di adattamento al diritto europeo: metodi e strumenti comuni di recepimento*, in www.federalismi.it, 17 aprile 2013, p. 4 ss.; A. D'Atena, *cit.*, p. 372 ss.; G. Gattinara, *Regioni italiane e Unione Europea: “A che punto è la notte?”*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin e R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, tomo II, Bari, 2017, p. 282 ss.

⁷⁹⁹ L. Violini, *Il potere estero delle Regioni e delle province autonome*, in G. Falcon (a cura di), *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, p. 11 ss.; A. Ruggeri, *Note introduttive ad una lettura della Legge La Loggia*, in B. Caravita (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, p. 26 ss.

⁸⁰⁰ Cfr., *ex aliis*, P. Caretti, *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 2012, p. 838; M. Drigani, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234: analogie e differenze con la legge Buttiglione*, in *Le Regioni*, 2013, p. 921; P. Bilancia, *Il modello europeo di multilevel governance*, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, 2016, p. 8 s.; V. Fogliame, *Le attività legislative dei Parlamenti nazionali nel coordinamento con le autonomie territoriali e nei rapporti con l'Unione*, *ivi*, p. 111 ss. In senso difforme, sembra orientarsi P. Scarlatti, *cit.*, 32 ss., il quale, valutando, nel complesso, piuttosto positivamente la legge di riforma, intravede alcuni nodi problematici ancora da sciogliere nello scarso sfruttamento da parte di molte Regioni degli strumenti di partecipazione loro offerti e nella perdurante arretratezza di molte discipline interne da esse predisposte in materia.

⁸⁰¹ L. Garofalo, *cit.*, p. 16.

di altri Stati, sempre secondo le modalità stabilite dalla legge statale⁸⁰², e, per altro verso, l'art. 120 Cost., che disciplina il potere sostitutivo del Governo in caso di inadempimento regionale nell'attuazione delle norme sovranazionali, anche al fine di evitare di incorrere nelle sanzioni previste dal diritto sovranazionale nelle ipotesi di una sua mancata, o parziale, o tardiva, attuazione.

3. Il caso italiano: la legge n. 234 del 2012.

Nell'ambito delle disposizioni contenute nella legge n. 234 del 2012, si possono individuare taluni tratti caratterizzanti (escludendo da questa breve disamina, per quel che riguarda la fase ascendente, le conseguenze della mancata riforma del potere sostitutivo in caso di inadempimento regionale, e, quanto a quella discendente, la "riedizione" della funzione di indirizzo e coordinamento nelle materie di competenza esclusiva statale⁸⁰³).

In ordine al rapporto Governo-Regioni, fulcro del "raccordo istituzionale" e sede nella quale si fa valere, in concreto, la posizione politica regionale, è la Conferenza Stato-Regioni⁸⁰⁴ alla quale, sin dalla legge n. 400 del 1988, è stata richiesta la collaborazione ai fini della definizione degli indirizzi generali relativi alla elaborazione ed attuazione degli atti comunitari. Tale ruolo, poi, le è stato periodicamente confermato – nella attesa che, prima o poi, si compia il più volte tentato processo di riforma costituzionale⁸⁰⁵, che preveda, fra l'altro, quale elemento necessario, la riforma del Senato della Repubblica in

⁸⁰² M. Buquicchio, *La "nuova" disciplina delle intese delle Regioni con enti territoriali esteri*, in ID. (a cura di), *Studi sui rapporti internazionali e comunitari delle Regioni*, Bari, 2004, p. 185 ss.

⁸⁰³ Come evidenza, infatti, P. Caretti, *cit.*, p. 842 ss.

⁸⁰⁴ L. Ferraro, *La Conferenza dei Presidenti delle Regioni tra la materia comunitaria e le altre novità di sistema*, in L. Chieffi (a cura di), *cit.*, p. 135 ss.

⁸⁰⁵ A tale proposito v. le relazioni al Convegno di studi su "Il regionalismo tra crisi e riforme costituzionali", svoltosi a Bari nei giorni 2 e 3 ottobre 2014: L. Antonini, *L'autonomia finanziaria delle Regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *www.rivistaaic*, 10 ottobre 2014; P. Bilancia, *Regioni ed enti locali e riordino del sistema delle funzioni pubbliche territoriali*, *ivi*, 10 ottobre 2014; A. Ruggeri, *Quali insegnamenti per le future riforme costituzionali dagli sviluppi delle vicende regionali?*, *ivi*, 10 ottobre 2014; G. Bucci, *Poteri delle Regioni tra governance economica e destabilizzazione sociale*, *ivi*, 24 ottobre 2014; I.M., *Regioni, enti controllati e società partecipate: verso una semplificazione?*, *ivi*, 24 ottobre 2014; F. Gabriele, *Il regionalismo tra crisi e riforme costituzionali*, *ivi*, 7 novembre 2014; A.M. Nico, *Rapporti Stato-Regioni e giustizia costituzionale nel quadro delle riforme in corso*, *ivi*, 7 novembre 2014. Tra le altre relazioni svolte, si segnalano quelle di: G. Serges, *Il regionalismo italiano nella dinamica europea*; S. Mangiameli, *La riforma del regionalismo e la Repubblica democratica*; A. D'Aloia, *Quale "spazio regionale dei diritti?"*; A. Colavecchio, *Il governo dell'energia: ritorno al centro?*; A. D'Atena *Relazione finale*.

chiave federale/regionale⁸⁰⁶ – nelle disposizioni legislative successive riguardanti la partecipazione delle Regioni alla elaborazione degli atti comunitari (ivi compresa la c.d. “legge Buttiglione”).

L’art. 22 della legge n. 234 del 2012⁸⁰⁷ prevede che il Presidente del Consiglio dei Ministri, di sua iniziativa, o su richiesta delle Regioni e delle Province autonome, debba convocare, almeno ogni quattro mesi, una sessione speciale della Conferenza Stato-Regioni «dedicata alla trattazione degli aspetti delle politiche dell’Unione Europea di interesse regionale e provinciale, al fine di raccordare le linee della politica nazionale, relativa alla elaborazione degli atti dell’Unione Europea, con le esigenze» manifestate dalle Regioni nelle materie di competenza di queste ultime. Degli esiti emersi da tale sessione il Governo deve informare tempestivamente le Camere. A seguito della fase *de qua* si perviene alla elaborazione di pareri sugli indirizzi generali relativi all’elaborazione e all’attuazione degli atti dell’Unione Europea che riguardano le competenze regionali; sui criteri e le modalità per conformare l’esercizio delle funzioni amministrative all’osservanza e all’adempimento dei compiti derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione Europea in base ai principi di attribuzione, sussidiarietà, proporzionalità, leale collaborazione, efficienza, trasparenza e partecipazione democratica e, infine, sui disegni di legge della delegazione europea e della legge europea per i quali sussiste un obbligo informativo a carico del Governo, il quale, a mente dell’art. 29, c. 2, della legge n. 234 del 2012, è tenuto a trasmettere «con tempestività» alle Camere e alle Regioni (per il tramite appunto della Conferenza Stato-Regioni) gli «atti normativi e di indirizzo emanati dagli organi dell’Unione Europea». Tale ultima forma di collaborazione istituzionale, che si ripercuote significativamente sul versante della fase discendente, prevede un ulteriore momento di condivisione concernente la verifica dello stato di conformità dell’ordinamento interno e degli indirizzi politici del

⁸⁰⁶ L’obiettivo della costituzione della seconda Camera è quello dell’attribuzione di «compiti di rappresentanza delle collettività territoriali» con una «duplice funzione: di raccordo fra Stato e autonomie territoriali e di responsabilizzazione delle autonomie nella definizione delle politiche pubbliche nazionali»: A. Barbera, *Note sul Disegno di legge costituzionale n. 1429 (Riforma del bicameralismo e del Titolo V) – Audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato*, seduta del 27 maggio 2014, in www.forumcostituzionale.it, p. 1. Come è noto, la sua composizione – «snodo centrale» (R. Bifulco, *Le proposte della Commissione per le riforme costituzionali sulla riforma del bicameralismo e la “scorciatoia” monocamerale*, in www.rivistaaic.it, 24 gennaio 2014, 3) del progetto di riforma costituzionale c.d. Renzi-Boschi – era di carattere elettivo di secondo grado avendo il legislatore della revisione privilegiato «il collegamento con l’istituzione piuttosto che con il territorio»: B. Pezzini, *La riforma del bicameralismo*, in www.rivistaaic.it, 2 maggio 2014, 7.

⁸⁰⁷ I. Ingravallo, *La partecipazione delle Regioni e delle Province autonome italiane alla formazione del diritto europeo dopo la l. 234/2012*, in L. Garofalo (a cura di), *cit.*, p. 45 ss.

Governo⁸⁰⁸.

A tale proposito, è stata evidenziata una “lacuna” contenuta nella legge in esame che riguarda la disciplina dei rapporti fra le Regioni e il Parlamento, essendo stato disatteso quanto contenuto nel Protocollo n. 2 sulla applicazione dei principio di sussidiarietà e proporzionalità allegato al TFUE. L’art. 8, c. 3, della legge in esame prevede, infatti, una “semplice” facoltà di consultazione delle assemblee regionali ai fini della definizione del parere parlamentare sulle politiche da adottare in ambito comunitario e l’art. 9, c. 2, della medesima legge stabilisce che, per quel che concerne i documenti adottati dalle Camere nel «dialogo politico con le istituzioni dell’Unione» si tenga conto «delle eventuali osservazioni e proposte formulate dalle regioni e dalle Province autonome»⁸⁰⁹.

L’art. 24 della legge n. 234 del 2012 prevede che i progetti di atti e gli atti preordinati alla formulazione dei medesimi e le loro modificazioni siano trasmessi alla Conferenza Stato-Regioni affinché siano inoltrati alle Giunte e ai Consigli regionali per i successivi adempimenti⁸¹⁰. I «progetti di atti legislativi dell’Unione Europea che rientrano nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province autonome»⁸¹¹ vengono trasmessi alla Conferenza dal Ministro per le politiche europee affinché sia garantita «un’informazione qualificata e tempestiva». In tal caso, il Governo è tenuto ad assicurare un costante aggiornamento anche con riferimento agli sviluppi del processo decisionale. Sempre a fini conoscitivi/informativi, il Governo, nelle materie di competenza regionale, cura una relazione che evidenzi il rispetto, da parte del progetto o dei progetti di atti comunitari, del principio di attribuzione e la conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, e che tratteggi le eventuali proposte di modifica e evidenzi l’impatto finanziario sulle Regioni e sugli enti locali.

La posizione italiana, complessivamente considerata, rispetto ai progetti di atti comunitari, è arricchita dalle «osservazioni» che i Consigli e le Assemblee *possono* trasmettere entro trenta giorni alle Camere dalla data di ricevimento dell’atto informando contestualmente la Conferenza Stato-Regioni⁸¹². Ove la materia ricada nella competenza legislativa delle Regioni, e nel caso in cui una o più Regioni ne facciano richiesta, il Presidente del

⁸⁰⁸ Art. 29, della legge n. 234 del 2012.

⁸⁰⁹ P. Caretti, *cit.*, p. 840.

⁸¹⁰ I. Ingravallo, *cit.*, p. 46.

⁸¹¹ Art. 24, c. 2, legge n. 234 del 2012.

⁸¹² Artt. 8 e 25, legge n. 234 del 2012.

Consiglio o un Ministro da lui delegato convoca la Conferenza Stato-Regioni, entro trenta giorni, proprio per consentire lo svolgimento del dibattito ed eventualmente far proprie le istanze delle Regioni. Decorso tale termine, o in caso di urgenza motivata sopravvenuta, il Governo procede anche in mancanza dell'intesa.

Viene confermata la c.d. "riserva di esame", già contenuta nella "legge Buttiglione", ove richiesta dalla Conferenza Stato-Regioni. Tale "riserva" ha lo scopo di consentire l'approfondimento delle questioni che le Regioni ritengono di maggiore criticità, anche in ordine alla concreta attuazione della normativa comunitaria con riferimento alle materie di loro competenza. Così, possono essere esaminate le istanze e valutate le priorità regionali onde permettere una loro più ampia presa in considerazione nella fase di indirizzo che il Governo dovrà assumere in sede europea. Dal momento della comunicazione alla Conferenza da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro per gli affari europei decorrono trenta giorni entro i quali la Conferenza Stato-Regioni è chiamata a pronunciarsi e definire, quindi, la propria posizione. Decorso tale termine, cioè in assenza del parere, il Governo può procedere allo svolgimento delle «attività dirette alla formazione dei relativi atti dell'Unione Europea»⁸¹³. Ai fini del coordinamento della partecipazione dell'Italia al processo normativo europeo, il Governo, nelle materie di competenza regionale, convoca i gruppi di lavoro, istituiti nell'ambito del Comitato tecnico di valutazione (di cui si avvale il Comitato Interministeriale per gli Affari Europei) e incaricati di prepararne i lavori. Tra l'altro, il suddetto Comitato tecnico, qualora «siano trattate materie che interessano le Regioni e le province autonome»⁸¹⁴, è integrato, nella sua composizione, dai rappresentanti delle Regioni e, negli ambiti di competenza degli enti locali, da rappresentanti indicati dalle associazioni degli enti locali. Tali gruppi di lavoro contribuiscono alla definizione della posizione italiana in sede di Unione Europea. Inoltre, il presidente del Consiglio dei Ministri è tenuto ad informare tempestivamente la Conferenza, nelle materie di competenza regionale, sulle proposte contenute nell'ordine del giorno del successivo Consiglio dell'Unione Europea, al fine di illustrare «la posizione che il Governo intende assumere» in tale consesso e trasmette le «risultanze delle riunioni»⁸¹⁵.

⁸¹³ Art. 24, c. 5, legge n. 234 del 2012.

⁸¹⁴ Art. 19, c. 5, legge n. 234 del 2012.

⁸¹⁵ Art. 24, cc. 8 e 9, della legge n. 234 del 2012. Invero, a livello regionale, gli Statuti dedicano una parte significativa alle disposizioni concernenti i rapporti con l'Unione Europea nei quali viene ribadito il loro

Sul piano dei rapporti Giunta-Consiglio regionale, il ruolo dell'esecutivo risulta essere particolarmente "forte" quanto alla determinazione degli interventi di attuazione del diritto comunitario⁸¹⁶, mentre gli strumenti di indirizzo in tema di politiche comunitarie a disposizione delle assemblee regionali risultano essere poco incisivi: le leggi regionali, infatti, appaiono alquanto vaghe nel disciplinare i poteri di indirizzo delle "assemblee" regionali nei confronti del Presidente e della Giunta. Invero, la legge regionale della Valle d'Aosta prevede l'approvazione di un documento pluriennale concernente le attività di rilievo internazionale della Regione, quella dell'Emilia-Romagna e della Regione Sardegna affida al Consiglio regionale il potere d'impulso ai fini della richiesta di convocazione della Conferenza Stato-Regioni. In generale, comunque, i poteri di indirizzo delle "assemblee" regionali in "materia" di politiche europee non sono in grado di incidere in modo significativo nella definizione della posizione italiana in ambito comunitario. Al più, può riscontrarsi solo un potere di orientamento del comportamento del Presidente della Regione, nell'ambito del sistema delle Conferenze, ma sempre in un quadro ordinamentale, per così dire, di carattere unitario⁸¹⁷. Inoltre, appare d'una certa importanza l'auspicio formulato dalle Regioni per favorire il miglioramento degli strumenti e dei meccanismi di funzionamento dei processi di partecipazione alla formazione e all'attuazione delle politiche comunitarie sia nell'ambito dei rapporti Giunta-Consiglio regionale sia nel quadro dei rapporti interistituzionali, ponendo in essere forme più strette di collaborazione con il Governo e il Parlamento attraverso il c.d. *early warning system* e nel contesto dei rapporti intercorrenti tra il Parlamento e le Istituzioni dell'Unione⁸¹⁸.

ruolo nella partecipazione alla formazione del diritto comunitario e in quello dell'attuazione degli atti comunitari, in particolare delle direttive. Le Regioni si sono dotate anche della legge regionale comunitaria in attuazione delle norme statutarie in materia. Sui contenuti dei diversi Statuti regionali, P. Mazzina, *Gli Statuti regionali e l'ordinamento comunitario: uno sguardo ad un sistema ancora in "costruzione"*, in R. Bifulco (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Torino, 2006, p. 285 ss.

⁸¹⁶ R. Manfredi, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, p. 275 s.

⁸¹⁷ F. Paterniti, *Legislatori regionali e legislazione europea. Le prospettive delle Regioni italiane nella fase ascendente di formazione del diritto dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2012, p. 190 ss.

⁸¹⁸ Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle regioni e delle Province autonome, *Audizione informale della Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome presso la XIV Commissione Politiche dell'Unione Europea della Camera dei Deputati, nell'ambito dell'esame congiunto del programma di lavoro della Commissione europea per il 2013, del programma di 18 mesi del Consiglio dell'Unione Europea per il periodo 1 gennaio 2013 – 30 giugno 2014 e della relazione programmatica sulla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea per il 2013*, in [http://www.parlamentiregionali.it/dbdata/documenti/\[51e7ad042c552\]dossieraudizionexiv17.07.13.pdf](http://www.parlamentiregionali.it/dbdata/documenti/[51e7ad042c552]dossieraudizionexiv17.07.13.pdf), 5.

Quanto alla partecipazione del sistema degli enti locali, l'art. 23, c. 1, della legge n. 234 del 2012, prevede che il Presidente del Consiglio, di sua iniziativa, o su richiesta del presidente dell'ANCI, del Presidente dell'UPI o di quello dell'UNCEM, convochi, almeno due volte l'anno, una sessione speciale della Conferenza Stato-Città ed autonomie locali dedicata alla trattazione delle politiche «di interesse degli enti locali». Anche tale Conferenza, peraltro, formula pareri, obbligatori e non vincolanti, in ordine ai criteri e alle modalità per conformare l'esercizio delle funzioni amministrative che riguardino le competenze degli enti locali all'osservanza e all'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario.

L'art. 26 della legge n. 234 del 2012 «assicura, per il tramite della Conferenza Stato-città e autonomie locali, un'adeguata consultazione dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane ai fini della formazione della posizione dell'Italia in relazione ad attività dell'Unione Europea che presentino specifica rilevanza negli ambiti di competenza degli enti locali». La norma, che ricalca i profili procedurali già evidenziati per quel che concerne la partecipazione regionale (trasmissione dei progetti e degli atti, trasmissione delle osservazioni al Governo, convocazione dei gruppi di lavoro; l'unica differenza concerne il termine di presentazione delle osservazioni che, invece dei trenta giorni previsti per le Regioni, è stabilito nell'atto con il quale vengono comunicati i progetti e gli atti oltre il quale il Governo può procedere autonomamente) si riferisce a quei progetti di atti (tra cui vanno annoverati i libri bianchi, i libri verdi e le comunicazioni) che possono riguardare le competenze, cioè le funzioni amministrative di cui all'art. 118 Cost., che involgono la realizzazione delle «politiche pubbliche più rispondenti alle istanze ed alle esigenze locali»⁸¹⁹.

⁸¹⁹ F. Manganaro, *I rapporti giuridici internazionali degli enti locali*, Torino, 2006, p. 28.

4. Considerazioni finali.

Volgendo lo sguardo indietro, anche solo di qualche decennio, ci si rende facilmente conto di come, perlomeno nei settori propri della ricerca giuspubblicistica, molte cose siano cambiate. Molte, però, non significa tutte. E il ragionamento vale anche, se non soprattutto, con riferimento allo specifico argomento trattato nel presente scritto.

Orbene, è indubbio che il “peso” oggi esercitato dalle istituzioni “unionali” e dalle autonomie regionali e locali sui poteri sovrani nazionali, nonché il quadro complessivo dei rapporti intercorrenti tra questi diversi livelli di governo, non poteva essere neanche lontanamente immaginato quando sono stati ratificati i primi Trattati istitutivi delle Comunità europee o quando si è effettivamente avviato il percorso di integrale regionalizzazione dell’ordinamento repubblicano italiano. Il ruolo dello Stato, tuttavia, non sembra essere venuto meno e neppure essere stato stravolto. Se l’abbandono del progetto di Costituzione per l’Europa⁸²⁰ e, più di recente, il caso “*Brexit*”⁸²¹ rappresentano solo due, tra le molteplici, concrete dimostrazioni di come gli Stati siano ancora – alla stregua di quanto ripetutamente affermato specialmente nella giurisprudenza costituzionale tedesca – «i signori dei Trattati», le novità costituzionali e legislative intervenute dall’inizio di questo millennio in Italia, rapidamente passate in rassegna nei paragrafi precedenti, risultano avvalorare l’impressione che sono soprattutto il tipo di riparto di competenze e il complesso di relazioni istituzionali e politiche “intra-nazionali” a condizionare tanto l’impegno comunitario verso le autonomie territoriali, quanto la vocazione esterna di queste ultime. Non è un caso, peraltro, che durante gli anni Cinquanta e Sessanta la già ricordata «cecità regionale» dell’organizzazione comunitaria trovava sostanziale corrispondenza nell’allora prevalente assetto centralistico di stampo francese nei Paesi membri (con l’eccezione della Germania Ovest, già funzionante come sistema federale, e dell’Italia, informata, però, ad un principio autonomistico ancora vieppiù solo sulla carta).

⁸²⁰ ... di cui il Trattato di Lisbona, pur con tutte le sue importanti innovazioni, è solo l’alternativa più *soft* capace di incassare l’assenso necessario all’interno di ciascun Paese membro. Sul punto, per tutti, v. F. Gabriele, *Europa: la “Costituzione” abbandonata*, Bari, 2008.

⁸²¹ ... ad oggi, peraltro, a poco meno di tre anni dal relativo *referendum*, ancora dagli esiti assai incerti. Per ripercorrere tutte le varie tappe della *Brexit*, che vanno dalle trattative precedenti al *referendum* sull’UE, tenutosi nel Regno Unito il 23 giugno del 2016, fino all’attuale situazione di stallo dei negoziati, tra il medesimo Regno Unito e l’Unione Europea, si rinvia, in particolare, a <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-uk-after-referendum/2016-uk-settlement-process-timeline/>.

E lo stesso è a dirsi circa gli sviluppi di “*visus*” autonomistico delle istituzioni europee registrati a partire dagli anni Settanta, i quali possono agevolmente essere riconnessi, innanzitutto, ai processi di (concreta e integrale) regionalizzazione realizzatisi in due Stati fondatori quali l’Italia e il Belgio; poi all’ingresso di nuovi *partner* nel frattempo totalmente o parzialmente regionalizzati, quali la Spagna e il Portogallo; ancora, alla successiva federalizzazione dello stesso Belgio, nonché all’adesione di un Paese di più solida e risalente tradizione federale come l’Austria; quindi, alle dinamiche politico-costituzionali proprie di altre realtà nazionali e riconducibili, segnatamente, alla formulazione di indirizzi assai meno centralistici in Francia e all’affermarsi addirittura della *devolution* nel Regno Unito⁸²².

Pertanto, non potendosi, almeno per ora, fare a meno degli Stati come elementi strutturali diversificati del sistema superiore che essi vanno a comporre e che essi contribuiscono a far progredire e orientare, a loro resta riservata la prerogativa di disciplinare (*in primis* a livello di ordinamento costituzionale e poi in sede di attuazione dello stesso ordinamento) la maggior parte dei profili organizzativi dei pubblici poteri esistenti nel territorio nazionale⁸²³. Siffatto sistema, vuoi per la scarsa legittimazione di cui gode, vuoi per l’inadeguatezza o l’insufficienza dell’armamentario normativo ed amministrativo di cui è dotato, pur potendo formulare una propria politica regionale e locale, ancora non ha (e forse mai avrà) le risorse necessarie per prescindere da molte scelte, fondamentali e non, che vengono operate internamente.

Tali scelte, con specifico riferimento alla realtà italiana, risultano, per quanto non più

⁸²² In questo senso, *ex multis*, v. G. Sirianni, *La partecipazione delle Regioni alle scelte comunitarie. Il Comitato delle Regioni: organizzazione, funzioni, attività*, Milano, 1997, p. 7 ss.; A.W. Pankiewicz, *Realtà regionali ed Unione europea: il Comitato delle Regioni*, Milano, 2001, p. 2 ss.; A. D’Atena, *Le Regioni e l’Europa*, in *Quad. reg.*, 2002, p. 374; A. Marzanati, *Art. 5*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia)*, Milano 2003, p. 388; A. Patroni Griffi, *La dimensione regionale e locale*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, p. 1 ss.; R. Albenzio, *Il potere estero delle Regioni: uno sguardo comparato*, in L. Garofalo (a cura di), *I poteri esteri delle Regioni*, cit., p. 107 s.; P. Scarlatti, cit., p. 3 ss.; D’Atena, cit., p. 371. Di diverso avviso sembrano essere P. Caretti e G. Tarli Barbieri, cit., 407, e G. Morgese, *La partecipazione degli enti territoriali italiani ai processi decisionali dell’Unione Europea*, in E. Triggiani, A.M. Nico e M.G. Nacci (a cura di), *Unione Europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, Bari, 2018, p. 91 ss.

⁸²³ Come ritiene, *ex aliis*, M. Nicolini, cit., p. 1 ss., nonostante gli indubbi progressi registrati all’interno dell’ordinamento comunitario (il quale non può più «prescindere dalle Regioni sia in relazione alla propria organizzazione, sia con riferimento all’esercizio delle proprie competenze») (p. 8), valga tuttora il principio della piena «autonomia istituzionale» dei Paesi membri (secondo cui «lo Stato è libero di adottare la struttura costituzionale ritenuta più adeguata, l’articolazione politico-territoriale esistente al proprio interno costituendo un elemento rimesso alla piena disponibilità dello Stato medesimo») (p. 3).

pregiudizialmente ostracistiche nei confronti delle autonomie territoriali, comunque scarsamente funzionali al loro coinvolgimento con pienezza di poteri nella determinazione (c.d. fase ascendente) e nel recepimento (c.d. fase discendente) della normativa comunitaria. In definitiva, il problema sembra risiedere non tanto nella lentezza, nella timidezza o nella confusione che, nondimeno, il legislatore ordinario continua a mostrare di avere sul tema⁸²⁴ (e neppure nella scarsa consapevolezza delle medesime autonomie del proprio ruolo in Europa⁸²⁵), quanto nella perdurante mancanza di un definitivo passaggio ad un regime di carattere autenticamente federale, tramite, prima di tutto, la (effettiva e razionale) trasformazione di un ramo del Parlamento in una Camera di rappresentanza delle periferie (capace di far valere adeguatamente gli interessi di queste ultime, coordinandoli preventivamente con quelli centrali, e, di conseguenza, anche di accrescerne il peso oltre i confini statali)⁸²⁶.

Come comprovano molti sistemi giuridici del Nuovo continente (a partire, ovviamente, da quello statunitense) ed altri del Vecchio continente (specialmente quello tedesco), è l'esistenza stessa di un Senato federale non solo ad offrire agli enti sub-statali le migliori garanzie «centro-vincolanti»⁸²⁷, ma a fornire la risposta più completa e affidabile al problema della tenuta del principio autonomistico anche in dimensione sovranazionale⁸²⁸.

⁸²⁴ P. Caretti, *cit.*, p. 844, in proposito, evidenzia come, anche e soprattutto in tema di rapporti tra enti territoriali diversi, emerge quella «irrefrenabile tendenza del nostro legislatore a costruire procedure caratterizzate da un esasperato gusto barocco». V., altresì, P. Bilancia, *Il modello europeo di multilevel governance*, cit., 8, la quale parla di un sistema, per quanto riformato, ancora «carente, se non addirittura disfunzionale, alla luce dell'assenza di un potere anche soltanto parzialmente vincolante in capo alle Regioni».

⁸²⁵ Così G. Morgese, *cit.*, p. 106, il quale afferma che, «ancor oggi, troppe Regioni fanno fatica a seguire il gran numero di proposte di atti UE sottoposte alla loro attenzione e, più in generale, utilizzano poco gli strumenti che l'ordinamento mette loro a disposizione, a cominciare da quelli relativi alla fase "ascendente"».

⁸²⁶ Secondo il prezioso insegnamento di D.J. Elazar, *Idee e forme del federalismo* (1987), tr. it. di L.M. Bassani, Milano, 1998, *passim*, ma spec. p. 5 ss., un sistema federale si fonda istituzionalmente sulla combinazione di «autogoverno (*self-rule*) e governo comune (*shared-rule*)» e si realizza politicamente perlopiù in «forma di negoziato, in modo che tutti possano partecipare ai processi di elaborazione e di esecuzione delle decisioni del sistema stesso».

⁸²⁷ Così B. Baldi, *Stato e territorio. Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2003, p. 33 ss., la quale vede nella effettiva esistenza di simili garanzie, piuttosto nella quantità di potere distribuito sul territorio, l'*ubi consistam* di una organizzazione genuinamente federale.

⁸²⁸ Invero, negli ordinamenti federali esiste una Camera territoriale che, laddove consente la massima partecipazione e condivisione dei poteri sovrani, funge da valido freno alle reazioni eccessivamente centripete facilmente provocabili da governi periferici che si occupano di affari esteri, o, almeno, da strumento di compensazione, allorché la sottrazione di funzioni ai medesimi governi si rilevi – in quanto non unilateralmente decisa – obiettivamente inevitabile. Per approfondimenti di carattere comparato sullo specifico tema, *ex aliis*, v. A. Reposo, *Autonomie locali e potere estero (spunti comparatistici)*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 145 ss.; R. Bifulco, *forme di Stato composto e partecipazione dei livelli regionali alla formazione della volontà statale sulle questioni comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 101 ss.; L. Pegoraro, A. Rinella,

In proposito si è detto che questa assemblea parlamentare, così ristrutturata, potrebbe riappropriarsi «di ogni autorevole prerogativa costituzionale, forte di volere rappresentare il *trait d'union* delle scelte territoriali con più adeguata integrazione della “nazionalità”, verso i soggetti esponenziali dell’Europa comunitaria»⁸²⁹.

In perdurante assenza di un simile congegno costituzionale – sulla cui introduzione, peraltro, quasi tutti, almeno a parole, sono d’accordo – il legislatore italiano, anche nel settore oggetto di queste nostre riflessioni, ha fatto un ampio, forse anche inevitabile e, ad ogni modo, assai complicato, ricorso ad altri strumenti e sedi di raccordo, «tipo Conferenza Stato-Regioni *et similia*», i quali, però, – come qualcuno ha suggestivamente rimarcato – «quanti meno ce ne sono» tanto meglio contribuiscono a far funzionare il sistema e ad avvicinarlo ad uno di carattere autenticamente federale⁸³⁰.

Ne discende che – alla stregua di quanto qualcun altro ha precisato – se, per un attimo, immaginassimo come avvenuta la trasformazione del Senato della Repubblica nel senso indicato, ci accorgeremmo di come buona parte delle disposizioni della stessa legge n. 234 del 2012 (e, comunque, della totalità, o quasi, di quelle specificamente dedicate alla partecipazione delle autonomie territoriali alla formazione e all’attuazione del diritto europeo) diventerebbero completamente «superflue, con innegabili vantaggi in termini di

Principio di autonomia e forma dello Stato. La partecipazione delle collettività territoriali alle funzioni dello Stato centrale nella prospettiva comparata, in *Le Regioni*, 1998, p. 1427 ss., 1450 p. ss.; F. Palermo, *Il potere estero delle Regioni. Ricostruzione in chiave comparata di un potere interno alla costituzione italiana*, Padova, 1999; J.H.H. Weiler, *Le relazioni esterne di soggetti non unitari: l’approccio misto e il principio federativo*, in ID., *La Costituzione dell’Europa*, tr. it. di F. Spadi e S. Ninatti, Bologna, 2003, p. 219 ss.; S. Gozi, *Regioni europee e processi decisionali dell’Unione: quale equilibrio? I casi di Belgio, Spagna, Germania e Regno Unito*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 339 ss.; J. Woelk, *La partecipazione diretta degli enti substatuali al processo decisionale comunitario. Considerazioni comparative*, in *Le Regioni*, 2003, p. 575 ss.; A. Torre, *Devolution e regionalismo nel Regno Unito: nuove strutture istituzionali ed esperienze di politica estera*, in M. Buquicchio (a cura di), *cit.*, p. 79 ss.; M. Calamo Specchia, *La funzione di politica decentrata: profili comparati*, *ivi*, 109 ss.; M.R. De Leo, *La funzione di politica estera decentrata*, *ivi*, p. 143 ss.; S. Mabellini, *Identità culturale e dimensione territoriale delle Regioni in Europa*, Milano, 2008; R. Albenzio, *cit.*, p. 107 ss.; F. Bruno, *Stati membri e Unione Europea. Il difficile cammino dell’integrazione*, Torino, 2012.

⁸²⁹ Così E. Cuccodoro, *Il mutamento istituzionale in direzione del diritto pubblico territoriale*, in ID. (a cura di), *Confine territoriale della comunità globale*, Bari, 2003, p. 85, secondo cui si tratterebbe di «“ritoccare” la *facies* del nostro Senato» per renderlo capace di favorire la reciproca conoscenza e di riequilibrare le rispettive necessità «fra l’uno e il multiplo, fra il centro e la periferia». In questo modo – prosegue l’A. – sarebbe possibile «tracciare il cammino verso particolari avanzate espressioni istituzionali di sovranità» da far valere anche in sede sovranazionale (*ibidem*).

⁸³⁰ L. Mazarroli, *Relazione introduttiva*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 177 ss. Sul punto G. Morgese, *cit.*, p. 107, ritiene che un Senato ristrutturato in senso federale assumerebbe i compiti di raccordo e coordinamento attualmente svolti dal sistema delle Conferenze, stimolando una maggiore coscienza europea degli enti territoriali e facendo aumentare il loro grado di coinvolgimento in sede ultra-statale.

semplificazione, funzionalità, efficacia e coerenza del sistema»⁸³¹.

Abstract: Nonostante nel corso degli anni le istituzioni europee abbiano abbandonato l'atteggiamento di indifferenza verso i livelli di governo regionali (e locali), appare ancora necessaria la mediazione del diritto statale per cogliere adeguatamente le opportunità di partecipare offerte loro dal sistema giuridico sovranazionale. Da qui emerge la necessità di un'analisi giuridica focalizzata soprattutto sul piano degli sviluppi ordinamentali registrati in ambito interno. In Italia, le numerose riforme introdotte in materia appaiono ancora non soddisfare pienamente l'esigenza di tutelare il valore dell'autonomia territoriale oltre i confini statali soprattutto per la perdurante mancata trasformazione del Senato della Repubblica in una Camera federale.

Abstract: Despite the fact that over the years the European institutions have abandoned the attitude of indifference towards regional (and local) levels of government, the mediation of State law still seems necessary to adequately capture the opportunities to participate offered by the supranational legal system. From this emerges the need for a legal analysis focused mainly on the plan of internal regulatory developments. In Italy, the numerous reforms introduced on this matter still do not fully meet the need to protect the value of territorial autonomy beyond State borders, especially because of the persistent failure of the Senate to transform into a Federal Chamber.

Parole chiave: Sovranità – Regioni – Enti locali – Unione europea.

Key words: Sovereignty – Regions – Local Authorities – European Union.

⁸³¹ P. Caretti, *cit.*

Notizie sugli Autori

Vincenzo Sciascia - Magistrato e Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia, Università di Bari "A. Moro"

Raffaele Picaro - Professore Associato di Diritto privato - Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

Guillaume Protière - Maitre de conférences HDR en droit public – Université de Lyon 2-Lumière. Doyen de la faculté de droit Julie-Victoire Daubié

Stefania Cavaliere - Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Nadezhda Vyacheslavona Chub - Associate Professor of Constitutional law - Università di Kursk

Cristina Bertolino - Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico - Università di Torino

Tanja Cerruti - Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico - Università di Torino

Giampiero Buonomo - Consigliere parlamentare

Luca Di Majo - Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna "Alma mater studiorum"

Giovanni Terrano - Docente a contratto di Istituzioni di diritto pubblico - Università di Napoli "Federico II"

Simone Berretta - Dottore in Giurisprudenza - Università di Torino

Luca Longhi - Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico - Università telematica “Pegaso”

Andrea Napolitano - Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale - Università di Napoli
“Federico II”

Maria Chiara Girardi - Dottoranda di ricerca in Diritti umani. Teoria, storia e prassi -
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Lea Brizzi - Dottoressa di ricerca in Ordine internazionale e tutela dei diritti individuali -
Università di Napoli Federico II

Valentina Spagna - Dottoressa di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Napoli
“Federico II”