



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 2/2019
ISSN 2421-0528

SOMMARIO

Editoriale

Alberto Lucarelli – *La nomina Von Der Leyen. Contenuti, orizzonti e questioni di metodo* (p. 1)

Saggi

Sara Lieto – *Riforme costituzionali in itinere e ricadute sull'aspetto democratico rappresentativo. Riflessioni in prospettiva* (p. 8)

Maria Antonella Gliatta – *Ambiente e principio democratico. Qualche considerazione a partire dal d.lgs, n. 104 del 2017* (p. 24)

Michele Francaviglia – *Servizi pubblici, diritti fondamentali degli utenti, principio di eguaglianza. Appunti per un percorso di diritto costituzionale* (p. 45)

Giovanni Luchena – *La sterilizzazione parziale delle clausole di salvaguardia* (p. 78)

Francesco Gaspari – *Radiofrequency radiation, legislative omissions and the principle of precaution* (p. 85)

Luca Longhi – *La valutazione ambientale strategica dei piani urbanistici tra uso ordinato del territorio ed efficienza amministrativa. (Nota a C. Cost., sent. n. 118/2019)* (p. 114)

Simone Neri – *Note minime alla sentenza n. 198 del 2018 della Corte costituzionale. Il conflitto tra lo Stato e le Regioni sulla nuova disciplina della valutazione di impatto ambientale* (p. 125)

Armando De Crescenzo – *Brevi note sul "caso Siri". Revoca del Sottosegretario di Stato tra "incertezze" normative e impatto sulla forma di governo* (p. 164)

Marialaura Rea – *L'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGCM nel processo civile. Verso il superamento dei dubbi di costituzionalità alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019* (p. 180)

Giada Ragone – *The GMO authorization procedure in EU: inclusivity access to justice and participation in decision-making* (p. 206)

Articoli, note, commenti

Agatino Giuseppe Lanzafame – *Alcuni partiti di “nuova generazione” visti attraverso i loro statuti. Tendenze e problemi* (p. 151)

Materiali

Franco Roberti – *Per un diritto pubblico europeo dei flussi migratori. Il binomio inscindibile legalità - sicurezza* (p. I)

Daniel Borrillo – *Presentazione del libro di Daniel Borrillo. Disporre del proprio corpo, un diritto ancora da conquistare* (TEXTUEL, Paris, 2019) (p. IV)

Notizie sugli autori (p. 231)

DIRITTO PUBBLICO EUROPEO – RASSEGNA ON LINE**N. 2/2019****EDITORIALE****LA NOMINA VON DER LEYEN.****CONTENUTI, ORIZZONTI E QUESTIONI DI METODO.**

di Alberto Lucarelli*

1

Sommario. 1. Il metodo. 2. I contenuti. 3. Per un diritto pubblico europeo dell'economia: cenni.

1. Il metodo.

Come è noto, il presidente della commissione, ai sensi dell'art. 17, comma 6, lett. a) TUE, definisce gli orientamenti dell'azione politica dell'UE, nel cui quadro la commissione esercita i suoi compiti.

Volendo utilizzare le categorie classiche del costituzionalismo moderno, potremmo dire che il presidente della commissione determina l'indirizzo politico dell'Unione europea, posto poi in essere ed attuato, secondo le rispettive competenze, dal consiglio europeo, dalla commissione, dal parlamento europeo.

Un indirizzo politico *bien caché* fino al suo discorso, in quanto, a differenza dei modelli democratici classici, nelle sue varie forme di organizzazione, e nelle sue varianti di rappresentanza, esso non costituisce un *continuum* naturale con il programma dei partiti politici. Questa cesura tra voto politico, rappresentanza ed indirizzo politico risulta evidente nell'ultimo procedimento di nomina del presidente della commissione.

Ursula von der Leyen non era uno *spitzenkandidat*, ovvero non era stata indicata dai partiti coinvolti nella competizione elettorale europea a ricoprire la carica di presidente della

* Professore ordinario di diritto Costituzionale – Università di Napoli “Federico II”. Condirettore della rivista *Diritto pubblico europeo – Rassegna on line*.

commissione a seguito dei risultati elettorali¹. Si è trattata dunque di una nomina condivisa secondo un metodo intergovernativo, che ha visto il parlamento europeo sostanzialmente ratificarla.

Ai sensi dell'art. 17, comma 7 TUE, tenuto conto delle elezioni del parlamento europeo, e dopo avere effettuato le consultazioni appropriate, il consiglio europeo, in data 28 giugno 2019, deliberando a maggioranza qualificata, ha proposto al parlamento europeo Ursula von der Leyen alla carica di presidente della commissione.

Frau von der Leyen, il giorno prima del voto del consiglio europeo, presentava frettolosamente le dimissioni da ministro alla difesa del governo presieduto da Angela Merkel. Il suo operato, nell'ambito del *Bundes Regierung* era stato fortemente criticato in Germania, e non solo, soprattutto per incapacità, così si è detto di natura gestionale². Va tuttavia detto, a sua parziale discolta, che nella Repubblica federale tedesca, da sempre, il ministero della difesa è inteso come un *Ministerium* molto complesso e scivoloso.

Un candidato, come detto, assolutamente estraneo al rapporto politico che si era configurato per altri candidati, sulla base di una proposta al corpo elettorale, mediata dai partiti politici e quindi interna al circuito della rappresentanza.

Volendo far ricorso alle categorie classiche del costituzionalismo moderno, il metodo intergovernativo della cooptazione ha prevalso sul circuito della rappresentanza e sul binomio classico esecutivo (commissione) e legislativo (parlamento europeo), nel quale, appunto l'esecutivo è espressione della rappresentanza, a seguito di una proposta elettorale.

¹ In vista delle elezioni europee del 2014 ed alla luce del nuovo articolo 17 TUE introdotto dal Trattato di Lisbona, che consente per la prima volta di "eleggere" il presidente della commissione europea, le famiglie politiche europee hanno indicato in anticipo il loro candidato alla presidenza della commissione. Tale prassi (che riecheggia la prassi degli *spitzenkandidaten* prevista dall'ordinamento tedesco) è stata reiterata in occasione delle elezioni del 2019, ma l'accordo intergovernativo scaturito dal Consiglio europeo del 28 giugno non ha tenuto in considerazione le indicazioni dei partiti politici europei, al contrario di ciò che avvenne nel 2014, quando Junker fu nominato dal Consiglio europeo (e successivamente eletto dal Parlamento europeo) in quanto *spitzenkandidaten* del partito che allora raggiunse la maggioranza alle elezioni. In dottrina, per una prospettiva critica sulla prassi, potenzialmente lesiva degli equilibri istituzionali tra Consiglio europeo e Parlamento europeo, B. Guastaferrò, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *Studi sull'integrazione europeo*, n. 4/2014. Si veda, per una diversa prospettiva, E. Raffiotta, *Gli Spitzenkandidaten e il necessario rafforzamento politico dell'UE*, in *federalismi.it*, 11, 2019. il quale osserva come, in ogni caso, la prassi degli *spitzenkandidaten* vada nella direzione necessaria del rafforzamento democratico e politico delle Istituzioni UE. Se è vero che in passato il progetto eurounitario ha subito di un eccessivo deficit democratico, il Trattato di Lisbona ha sicuramente, se non colmato, quanto meno decisamente attenuato tale deficit attraverso il consolidamento del ruolo del Parlamento europeo e degli istituti di partecipazione.

² Sull'operato della neo-eletta Presidente della Commissione in qualità di Ministro della difesa in Germania, e, più in generale sulla sua carriera politica, si veda il ritratto di A. Carli, *Chi è von der Leyen, ministro della Difesa di Merkel che guiderà la Commissione Ue*, in *Il Sole 24 ore* del 16 luglio 2019.

In realtà, stante la diarchia del potere legislativo in ambito europeo, ha prevalso, *de facto*, nel processo di investitura del vertice dell'esecutivo, la dimensione governativa (consiglio europeo) su quella rappresentativa (parlamento europeo).

Pertanto, a seguito di una decisione politica, frutto della volontà degli Stati, formalmente, sulla base della procedura dettata dall'art. 17, comma 7 TUE, il parlamento europeo, il 16 luglio 2019, eleggeva presidente della commissione, a maggioranza assoluta, Ursula von der Leyen.

Si è trattato, dunque, di una ratifica parlamentare, di una scelta avvenuta tra gli esecutivi, ma soprattutto di un voto del parlamento europeo, non pienamente consapevole del progetto politico, redatto in gran fretta dalla von der Leyen.

Il progetto, infatti, veniva reso pubblico soltanto quando la stessa si presentava in parlamento per ottenere il voto di fiducia. Il suo progetto politico emergeva, dal punto di vista metodologico e procedurale, in maniera convulsa e non partecipata, espresso in sedi politiche ed economico-finanziarie, sicuramente *calato dall'alto* e non partecipato.

Il discorso comincia in francese, continua in tedesco e in inglese, il congedo è anche in italiano. Non è un caso, infatti, il neo-presidente della commissione vuole dimostrare, anche attraverso l'utilizzo di più lingue, la sua natura fortemente europea, la dimensione e proiezione europeista.

Questo lo scenario politico-istituzionale, fortemente criticato sia dai *parlamentaristi* europei, che immaginano, appunto, un esecutivo ed il suo *leader* espressione del parlamento europeo, in un quadro ortodosso della democrazia della rappresentanza, sia da chi spinge in Europa per una democrazia maggiormente partecipata (democrazia partecipativa)³, in grado di coinvolgere i cittadini, attraverso plurimi modelli di partecipazione politica⁴, e non solo *partitici*, nella determinazione dell'indirizzo politico europeo.⁵

³ In tal senso, si vedano fra gli altri, DiEM25 *Democracy in Europe Movement 2025, L'Europa sarà democratizzata o si disintegrerà* e il Manifesto del Movimento federalista europeo <http://www.mfe.it/site/index.php/2019-i-choose-europe/manifesto-dei-federalisti-europei>, entrambi tesi, con sfumature a diverse a valorizzare il ruolo del parlamento, della democrazia partecipativa, a partire dalla elezione di un'Assemblea Costituente, espressione della sovranità popolare europea.

⁴ Sul punto sia consentito rinviare a A. Lucarelli, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Dir. pubbl. eur. – Rassegna on line*, gennaio 2015, pp. 3-5.

⁵ Sui nuovi *cleavages* politico istituzionali che attraversano il parlamento europeo in seguito alle elezioni del 26 maggio, si rinvia a S. Fabbrini, *von der Leyen schiacciata tra Parlamento e Consiglio*, in *Il Sole 24 ore*, 22 luglio 2019, il quale evidenzia altresì l'anomalia delle maggioranze variabili che fuoriescono da una

2. I contenuti.

Passiamo al programma della Von der Leyen, formalmente presentato al parlamento europeo, prima di essere eletta presidente, la prima donna a ricoprire questo ruolo.

Eletta con una maggioranza di 383 voti, il quorum richiesto era 374, quindi sulla base di una maggioranza debole e molto complessa, che da una parte ne dovrebbe complicare la sua azione politica, ma dall'altra dovrebbe evitare continui compromessi di natura decisionale.

Nel suo discorso-programma, la neo-presidente pone la priorità sulla questione ambientale. E ciò ha una singolarità, anche nella considerazione che, fino a quel momento, la sua attività politica non si era caratterizzata per un'attenzione particolare alle questioni ambientali. Certo, va anche tenuto conto che *Die Gruenen* (i verdi tedeschi), che non l'anno votata, hanno ottenuto, nell'ultima tornata elettorale europea, il 20,5% dei voti, secondi soltanto alla CDU con 22, 6%, quindi più del SPD che siede nel governo di Angela Merkel⁶.

La sua sfida, annuncia la neo-presidente, è la salute del pianeta. Dichiarò di volere che l'Europa diventi il primo continente a impatto climatico zero del mondo intero entro il 2050.

Il suo obiettivo è ridurre le emissioni di CO₂ del 50% entro il 2030, se non addirittura del 55%. Dichiarò che presenterà un *Green Deal* per l'Europa nei primi cento giorni del suo mandato, e proporrà la prima e vera *legge europea* sul clima, traducendo l'obiettivo del 2050 in disposizioni giuridicamente vincolanti.

In tal senso, si impegna a proporre un piano di investimenti per un'Europa sostenibile,

contrapposizione classica europeisti v. sovranisti e sinistra v. destra. Non è un caso che la von der Leyen sia stata eletta dal parlamento europeo con una maggioranza molto risicata, grazie al sostegno dei sovranisti polacchi ed ungheresi.

⁶*Die Grünen* tedeschi spingono per l'uscita totale della Germania dal carbone, anche se sono consapevoli che si tratta di un percorso da fare a tappe, e non in un minuto; condividono la bussola dei 17 goal dell'Agenda Onu 2030 per lo Sviluppo sostenibile; non accettano passi indietro rispetto agli accordi Parigi sul clima. Si battono per i diritti sociali, specie dei giovani: dallo studio alla casa e agli alloggi popolari, dal lavoro al godimento del tempo libero. E per trovare risorse con le quali finanziare il *welfare* nazionale ed europeo, *Die Grünen* tedeschi sono molto espliciti nel chiedere tasse versate, e non evasione fiscale, ai giganti americani del web. Tasse da pagare in Europa. Come i tributi fiscali, previsti anche per scoraggiare un certo tipo di consumi, proposti dai Verdi su buona parte del lunghissimo elenco dei prodotti usa-e-getta ancora in circolazione. Oggetti, ricordiamolo, quasi sempre di plastica. Al contrario, secondo *Die Grünen* tedeschi, lo sviluppo dell'economia circolare non può non passare anche per forme di incentivazione e di benefici fiscali.

trasformando una parte della Banca europea per gli investimenti in una banca climatica europea, sbloccando mille miliardi di euro di investimenti nel prossimo decennio. Alle emissioni, in tutti i settori, dai trasporti aerei ai trasporti marittimi, dovrà corrispondere un prezzo in grado di cambiare i comportamenti. Dichiarò inoltre di voler introdurre una imposta sul carbonio alle frontiere, per evitare la rilocalizzazione delle emissioni di carbonio.

Insomma, un *green political project* molto ambizioso, che ovviamente dovrà fare i conti con la maggioranza che l'ha eletta, con i membri della commissione e soprattutto con gli interessi *lobbistici*.

Ska Keller, leader dei *Die Grünen* tedeschi⁷ nel parlamento europeo, ha affermato che la von der Leyen non abbia fatto, nel suo discorso, una proposta concreta: nulla sul cambiamento climatico, nulla sul salvataggio delle vite in mare, niente sullo stato di diritto. Inoltre, secondo la Keller, non avrebbe assunto alcun impegno chiaro su come aumentare la democrazia in Europa, anche attraverso il sistema degli *spitzenkandidaten*.

La vera anomalia dello scenario post-elettorale, infatti, è che i Verdi, quarto eurogruppo nell'aula di Strasburgo, non avranno alcun rappresentante in Commissione. Lo spostamento a favore di dinamiche squisitamente intergovernative, e dunque la scelta di nominare il Presidente della Commissione (e successivamente i membri della stessa) alla luce di un compromesso tra Stati, più che alla luce dei risultati elettorali alle elezioni del Parlamento europeo, come pure suggerisce l'articolo 17 TUE, ha svantaggiato i Verdi, forza politica che, non essendo parte della compagine governativa di nessuno degli Stati membri, è stata esclusa dal *pacchetto* di nomine frutto di un delicato compromesso tra gli esecutivi degli Stati membri. La vicenda costituisce un ulteriore elemento che allontana l'organizzazione istituzionale dell'UE dal principio di rappresentanza, ed in senso più

⁷ La Baerbock, leader dei verdi tedeschi, è un personaggio da studiare, per capire non solo le radici del successo dei Verdi in Germania, ma anche la profondità e la modernizzazione del loro programma politico: poco ideologico e saldamente pragmatico. Un programma, trasversale, molto condiviso dalle fasce giovanili della popolazione. Per esempio: i *Grünen* tedeschi spingono per l'uscita totale della Germania dal carbone, anche se sono consapevoli che si tratta di un percorso da fare a tappe; condividono la bussola dei 17 goal dell'Agenda Onu 2030 per lo Sviluppo sostenibile; non accettano passi indietro rispetto agli accordi Parigi sul clima. Si battono per i diritti sociali, specie dei giovani: dallo studio alla casa e agli alloggi popolari, dal lavoro al godimento del tempo libero. E per trovare risorse con le quali finanziare il welfare nazionale ed europeo, i *Grünen* tedeschi sono molto espliciti nel chiedere tasse versate ai giganti americani del web, da pagare in Europa. Ma anche tributi fiscali per scoraggiare un certo tipo di consumi, quali i prodotti usa-e-getta ancora in circolazione. Oggetti, ricordiamolo, quasi sempre di plastica. Infine, secondo i *Grünen* tedeschi, lo sviluppo dell'economia circolare non può non passare anche per forme di incentivazione e di benefici fiscali.

ampio, dalla categoria della sovranità popolare, riconducendola ad una espressione di natura intergovernativa.

3. Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Cenni.

Il secondo passaggio del discorso *tocca*, seppur in maniera molto marginale, la forma di Stato, il rapporto autorità-libertà, il modello socio-economico delle istituzioni europee. Più volte abbiamo scritto su tale modello⁸, sulle radici ordo-liberali, sulla sua propensione, in particolare dopo il Trattato di Maastricht, a fondarsi sul principio della *competition law*, piuttosto che sul principio solidaristico.

La von der Leyen sembra proporre una torsione a tale modello, valorizzando ciò che abbiamo definito, a più riprese, il *diritto pubblico europeo dell'economia*. Sembra voler ispirare la sua azione politica ai principi di coesione economico-sociale e territoriale, solidarietà, eguaglianza sostanziale, trattare in maniera diversa dal punto di vista economico-finanziario territori più deboli e svantaggiati. “Non lasciamo dietro nessuno”, dice, questa è la via europea, da percorrere, anche laddove necessario con una certa flessibilità, anche se non si spinge ad affermare una modifica del patto di stabilità e di crescita. L'economia deve essere al servizio dei cittadini e non i cittadini al servizio dell'economia.

Insomma, proclami importanti che sembrano mettere in discussione un'Europa che sembrava ormai completamente ammalata dalla *competition law*, in netta regressione rispetto alle conquiste sociali delle Costituzioni *post second war*. Importante poi il passaggio sui doveri. La solidarietà e l'eguaglianza sostanziale si reggono su un fisco equo,

⁸ In merito al diritto pubblico europeo dell'economia, quale strumento di riequilibrio, rispetto a politiche europee ispirate e mosse prevalentemente dal diritto della concorrenza sia consentito rinviare da ultimo a A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Diritto pubblico europeo on line*, n. 1/2019, p. 19. Il tentativo, da anni, è quello di sostenere e dimostrare che in Europa sia possibile individuare spazi e basi giuridiche per un ruolo attivo di soggetti pubblici e comunità intermedie, che abbiano quali priorità il soddisfacimento dei diritti fondamentali dei cittadini, a prescindere da esigenze di mercato e di stabilità dei prezzi. L'obiettivo deve essere quello d'individuare dei *principi costituzionali europei*, quali possibili fonti ispiratrici delle politiche pubbliche. L'idea di fondo deve essere quella di verificare l'esistenza, accanto al diritto della concorrenza, che si basa in prevalenza su regole di natura privatistica, tese a soddisfare le libertà economiche di imprese e cittadini all'interno del mercato, di un complesso di principi e regole finalizzate alla tutela ed alla garanzia dei diritti sociali, secondo logiche di equità e solidarietà, tipiche dello Stato sociale. Il risultato non deve essere quello di abbandonare lo Stato sociale ma di portarlo su scala europea. Diversi saggi sul tema sono stati raccolti in Idem, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Esi, Napoli, 2016, *passim*.

ed è inammissibile che le grandi multinazionali della tecnologia facciano i loro grandi profitti traendo vantaggio dal nostro sistema di istruzione, dalla nostra forza lavoro qualificata, dalle nostre infrastrutture, dai nostri sistemi di sicurezza sociale, senza pagare praticamente imposte, poiché sfruttano i meccanismi dei nostri sistemi fiscali. Ai loro diritti, legati alla libertà di impresa, devono derivare anche obblighi e doveri di solidarietà, a partire dal versare imposte eque.

RIFORME COSTITUZIONALI IN ITINERE E RICADUTE SULL'ASSETTO DEMOCRATICO RAPPRESENTATIVO. RIFLESSIONI IN PROSPETTIVA*.

di Sara Lieto**

Sommario. 1. Questione di metodo. – 2. L'iniziativa legislativa popolare “rinforzata” e il referendum. – 3. La riduzione del quorum di validità delle consultazioni referendarie. – 4. Il ruolo della Corte costituzionale. – 5. Problemi di attuazione della nuova disciplina costituzionale. – 6. La riduzione del numero dei parlamentari. – 6.1. L'impatto della riforma sull'organizzazione dei lavori delle Camere.

8

1. Questione di metodo.

Sono in corso due procedimenti di revisione costituzionale, in attuazione del c.d. “contratto di governo”¹, aventi ad oggetto la proposta di legge in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum (A.S. n. 1089) e quella di riduzione del numero dei parlamentari (A.S. n. 214-515-805-B). La prima, approvata dalla Camera dei deputati, è all'esame in Commissione Affari costituzionali al Senato. La seconda è stata approvata dal Senato l'11 luglio, in seconda deliberazione, a maggioranza assoluta dei suoi componenti. Il provvedimento è poi tornato all'esame della Camera.

Sul piano del metodo, siamo di fronte ad interventi di modifica circoscritti che, da un certo punto di vista, possono destare meno preoccupazioni rispetto a quelli a più ampio spettro. Com'è noto, una delle maggiori perplessità suscitate dal tentativo di revisione costituzionale del 2016 (c.d. Riforma Renzi-Boschi) ha riguardato propriamente l'estensione del disegno di legge e l'impostazione di vera e propria riforma organica dell'iniziativa. Ciò detto, tuttavia, la salvaguardia dell'equilibrio della struttura costituzionale, nel suo complesso, non è, in assoluto, garantita da interventi puntuali che

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli “Parthenope”.

¹ Il riferimento è al “Contratto per il governo del cambiamento” sottoscritto da Luigi Di Maio, Capo politico del Movimento 5Stelle e da Matteo Salvini, Segretario Federale della Lega; per quanto riguarda in particolare le riforme in corso si veda L. Spadacini, *Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura*, sul sito del Dipartimento per le riforme istituzionali, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

ben possono incidere su elementi fondativi del sistema istituzionale. Al di là, pertanto, delle dimensioni dell'intervento, la cosa importante sul piano del metodo è la chiarezza dell'obiettivo di revisione. Che poi, talvolta, tale obiettivo, come è accaduto nel 2016, con il tentativo di differenziazione del bicameralismo, passi attraverso la necessità di ricondurre a sistema più parti della Costituzione e a rendere, pertanto, necessario incidere su un numero più cospicuo di norme, questo di per sé non è, a mio parere, un fattore di negatività. Ciò che, tuttavia, interventi più puntuali e circoscritte rendono più agevole sono le analisi preliminari riguardo ai loro effetti sul versante attuativo. Da questo punto di vista, revisioni di più contenute dimensioni facilitano il dibattito dottrinario e l'elaborazione e la proposta di correttivi in corso d'opera. Nel caso di specie va, inoltre, sottolineato che le "nuove" riforme (iniziativa legislativa rinforzata, riduzione del numero dei parlamentari e – aggiungerei – attuazione dell'art. 116 Cost. con estensione dell'ambito di autonomia di alcune importanti regioni), pur distinte nei loro oggetti (quella sull'iniziativa legislativa "rinforzata" – AS1089 – incide, infatti, su sole tre disposizioni, artt. 71 e 75 Cost e art. 2 della legge costituzionale n. 1 del 1953), sono, nel loro complesso, riconducibili ad un intervento unitario di carattere organico, con un impatto relevantissimo sul delicato equilibrio raggiunto in Costituzione tra la democrazia rappresentativa e gli istituti di democrazia diretta. Pertanto, da questo punto di vista, rispetto al precedente del 2016, si ravvisa una discontinuità di metodo più apparente che reale.

La parcellizzazione degli interventi, infatti, rileva sul piano nominale ma essi, nella sostanza, sono riconducibili a un comune denominatore, a conferma che, dal punto di vista del metodo, calibrato sulla maggiore o minore estensione della revisione, anche interventi puntuali possono in realtà essere funzionali a un disegno di modifica più ampio. Nel caso in esame, è indubbio che la riforma avrebbe un impatto rilevante sul ruolo del Parlamento, già indebolito dalle prevaricazioni del Governo con la decretazione d'urgenza e la questione di fiducia e dalla condivisione della funzione legislativa con la dimensione sovranazionale².

Si rileva, infine, che in linea generale le proposte di revisione della Costituzione non dovrebbero partire dal governo ma essere di matrice parlamentare al fine di rendere, fin dalla fase dell'iniziativa, il progetto di riforma quanto più è possibile condiviso.

² Cfr. G. Di Cosimo, *Perché sarebbe meglio che le leggi le facesse il popolo?*, in *lacostituzione.info*, 18 aprile 2019.

2. L'iniziativa legislativa popolare "rinforzata" e il referendum.

Che, in generale, il referendum sia un istituto che nelle democrazie rappresentative possa veicolare all'interno delle istituzioni un maggiore flusso di partecipazione, rigenerando il rapporto tra governanti e governati, è questo, di per sé, un fattore positivo. Concordo, in ogni caso, con quanto più volte sottolineato da un'attenta dottrina che pone in guardia dalla tendenza a definire tale istituto come di democrazia diretta piuttosto che di democrazia partecipativa³. Il referendum è, in realtà, un istituto tipico dei sistemi democratico-rappresentativi, che non ha molto a che vedere con l'immagine paradigmatica del popolo adunato in pubblica piazza come nell'Atene del V sec. a. C. Esso è un istituto mediato, attraverso il quale si pone agli elettori un quesito etero-deciso. Può essere inteso, quindi, come un arricchimento del sistema rappresentativo, ma non può porsi in contrapposizione con esso⁴. Si tratta di un punto decisivo, che deve essere ben tenuto presente ogni qual volta se ne voglia estendere il raggio d'azione. Il disegno di legge di revisione sull'iniziativa legislativa e sul referendum sembra invece "tradire" un'impostazione più conflittuale che armonica con la democrazia della rappresentanza, in quanto ciò che si vuole introdurre è, in realtà, una forma alternativa di legislazione mediante voto popolare, che non appare affatto coerente con il meccanismo rappresentativo alla base del nostro sistema democratico e che, inoltre, deroga al principio di pari dignità formale fra gli atti di iniziativa legislativa «non in ragione della materia trattata, bensì in forza esclusivamente della provenienza soggettiva della proposta»⁵. A ciò si aggiunga che la funzione legislativa è un'attività complessa, attraverso la quale la decisione politica acquisisce concretezza

³ M. Luciani, Art. 75 – Il referendum abrogativo – La formazione delle leggi, Tomo I, 2, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2005; e più recentemente, a proposito delle riforme in corso, v. anche *Audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica* - 13 marzo 2019.

⁴ In tal senso, si v. A. Lucarelli, *Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, n. 1/2015, nella parte in cui sottolinea che l'effettività del principio della sovranità popolare andrebbe intesa «oltre la democrazia della rappresentanza e non contro la democrazia della rappresentanza, quale forma di sostanziale integrazione del principio della sovranità legislativa»; e più recentemente, a proposito delle riforme in itinere, I. A. Nicotra, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, in *federalismi.it*, 22 maggio 2019, p. 8.

⁵ P. Carnevale, *A proposito del disegno di legge costituzionale AS n. 1089, in tema di revisione degli artt. 71 e 75 della Costituzione. Prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, nn. 1-2/2019, p. 186.

sintetizzando i molteplici interessi coinvolti attraverso meccanismi di mediazione e confronto «che solo un Parlamento può offrire, mentre la legislazione popolare si riduce alla sola alternativa secca sì/no sul testo iniziale elaborato dai (soli) promotori»⁶. In altre parole, «il popolo (cioè l'insieme dei cittadini elettori – o come suggerisce in realtà la riforma: un quarto degli stessi) non può essere soggetto della legislazione, poiché esso non è in grado di formulare questioni né di discuterle suggerendo ad esempio modifiche o emendamenti. Esso può soltanto rispondere con *sì* o *no* a domande formulate da una élite (quando non lo sono da un individuo solo, come nel caso dell'art. 11 della costituzione francese in vigore), cioè, nel caso in esame, da un gruppo di cittadini che si auto-erige al ruolo di rappresentanti, alternativi al Parlamento»⁷.

Si tenga conto, inoltre, della circostanza che un referendum favorevole all'iniziativa legislativa popolare e, dunque, contrario alla proposta votata dal Parlamento, non può non avere conseguenze sulla tenuta del circuito fiduciario.

Inoltre, nell'ipotesi di iniziativa popolare sostenuta da almeno 500.000 firme il ruolo del Parlamento si limita a quello di mera ratifica del disegno di legge. Entro 18 mesi, infatti, l'Assemblea deve deliberare, ma senza poter assolutamente incidere sul testo, se non con modifiche di carattere meramente formale. Il fulcro dell'attività parlamentare, ovvero il dibattito, viene meno e l'Assemblea è svuotata delle sue fondamentali attribuzioni. La deliberazione da parte dei rappresentanti perde la sua componente emendativa che costituisce un elemento essenziale del diritto di voto. In altre parole, o il Parlamento approva il progetto di legge popolare, così com'è, entro diciotto mesi dalla sua presentazione, oppure, se non approva, o se scadono i termini senza che esso si sia pronunciato, il testo è sottoposto automaticamente a referendum. Nel caso, invece, esso apporti modifiche “non meramente formali”, sono i promotori dell'iniziativa legislativa popolare a decidere tra due alternative. Essi possono accettare la versione del testo così come modificato dal Parlamento, e dunque *rinunciare* al referendum, oppure possono decidere di sottoporre il testo a referendum. In questo secondo caso, gli elettori sono chiamati a pronunciarsi sull'approvazione o meno del progetto d'iniziativa popolare e solo nel caso in cui l'esito del referendum sia negativo, o non venga raggiunto il *quorum*, il

⁶ A. Anzon Demmig, *L'iniziativa legislativa popolare “indiretta” (c.d. referendum propositivo) nel progetto di legge costituzionale in itinere*, in *Forum QC*, 22 marzo 2019, p. 4.

⁷ P. Pasquino, *Popolo o élite? Il referendum propositivo e la retorica della democrazia diretta*, in *lacostituzione.info*, 23 aprile 2019.

disegno di legge nella versione prodotta all'esito della deliberazione parlamentare è sottoposto a promulgazione.

Sul riferimento a «modifiche non meramente formali» ruotano non poche ambiguità. A riguardo si rinvia alla legge di attuazione della riforma il compito di individuare, tra le altre cose, l'organo terzo cui spetta di valutare la natura di tali modifiche. Si tratta di un'operazione di non poco conto, considerata, per certi versi, la vaghezza dell'espressione «modifiche non meramente formali». Quel che però rileva è, in ogni caso, il ruolo del comitato promotore cui compete di *rinunciare*, oppure no, al referendum. E qui emerge una questione decisiva sul piano della rappresentanza che rileva sotto almeno due profili. Il primo riguarda, in generale, la natura della rappresentanza del comitato promotore che, se passasse la riforma, sarebbe una figura definitivamente costituzionalizzata. Il secondo ha a che fare con l'oggetto del mandato conferito al comitato dal gruppo dei sottoscrittori.

Quanto al primo profilo, è evidente che non si possa parlare, nel caso del comitato, di rappresentanza politica, che è prerogativa dell'assemblea eletta. Quando la Corte costituzionale lo riconobbe come soggetto legittimato a sollevare conflitto di attribuzione (sentenza n. 69 del 1978), essa ritenne i firmatari di una richiesta di referendum abrogativo *istituzionalmente rappresentati dai promotori*. I firmatari non sono però assimilabili al corpo elettorale. Essi costituiscono una porzione dello stesso, anche piuttosto esigua. Che tali soggetti possano trasferire al comitato promotore una rappresentanza estendibile all'intero corpo elettorale e, dunque, possano trasformare il comitato in una specie di organo esterno del corpo elettorale (una sorta di rappresentanza organica) è, evidentemente, una forzatura. Il tipo di rapporto che s'instaura tra sottoscrittori e comitato promotore è, per certi versi, più assimilabile a quello della rappresentanza volontaria di diritto privato, considerata anche la raccolta delle firme, che sembra richiamare la nozione civilistica di procura.

Quanto al secondo profilo, quando i firmatari sottoscrivono il disegno d'iniziativa legislativa "rinforzata" è come se dessero mandato ai promotori sia in ordine alla presentazione del progetto di legge sia in ordine al referendum. A riguardo, però, rileva una contraddizione rispetto a tale mandato originario, dal momento che – secondo quanto previsto dal disegno di legge – il comitato può rinunciare al referendum. In questi termini, pertanto – com'è stato opportunamente evidenziato – i promotori diventano «soggetti intrinsecamente "interni" al dibattito politico che si svolge in seno alle Aule parlamentari,

e quindi capaci di interagire – se non addirittura di interferire – con lo svolgimento del procedimento legislativo»⁸, discostandosi, in questo modo, dalla identificazione che ne aveva dato la Corte costituzionale di figure soggettive esterne allo Stato-persona.

Per rafforzare l’iniziativa legislativa popolare sarebbe, tutt’al più, auspicabile l’estensione alla Camera di quanto previsto dal regolamento del Senato (art. 74), secondo cui le competenti commissioni debbono iniziare l’esame dei disegni di legge d’iniziativa popolare ad esse assegnati entro e non oltre un mese dal deferimento e l’esame in commissione deve essere concluso entro tre mesi dall’assegnazione.

3. La riduzione del quorum di validità delle consultazioni referendarie.

Nel ddl costituzionale in esame al Senato si prevede che la proposta popolare è approvata se ottiene la maggioranza dei voti validamente espressi, purché superiore a un quarto degli aventi diritto al voto. Tale *quorum* è esteso anche al referendum abrogativo, modificando l’art. 75, quarto comma, Cost.

Rispetto alla versione iniziale di mera eliminazione del *quorum* strutturale della maggioranza degli aventi diritto al voto, la soluzione prospettata appare più ragionevole, ma non del tutto condivisibile. Innanzitutto, va rilevato che il *quorum* così concepito appare un ibrido; esso infatti non è né propriamente strutturale né deliberativo. Come è stato opportunamente evidenziato, il *quorum* «cambia volto e si trasforma in altro da sé: da soglia quantitativa che radica la validità della deliberazione popolare – com’è oggi nell’art. 75, quarto comma, Cost. – in valore minimo che sorregge la singola opzione»⁹.

Inoltre, l’argomento secondo cui, eliminando il *quorum* strutturale di validità del referendum, si arginerebbero gli effetti negativi dell’astensione non sembra di tale rilievo da poter giustificare una soluzione che, di fatto, affida a un numero davvero esiguo di cittadini (il venticinque per cento più uno) – in evidente contraddizione con il principio democratico - la possibilità di deliberare su un progetto di legge al posto del Parlamento, innovando l’ordinamento giuridico. Va, inoltre, sottolineato che anche la scelta di

⁸ G.M. Salerno, *L’iniziativa popolare legislativo-referendaria: considerazioni a prima lettura sulla proposta di revisione costituzionale*, in Osservatorio AIC, nn. 1-2/2019, p. 226.

⁹ P. Carnevale, *A proposito del disegno di legge costituzionale AS n. 1089, in tema di revisione degli artt. 71 e 75 della Costituzione. Prime considerazioni*, in Osservatorio AIC, nn. 1-2/2019, p. 197.

astensione può avere una sua dignità dal momento che l'iniziativa referendaria attivata da un numero ristretto di promotori potrebbe non andare incontro all'interesse della maggior parte degli elettori, mentre invece quando tale interesse è concreto e sentito l'affluenza naturalmente aumenta¹⁰.

Non sarei dell'opinione, dunque, di eliminare il *quorum* strutturale di validità. In quanto, come è stato efficacemente sottolineato, «il *quorum* non è un ostacolo al raggiungimento di un esito referendario: è, piuttosto, la misura della sua legittimazione presso il corpo elettorale nel confronto con il potere legislativo»¹¹. Tutt'al più potrebbe essere percorribile una soluzione volta a parametrarlo in maniera diversa, per esempio tenendo conto della media di partecipazione degli elettori alle ultime tre tornate elettorali.

Si pone, poi, la questione della riproposizione della proposta di legge e della riproposizione del referendum abrogativo che non abbiano ottenuto l'approvazione popolare. Con l'introduzione, infatti, dello stesso *quorum* (sia per la proposta che per il referendum) sorge una esigenza di coordinamento relativamente al vincolo temporale per la loro riproposizione. Com'è noto, nel caso del referendum abrogativo, l'art. 38 della legge n. 352 del 1970 prescrive il limite di cinque anni. Tale limite, secondo interpretazione prevalente, scatta soltanto nel caso in cui il referendum sia stato bocciato ma abbia comunque raggiunto il *quorum* strutturale. Qualora la riforma andasse in porto, essendo previsto lo stesso *quorum* per entrambi gli istituti, nel caso di quello abrogativo non approvato vi sarebbe una vistosa diminuzione della possibilità di riproporre il referendum; infatti, il mancato raggiungimento del *quorum* di un quarto degli aventi diritto sarebbe preclusivo alla riproposizione nei successivi 5 anni.

4. Il ruolo della Corte costituzionale.

Innanzitutto, va premesso che dal disegno di riforma il ruolo della Corte costituzionale appare confuso e scandito da una tempistica alquanto anomala. Ciò premesso, vediamo quali sono i punti di innesto in cui si inserisce la Corte e quali sembrano essere le criticità

¹⁰ A. Mangia, *Note sul programma di riforme costituzionali della XVIII legislatura*, in *Forum di QC*, 2 dicembre 2018.

¹¹ Idem, *Apologia del quorum*, in *lacostituzione.info*, 21 giugno, 2019.

emergenti. L'indizione del referendum, che approvi o respinga il progetto di legge popolare, si realizza o nel caso in cui il Parlamento non lo abbia approvato entro i diciotto mesi, oppure lo abbia approvato ma apportandovi delle modifiche, a meno che – in quest'ultima ipotesi – i promotori non *rinuncino* al referendum. L'indizione del referendum, tuttavia, è condizionata al giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale. Tale giudizio si realizza prima della presentazione del progetto alle Camere, purché esso abbia raccolto almeno duecentomila firme. La Corte costituzionale giudica in base ai parametri previsti dal nuovo quarto comma dell'articolo 71 Cost. e dichiara inammissibile il referendum se il progetto popolare non rispetti la Costituzione, se verte su una disciplina a iniziativa riservata, se verte su una disciplina che presuppone intese o accordi, se verte su una disciplina che richiede una procedura o una maggioranza speciale per la sua approvazione, se non provvede ai mezzi per far fronte a conseguenti maggiori oneri, se non ha contenuto omogeneo.

Alla Corte costituzionale spetta anche il giudizio sull'ammissibilità del referendum avente ad oggetto il testo approvato dalle Camere. Tale giudizio si colloca dopo la valutazione da parte di un organo terzo (da individuarsi con la legge attuativa) della natura “non meramente formale” delle modifiche parlamentari e prima dell'eventuale rinuncia da parte dei promotori. I parametri di ammissibilità sono i medesimi del progetto d'iniziativa popolare qualificata, ovvero quelli definiti dal quarto comma dell'articolo 71 Cost.

Il giudizio di ammissibilità previsto dalla riforma è, di fatto, un controllo di costituzionalità *ex ante* e può avere due diversi oggetti: il progetto di legge popolare e il testo approvato dalle Camere. Innanzitutto va detto che l'ordine di riflessione su queste due ipotesi di giudizio è necessariamente diverso rispetto a quello di ammissibilità del referendum abrogativo che, com'è noto, riguarda una legge in vigore ed è essenzialmente incentrato su specifici parametri, a partire dai limiti al referendum costituzionalmente previsti. Nei casi oggetto della riforma, abbiamo innanzitutto l'ipotesi di un controllo da parte della Corte costituzionale che concerne l'iniziativa legislativa popolare; il referendum in questo caso potrebbe anche non essere indetto, qualora il Parlamento approvi il testo. La Corte pertanto giudica (quando sono state raccolte almeno duecentomila firme) la procedibilità dell'iniziativa popolare rinforzata più che l'ammissibilità del referendum. Nel caso il giudizio si risolva negativamente, dunque, è la proposta di legge rinforzata a non poter proseguire l'iter (che avrebbe ancora due fasi da realizzare, cioè la raccolta delle restanti

trecentomila firme e, solo dopo, la sua presentazione alle Camere). Detto in altri termini, con il primo controllo della Corte, il procedimento d’iniziativa legislativa rinforzata o prosegue, o si interrompe. Non è chiaro se l’iniziativa, in quest’ultimo caso, possa essere “declassata” in iniziativa legislativa popolare semplice. Nel caso di specie, si ritiene, in linea di massima, condivisibile la previsione di un controllo *ex ante* della Corte costituzionale sul rispetto dei parametri costituzionali relativi a questo particolare tipo di iniziativa, anche se va evidenziato che si tratta di un controllo molto esteso: la Corte, infatti, dichiara inammissibile l’iniziativa se non sono rispettati diversi parametri, tra cui la Costituzione nel suo complesso. Dunque, più che un giudizio di ammissibilità del referendum (eventuale), il controllo da parte della Corte – come si diceva – è un vero e proprio controllo di costituzionalità *ex ante* ad ampio spettro. Si tratterebbe, pertanto, di un’ipotesi che pone la necessità di un raccordo tra controllo preventivo ed eventuale controllo successivo. La Corte, infatti, potrebbe ritrovarsi nella scomoda posizione di dover, per via incidentale, contravvenire a quanto deciso in via preventiva.

Le stesse considerazioni possono essere fatte a proposito del giudizio della Corte costituzionale avente a oggetto il testo così come modificato dal Parlamento. Anche in questo caso si tratta di un vero e proprio controllo *ex ante*, molto ampio, che s’inserisce dopo la valutazione del testo da parte di un organo terzo e prima che i promotori abbiano deciso su se rinunciare, o no, al referendum. Questo tipo di giudizio preventivo, tuttavia, non sembra trovare una sua giustificazione in un sistema dove il controllo di costituzionalità è prevalentemente di tipo successivo. Inoltre, in questa ipotesi, a differenza dell’altra (in cui il controllo ha per oggetto il testo dell’iniziativa legislativa popolare), ci troviamo di fronte ad un testo deliberato dalle Camere, per il quale si prevede un controllo *ex ante* a differenza di tutte le altre leggi dalle stesse deliberate che – come è noto - sono sottoposte, eventualmente, ad un controllo per via incidentale. In questo caso, pertanto, si realizzerebbe un’anomalia rispetto al sistema di giustizia costituzionale nel suo complesso, esponendo la Corte a un’ingiustificata tensione rispetto al Parlamento.

5. Problemi di attuazione della nuova disciplina costituzionale.

L'attuazione delle nuove disposizioni dell'articolo 71 Cost. è demandata a una legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. In particolare, spetterà alla legge di attuazione disciplinare il concorso di più proposte di legge d'iniziativa popolare, il loro numero massimo, le modalità di verifica dei mezzi per far fronte a nuovi o maggiori oneri anche in relazione al loro eventuale adeguamento da parte dei promotori, le modalità per assicurare eguale conoscibilità della proposta d'iniziativa popolare e di quella approvata dalle Camere o della normativa vigente, nonché la sospensione del termine previsto per l'approvazione della proposta nel caso di scioglimento delle Camere, le modalità del giudizio sull'ammissibilità del referendum approvativo, da parte delle Corti costituzionale; le modalità del vaglio di ammissibilità da parte della Corte costituzionale, dell'eventuale testo approvato dal Parlamento 'alternativo' o comunque sostanzialmente modificativo del progetto d'iniziativa popolare rinforzata; la individuazione di un organo terzo che verifichi se il testo approvato dalle Camere abbia apportato modifiche non meramente formali alla proposta di iniziativa popolare presentata (ai fini della sua sottoponibilità a referendum).

Innanzitutto, va osservato che la legge per essere approvata richiederebbe la maggioranza assoluta, come avviene soltanto per le leggi costituzionali, per la legge di attuazione delle norme sull'equilibrio di bilancio e per le leggi che riconoscono alle regioni un incremento di autonomia ex art. 116, comma 3. Tale previsione si pone poi in controtendenza rispetto a quanto previsto per il referendum abrogativo ex art. 75 Cost., che rinvia invece alla legge senza alcuna specifica maggioranza.

Sul piano dei contenuti che dovrebbero essere disciplinati dalla legge di attuazione, rileva innanzitutto la previsione del numero massimo delle proposte di legge d'iniziativa popolare che possono essere presentate. Si pone, infatti, il problema di evitare che il corpo elettorale possa essere interpellato con eccessiva frequenza e magari essere contestualmente investito del compito di pronunciarsi su più testi, anche perché ciò potrebbe avere come conseguenza

un progressivo disinteresse degli elettori nel praticare il referendum¹². La legge di attuazione dovrà, pertanto, stabilire un numero massimo di iniziative da presentare nel corso di una legislatura e vietarne la presentazione contestuale, al fine di evitare nel corso dei diciotto mesi che le Camere debbano deliberare su più di un disegno di legge a iniziativa rinforzata.

Vi sono poi i dubbi da chiarire in merito al giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale. In proposito si è già anticipata la necessità che la legge di attuazione faccia chiarezza in merito all'organo terzo che dovrà giudicare se le modifiche apportate al testo dalle Camere siano modifiche non meramente formali. Dovrà, pertanto, essere contemplato un meccanismo analogo a quello previsto per il referendum abrogativo che attribuisce all'Ufficio per il referendum presso la Corte di Cassazione il compito di valutare la legittimità dell'iniziativa. A riguardo va evidenziato che la valutazione effettuata dall'organo terzo ben potrebbe essere disattesa dal comitato promotore. Infatti, nell'ipotesi in cui l'organo terzo rilevasse modifiche non meramente formali il comitato, in ogni caso, ben potrebbe decidere di *rinunciare* al referendum e acconsentire alla promulgazione del testo approvato dalle Camere, disattendendo in questo modo il mandato degli elettori. Tale discrezionalità, come già evidenziato, pone il comitato in una posizione difficilmente giustificabile dal punto di vista della sua legittimazione che non è di natura politica. Va poi considerata l'ipotesi che il comitato possa non condividere il giudizio espresso dall'organo terzo, ritenendo, al contrario, che le modifiche apportate dalle Camere siano di natura sostanziale e non semplicemente formale. In questo caso, pertanto, non si può escludere che il comitato possa fare ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzione tra poteri.

Andrebbe poi affrontata la questione sui soggetti legittimati a partecipare al giudizio di ammissibilità dinanzi alla Corte costituzionale. A questo proposito è stato opportunamente rilevato che, nel caso si seguisse lo schema del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, «dovrebbero essere ammessi al contraddittorio dinanzi alla Corte il Presidente del Consiglio dei ministri e i promotori dell'iniziativa legislativa popolare. Pertanto, il Governo finirebbe con l'essere proiettato in un dibattito contiguo a quello parlamentare,

¹² Sul punto v. M. Belletti, *I rischi di sbilanciamento e di contrapposizione tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa nel ddl AS n. 1089, di riforma costituzionale, recante Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, in *federalismi.it*, p. 14.

con un'evidente inopportuna confusione dei ruoli istituzionali»¹³.

Vi è poi la questione della necessità di coordinamento di tali nuovi istituti con quello della promulgazione della legge da parte del Presidente della Repubblica. Nel caso di approvazione entro diciotto mesi e senza modifiche sostanziali delle Camere la legge può essere promulgata; si tenga presente che il disegno di legge d'iniziativa popolare rinforzata è già stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale (il controllo avviene quando sono state raccolte almeno duecentomila firme), si pone quindi nella fase di promulgazione un problema connesso all'ipotesi di veto sospensivo del Presidente della Repubblica. Pur essendo improbabile che un testo già sottoposto al controllo della Corte possa essere dal Presidente ritenuto "dubbio", questa eventualità, in assoluto, non può essere esclusa, con la conseguenza che, nel caso di rinvio, le Camere possano accogliere i rilievi del Presidente e dunque approvare un nuovo testo senza che su questo si possa ipotizzare una nuova consultazione referendaria.

6. La riduzione del numero dei parlamentari.

Il progetto di legge costituzionale AC 1585 prevede un intervento puntuale di modifica degli artt. 56, 57 e 59 della Costituzione, determinando la riduzione del numero di parlamentari: da 630 a 400 alla Camera, da 315 a 200 al Senato, con una diminuzione di circa il 36,5%¹⁴. Le principali ragioni poste a sostegno dell'iniziativa sarebbero l'esigenza di contenimento della spesa pubblica e l'aumento dell'efficienza del sistema parlamentare. Quanto alla prima, se si considera, nel caso di specie, il risparmio previsto (500 milioni a legislatura, ma che secondo alcuni studi potrebbero essere anche meno), esso non sembra giustificare un intervento così massiccio sulla rappresentanza. Quanto alla ragione secondo cui un numero ridotto di parlamentari garantirebbe una maggiore efficienza del sistema parlamentare, in realtà – a mio parere – un miglioramento del funzionamento delle Camere dovrebbe, innanzitutto, passare attraverso il superamento del bicameralismo paritario più che attraverso la diminuzione del numero degli eletti. Pertanto, l'opzione proposta non

¹³ A. Morelli, *Il referendum propositivo: il gioco vale la candela?*, in la Costituzione.info, 22 aprile 2019.

¹⁴ A riguardo, in chiave critica, si v. D. Porena, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *federalismi.it*, 17 luglio 2019.

sembra sorretta da argomenti molto razionali.

Tanto premesso, si tratta di una variazione che determina un aumento del rapporto tra elettori ed eletti, ponendo l'Italia in controtendenza rispetto ad altre democrazie contemporanee di dimensione pari a quella del nostro Paese¹⁵.

In generale, la riduzione numerica della rappresentanza politica ha come effetto una riduzione del numero delle forze politiche rappresentate in Parlamento; se, da un lato, questo effetto potrebbe essere accolto come un elemento di contenimento della frammentazione politica, va rilevato che nel caso di specie si tratterebbe di un intervento a legislazione elettorale invariata, ragion per cui non costituirebbe necessariamente un fattore di stabilità dei governi e di definizione di maggioranze parlamentari nette, stante l'influenza che su questi hanno invece altri meccanismi, come ad esempio quelli elettorali. Va, inoltre, sottolineato che la riduzione del numero dei parlamentari, escludendo alcune forze politiche minori, potrebbe avere delle ricadute negative sulla legittimazione del Parlamento. Un'assemblea rappresentativa numericamente ampia è, invece, più in linea con il pluralismo politico e sociale e assicura una maggiore rappresentatività delle istituzioni parlamentari

Per quanto riguarda l'incidenza della riduzione del numero di parlamentari sul mandato rappresentativo, va detto che nel disegno riformatore oltre alla riduzione dei parlamentari è previsto l'inserimento del vincolo di mandato (si veda il paragrafo 20 del c.d. Contratto di governo dedicato alle riforme istituzionali: «Occorre partire dalla drastica riduzione del numero dei parlamentari: 400 deputati e 200 senatori. [...] Occorre introdurre forme di vincolo di mandato per i parlamentari, per contrastare il sempre crescente fenomeno del trasformismo»). Per il momento tale ultima ipotesi è stata accantonata ma va, in ogni caso, tenuta presente in una prospettiva di valutazione più ampia del disegno riformista¹⁶. Si può, pertanto, anche accedere all'idea di una riduzione del numero degli eletti, ma a condizione che si rispetti il divieto di vincolo di mandato¹⁷, altrimenti il parlamentare non rappresenta più la Nazione, ma il partito di provenienza oppure alcuni elettori. Se si riduce, pertanto, il numero di rappresentanti, deve rimanere fermo il divieto del vincolo, diversamente si corre

¹⁵ A riguardo, v. P. Carrozza, *E solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, maggio 2019, p. 91 ss.

¹⁶ Cfr. L. Pedullà, *“Contratto per il governo del cambiamento” e modifica dell'art. 67 Cost.*, in *Forum QC*.

¹⁷ C. Sbailò, *Tagliare il numero dei parlamentari? A condizione di preservare la libertà di mandato. L'intima contraddittorietà della proposta di riforma gialloverde*, in *Forum di QC*, 30 marzo 2019.

il rischio di escludere dalla rappresentanza una fetta molto consistente della società, con conseguenze molto serie in termini di legittimazione politica del Parlamento.

Quanto al rapporto partito-eletto, si ritiene che la riduzione del numero dei parlamentari possa produrre come conseguenza che gli eletti siano soggetti ad un maggiore “vincolo di mandato” del partito di provenienza. Le segreterie nazionali dei partiti potrebbero assumere un ruolo più forte a discapito della rappresentanza territoriale: infatti, aumentando il rapporto tra elettori ed eletti si rischia di aumentare proprio la distanza dei rappresentanti dalla base territoriale. Inoltre, la riduzione di circa il 36,5%, del numero di deputati e di quello dei senatori elettivi «sul versante dell’elettorato attivo diminuirebbe la capacità dei singoli elettori di influire sull’esito dell’elezione (cd. “efficienza elettiva ex ante”); mentre su quello dell’“elettorato passivo”, i vari candidati per essere eletti avrebbero bisogno di più consenso. Il che è quanto dire che aumenterebbe il costo di ciascun seggio in termini di voti [...]. Se a tutto questo, poi, si aggiunge la vigenza di un sistema di elezione basato su liste bloccate e che prevede la possibilità di candidature multiple [...] qual è il Rosatellumbis, ciò che se ne ricava è la dilatazione che ne risulterebbe del potere delle segreterie dei partiti e dei movimenti politici»¹⁸.

6.1. L'impatto della riforma sull'organizzazione dei lavori delle Camere.

Se, in generale, si può anche convenire sul fatto che un numero più contenuto di rappresentanti lavori meglio e possa essere più efficiente, si ritiene tuttavia eccessiva una riduzione così elevata di circa il 35 %. Il punto però è un altro e cioè che la diminuzione del numero dei parlamentari deve essere necessariamente coordinata con una riforma della legge elettorale. Come è stato opportunamente evidenziato, infatti, «ridurre il numero dei parlamentari può servire, se tale decisione è correttamente implementata sul piano delle regole elettorali, a migliorare la capacità di rappresentanza politica del Parlamento nel suo complesso, perché aumenta l’importanza dei membri del Parlamento»¹⁹, non diversamente. La riduzione dei parlamentari, invece, sembra avere come unica conseguenza la riduzione

¹⁸ L. Trucco, *Audizione senatoriale in merito al DDL n. 881 su “Legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendenti dal numero dei parlamentari”*, in *Consulta online*, 1/2019, p. 14.

¹⁹ G.L. Conti, *Il futuro dell’archeologia: le proposte di riforma della Costituzione sul banco della XVIII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, p. 6.

della rappresentanza e non la maggiore efficienza dell'Assemblea. Si tenga presente che se la riforma andasse in porto saremmo il paese con più abitanti per deputato. Inoltre, sul piano dell'efficienza e della qualità ci si dovrebbe interrogare più che sul numero dei parlamentari sull'opportunità di mantenere ancora in vita un sistema rappresentativo con due camere con funzioni eguali e composizioni simili. Sarebbe, quindi, opportuno riflettere, da questa prospettiva, sulla necessità di riattualizzare il dibattito sulla differenziazione del bicameralismo e la trasformazione del Senato in camera rappresentativa delle regioni. Se si ipotizzasse una Camera delle regioni non ci sarebbe niente di strano nel proporre una riduzione anche drastica del numero dei suoi componenti, ma non si capisce perché nel caso del nostro Senato, che non è una camera federale e che non si fonda su un metodo di investitura indiretto, la composizione dovrebbe essere di 200 anziché di 315 senatori²⁰.

Si tratta di un rilievo, a mio avviso, importante che si pone in stretto collegamento con un'altra importante riforma in atto, l'attuazione dell'art. 116 comma 3 Cost., e con le numerose criticità che essa ha sollevato sul piano della garanzia dell'unità della Repubblica e del rispetto del principio di eguaglianza nel godimento dei diritti.

Se si dovesse procedere alla riduzione degli eletti emergerà inoltre la necessità di intervenire sui regolamenti parlamentari per realizzare i necessari adeguamenti, tenuto conto del ridotto numero dei rappresentanti. Ad esempio, si dovrà rivedere il numero minimo di deputati e senatori per la formazione di un gruppo e bisognerà occuparsi del funzionamento delle commissioni permanenti al Senato che, dato il numero esiguo di senatori, rischiano di non funzionare a pieno regime. La riduzione inciderà, poi, sul numero dei membri delle commissioni, dove si svolge parte fondamentale dell'attività parlamentare, e dei gruppi parlamentari. A tale proposito è stato giustamente rilevato che, data la complessità del procedimento di modifica dei regolamenti e tenuto conto degli inevitabili ritardi che le Camere potrebbero cumulare, «proprio tale evenienza rende opportuna l'adozione di una disposizione transitoria e finale in grado di “traghetare” il passaggio al nuovo regime in attesa di un successivo (e quanto mai opportuno) intervento sui Regolamenti parlamentari»²¹.

Altro effetto della riduzione, tutt'altro che trascurabile, è quello sull'elezione del Presidente

²⁰ S. Bonfiglio, *Riduzione parlamentari, una riforma che non riforma*, in www.libertaeguale.it, 9 aprile 2019.

²¹ Così G. Cerrina Feroni, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali (audizione presso la Commissione I Affari Costituzionali)*, in Osservatorio AIC, n. 3/2019, p. 9.

della Repubblica, dove i 58 delegati regionali avrebbero un peso diverso, rispetto a quello attuale, sul totale degli aventi diritto al voto.

Abstract: Il testo analizza i due procedimenti di revisione costituzionale, in attuazione del c.d. “contratto di governo”, aventi ad oggetto la proposta di legge in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum e quella di riduzione del numero dei parlamentari. La riforma nel suo complesso pone importanti questioni di diritto costituzionale, con particolare riguardo al rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta. Nel testo sono evidenziati diversi aspetti critici dei disegni di legge in relazione alla tenuta dell’equilibrio istituzionale e sviluppate alcune riflessioni a partire dal “metodo” delle riforme costituzionali.

Abstract: The text analyzes the two constitutional review procedures, implemented by the “government contract”, concerning the proposed law on popular legislative initiative and referendum and to the proposed law on reduction of parliamentarians. The reform as a whole poses important questions of constitutional law, with particular regard to the relationship between representative democracy and direct democracy. The text highlights the critical aspects of the proposed laws in relation to maintaining the institutional balance and develops some reflections starting from the "method" of constitutional reforms.

Parole chiave: democrazia; rappresentanza; referendum; parlamento; iniziativa legislativa; revisione costituzionale.

Key words: democracy; representation; referendum; parliament; legislative initiative; constitutional revision.

AMBIENTE E PRINCIPIO DEMOCRATICO. QUALCHE CONSIDERAZIONE A PARTIRE DAL D.LGS. N. 104 DEL 2017*.

di Maria Antonella Gliatta**

Sommario. 1. Quanta democrazia e quanta tecnica? Una lettura democratica dei principi europei in materia ambientale. – 1.1. L’ambiente come materia del conflitto istituzionale: il ruolo delle Regioni nei conflitti ambientali. – 2. La natura politica dei provvedimenti di autorizzazione ambientale nella più recente giurisprudenza.

24

1. Quanta democrazia e quanta tecnica? Una lettura democratica dei principi europei in materia ambientale.

Le questioni sottese alla materia ambientale hanno, con tutta evidenza, la caratteristica di questioni democratiche e per questo motivo, ed anche a seguito delle criticità rinvenibili nella nuova legge sulla valutazione di impatto ambientale di cui al d.lgs. 16 giugno 2017 n. 104, riservano un interesse assai spiccato per gli studi di diritto pubblico¹.

La gestione e lo sfruttamento delle risorse naturali, quali acqua, gas e risorse petrolifere, così come la costruzione di opere pubbliche incidenti sugli equilibri dei territori, oltre ad avere un loro precipuo rilievo per l’insistenza su diritti costituzionali, presentano una indubbia relazione con l’articolazione democratica dei processi decisionali.

La materia ambientale intreccia le questioni afferenti il carattere democratico delle decisioni in almeno due modi. Il primo, storicamente indagato anche in prospettiva giusfilosofica, riguarda la (asserita) legittimazione tecnica della normazione di settore². Il secondo, riguarda le relazioni fra Stato ed enti territoriali e la garanzia del pluralismo istituzionale.

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale – Università del Molise.

¹ La più recente attenzione nei confronti dell’ambiente è declinata nella categoria dei beni comuni, i quali – come il primo – vengono negli studi più noti approcciati in relazione alle istituzioni democratiche, su tutti A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it.*, fasc. 3/2014; da ultimo, G. Micciarelli, *Commoning. Beni comuni urbani come nuove istituzioni. Materiali per una teoria dell'autorganizzazione*, Napoli, 2018.

² Sembra esprimersi nei termini di legittimazione tecnica, M. Cecchetti, *Ragioni, obiettivi e principali novità della riforma dei procedimenti di VIA*, Relazione al Convegno AIDA, *Il bilanciamento degli interessi nella nuova disciplina di VIA di cui al d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104*, 13 aprile, 2018, Campobasso.

Sul primo versante, gli studi sulla *governance* ambientale sembrano proporre una drammatica alternativa: decidere democraticamente o decidere secondo la tecnica? Come si tenterà di chiarire, il modello costituzionale e la vigenza del principio democratico pongono non pochi ostacoli alla percorribilità della seconda opzione.

La dottrina ha già da tempo chiarito come le decisioni riguardanti l'ambiente siano caratterizzate, in effetti, da una particolare e diretta relazione con i risultati dell'indagine scientifica³. Se non può essere smentita la veridicità di tale affermazione, lo stesso consenso non può riservarsi al suo (non necessario) svolgimento.

La riduzione degli spazi di decisione politica non rappresenta, infatti, in alcun modo una conseguenza obbligata della commistione con il dato tecnico-scientifico. Affermare, ad esempio, che la valutazione dell'impatto ambientale per la costruzione di una linea ad alta velocità o per la prosecuzione di un'attività estrattiva petrolifera debba inevitabilmente prendere in considerazione i dati tecnico-scientifici provenienti dalle discipline di settore, non vuol dire necessariamente che quella decisione goda di una sua specifica ed esclusiva legittimazione tecnica. Al contrario, la decisione è – e non potrebbe essere altrimenti per la vigenza del principio democratico – il risultato di una «combinazione del tutto peculiare tra conoscenze tecnico-scientifiche e opzioni politico-valutative»⁴.

Le brevi considerazioni qui di seguito sono per l'appunto svolte per offrire qualche argomento a favore di una ri-democratizzazione del diritto ambientale.

Per ragioni intuibili dalla premessa, gli aspetti afferenti la formazione delle norme in materia ambientale conservano primaria importanza in quanto rivelatori del modo in cui si struttura il rapporto fra decisione politica e dato tecnico-scientifico. La scelta della sede di confronto fra tecnica e politica rappresenta una variabile non secondaria per una positiva valutazione di compatibilità costituzionale della disciplina di settore.

L'attuale strutturazione della *governance* ambientale, anche nella nuova legge sulla valutazione di impatto ambientale, conferma una certa aderenza ad un modello il quale – come risulterà più chiaro in seguito – contiene profili di non piena compatibilità con le

³ M. Cecchetti, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche sul sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, a cura di U. De Siervo, Osservatorio sulle fonti, Torino, 1996, 145 ss.

⁴ M. Cecchetti, *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano*, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti, *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006, p. 43.

esigenze di decisione democratica⁵.

È noto come sia il diritto europeo ad offrire un fondamento positivo alla relazione di reciproca condizionalità fra dati tecnici e scelte politiche in materia ambientale⁶. Viene, a tal fine, in rilievo già la vecchia previsione contenuta nell'art. 174, par. 3 del Trattato CE ai sensi del quale nel predisporre la sua politica in materia ambientale la Comunità *tiene conto* dei dati scientifici e tecnici disponibili⁷. Ma è lo stesso diritto europeo, spesso considerato non a torto come la sede per eccellenza del predominio della tecnica, che funzionalizza la normazione in materia ambientale al rispetto del *principio di precauzione*, inteso – per usare la definizione corrente – come governo o regolazione del rischio scientifico⁸.

È proprio quest'ultimo – a nostro giudizio – a poter assumere un'accezione democratica e diventare il primo ed importante limite politico all' "amministrativizzazione" della disciplina ambientale. In tal modo, l'intera materia può essere oggetto di una rilettura democratica.

Il principio – è noto – trova applicazione nelle situazioni di incertezza scientifica e, come precisato nella Comunicazione della Commissione del 2000, "in condizioni in cui le informazioni scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni che i possibili effetti sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possono essere potenzialmente pericolosi e incompatibili con il livello di protezione prescelto"⁹.

Una interpretazione orientata al rispetto del principio democratico impone che l'analisi del rischio venga condotta in sedi in cui le valutazioni tecnico-scientifiche, potenzialmente molteplici per l'esistenza stessa della situazione di incertezza, possano integrare una decisione politica che, tra esse, scelga quella che conduca all'esito più rispettoso per la

⁵ Sostengono, invece, l'opportunità di una piena adesione al modello procedimentale europeo, L. Buffoni, A. Cardone, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3 del 2012.

⁶ Sul punto, ancora M. Cecchetti, *op. ult. cit.*, 41 ss.

⁷ M. Cecchetti, Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti, *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006, il quale sottolinea che la norma del Trattato nel prevedere che la Comunità debba tenere conto dei dati scientifici, considera la necessità che l'autorità pubblica compia valutazioni, bilanciamenti e sintesi politiche.

⁸ Sul principio di precauzione, ampiamente, G. Napolitano, *Riflessioni sul ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line*, giugno, 2019.

⁹ Comunicazione della Commissione COM(2000) 1 Final (2 febbraio 2000).

tutela dell'ambiente in tutte le sue accezioni¹⁰.

Ancora più a monte, declinare il principio di precauzione in un senso democratico garantisce che la stessa valutazione del rischio venga condotta sulla base di parametri ulteriori a quelli offerti dalla tecnica, di elaborazione politica, sociale e culturale che con i primi inevitabilmente differiscono¹¹. La definizione di rischio ambientale, infatti, varia a seconda della relazione di condizionalità che intercorre fra dati tecnico-scientifici e opzioni politiche e della sede in cui esso viene in rilievo. In altri termini, ciò che per la scienza non integra una fattispecie di rischio, potrebbe rappresentare per le comunità territoriali una lesione grave dei diritti costituzionali.

Anche l'art. 3 ter del d.lgs. 152 del 2006, nella nuova formulazione, codifica il principio, aprendo lo spazio alla valutazione politica degli interessi in campo.

Invero, non è questo il significato più diffuso del principio, essendo ampiamente sperimentata una lettura tecnicista in cui le logiche interne agli apparati tecnico-scientifici prevalgono su quelle giuridiche e politiche¹².

Il modello europeo, in molte discipline di settore, ha suggerito e continua a suggerire agli Stati membri – e lo si vedrà nel dettaglio nell'analisi della nuova legge sulla valutazione di impatto ambientale – una ampia amministrativizzazione delle procedure di valutazione del rischio intendendo con essa la diffusa delega delle fasi istruttorie previste all'interno delle decisioni ad organi tecnici ed imparziali.

Si pensi, solo come esempio, alla disciplina europea in materia di sicurezza alimentare¹³. Il regolamento n. 178 del 2002 ha istituito una Agenzia Europea per la sicurezza alimentare a cui è affidato il compito di fornire alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri i

¹⁰ E. Olivito, *Partecipazione e ambiente. Uno sguardo critico*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 2, maggio/agosto, 2011.

¹¹ E. Olivito, *op. ult. cit.*, la quale sottolinea perfettamente come la stessa valutazione del rischio possa condurre ad esiti diversi a seconda di quali parametri si utilizzino.

¹² Per una ricostruzione puntuale dei significati, L. Buffoni, A. Cardone, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3 del 2012.

¹³ Vedi Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla trasparenza e alla sostenibilità dell'analisi del rischio dell'Unione nella filiera alimentare, che modifica il regolamento (CE) n. 178/2002 [sulla legislazione alimentare generale], la direttiva 2001/18/CE [sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati], il regolamento (CE) n. 1829/2003 [sugli alimenti e mangimi geneticamente modificati], il regolamento (CE) n. 1831/2003 [sugli additivi per mangimi], il regolamento (CE) n. 2065/2003 [sugli aromatizzanti di affumicatura], il regolamento (CE) n. 1935/2004 [sui materiali a contatto con gli alimenti], il regolamento (CE) n. 1331/2008 [sulla procedura uniforme di autorizzazione per gli additivi, gli enzimi e gli aromi alimentari], il regolamento (CE) n. 1107/2009 [sui prodotti fitosanitari] e il regolamento (UE) 2015/2283 [sui nuovi alimenti] COM/2018/179 final - 2018/0088 (COD).

migliori pareri scientifici in tutti i casi previsti dalla legislazione comunitaria e su qualsiasi questione di sua competenza; di promuovere e coordinare la definizione di metodi uniformi di valutazione del rischio nei settori di sua competenza; di fornire alla Commissione assistenza scientifica e tecnica nelle materie di sua competenza e, quando richiesto, nell'interpretazione e nell'esame dei pareri relativi alla valutazione dei rischi.

La stessa Agenzia, sia detto per inciso, è stata di recente oggetto di una proposta di modifica motivata dalla volontà – si legge nella relazione di accompagnamento – di rafforzare e chiarire le norme sulla trasparenza; aumentare le garanzie di affidabilità, obiettività e indipendenza degli studi utilizzati dall'EFSA nella valutazione del rischio, in particolare nel quadro delle domande di autorizzazione; rafforzare la cooperazione scientifica e il coinvolgimento degli Stati membri con l'EFSA e migliorare la *governance* di quest'ultima anche attraverso la partecipazione dei portatori di interesse.

Per intendere meglio le possibilità sottese ad una interpretazione diversa e democratica dei principi in materia ambientale si consideri che sulla stessa materia, la Corte Costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 116/2006¹⁴ dando al principio di precauzione un contenuto molto diverso da quello sperimentato a livello europeo. Il giudice costituzionale in quella circostanza opportunamente sottolinea come la questione della regolamentazione delle colture transgeniche coinvolga e richieda una sintesi fra divergenti interessi di rilevanza costituzionale: la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore agricolo, da un lato, l'esigenza che tale libertà non sia esercitata in contrasto con l'utilità sociale, ed in particolare recando danni sproporzionati all'ambiente e alla salute, dall'altro. Nelle parole della Corte, la rilevanza di più interessi contrastanti rende necessaria la scelta politica del legislatore statale (non derogabile dalla legislazione regionale) nelle forme di una decisione precauzionale. Essa, infatti, deve intervenire “*nell'interesse dell'ambiente e della salute umana*”, al fine di giustificare costituzionalmente l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica.

La pronuncia appena citata – seppur considerata nella sua singolarità – offre prova dell'esistenza di una interpretazione alternativa e costituzionalmente compatibile del principio di derivazione europea che equilibri i rapporti fra i dati tecnico-scientifici e la

¹⁴ Per un commento alla sentenza e più generalmente sul principio di precauzione, G. Di Cosimo, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 marzo 2015.

politicalità delle scelte e imponga un modello procedimentale rispettoso del principio democratico, innanzitutto sul versante della scelta delle fonti competenti e, quindi, della sede idonea ad operare quel bilanciamento di cui si diceva.

La reinterpretazione di uno dei principi più frequentemente utilizzati allo scopo di ridurre lo spazio di decisione democratica rende più agevole sostenere un ripensamento delle procedure di formazione delle regole che si ponga come obiettivo una ri-democratizzazione della materia per il tramite del più ampio coinvolgimento degli enti territoriali, Regioni e Comuni, e una ridefinizione chiara delle sedi di decisione che chiami ad un esercizio più pieno della responsabilità politica.

Su ambedue i fronti è utile qualche considerazione.

.

1.1. L'ambiente come materia del conflitto istituzionale: il ruolo delle Regioni nei conflitti ambientali.

La materia ambientale assume le sembianze di un problema afferente il funzionamento democratico del sistema istituzionale non solo dal punto di vista della relazione fra valutazioni tecniche e responsabilità politica. Mi riferisco – è chiaro – al rapporto fra Stato e Regioni e al disequilibrio ingenerato dal consolidamento di un assetto competenziale quasi interamente incentrato sulla prevalenza dell'intervento statale.

La Corte costituzionale – sempre più spesso protagonista del conflitto ambientale – non omette mai di sottolineare “la complessità del fenomeno sociale” in fattispecie come quella ambientale, “nella quale l'intervento riguarda una fitta trama di relazioni ove è difficile isolare un singolo interesse”¹⁵. Tuttavia, l'esito a cui perviene non sembra sempre quello più idoneo a garantire equilibrati sviluppi delle relazioni territoriali.

La materia ambiente ha – negli anni – assunto una spiccata natura conflittuale e ciò emerge nella forma di un vastissimo contenzioso giurisdizionale davanti alla Corte Costituzionale che interroga sulla necessità di ridefinire gli obiettivi, alla luce di un quadro costituzionale

¹⁵ N. Lugaesi, *Il contenzioso costituzionale sul "Codice dell'ambiente", tra rapporti istituzionali complessi e confini sfuggenti tra materie*, in *Le Regioni*, fasc. 3, maggio-giugno, 2010; F. Benelli, *L'ambiente tra "materializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Le Regioni*, fasc. 1 gennaio-febbraio, 2004.

che intende il pluralismo istituzionale come condizione di democraticità e l'autonomia regionale come la possibilità di un indirizzo politico diverso ed opposto a quello governativo¹⁶.

Basti solo notare che nel 2017 sono ben 7 i ricorsi decisi in via principale dal giudice costituzionale specificamente afferenti la valutazione di impatto ambientale (sentenze nn.105; 114; 170; 195; 196; 232; 246; 218); nel 2018 ad un ricorso in via principale (sentenza n. 66), si associa 1 conflitto di attribuzione sollevato su questioni analoghe (sentenza n. 146). Anche solo considerando le pronunce sulla competenza in tema di procedimenti di valutazione ambientale, il dato assume le caratteristiche di assoluta rilevanza e suggerisce un inevitabile ripensamento degli strumenti del governo ambientale che ridefinisca la giusta relazione di importanza tra le esigenze di celerità e quelle di democraticità delle scelte in materia.

Nel biennio preso in considerazione, la Corte consolida l'affermazione della competenza statale sulle procedure di VIA per il tramite del titolo "tutela ambientale". Precisa, con formula ricorrente, che «l'obbligo di sottoporre il progetto alla procedura di VIA o, nei casi previsti, alla preliminare verifica di assoggettabilità a VIA, rientra nella materia della "tutela ambientale"» (sentenza n. 215 del 2005; nello stesso senso, *ex plurimis*, sentenze n. 234 e n. 225 del 2009). Questa rappresenta «nella disciplina statale, anche in attuazione degli obblighi comunitari, un livello di protezione uniforme che si impone sull'intero territorio nazionale, pur nella concorrenza di altre materie di competenza regionale (tra le altre, sentenze n. 120 del 2010, n. 249 del 2009 e n. 62 del 2008), comprese, ad esempio, la "produzione", il "trasporto" e la "distribuzione nazionale dell'energia" (sentenza n. 88 del 2009)» (sentenza n. 232 del 2017)¹⁷.

Di esigenze unitarie la Corte parla anche nella assai lunga ed argomentata sentenza n. 170 del 2017 in cui risolve la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 (Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica,

¹⁶ Da ultimo, L. Ronchetti, *Unità e indivisibilità della repubblica: la sovranità popolare e l'interdipendenza nel nome della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1 del 2018.

¹⁷ Per un commento, G. Terrano, *La dimensione sociale del diritto ambientale (Nota a corte costituzionale 26 settembre/8 novembre 2017, n. 232)*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, aprile, 2019.

l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive)¹⁸.

I profili toccati dal giudice costituzionale sono molteplici ed impossibili da sintetizzare in questa sede. Tuttavia, allo scopo di descrivere il ruolo riservato alle Regioni in materia basti considerare che le riferite esigenze di unità giustificano l'allocazione presso organi centrali delle "funzioni e delle procedure di VIA afferenti ai progetti relativi ad attività di prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi sulla terraferma in applicazione dell'art. 118 Cost."; consentono "di conservare in capo allo Stato poteri acceleratori da esercitare nei confronti degli organi della Regione che restino inerti". A difesa delle prerogative regionali, residua solamente l'esigenza, reiteratamente affermata dalla Corte, della previsione «di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, [... di] adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali» (sentenza n. 7 del 2016). Solo per inciso, deve rivelarsi che il mancato rispetto del principio di sussidiarietà ha comportato la dichiarazione di illegittimità dell'art. 38, comma 7, del d.l. n. 133 del 2014, nella parte in cui "rimettendo esclusivamente al Ministro dello sviluppo economico l'adozione del disciplinare tipo, realizza una chiamata in sussidiarietà senza alcun coinvolgimento delle Regioni" (punto 15 del Considerato in diritto, sentenza n. 170 del 2017).

Principi del tutto analoghi sono rinvenibili nell'argomentazione sia della sentenza n. 114 che nella sentenza n. 105 del 2017.

L'ultima decisione citata ha avuto ad oggetto la legge della Regione Puglia 8 ottobre 2014, n. 41 (Misure di tutela delle aree colpite da xylella fastidiosa), come modificata dall'art. 1 della legge della Regione Puglia 11 aprile 2016, n. 7, recante «Modifiche alla legge regionale 8 ottobre 2014, n. 41 (Misure di tutela delle aree colpite da xylella fastidiosa). La vicenda è molto nota e riguarda la costruzione delle «infrastrutture gas» di competenza nazionale che interessano la Regione Puglia, con particolare riferimento all'interconnessione tra il metanodotto Trans Adriatic Pipeline (TAP) e la rete nazionale di Snam Rete Gas. La sentenza è stata oggetto di attenzione della dottrina in specie per un utilizzo non canonico del criterio della competenza per la soluzione del conflitto di

¹⁸ Convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, dell'intero art. 38 del citato d.l. e dei commi 1, 1-bis, 2, 3, 4, 5, 6, 6-bis, 6-ter, 7, 8 e 10 del medesimo art. 38 promossa dalle Regioni Abruzzo, Marche, Puglia, Lombardia, Veneto, Campania e Calabria.

costituzionalità¹⁹. Per la Corte, è illegittima la deroga al vincolo urbanistico previsto dai primi due commi della legge regionale perché «incide su ulteriori aspetti concernenti gli usi del territorio, introducendo casi specifici nei quali il vincolo urbanistico non opera, investendo per tale profilo ambiti di competenza ulteriori, quale, appunto, il settore energetico», e più specificamente, perché, da un lato, «include nel suo divieto la realizzazione di opere rientranti di sicuro nella competenza statale, come, tra le altre, le opere energetiche d'interesse strategico nazionale, alle quali si riferisce il ricorso», e dall'altro, «per le stesse opere la cui realizzazione è, invece, ammessa, si fa riferimento ad interessi, quali l'ambiente, che rientrano nella competenza *esclusiva* statale, e la pubblica incolumità, la quale certamente investe anche profili, come la sicurezza, attinenti a valutazioni proprie dello Stato»(corsivo mio).

Al di là degli aspetti specifici della vicenda, per ciò che direttamente afferisce alla materia ambientale, la pronuncia sceglie di qualificare l'ambiente quale materia in senso stretto, dalla quale l'intervento del legislatore regionale è tendenzialmente escluso²⁰. Di segno analogo quanto agli effetti sul riparto, la sentenza 195 dello stesso anno.

Come anticipato, anche il 2018 conferma il tasso di conflittualità proprio della materia. Nella sentenza n. 66, la Corte oltre a riaffermare la competenza statale in materia di VIA in quanto «riconducibile alla potestà legislativa esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.», offre alle nostre considerazioni sul rapporto fra valutazione ambientale e principio democratico indicazioni particolarmente utili, in specie per quanto direttamente afferente la scelta delle sede di decisione e, quindi, della fonte competente. Nel ricorso, lo Stato – tra gli altri motivi – impugna la legge regionale perché a suo parere dispone «un'aprioristica ed indiscriminata sospensione del rilascio dei titoli minerari che impedisce per un lasso di tempo non trascurabile, sia l'avvio di nuove iniziative nello specifico settore estrattivo, sia l'esperimento delle procedure di valutazione di compatibilità correlate a progetti futuri, previste dall'art. 7 del d.lgs. n. 152 del 2006. Essa determina un "effetto sostanzialmente interdittivo" rispetto alle attività di coltivazione di nuove cave di inerti, eludendo l'obbligo di ponderazione di ciascuna proposta progettuale, anche in relazione

¹⁹ M. Salvago, *L'errata applicazione del paradigma dell' "intreccio" di competenze statali e regionali genera un'antinomia normativa (e uno "strano" criterio per risolverla). Riflessioni a margine della sentenza n. 105 del 2017*, in *Federalismi.it*, fasc. 4 del 2018.

²⁰ M. Cecchetti, *La materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, n. 7/2009.

alle rispettive alternative praticabili, imposto dalla normativa in tema di VIA, riconducibile alla potestà legislativa esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

Il ricorrente si richiama, poi, ad altre precedenti pronunce in cui la stessa Corte aveva ritenuto l'illegittimità costituzionale di norme regionali che disponevano dell'efficacia di titoli minerari in assenza di procedure di valutazione di impatto ambientale, argomentando che una tale disciplina avrebbe mantenuto «inalterato lo status quo, sostanzialmente sine die, superando qualsiasi esigenza di “rimodulare” i provvedimenti autorizzatori in funzione delle modifiche subite, nel tempo, dal territorio e dall'ambiente» (sentenza n. 67 del 2010), e sarebbe, quindi, stata «atta ad eludere l'osservanza nell'esercizio dell'attività di cava della normativa di VIA» (sentenza n. 246 del 2013).

Quando la Corte deve rilevare l'incompatibilità della legge regionale che, attraendo illegittimamente a sé la funzione di pianificazione amministrativa, provoca un irrigidimento della disciplina ed una incompleta considerazione degli interessi sottostanti, dice anche che «l'assenza di una generale pianificazione dell'attività (...) non può essere surrogata dalla sottoposizione alla procedura di valutazione di impatto ambientale (...) come sostenuto, a difesa della legge impugnata, dalla Regione resistente. Il provvedimento autorizzatorio, emesso a seguito di valutazione di impatto ambientale, ha una portata specifica, valevole per il singolo intervento localmente situato e di portata necessariamente circoscritta, non in grado, quindi, di tenere in considerazione l'assetto complessivo e l'equilibrio generale del territorio, che solo l'attività di pianificazione è in condizione di assicurare».

Il passaggio assume una particolare rilevanza.

Quando, il giudice costituzionale nega al singolo provvedimento autorizzatorio emesso a seguito di valutazione di impatto ambientale la capacità di prendere in considerazione “l'equilibrio generale del territorio” non sta solo censurando un'eccedenza della legge regionale, ma sta anche circoscrivendo il ruolo dello strumento di valutazione amministrativa, sussidiario rispetto agli atti di pianificazione territoriale. Ciò – come meglio vedremo in seguito – ci offre un argomento a partire dal quale ripensare l'assetto del sistema delle fonti in materia ambientale per una riestensione del principio di responsabilità politica.

La breve rassegna ci consegna un panorama delle relazioni fra Stato e Regioni niente affatto funzionante, rispetto alla quale la volontà di velocizzare le procedure decisionali che ha

animato anche gli ultimi interventi di riforma (si pensi anche alla nuova disciplina della conferenza di servizi²¹) paiono inefficienti.

L'intricato fascio di interessi che sottende la materia ambientale in generale e nello specifico la regolazione degli strumenti di valutazione delle politiche di settore, non riesce e non può ricevere composizione né attraverso l'indiscriminata valorizzazione del paradigma della velocità né attraverso l'affermazione della esclusiva competenza statale.

La prevalenza degli interessi nazionali, spesso legati a quelli del rispetto dei vincoli europei, a scapito delle comunità territoriali non ha – fino ad ora – garantito un funzionamento né virtuoso né efficace delle relazioni istituzionali.

Al contrario, la marginalizzazione della volontà dei territori, Regioni e Comuni, si è tradotta sovente in situazioni di blocco istituzionale. Si pensi al decennale conflitto istituzionale che si consuma intorno alla costruzione della linea ad alta velocità Torino- Lione. Un conflitto – questo – che ha assunto una tale portata da essere divenuto un caso di studio nel dibattito costituzionalistico²².

Anche la nuova disciplina contenuta nel d.lgs 16 giugno 2017, n. 104 conferma il ruolo marginale delle Regioni e delle comunità locali alle quali viene attribuito esclusivamente il potere di disciplinare l'organizzazione e le modalità di esercizio delle proprie funzioni amministrative, mentre allo Stato è riservato il compito di introdurre regole omogenee per il procedimento di VIA su tutto il territorio nazionale²³.

A dispetto di ciò, le Regioni hanno progressivamente acquisito un ruolo oppositivo e di controllo nei confronti delle scelte statali in materia ambientale, interpretando il pluralismo istituzionale in maniera più incisiva rispetto alla versione procedurale che si realizza nelle sedi del coordinamento istituzionale²⁴.

²¹ E. Scotti, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*, fasc. 16 del 2016.

²² A. Algostino, *Il movimento No Tav e le forme della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2007; L. Bobbio, *Che cos'è veramente in gioco intorno alla Tav*, in *La Rivista Il Mulino*, 6 marzo, 2012.

²³ V. art. 7 TU dell'Ambiente.

²⁴ Non è irrilevante che sul caso Tap, il Comune di Meledugno nella memoria depositata il 25 febbraio 2016 lamenti vizi sostanziali in relazione all'avvenuto superamento del dissenso manifestato dalla Regione. Il Consiglio di Stato, nella sentenza del 2017 ha ritenuto infondate le denunce in quanto nessuna parte processuale ha dimostrato che la "scelta" del modulo di cui all'art. 14 della legge generale sul procedimento amministrativo abbia arrecato un *vulnus*, ed in cosa esso sia consistito. È particolarmente utile riportare in parte la motivazione: "Il Collegio ben conosce la fondamentale pronuncia della Corte Costituzionale n. 110 del 2016: rileva però che (...) essa sia evocata dall'appellante amministrazione comunale non a ragione, posto che sono state nel caso di specie avviate tutte le procedure atte a superare il dissenso regionale quanto alla scelta di San Foca quale approdo *offshore* del gasdotto e che, in via prodromica, sono state analizzate tutte le possibili alternative prospettate e che in nessun punto di alcuna pronuncia del Giudice delle leggi la necessità

“forte” di una intesa (anch’essa “forte”) è stata equiparata alla praticabilità di un diritto potestativo di veto. 5.4. Per scrupolo di completezza si osserva che il ragionamento del T.a.r., comunque, è persuasivo anche al di là delle superiori considerazioni, in quanto fondato su un dato insuperabile che muove dalla ricostruzione contenuta nella sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, n. 239/2013 (“Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la q.l.c. dell’art. 38, comma 1 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modif., in l. 7 agosto 2012, n. 134, censurato per violazione dell’art. 117, comma 3, cost. e del principio di leale collaborazione. Premesso che nei casi in cui sia prescritta una intesa “in senso forte” tra Stato e regioni il mancato raggiungimento dell’accordo non legittima, di per sé, l’assunzione unilaterale di un provvedimento, la disposizione censurata, la quale ha introdotto nell’art. 1 l. 23 agosto 2004, n. 239, dopo il comma 8, il comma 8 bis stabilendo che, in caso di mancata espressione da parte delle amministrazioni regionali degli atti di assenso o di intesa, comunque denominati, in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia, il Ministero dello sviluppo economico invita le amministrazioni medesime a provvedere entro un termine non superiore a trenta giorni e che, in caso di ulteriore inerzia da parte delle amministrazioni regionali interessate, lo stesso Ministero rimette gli atti alla Presidenza del Consiglio dei ministri, la quale, entro sessanta giorni dalla rimessione, provvede in merito con la partecipazione della Regione interessata, deve ritenersi destinata ad operare nel caso in cui la Regione adotti una condotta meramente passiva che, traducendosi nell’assenza di ogni forma di collaborazione, si risolve in una inerzia idonea a creare un vero e proprio blocco procedimentale con indubbio pregiudizio per il principio di leale collaborazione e per il buon andamento dell’azione amministrativa”). Ciò in quanto:

a) il comma 8 bis della legge 23/08/2004, n.239 introdotto dall’articolo 38, comma 1, del d.L. 22 giugno 2012, n. 83 e successivamente modificato dall’articolo 1, comma 242, della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (“fatte salve le disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale, nel caso di mancata espressione da parte delle amministrazioni regionali degli atti di assenso o di intesa, comunque denominati, inerenti alle funzioni di cui al comma 8 del presente articolo, entro il termine di centocinquanta giorni dalla richiesta nonché nel caso di mancata definizione dell’intesa di cui al comma 5 dell’articolo 52-*quinquies* del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, e nei casi di cui all’articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93, il Ministero dello sviluppo economico invita le medesime a provvedere entro un termine non superiore a trenta giorni. In caso di ulteriore inerzia da parte delle amministrazioni regionali interessate, lo stesso Ministero rimette gli atti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, la quale, entro sessanta giorni dalla rimessione, provvede in merito con la partecipazione della regione interessata. Le disposizioni del presente comma si applicano anche ai procedimenti amministrativi in corso e sostituiscono il comma 6 del citato articolo 52 *quinquies* del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001”) è “dedicato” alla fattispecie di inerzia assoluta, e sostituisce il comma 6 del citato articolo 52 *quinquies* del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001 (“ In caso di mancata definizione dell’intesa con la Regione o le Regioni interessate nel termine prescritto per il rilascio dell’autorizzazione, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione, si provvede, entro i successivi sei mesi, a mezzo di un collegio tecnico costituito d’intesa tra il Ministro delle attività produttive e la Regione interessata, ad una nuova valutazione dell’opera e dell’eventuale proposta alternativa formulata dalla Regione dissenziente. Ove permanga il dissenso, l’opera è autorizzata nei successivi novanta giorni, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, integrato con il Presidente della Regione interessata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro competente, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.”);

b) nel caso di specie è invero incontestabile (ed infatti è rimasto incontestato) che non si sia verificata l’ipotesi della “assoluta inerzia” della Regione (vedasi delibera regionale n. 2566 del 2 dicembre 2014 enunciativa di un dissenso espresso);

c) ne discende che il comma 3 dell’art. 14 *quater* della legge generale sul procedimento n. 241/1990 (“se il motivato dissenso è espresso da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, ai fini del raggiungimento dell’intesa, entro trenta giorni dalla data di rimessione della questione alla delibera del Consiglio dei Ministri, viene indetta una riunione dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con la partecipazione della regione o della provincia autonoma, degli enti locali e delle amministrazioni interessate, attraverso un unico rappresentante legittimato, dall’organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell’amministrazione sulle decisioni di competenza. In tale riunione i partecipanti debbono formulare le specifiche indicazioni necessarie alla individuazione di una soluzione condivisa, anche volta a modificare il progetto originario. Se l’intesa non è raggiunta nel termine di ulteriori trenta giorni, e’ indetta una seconda riunione dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con le medesime modalità della

In molti e assai casi noti le Regioni hanno contestato l'idoneità dei moduli decisionali di addivenire ad una composizione tra gli interessi statali e quelli regionali, ma con l'obiettivo (più ampio) di contestarne l'opportunità politica, opponendo un indirizzo politico diverso a quello perseguito dal Governo centrale.

Il nodo della frizione fra le regole di governo dell'ambiente e il modello costituzionale pluralista rimane, quindi, uno dei aspetti più problematici dell'intera materia.

Per intendere a pieno il punto, basti leggere le motivazioni con cui il Consiglio di Stato respinge i ricorsi promossi dalle Regioni contro le trivellazioni in mare Adriatico nel marzo del 2018²⁵. In quella pronuncia, i giudici amministrativi hanno respinto tutte le censure rivolte al contenuto del compendio delle valutazioni discrezionali poste a base del positivo provvedimento definitivo di VIA, ritenendole inammissibili. Ma – tra gli altri – un passaggio merita attenzione.

Nella sentenza si legge che «la Regione ricorrente, in buona sostanza, attacca l'opportunità delle scelte, tecniche e amministrative, rimesse all'autorità preposta alla cura di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, sostituendo alle contestate valutazioni, che non superano mai la soglia dell'abnormità o della manifesta illogicità, le proprie soluzioni (valoristiche, progettuali, istituzionali, economiche)».

Una versione del pluralismo – questa proposta dai giudici amministrativi – a dir poco affievolita e molto lontana da quella disegnata nella Carta costituzionale per la quale, giova ripeterlo, le Regioni e i Comuni godono di autonomia intesa nel senso di autodeterminazione, «autodeterminazione dei propri interessi da parte della collettività che insiste in una dimensione spaziale limitata, implica la possibilità di esprimere democraticamente una volontà comune che imprime autodeterminazione alla cura degli

prima, per concordare interventi di mediazione, valutando anche le soluzioni progettuali alternative a quella originaria. Ove non sia comunque raggiunta l'intesa, in un ulteriore termine di trenta giorni, le trattative, con le medesime modalità delle precedenti fasi, sono finalizzate a risolvere e comunque a individuare i punti di dissenso. Se all'esito delle predette trattative l'intesa non è raggiunta, la deliberazione del Consiglio dei Ministri può essere comunque adottata con la partecipazione dei Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate») costituiva la disciplina applicabile e che la stessa, si ripete, era idonea a garantire in massimo grado l'approfondimento necessario, demandato alla più alta Autorità politica per superare il dissenso e non dequotava le prerogative regionali, ma anzi le garantiva in massimo grado (il che, per il vero, non è stato persuasivamente contestato da alcuno).

²⁵ V. sentenza Cons. Stato IV Sez., 28 febbraio, 2018 n. 1240, in cui si specifica che il parere regionale è reso a soli fini istruttori, con la conseguenza che lo stesso non è ostativo al rilascio del provvedimento di compatibilità ambientale da parte della competente amministrazione statale, dovendosi escludere la sussistenza di «un potere di codecisione della Regione» (a differenza di quanto, invece, previsto nei cc.dd. procedimenti di autorizzazione unica, in relazione ai quali opera la c.d. «intesa forte» della Regione; v. Cons. Stato sez. VI 5 maggio 2016 n. 1779).

interessi generali, è la possibilità di governarsi da sé in un ordinamento a parte (l'autogoverno della collettività locale)»²⁶.

Si ricordi che è consolidato l'orientamento del Consiglio di Stato secondo il quale «per gli interventi soggetti a V.I.A. statale il parere regionale è meramente consultivo e collaborativo e non vincolante, come si evince dall'art. 25, comma 2, d. lg. n. 152/2006; la disciplina della V.I.A. trova del resto il suo fondamento a livello costituzionale nell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., che riconosce allo Stato una potestà legislativa esclusiva in materia di “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”»²⁷.

A fronte di un modello costituzionale che interpreta il pluralismo istituzionale quale corollario di democraticità, si rivela necessario domandarsi se l'assetto che risulta da quanto detto sia la sua corretta attuazione e quale siano i modi e le sedi più idonee per consentire il confronto tra gli interessi dei diversi livelli di governo, nella chiara considerazione che la necessaria adozione di moduli decisionali plurali non è imposta solo dal riparto competenziale, ma attiene – più ampiamente – all'esercizio della sovranità popolare nelle forme e nei modi previsti dalla Carta costituzionale²⁸.

Che l'attuale strutturazione delle relazioni di governo in materia ambientale non sia soddisfattiva delle esigenze costituzionali lo dimostra proprio la vicenda sulle trivellazioni nel mare Adriatico che, nel 2016, ovvero pochi mesi dopo la celebrazione del referendum abrogativo di iniziativa regionale, ha rappresentato l'occasione di un inasprimento delle relazioni territoriali.

Le fasi di quello che può essere definito un vero e proprio scontro istituzionale sono assai note. L'obbligo di una intesa in senso forte fra Governo ed enti locali per la realizzazione di progetti energetici era stato previsto nella Legge di Stabilità del 2016. Le modifiche approvate dal Parlamento avevano recepito – in parte – le richieste regionali ed, infatti, la Corte di Cassazione nell'ordinanza del 7 gennaio 2016 prendeva atto dell'incidenza dello *ius superveniens* ai fini dell'inammissibilità di sei dei sette quesiti proposti.

In seguito, pochi mesi dopo la celebrazione del referendum, con il decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127 (Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di

²⁶ B. Pezzini, *Il principio costituzionale dell'autonomia locale e le sue regole*, Atti del Convegno annuale *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, Bergamo, 6-7 giugno 2014.

²⁷ In questo senso, si veda, sia la sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2016, n. 3767 che la sentenza della Corte Cost., 22 settembre-5 novembre 2015 n. 219.

²⁸ Più generalmente sui problemi dell'autonomia, da ultimo, L. Ronchetti, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018.

servizi)²⁹, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, il Governo è intervenuto a modifica della legge n. 241 del 1990.

L'attuale previsione dell'art. 14 *quater* relativa agli effetti del dissenso in sede di conferenza di servizi esclude dallo schema dell'intesa in senso forte «le infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, di cui alla parte seconda, titolo terzo, capo quarto del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, nonché dei casi di localizzazione delle opere di interesse statale». La modifica, poco dopo la consultazione referendaria, segna un momento di altissima conflittualità fra Governo e Regioni e mostra chiaramente la necessità di un ripensamento della *governance* ambientale.

Gli eventi più recenti rafforzano la convinzione che un efficace funzionamento del governo ambientale passi attraverso un ampliamento degli spazi di decisione politica, molto prima e al di fuori della procedura di valutazione amministrativa, riassegnando ai circuiti della responsabilità politica le più rilevanti scelte in materia.

2. La natura politica dei provvedimenti di autorizzazione ambientale nella più recente giurisprudenza.

L'intreccio con la questione democratica così come si profilata è, poi, reso chiaro dallo stesso problema qualificatorio del provvedimento autorizzatorio. Che sia inteso quale atto politico o di amministrazione comporta, infatti, delle ricadute enormi sulla strutturazione della *governance* ambientale.

La più recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale ci offre qualche utile argomento a favore del carattere necessariamente politico della decisione in materia ambientale.

Quando il Consiglio di Stato nel marzo 2017 si esprimeva sul ricorso del Comune di Meledugno che denunciava illegittimità “intrinseca” della positiva valutazione dell'impatto ambientale dell'opera culminata nel decreto n. 223 dell'11 settembre 2014 reso dal

²⁹ Ampiamente sulla riforma, M. De Benedetti- A. Zenca, *La riforma della conferenza di servizi alla luce delle recenti disposizioni del d.lgs. n. 127 del 2016*, in www.amministrazioneincammino.it, 10 febbraio, 2017.

Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM) reso sulla scorta del parere tecnico 1596 del 29 agosto 2014, richiamando precedenti pronunce (v. sentt. I sezione, 30/06/2016, n. 218; V. 11 luglio 2016 n. 3059) affermava che «la valutazione di impatto ambientale non è un mero atto (tecnico) di gestione ovvero di amministrazione in senso stretto, trattandosi piuttosto di un provvedimento con cui viene esercitata una vera e propria funzione di indirizzo politico- amministrativo con particolare riferimento al corretto uso del territorio (in senso ampio), attraverso la cura ed il bilanciamento della molteplicità dei (contrapposti) interessi pubblici (urbanistici, naturalistici, paesistici, nonché di sviluppo economico — sociale) e privati».

Da ciò deduceva che «il giudizio di compatibilità ambientale, pur reso sulla base di oggettivi criteri di misurazione pienamente esposti al sindacato del giudice, è attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera; apprezzamento che è sindacabile dal giudice amministrativo, nella pienezza della cognizione del fatto, soltanto in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, nel caso in cui l'istruttoria sia mancata o sia stata svolta in modo inadeguato e risulti perciò evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione».

L'argomentazione della natura decisoria del provvedimento di VIA serviva per escludere la possibilità di un sindacato da parte del giudice amministrativo, se non per macroscopici vizi di irrazionalità e per respingere il ricorso del Comune.

Anche il giudice costituzionale ha, in alcuni casi, aderito all'idea di una funzione o di contenuto “politico” per i provvedimenti di autorizzazione ambientale; si pensi, ed esempio, alla sentenza sul caso Ilva (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85)³⁰. In questa, dichiarando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 1 del d.l. n. 207/2012, ha affermato che la *ratio* della disposizione in oggetto «consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di

³⁰ Per un commento, seppur su profili diversi da quelli qui trattati, A. Morelli, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, www.penalecontemporaneo.it.

spiegare ogni sforzo in tal senso».

In quella circostanza, la difficile ricomposizione fra gli interessi in campo era definita solo in astratto dalla legge ma, completamente delegata, nel caso concreto, all'autonomia dell'amministrazione.

Ed anche nella recentissima sentenza n. 198 del 2018 la Corte riconosce che «la VIA ha, dunque, una duplice valenza: istituto comunitariamente necessitato, essa ha rappresentato, sin dalle sue origini, uno strumento per individuare, descrivere e valutare gli effetti di un'attività antropica sulle componenti ambientali e, di conseguenza, sulla stessa salute umana, in una prospettiva di sviluppo e garanzia dei valori costituzionali. Descritta dall'art. 5 cod. ambiente, la VIA ha giuridicamente una struttura anfibia: per un verso, conserva una dimensione partecipativa e informativa, volta a coinvolgere e a fare emergere nel procedimento amministrativo i diversi interessi sottesi alla realizzazione di un'opera ad impatto ambientale; per un altro, possiede una funzione autorizzatoria rispetto al singolo progetto esaminato»³¹.

Dalle pronunce emerge tutta la complessità del tema, impossibile da rendere in queste brevi considerazioni. Rimangono, tuttavia, di estrema importanza ai fini di queste considerazioni. Pur non considerando tutti gli aspetti specifici della disciplina di settore, è possibile desumere dal modello costituzionale qualche linea di indirizzo anche per il legislatore in materia ambientale, affinché regoli in maniera più equilibrata il rapporto tra decisione politica e quella tecnico-amministrativa.

Sembra facilmente affermabile che la Costituzione, per le sue specifiche caratteristiche, strutturi un modello di tutela sistemica dei diritti, che nega la vigenza di uno schema “verticale” e gerarchico e di una relazione di (stabile) prevalenza tra i valori di rilevanza costituzionale. In tale modello, la delega del bilanciamento fra diritti costituzionalmente rilevanti al provvedimento autorizzatorio amministrativo sembra rappresentare un passaggio inevitabile.

Si tratta di un modello “orizzontale” di protezione dei diritti fondamentali in cui il bilanciamento operato caso per caso è chiamato a garantire la loro reciproca e continua integrazione, al di là di ogni rigido schema “verticale” e gerarchico.

In materia ambientale, poi, la necessità del ricorso a siffatta forma di bilanciamento “sistemico” è specificamente argomentata a partire dalla previsione contenuta nell'art 3-

³¹ V. Corte Cost. sentenza n. 198 del 2018, 5.2 del Considerato in diritto.

quater del Codice dell'ambiente, in forza della quale “nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità, gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione”. In questa prospettiva, «il riferimento alla “priorità” della considerazione dell'interesse ambientale è inteso non tanto come imposizione di una “aprioristica sovraordinazione” di questo rispetto agli “altri interessi costituzionalmente rilevanti”, quanto piuttosto come “allestimento di uno spazio procedimentale che assicuri una bilanciata ponderazione” tra di essi»³². Del resto – si dice – «ciò è tanto vero se si considera il “regime amministrativo speciale dell'ambiente” ed il principio di integrazione di cui all' art. 11 TFUE, i quali «costituiscono delle premesse fondamentali che conducono ad escludere una “prevalenza certa e assoluta” dell'interesse ambientale rispetto agli altri interessi; essendo al contrario necessaria una lettura della asserita “priorità” dell'interesse in questione come espressione della necessità di una “tutela rafforzata sotto il profilo della certezza che tale interesse venga sempre e comunque preso in considerazione” nei processi decisionali»³³.

Il profilo del bilanciamento è stato – manco a dirlo – oggetto di riflessioni dottrinali assai autorevoli e per questo in questa sede non risultano nemmeno abbozzabili considerazioni ulteriori³⁴. Può, però, certamente dirsi che non è l'idea in sé della bilanciabilità in concreto dei diritti a risultare problematica, non potendosi negare che – ad esempio – una minima compressione del diritto all'ambiente salubre non sia in grado di provocare la soccombenza del diritto al lavoro.

Se, infatti, è pur vero che «la Costituzione (...) indichi già, nel proprio testo, un nucleo di principi dotati di una solidità inattaccabile, proprio perché collegati all'obiettivo e alla premessa del nostro ordinamento costituzionale: il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, c. 2 Cost.)»³⁵, quali – appunto il diritto alla salute, all'ambiente salubre, al lavoro etc..., non è, al contrario, sempre vero che ogni loro compressione determini una violazione costituzionale. L'individuazione del contenuto minimo del diritto diventa, quindi, prioritario nella misura in cui solo una sua violazione è in grado di incidere sul giudizio di

³² E. Frediani, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela “sistemica” nella vicenda dell'Ilva di Taranto*, in *Federalismi.it*, fasc. 14 del 2013, 9 ss.

³³ E. Frediani, *op. ult. cit.*, 12.

³⁴ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

³⁵ L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, 27 ss.

prevalenza.

È, quindi, difficile negare che l'esistenza in astratto dei diritti costituzionali necessiti chiaramente di un bilanciamento in concreto, tramite il quale diventa possibile garantire la convivenza tra valori differenti, nello spazio della libera decisione degli organi titolari della funzione di indirizzo politico. L'aspetto problematico che emerge sia dalla vicenda sul caso Ilva che dalla giurisprudenza amministrativa sulla valutazione di impatto ambientale è che il modello di *governance* ambientale tende ad affidare il bilanciamento in concreto alla sede amministrativa, rinunciando a definire un ordine di priorità in sede politica.

Per cui, fermo restando la necessaria garanzia del contenuto minimo dei diritti, il problema non è tanto, o non solo, quello della bilanciabilità del diritto all'ambiente salubre con i diritti di rilevanza economica, ma la sede in cui la scelta viene elaborata. Che il problema sia di assoluta rilevanza, lo dimostra anche lo stesso legislatore della riforma della legge sulla valutazione di impatto ambientale, nel 2017, quando prova a riarticolare i rapporti tra strutture amministrative dell'Autorità competente e organismi di supporto tecnico-scientifico. Molte delle principali novità introdotte dalla riforma riguardano, infatti, il ruolo e il funzionamento della Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale VIA e VAS, la cui competenza riguarda le valutazioni di ordine tecnico e scientifico nei procedimenti di competenza statale.

L'aspetto che maggiormente interessa ai fini di queste considerazioni riguarda la posizione della Commissione rispetto alle strutture amministrative. Come è stato sottolineato «nella nuova legge la Commissione non opera più in posizione di assoluta autonomia rispetto alle strutture amministrative, ma è posta espressamente «alle dipendenze funzionali del Ministero» per assicurare «il supporto tecnico-scientifico all'autorità competente»³⁶.

Se una tale correzione risulti adeguata o sufficiente alla necessaria garanzia di democraticità delle decisioni in materia ambientale rimane un punto interrogativo, anche in considerazione delle disfunzionalità che, negli ultimi anni, hanno riguardato l'attività ministeriale, non sempre efficiente.

Nonostante, infatti, nel diritto ambientale, la normativa secondaria (regolamentare e non) assuma una funzione prioritaria, garantendo la manutenzione richiesta dal suo – già accennato – fondamento tecnico-scientifico, i numeri ci danno conto di un

³⁶ M. Cecchetti, *La riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale tra d.lgs. n. 104 del 2017 e Corte costituzionale n. 198 del 2018*, in *Federalismi.it*, n. 1 del 2019, 26.

malfunzionamento dell'attività ministeriale.

Se si guarda alle grandi leggi di disciplina della materia può ben notarsi che lo spazio riservato all'attuazione regolamentare ha dimensioni assai ampie. Dalle previsioni contenute nella l. 447 del 1995, nel dlgs. 194 del 2005 (in materia di inquinamento acustico), nel d.lgs. 152 del 2006 (TU in materia ambientale), nel d.l. 49 del 2014 (di attuazione della direttiva 212/19/UE in materia di rifiuti e apparecchiature elettriche), nella l. 221 del 2015 (c.d. collegato ambientale) e nella l. 132 del 2016 (sulla riforma delle Agenzie Ambientali) ne risulta che i decreti e i regolamenti da adottare sono in un numero pari a 235. Solo il TU in materia ambientale richiede l'adozione di 174 provvedimenti attuativi, di cui 55 di natura regolamentare³⁷.

A fronte di un tale disegno normativo, i numeri dell'attività ministeriale ci consegnano una situazione di effettiva inadempienza. Nel 2010 sono 3 i regolamenti ministeriali adottati, nel 2011 sono 4, nel 2012 sono 3, nel 2013 sono 3, nel 2014 1. Quanti ai decreti di natura non regolamentare, nel 2010 sono 6, nel 2011 sono 10, nel 2012 sono 14. Una inversione di tendenza è registrabile dal 2015, anno nel quale i decreti diventano 16 e nel 2016 25. Anche il 2016 conferma un progressivo aumento.

Questi numeri aumentano i dubbi sulla soluzione apprestata dal legislatore della riforma e lasciano aperto il problema della sede più idonea in cui operare il bilanciamento fra i diritti. Rimangono, in tal modo, valide le affermazioni da cui si muoveva. La necessità di recuperare le scelte primarie in una sede politicamente responsabile si mostra in tutta la sua evidenza un presupposto imprescindibile per ri-democratizzare una materia che incide profondamente su diritti fondamentali, costituzionalmente tutelati e sull'organizzazione istituzionale della Repubblica.

Abstract: Il contributo vuole fare il punto sull'attuale strutturazione della governance ambientale, anche alla luce della nuova legge sulla valutazione di impatto ambientale (d.lgs. n. 104 del 2017), avendo specifico riguardo a due grandi questioni democratiche. Sul primo versante, la difficile relazione fra legittimazione tecnica e legittimazione politica delle decisioni assunte in materia ambientale. Sul secondo, le relazioni in materia fra Stato ed enti territoriali e la necessaria garanzia del pluralismo istituzionale.

Abstract: The paper analyzes the current structure of environmental governance, also in

³⁷ I dati sono riportati da M. Cecchetti, Audizione parlamentare, 18 febbraio, 2017.

light of the new law on environmental impact assessment (Legislative Decree No. 104 of 2017), having specific regard to two major democratic issues. On the first side, the difficult relationship between technical legitimacy and political legitimacy of the decisions taken on environmental matters. On the second, the relations between the State and the Regions on the subject and the necessary guarantee of institutional pluralism.

Parole chiave: Ambiente – grandi opere – democrazia – pluralismo istituzionale.

Key words: Environment – public infrastructure – democracy – institutional pluralism.

SERVIZI PUBBLICI, DIRITTI FONDAMENTALI DEGLI UTENTI, PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA. APPUNTI PER UN PERCORSO DI DIRITTO COSTITUZIONALE*.

di Michele Francaviglia**

Sommario. 1. Oggetto della ricerca: i diritti fondamentali dell'utenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale. – 2. Le ragioni di un lungo silenzio: brevi cenni storici sulle diverse configurazioni teoriche del servizio pubblico e i relativi riflessi sulla figura dell'utente e dei suoi diritti. – 3. (segue) Il periodo statutario: dalla legge Giolitti agli anni 40'. – 4. (segue) Il primo quarantennio repubblicano. – 5. (segue) Il secondo ventennio repubblicano. – 6. (segue) L'influsso del diritto europeo sull'assetto e sul dibattito attuali. – 7. La figura dell'utente nell'ambito del processo di integrazione europea tra concorrenza e coesione sociale. – 8. La figura dell'utente in costituzione oggi e la configurabilità di autonome situazioni giuridiche di rilievo costituzionale ad esso pertinenti. – 9. I problemi della natura e del contenuto delle situazioni giuridiche soggettive dell'utente di rilievo costituzionale. – 10. Sulla problematica tutela giurisdizionale dei diritti dell'utenza: dal catalogo 'aperto' dei diritti fondamentali a quello degli strumenti di tutela? – 11. Diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici ed eguaglianza sostanziale.

45

1. Oggetto della ricerca: i diritti fondamentali dell'utenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale.

Il tema dei servizi pubblici “si colloca al centro di una serie di tendenze legate ai grandi mutamenti del rapporto tra autorità pubblica e mercato, all'evoluzione del processo d'integrazione europea e all'importanza del concetto di cittadinanza europea. La questione dei servizi pubblici è ampiamente dibattuta, in Europa e altrove. Ciò è ben comprensibile, poiché tale questione è direttamente legata al nuovo modo di essere degli Stati e delle autorità pubbliche e, più in generale, si riallaccia all'antica questione del rapporto tra lo Stato e il mercato”.

A distanza di sedici anni, queste parole¹ rappresentano al contempo una felice sintesi dell'oggetto del presente lavoro e la miglior prova della sua costante attualità, prospettando,

* Sottoposto a referaggio.

** Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico – Università di Roma “La Sapienza”.

¹ Si tratta dell'intervento pronunciato dal Presidente della Commissione europea dell'epoca, Romano Prodi, al dibattito-incontro “*Le service public et l'europe: une voie vers la convergence*”, tenutosi il 18 ottobre 2002 presso l'Università Paris-Dauphine.

oggi come allora, un ricco panorama di questioni teorico-giuridiche².

Fra queste, ci si concentrerà, dalla prospettiva del diritto costituzionale, sulla figura dell'utente, sul suo particolare *status* e, soprattutto, sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive ad esso pertinenti.

Quest'ultime, com'è noto, rappresentano un'acquisizione abbastanza recente, e dai contorni ancora incerti, nell'ambito dell'elaborazione dottrinarica dei servizi pubblici³. Ciò perché i diritti dell'utenza rappresentano il frutto di un lungo processo evolutivo, nel corso del quale hanno giuocato un ruolo chiave tanto dei fattori giuridico-istituzionali di ampia portata (si direbbe, interordinamentale), quali il processo di integrazione europea e in particolare la tutela della concorrenza, quanto dei fattori contingenti e di natura economico-finanziaria come la crisi economica del 2007.

² La letteratura sui servizi pubblici è sterminata; senza pretese di completezza, e con specifico riferimento agli studi elaborati dopo l'entrata in vigore della costituzione cfr. R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956; U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; Cfr. F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *N. ssimo Dig. it.*, XVII, 1970, p. 217; G. Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, p. 209; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977; I.M. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, p. 362; C. Pinelli, *Privatizzazione dei servizi pubblici e autonomie locali*, in C. Amirante e A. Saccomanno (a cura di), *Il nuovo ordinamento locale*, Messina, 1995; G. Corso, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in AA.VV. *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, p. 24 ss.; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, 2003, p. 2581; C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005; G. Napolitano, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5517; G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, p. 5527; M.P. Chiti (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006; C. Franchini, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007; V. Italia (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010; G. Di Gaspere, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, 2010; R. Cavallo Perin, *Le regole dell'organizzazione e della gestione*, in H. Bonura e M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 137 ss.; E. Furno, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, e degli sviluppi successivi*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, vol. IV, p. 2073 e ss.; V. Cerulli Irelli, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 2900 ss.; F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, 30 maggio 2012, p. 2 ss.

³ Cfr. al riguardo, nell'ambito degli studi amministrativistici, A. Pajno, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 554; G. Vesperini e S. Battini, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Bologna, 1997; A. Massera, *Diritti degli utenti e regolazione della concorrenza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 31 ss.; F. Pellizzer e L. Trucchia, *Brevi spunti sulla tutela dell'utente rispetto alla qualità del servizio: l'autorità di regolazione*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, op. cit., p. 57 ss.; E. Picozza, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto comunitario*, in E. Picozza, G. Palma e E. Follieri, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, II, Padova, 1999; G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 867 ss.; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

Non solo. La categoria dell'utente ha faticato – e, ad oggi, ancora fatica – a trovare una definitiva collocazione tra i diversi settori della scienza giuridica, ponendosi 'a cavallo' di questi; si direbbe 'di frontiera'. I principali 'pretendenti' rispetto a questo ambito di studi, com'è noto, sono stati il diritto amministrativo e quello privato: l'uno dal versante dell'organizzazione e della gestione dei servizi pubblici, l'altro da quello della tutela contrattuale del contraente debole, entrambi hanno colto la novità rappresentata dalla figura dell'utente, e la stretta connessione di questa con gli sviluppi della disciplina europea in materia di servizi pubblici (*rectius*: di servizi di interesse generale).

Dal tema sembrerebbe, dunque, esclusa l'elaborazione costituzionalistica, la quale, pur facendo proprie le acquisizioni e gli strumenti degli altri due settori, non si è ancora spinta – salvo alcune incursioni⁴ – a rivendicare un tema che, a ben vedere, risulta strettamente legato ai due poli del costituzionalismo: quello dei poteri e quello dei diritti. Su di esso, al contrario, si registra un certo silenzio.

In effetti, non sembra aver trovato una compiuta sistemazione e soluzione la questione relativa all'esatta natura, dal punto di vista costituzionale, dei diritti degli utenti, specialmente rispetto a servizi di rilievo economico (e perciò, oggi, erogati nell'ambito di un mercato appositamente regolamentato), nonché quella inerente il rapporto fra questi e le situazioni giuridiche fondamentali tutelate direttamente dalla costituzione.

Nel presente lavoro si cercherà, quindi, di trovare una 'chiave di lettura costituzionale' di siffatte situazioni giuridiche soggettive, in particolare di quelle connesse ai servizi di interesse economico generale, aggiornata all'attuale quadro normativo di tali servizi, delineandone i tratti comuni, quali la struttura e gli strumenti per garantirne la loro

⁴ Cfr. sul punto G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 758 ss.; G. Pastori, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, II, 1082 p. ss.; E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, III, Teoria generale e miscellanea*, Milano, 1995, p. 1174 ss.; P. Barile, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell'ordinamento repubblicano*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 88 ss.; M.A. Cabiddu, *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore; i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999, p. 919; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 186 ss.; M. Cerioni, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2014; C. Pinelli, *Individuazione e tutela dei diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici essenziali*, in G. Pino (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Milano, 2015, p. 225 ss.; M.A. Cabiddu, *Il treno dei diritti (dei passeggeri)*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, p. 465 ss.; E. Paparella, *Accesso al servizio e diritti degli utenti: la tutela dei passeggeri disabili tra normativa europea, giurisprudenza costituzionale e tutele antidiscriminatorie*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti*, op. cit., p. 479 ss.

effettività.

Onde procedere in siffatta analisi, risulta tuttavia necessario prendere avvio dalle acquisizioni sul tema della scienza amministrativistica e privatistica; ciò è inevitabile, a ben vedere, proprio per la incerta collocazione del tema, il cui studio impone l'utilizzo di un approccio multidisciplinare, che superi i consueti steccati e faccia propri gli strumenti concettuali di altri saperi giuridici ed economici.

Al riguardo, è stato, peraltro, osservato che “l’attenuarsi della separazione tra sfere di legalità ha prodotto una vasta area tematica non padroneggiabile senza che le prospettive dei costituzionalisti e degli amministrativisti interagiscano fra loro. E, nel complesso, l’interazione non è avvenuta”⁵.

In questo senso, il tema dei diritti degli utenti dei servizi di interesse economico generale ben si presta a provocare siffatta interazione, dovendo mettere in collegamento le diverse legalità (legale, costituzionale e sovranazionale) che in esso si affacciano.

Una *raison d'être* in più, dunque, della presente indagine.

2. Le ragioni di un lungo silenzio: brevi cenni storici sulle diverse configurazioni teoriche del servizio pubblico e i relativi riflessi sulla figura dell'utente e dei suoi diritti.

Nella scienza giuridica, il concetto di *utente*, com'è noto, non emerge con l'affacciarsi del diritto europeo sui temi del servizio pubblico e della concorrenza; esso, specie nella dottrina amministrativistica, è ben risalente, in quanto connesso a quello di servizio pubblico, e ha rappresentato sin da subito un utile elemento con il quale verificare il ruolo, per dirla con Duguit⁶, dei governanti rispetto ai governati nell'ambito di una determinata forma di stato. Per quanto concerne, invece, il differente concetto di *diritti dell'utenza* è possibile registrare un diverso *climax*: dalla loro totale pretermissione, gli interessi dell'utenza in relazione a un determinato servizio pubblico sono dapprima confusi con l'interesse

⁵ Così C. Pinelli, “*Diritto pubblico*”: costituzionalisti e amministrativisti a confronto, in *Rivista AIC*, fasc. 2/2013, 5; sul versante amministrativistico v. poi S. Cassese, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 397.

⁶ Cfr. L. Duguit, *Révue de droit public*, 1907, 417; per una rilettura del pensiero del giurista francese e dell'*Ecole du service public* francese cfr. G. Montella, *Il Service public come principio in Duguit e Hauriou*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, numero speciale 2014, p. 512 e ss.

pubblico perseguito dalla pubblica Autorità esercente, per poi venir messi sempre più al centro sia delle scelte del legislatore nella realizzazione del medesimo (o, il più delle volte, nella costruzione del relativo ‘mercato’), che dei relativi studi giuridici. Ciò che, però, sembra a tutt’oggi mancare è una chiara definizione della *natura* di siffatte situazioni giuridiche; l’evoluzione cui si è appena accennato, infatti, ha certamente condotto la scienza giuridica a escludere che tali interessi possano rilevare solo come mere aspettative di fatto (come, peraltro, *ab origine* erano state inquadrare), ma la loro definizione è stata nel tempo comunque ondivaga e *tormentata*.

Converrà qui fare un rapido cenno di tale evoluzione, le cui tappe corrispondono, non è un caso, alle principali *milestones* del processo di integrazione fra l’ordinamento giuridico italiano e quello europeo.

3. (segue) L’epoca statutaria: dalla legge Giolitti agli anni 40’.

Sebbene la nozione di *servizio pubblico* sia emersa già sul finire del XIX° secolo proprio in relazione alle concrete modalità di tutela dei singoli la cui sfera giuridica veniva lesa dall’Amministrazione – e utilizzata quale criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa⁷ –, il tema delle situazioni giuridiche dell’utenza non è stato affrontato, dalla dottrina dell’epoca, con particolare puntualità e chiarezza. Ciò, ovviamente, è dovuto a un complesso di ragioni di cui occorre dare brevemente conto, poiché esse hanno preparato – e per molto tempo influenzato – il dibattito che si è andato sviluppando negli anni successivi.

A fronte della novità rappresentata dalle attività ‘sociali’ svolte dallo Stato a partire dalla fine del XIX° secolo e della loro sussumibilità all’interno del diritto amministrativo, la prima elaborazione del concetto di servizio pubblico, di fattura orlandiana, venne impostata in termini esclusivamente soggettivi: “l’idea del pubblico servizio non precede, ma segue quella della pubblica amministrazione”⁸.

Tale assunto, in base al quale doveva individuarsi un servizio pubblico in qualsiasi

⁷ Sul punto F. Merusi, *Servizio pubblico*, op. cit., p. 216.

⁸ Cfr. V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto dal V.E. Orlando, I, Milano, 1900, p. 58.

intrapresa esercitata da un organo dello Stato o da un suo concessionario⁹, ha poi condotto, da un lato alla identificazione degli interessi dell'utenza all'interesse generale curato da quel determinato soggetto pubblico¹⁰ e dall'altro alla pubblicizzazione dei rapporti di utenza – derogatoria del diritto comune – attraverso la teoria delle 'prestazioni amministrative rese ai privati'¹¹.

Salvo alcune eccezioni¹², le principali elaborazioni dottrinarie dell'epoca sul tema, tutte figlie della scuola orlandiana, hanno poi tratto le conseguenze ultime dalla connotazione in senso soggettivo del servizio pubblico, tra le quali: i) il totale assorbimento dell'utilità del servizio pubblico apportata all'utente nell'utilità dell'ente che lo eroga, consistendo la prima in un mero, eventuale *riflesso* dell'attività condotta dall'ente per fini comunque *superiori*, e per essi pertanto sacrificabile¹³; e ii) la riconduzione delle attività svolte nell'ambito del servizio pubblico (c.d. attività 'sociale') nel *genus* degli atti amministrativi *iure imperii*¹⁴.

In questo contesto di autentico solipsismo amministrativo (o statuale), la posizione ricoperta dall'amministrazione rispetto all'utente nell'erogazione del servizio è di vera e propria supremazia speciale (e non, appunto, di servizio): quest'ultimo è, infatti, destinato all'irrelevanza giuridica ovvero alla sua contemplazione quale mero dato di fatto.

Unica eccezione a questo approccio culturale – ispirato principalmente dalla dottrina tedesca¹⁵ – era rappresentata dalla storica *Ecole du service public* francese¹⁶, secondo la

⁹ Cfr. in tal senso cfr. anche S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1912, 857

¹⁰ Cfr. V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, op. cit., 103 ss.

¹¹ La teoria emerge nel dibattito italiano in maniera nitida con S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, ult. loc. cit., per poi trovare compiuta sistemazione nell'allievo G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo. V. Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, III ed., Milano 1959, p. 365 ss., e in R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, II ed., Milano 1956.

¹² Cfr. sul punto la lucida analisi di A. De Valles, *I servizi pubblici*, in A. De Valles (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto dal V.E. Orlando, VI, Milano, 1930, 385, il quale non solo sottolinea l'insufficiente tutela di cui all'epoca poteva godere l'utente, ma adotta la prospettiva dell'utenza quale strumento attraverso il quale risolvere la questione della definizione di servizio pubblico: esso "non è altro che servizio per il pubblico". La soluzione in parola riecheggerà più avanti in alcuni recenti studi amministrativistici volti ad evidenziare l'autonomo rilievo dei diritti dell'utenza e in particolare nella distinzione tra interesse pubblico e interesse *del* pubblico; al riguardo cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 567 ss.

¹³ Così G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 347.

¹⁴ Su queste posizioni cfr. O. Ranalletti, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, (1905), ora in *Id., Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992, p. 730.

¹⁵ Un approccio, com'è noto, che tende a identificare la statualità e con la pubblicità; su tale ricostruzione cfr. S. Cassese, *I Servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Roma, 1969, p. 8 ss.

¹⁶ Per la quale cfr. G. Montella, *Il Service public come principio*, op. cit. p. 511 ss.; nonché S. Cassese, *Una storia del diritto amministrativo francese*, in "Le Carte e la Storia", *Bollettino semestrale della Società per*

quale il servizio pubblico costituisce la fonte (e l'obiettivo) del potere statale, e dunque l'unico criterio ordinatore dei rapporti tra governanti e governati¹⁷. In essa emerge, infatti, il problema della garanzia del diritto dei *particuliers* (e non, si badi, dei *citoyens*) al funzionamento regolare dei servizi pubblici¹⁸, ma tale dottrina – forse anche per una certa carica ideologica che la caratterizzava¹⁹ – non ha mai allignato in Italia e, più in generale, è rimasta un *ἄπαξ λεγόμενον* nel dibattito giuridico dell'epoca.

4. (segue) Il primo quarantennio repubblicano.

Nella costituzione repubblicana il tema dei servizi pubblici è affrontato solo in modo parziale, lasciando intendere che molta parte delle scelte qualificanti l'intero assetto dei medesimi sarebbe spettata al Legislatore. Tale impostazione, a ben vedere, si coniuga e si spiega sia con l'opzione dell'Assemblea costituente per un modello economico 'misto', sia con la delicatezza politica del tema in sé che, esattamente come per le discipline della proprietà e dell'iniziativa economica, richiedeva soluzioni costituzionali di ampio respiro e pertanto flessibili²⁰.

In particolare, i servizi pubblici e gli utenti vengono nominati dall'art. 43 cost., con riferimento alla possibilità di riservare, con legge, "allo stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali", ed emergono in controluce anche nell'art. 41, co. 3, cost., laddove viene previsto che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". A fronte di una disciplina costituzionale così scarna, non stupisce che, nel primo

gli Studi di Storia delle Istituzioni, n. 2/1995, p. 7 ss.; nonché C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 64 ss.

¹⁷ Cfr. la ben posizione del fondatore della *Ecole*, L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, vol. III, III ed., Paris, 1928, p. 61, secondo il quale il concetto di *service public* ricomprende: "toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est d'une telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par les gouvernants".

¹⁸ Cfr. L. Duguit, *Les Transformations du droit public*, Paris, 1913, p. 103 ss.

¹⁹ Sul punto F. Merusi, *Servizio pubblico*, op. cit., p. 217, secondo il quale la teoria del Duguit altro non è che il tentativo di giustificare un regime giuridico di privilegio a favore dell'amministrazione e di configurarne una giustiziabilità di fronte al giudice amministrativo.

²⁰ Per una ricostruzione di questo tipo cfr. oggi C. Pinelli, *Diritto pubblico*, Bologna, 2018, p. 456 ss.

quarantennio di vigenza della costituzione repubblicana, la prospettiva dei diritti dell'utente sia rimasta abbastanza estranea rispetto alle principali indagini di diritto amministrativo sui servizi pubblici. Quest'ultimi, infatti, erano totalmente assorbiti dalla problematica definizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, del concetto di servizio pubblico, la cui originaria unitarietà era fortemente minacciata da nuovi fenomeni, quali l'esercizio di servizi pubblici da parte di soggetti formalmente privati (ma sostanzialmente pubblici), ovvero la conduzione da parte di soggetti pubblici di attività economico-imprenditoriali sganciate da qualsiasi funzione pubblica.

L'irrelevanza della posizione dell'utente trova così conferme, nell'ambito delle elaborazioni giuridiche dell'epoca, in due distinte circostanze: da un lato, l'affermazione in quegli anni – per quanto non in modo perdurante²¹ – della ben nota concezione di servizio pubblico *in senso oggettivo*, secondo la quale per servizio pubblico doveva intendersi qualsiasi attività di pubblica utilità, diretta verso “un indirizzo amministrativo unitario” e soggetta a discipline pubblicistiche (o comunque al potere direttivo di organi statuali)²²; dall'altro, e di conseguenza, il declino del concetto di ‘prestazione amministrativa al privato’, in quanto ritenuto ormai inidoneo spiegare la complessità del fenomeno complessivo dei servizi pubblici²³.

In quegli anni, gli *interessi* dei singoli utenti, sebbene connessi a (o collimanti con) situazioni giuridiche di indubbio rilievo costituzionale, non solo non vengono percepiti dalla dottrina amministrativistica maggioritaria come tali – vale a dire come situazioni giuridiche *individuali*²⁴ –, ma secondo la stessa “non ricevono dall'ordinamento alcuna qualificazione”²⁵; ciò che rileva, semmai, è il solo soddisfacimento, attraverso l'erogazione

²¹ Già negli anni 70', la concezione in parola entrò in profonda crisi dal punto di vista della sua efficienza euristica, giacché irrimediabilmente indeterminata in quanto suscettibile di qualificare come servizio pubblico le più disparate attività, ma tale aspetto non ha determinato una netta spinta ad indagare la posizione degli utenti. Per una ricostruzione di queste critiche v. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 205.

²² Così M. Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 185 ss, nonché cfr. F. Merusi, *Servizio pubblico*, op. cit., p. 219.

²³ Per tali critiche v. per tutti M.S. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, p. 48 ss., nonché F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, p. 207 ss.

²⁴ Cfr. U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, op. cit., p. 160, secondo il quale la soddisfazione dei interessi individuali degli utenti “si attua soltanto nella misura in cui coincide con il realizzarsi di quel diverso interesse perseguito dal servizio nel suo complesso”; esclude la qualità di diritto soggettivo per i *diritti civili* dell'utenza A.M. Sandulli, *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro it.*, 1952, I, p. 1344; *contra* cfr. già all'epoca M. Nigro, *L'edilizia popolare*, op. cit., p. 163, per il quale il servizio pubblico soddisfa una “pluralità d'interessi individuali”.

²⁵ U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, ult. loc. cit.

del servizio pubblico, “di interessi propri dell’autore dell’attività stessa”²⁶.

È stato, peraltro, osservato come tale impostazione derivasse, oltre che dall’affermarsi delle posizioni testé richiamate, anche dalla sovrapposizione fra i soggetti erogatori di un servizio pubblico e l’*organizzazione politica, economica e sociale* di cui all’art. 3 cost.²⁷. A ben vedere, si è trattato di una sublimazione dell’utente nella figura del cittadino che, di conseguenza, ha portato a negare autonomo rilievo giuridico alle posizioni e agli interessi del primo nell’ambito dei suoi rapporti con l’esercente e con lo Stato.

Senonché è appena il caso di rilevare, per quanto incidentalmente, che la condizione di utente non necessariamente deve essere intesa come deteriore rispetto a quella di cittadino: tutto all’opposto, è la nozione di cittadinanza – esattamente come accaduto per l’esercizio di alcuni diritti fondamentali – che spesso può rappresentare un limite rispetto all’allargamento della platea di utenti di quei pubblici servizi attraverso i quali è possibile costruire percorsi di autentica coesione sociale, solidarietà e integrazione. In questo senso, l’evoluzione del diritto dell’unione europea costituzionale sul tema si è incaricata di fornire significative conferme di ciò²⁸.

In quel periodo, al contrario, “i rapporti di utenza rimangono assorbiti all’interno dei rapporti di cittadinanza e sono piegati alle esigenze di questi, così come apprezzate da gli organi di indirizzo politico”²⁹.

Tale assetto trovava peraltro ulteriori, profonde ragioni.

In un contesto di piena e diretta funzionalizzazione a fini sociali delle attività economico–produttive – anche mediante interventi di programmazione o direzione delle medesime *ex art. 41, co. 3, cost.*–, i servizi pubblici, attesi i penetranti poteri di controllo e di indirizzo di questi da parte dello Stato, venivano impiegati quale strumento di governo dell’economia e non quali *public utilities*; va da sé che, da quella prospettiva, non sempre le finalità sociali del servizio venivano identificate con gli interessi dell’utenza: un contesto che avrebbe favorito una concezione dei servizi pubblici esclusivamente nella loro “dimensione ‘verticale’, imperniata sul rapporto tra l’esercizio di attività produttive e lo stato”,

²⁶ U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, op. cit. 163.

²⁷ G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 208, il quale peraltro sottolinea come, in quegli anni, la perdita di rilievo del tema dei diritti dell’utenza dipendesse anche dal fatto che “la qualificazione del rapporto di utenza non costitui[sse] più uno dei principali terreni contesa tra la ‘scuola del diritto pubblico’ e la scienza giusprivatistica”, concentrandosi il dibattito su profili legati all’intervento pubblico nell’economia.

²⁸ v. *infra* §§ 6 e 7.

²⁹ G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 219.

trascurandosi la “prospettiva ‘orizzontale’, dello svolgersi dell’iniziativa nei confronti di altri soggetti”³⁰.

In questo lasso di tempo, dunque, la figura dell’utente e le situazioni giuridiche ad esso pertinenti risultano pretermesse sia dal legislatore nell’ambito delle discipline speciali dei singoli servizi – ispirata alla tutela dell’interesse pubblico, piuttosto che dell’interesse *del* pubblico³¹ – sia dalla dottrina giuspubblicistica maggioritaria.

5. (segue) Il secondo ventennio repubblicano.

Con la progressiva *costituzionalizzazione* delle pubbliche amministrazioni³² – fenomeno che si può ritenere abbia preso avvio in Italia solo dalla metà degli anni ottanta – riemerge la figura dell’utente quale titolare di specifiche situazioni giuridiche soggettive. Esse vengono qualificate da alcuni in termini di “interessi di servizio pubblico”³³, di carattere pretensivo, i quali rappresenterebbero un ‘limite dinamico’ in grado di incidere direttamente sull’organizzazione del servizio da parte dell’amministrazione: dalla prospettiva dell’utente, quest’ultima dovrebbe avere come solo obbiettivo e limite l’*utilità* della prestazione erogata. Nel dibattito emergono, inoltre, i temi del controllo della qualità del servizio, da affidare agli utenti stessi, e della possibilità di tutelare gli interessi di quest’ultimi in via giurisdizionale³⁴.

Il processo di emersione dei ‘diritti dell’utenza’ che si sta descrivendo subisce, poi, una decisa accelerazione sul finire degli anni ’80 sulla base di una serie di fattori concomitanti (e tra loro connessi).

³⁰ Così G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, ult. loc. cit.

³¹ Per questa, ormai nota distinzione, v. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 217, e dottrina ivi citata.

³² Per una ricostruzione di questa tendenza, subito colta nel dibattito dell’epoca anche in relazione ai diritti dell’utenza, cfr. F. Benvenuti, *L’Amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, p. 7 ss.; U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro It.*, V, 1984, col. 205 ss.; V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 367; G. Arena, *L’utente-sovrano*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, I, p. 147 ss.

³³ In tal senso, cfr. D. Sorace, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro It.*, V, 1988, p. 205.

³⁴ Cfr. al riguardo, in quel giro di anni e senza pretesa di completezza, G. Berti, *Il controllo degli utenti nei servizi pubblici municipali*, in *Città e regione*, 1981, p. 87 ss.; nonché A. Barbera, *Nuove frontiere per la partecipazione: la “Carta dei diritti”*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 169 ss.

In primo luogo, i fenomeni di privatizzazione e, successivamente, di liberalizzazione dei servizi pubblici economici, attuati sotto la crescente spinta del diritto europeo³⁵, determinano la crisi del modello di erogazione dei servizi pubblici sino a quel momento conosciuto, nell'ambito del quale l'interesse del singolo utente si confondeva nell'interesse generale, e alla cura del quale era demandata in sostanza una certa articolazione della pubblica amministrazione. Le discipline riguardanti i pubblici servizi di rilievo economico, specie con riguardo a quelli liberalizzati, vengono totalmente riconfigurate: l'apertura al mercato ha, infatti, implicato la costruzione di quest'ultimo attraverso un apparato regolatorio che ne garantisse al suo interno la concorrenza e, al contempo, determinate condizioni di erogazione del servizio (e.g. l'universalità, la continuità, l'accessibilità), entrambi ritenuti criteri strettamente funzionali alla tutela dell'interesse degli utenti.

In secondo luogo, è stato rilevato come lo studio della figura dell'utente trovasse in quel giro di anni nuova linfa anche dagli studi giusprivatistici, i quali cominciavano a riconoscere nell'utente la figura del contraente debole – pertanto meritevole di tutela – e, di conseguenza, la necessità di correggere tale disparità di posizione, intervenendo sul sinallagma contrattuale con l'esercente (ad es. mediante la previsione dell'obbligo a contrarre o la predeterminazione delle tariffe)³⁶.

Infine, merita rilevare come anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel giro di pochi anni, cominciasse a dare segni di un sostanziale *revirement* su questo specifico aspetto: dalla giustificazione dei regimi speciali di responsabilità dell'esercente di un servizio pubblico, derogatori delle norme di diritto comune³⁷, nel giro di pochi anni si è passati a una giurisprudenza di segno diametralmente opposto, nell'ambito della quale la Corte, in relazione ai rapporti tra utente e imprenditore-esercente, giunge ad affermare, non solo la soggezione del secondo al diritto privato³⁸, ma la necessità di un “equilibrato

³⁵ v. *infra* § 6.

³⁶ Rileva il dato G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 216 ss.; per la dottrina privatistica che in quegli anni ha affrontato il tema dei diritti dell'utenza cfr. G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; Id., *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1986, p. 107; P. Rescigno, *Mercato europeo e diritto dell'energia: problemi di diritto privato*, in *Mercato europeo e diritto dell'energia*, Milano, 1990, p. 56.

³⁷ Cfr. Corte cost. sent. n. 90/1982.

³⁸ Cfr. Corte cost. sentt. nn. 132/1985 in materia di trasporto aereo, e 420/1991 in materia di trasposti, per la quale v. M. Bignami, *Gestione di pubblico servizio in forma di impresa e responsabilità del dipendente: la Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3141; nonché cfr. Corte cost. sent. n. 456/1994 in tema di responsabilità del concessionario del servizio telefonico, per la quale v. A. Sandulli, *La responsabilità del concessionario di servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 553 ss.

componimento degli interessi dell'utente con quelli del concessionario”³⁹.

Questa giurisprudenza, costruita sul principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 cost. e su di una lettura dell'art. 43 cost. in base alla quale i servizi pubblici devono “essere organizzati e gestiti in forma d'impresa secondo criteri di economicità”⁴⁰, rivela peraltro come l'emersione dei diritti dell'utenza fosse strettamente legata all'affermarsi di nuove modalità di organizzazione ed erogazione dei servizi pubblici⁴¹, nell'ambito delle quali rilevava non solo (e non tanto) la “natura contrattuale e privatistica del rapporto di utenza”⁴², quanto la necessità che ad essa il legislatore desse, anche nell'ambito di discipline speciali, compiuto riconoscimento e tutela.

Tali fattori – specie il primo –, oltre a determinare, secondo alcuni, un allontanamento irreversibile dei servizi pubblici “dal vecchio ceppo del diritto pubblico”⁴³, hanno portato quindi a un chiaro slittamento di piano degli interventi legislativi e, di conseguenza, dell'analisi giuridica: dal perseguimento dell'interesse pubblico (o, più precisamente, dello Stato e dell'amministrazione) alla tutela dell'utente rispetto alla fruizione del servizio.

Ciononostante, l'inquadramento costituzionale dei diritti dell'utente restava un tema sostanzialmente in ombra nel dibattito di quel periodo.

6. (segue) L'influsso del diritto europeo sull'assetto e sul dibattito attuali.

Come si è appena ricostruito, il diritto dell'Unione europea sull'ordinamento nazionale ha giuocato un ruolo chiave in ordine alla percezione della figura dell'utente e dei suoi diritti (o comunque del complesso delle situazioni giuridiche soggettive ad esso pertinenti); decisiva, in particolare, è stata la crescente pervasività del principio concorrenziale che, da

³⁹ Così Corte cost. sent. n. 1104/1988.

⁴⁰ Cfr. Corte cost. sentt. nn. 303/1988 e 1104/1988.

⁴¹ È, peraltro, appena il caso di notare l'ironia del fatto che le ‘esigenze organizzative’ della pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio costituissero da sempre l'argomento principale posto proprio a giustificazione dei regimi speciali (o di esenzione) di responsabilità di quest'ultima, quale esercente di un pubblico servizio.

⁴² Così G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 200; su questa giurisprudenza della Corte cfr. anche A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, tomo I, Torino, 2006, p. 889, che ne intravede il recepimento dei mutamenti intervenuti in sede europea sui servizi pubblici.

⁴³ Così G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, op. cit., p. 873; in tal senso, anche G. Corso, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1086 ss.

mero strumento per l'abbattimento delle barriere fra gli stati membri per la libera circolazione di persone, di merci, di capitali e di servizi, è divenuto, a partire dagli anni '90, un principio informatore di tutte le politiche degli organi europei, incluse quelle di liberalizzazione di molti servizi di interesse economico generale.

Tali misure, non scontate e comunque frutto di un lungo percorso⁴⁴, si basavano su di una nozione di 'impresa' talmente lata da consentirne l'applicabilità, in uno con la regola della concorrenza, a una molteplicità di soggetti economici, ivi compresi quelli esercenti un *servizio di pubblica utilità*. Di tale evoluzione pare opportuno, in relazione al tema oggetto di indagine, richiamare i momenti più significativi.

Salvo alcune direttive dei primi anni '90, in tema di energia e di gas⁴⁵, un passaggio significativo in termini di riconoscimento dell'importanza strutturale dei servizi di interesse generale e dei diritti dell'utenza si ebbe con la nota sentenza della CGUE del 19 maggio 1993 (Procedimento penale contro *Paul Corbeau*, CAUSA C-320/91), la quale ridisegna la portata della deroga alla regola della concorrenza in tema di servizi di interesse generale posta dall'attuale art. 106, par. 2, TFUE, (*ex art. 86 TCE*) ai sensi del quale Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Se, in un primo momento, siffatta eccezione veniva interpretata in maniera estremamente restrittiva, considerando ammissibile una compressione della concorrenza solo nel caso in cui risultasse *indispensabile* ai fini dell'erogazione del servizio⁴⁶, nella sentenza in parola la Corte di Giustizia amplia notevolmente siffatto perimetro, consentendo all'impresa titolare di diritti speciali o esclusivi in ordine a un servizio d'interesse generale (*rectius*: allo Stato membro) di operare una compensazione fra settori dell'attività più redditizi e quelli meno redditizi, al fine di garantire l'erogazione del servizio in condizioni di equilibrio economico, e in tal

⁴⁴ Sul carattere non scontato del percorso svolto dalle Istituzioni europee in tema di concorrenza v. A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, op. cit., p. 891, nonché G. Amato, *La nuova Costituzione economica*, in G. Della Cananea e G. Napolitano, *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 13 ss.

⁴⁵ Ci si riferisce in particolare alle direttive nn. 90/377/CEE e 90/547/CEE, rispettivamente sui prezzi e sulla distribuzione dell'energia elettrica, nonché la n. 91/296/CEE in materia di transito del gas.

⁴⁶ Per tutte cfr. la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea dell'11 aprile 1989 nella causa *Ahmed Saeed* (C-66/86), punto 58 della sentenza; per un'analisi completa della giurisprudenza della CGUE 'pre-*Corbeau*', cfr. per tutti D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2011, p. 501 ss.

modo giustificando una limitazione della concorrenza in settori economicamente redditizi⁴⁷.

Con la flessibilizzazione della deroga prevista dall'art. 106 cit. TFUE viene dunque raggiunta e affermata la piena compatibilità tra principio concorrenziale e accesso universale ai servizi, in virtù della quale risultano premiate in primo luogo le esigenze dell'utenza.

Gli interventi più consistenti si ebbero, poi, a partire dal 1996 con le direttive in materia di telecomunicazioni e di servizi postali, e soprattutto con la comunicazione della Commissione europea dell'11 settembre 1996, nell'ambito della quale (i) si chiarisce che i servizi di interesse generale sono «volti a soddisfare bisogni fondamentali», (ii) si mettono chiaramente in relazione gli obblighi di servizio pubblico per le imprese-esercenti – previsti dalla singole normative europee di liberalizzazione – con il principio di universalità del servizio medesimo, e (iii) si pone in primo piano l'interesse dell'utenza a servizi accessibili ed efficienti, ribadendo che, fatto salvo il principio di proporzionalità, «i fornitori di servizi d'interesse generale non sono soggetti alle norme del trattato, nella misura in cui l'applicazione di queste ultime ostacoli l'assolvimento delle missioni d'interesse generale ad essi affidate»⁴⁸. Il principio della concorrenza risulta sempre più connesso a quello della universalità dei servizi, tanto da potersi intravedere un vincolo di vicendevole funzionalità. A questa prima fase di forte impulso alla liberalizzazione dei servizi pubblici, caratterizzata – al netto delle considerazioni di carattere generale contenute nella comunicazione testé richiamata – da interventi di natura settoriale, sono poi seguite importanti novità di tenore spiccatamente 'sistemico'.

Ci si riferisce, in particolare, all'introduzione con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 dell'art. 16 TCE (e oggi 14 TFUE), ai sensi del quale «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei

⁴⁷ Per un'analisi della decisione in parola cfr. ancora D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., p. 503 ss., nonché C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 107 ss. Per comprenderne l'importanza, basti osservare come il principio ivi espresso trovasse ancora ampia eco in una pronuncia della Corte costituzionale italiana di 18 anni dopo, secondo la quale in tema di servizi pubblici «la rilevanza economica sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un 'mercato a monte».

⁴⁸ Così la comunicazione della Commissione del 1996.

valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

La novella, com'è noto, riveste importanza fondamentale nel settore dei servizi pubblici poiché mette in relazione quest'ultimi con l'obiettivo della *coesione sociale* all'interno dello spazio europeo, da intendersi come processo non solo di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, ma di concreto ampliamento degli spazi di tutela sociale degli individui in relazione alla fruizione dei servizi essenziali (istruzione, sanità, energia etc.)⁴⁹. La disposizione, chiaramente, è ricca di significanti, tali peraltro da coprire nel tempo un vasto *range* di letture: alcuni, condivisibilmente, ne hanno tratto l'ulteriore segnale dell'erosione del limite intercorrente tra il governo dell'economia e scelte di politica sociale⁵⁰; per altri la disposizione rappresenta un momento di "riequilibrio del modello economico europeo", tale da consentire allo Stato – almeno in via formale, e comunque a determinate condizioni – di dismettere i suoi panni di regolatore e di erogare direttamente l'attività oggetto del servizio⁵¹; altri ancora hanno sostenuto che la disposizione in esame rappresenterebbe la fonte da cui ricavare, nel sistema giuridico europeo, "un principio generale di accesso ai servizi", di rango e funzione pari a quelli concorrenziale o inerenti alle libertà fondamentali⁵². Per quanto di interesse in questa sede, preme rilevare come l'art. 16 cit. abbia avuto il merito, per così dire, di emancipare i servizi d'interesse generale dalla semplice funzione di 'strumento di salvaguardia degli assetti anti-concorrenziali interni agli Stati', e di porli alla base di un rilancio dell'Unione europea

⁴⁹ Cfr. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., p. 747; sulle concrete ricadute processuali della novella, specie in ordine alla distribuzione nei giudizi dinanzi alla Corte di giustizia dell'onere probatorio relativo alla compatibilità con il diritto europeo delle disposizioni interne derogatorie della concorrenza, cfr. C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 127 ss.

⁵⁰ In questo senso cfr. G.F. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 1223; nonché cfr. sul tema da ultimo le considerazioni di A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in E. Castorina (a cura di), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 2016, p. 117 ss.

⁵¹ Così A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, op. cit., p. 892.

⁵² In questi termini D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., p. 772 ss.

quale promotore di politiche di sviluppo e, soprattutto, di solidarietà.

Va da sé che, nell'ambito di siffatto processo evolutivo "pragmatico e garantista"⁵³, la prospettiva adottata dalle istituzioni europee sia stata quella dei diritti: quelli delle imprese erogatrici e quelli degli utenti, il cui *status* riconfluisce in una accezione più ampia (e forse destrutturata) di cittadinanza europea.

Altro passaggio qualificante, con riferimento alla prospettiva dei diritti dell'utenza, è poi rappresentato dalla Comunicazione della Commissione europea del 25 settembre 2000, nella quale viene riaffermato che «l'interesse dei cittadini è al centro della politica comunitaria in materia di servizi d'interesse generale», contribuendo quest'ultimi «alla coesione economia, sociale e territoriale»⁵⁴.

Il percorso sin qui brevemente richiamato tocca, infine, l'apice con l'adozione della Carta di Nizza, e in particolare con l'art. 36, ai sensi del quale «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea».

Al di là delle possibili questioni interpretative sulla collocazione di tale disposizione all'interno del capo dedicato alla *Solidarietà* – e significativamente *a cavallo* tra quelli dedicati all'uguaglianza e alla cittadinanza –, ciò che ai nostri fini occorre rilevare è che tale disposizione finalmente esplicita il nesso funzionale che lega i servizi di interesse generale all'obiettivo della coesione sociale, e lo assume – in virtù del valore giuridico riconosciuto alla Carta dal Trattato di Lisbona (art. 6 TUE) – quale uno degli architravi dell'intera azione politica delle Istituzioni europee. Una coesione sociale e territoriale da intendersi, allora, anche quale superamento di quelle disuguaglianze fra gli individui dipendenti da fattori ambientali, sociali e geografici. Le assonanze con il quadro costituzionale italiano sono evidenti⁵⁵.

Il quadro sin qui delineato è, poi, completato dalle discipline europee di settore che, *medio tempore*, sono intervenute a regolare direttamente (o a indicare agli Stati membri come farlo) ambiti o profili dei servizi d'interesse generale legati alla fruizione degli stessi e un

⁵³ Così A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, ult. loc. cit.

⁵⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione europea del 25 settembre 2000, in particolare il punto 8.

⁵⁵ Sulla necessità di una "relazione continua" tra il 'modello economico costituzionale europeo' e la costituzione economica italiana v. da ultimo A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, op. cit., p. 134; cfr. poi sempre sul tema G. Bognetti, *La Costituzione economica europea tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Annuario AIC* 1991, Padova, 1997, p. 69 ss.

dunque pienamente calati nella dimensione dell'utenza: ci si riferisce in particolare alla qualità o alle modalità di erogazione del servizio, agli obbiettivi e a livelli del medesimo, agli obblighi di servizio, alla continuità e alla accessibilità del medesimo, e così via.

Guardando in prospettiva siffatto *excursus*, v'è da dire che un simile *corpus* normativo ha prodotto in Italia effetti di adeguamento principalmente sul piano dell'organizzazione dei servizi, che non su quello dei diritti e delle tutele da apprestare agli utenti.

Con riferimento al primo dei piani indicati, gli interventi legislativi nazionali degli ultimi vent'anni, tutti orientati verso una netta liberalizzazione dei servizi e funzionali alla costruzione di relativi mercati, non sembra peraltro siano riusciti a soddisfare quell'esigenza, implicita nelle formulazioni del diritto europeo – di unificazione delle discipline (o comunque di razionalizzazione) dei diversi settori del servizio pubblico (magari all'interno di unico plesso normativo): com'è noto, a partire dalla prima versione dell'art. 113, D.lgs. n. 2267/2000 si è assistito a un lungo e tormentato percorso, tra spinte all'efficienza e all'apertura ai mercati da un lato e resistenze anche di natura referendaria⁵⁶ dall'altro, in ordine alle concrete modalità di gestione ed erogazione dei servizi pubblici, tale da accentuare e perpetuare una forte frammentazione e disorganicità di tutta la materia, cui si è tentato – invano – di porre rimedio anche negli ultimi tempi⁵⁷.

Con riferimento, invece, agli effetti del diritto europeo sul piano dei diritti dell'utenza, non si è assistito a un suo recepimento esauriente e completo.

Sin dalla prima l. n. 481/1995 (recante 'Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica

⁵⁶ Ci si riferisce ovviamente al referendum del 2011 sull'acqua; sul punto cfr. S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *federalismi.it* del 9 marzo 2011, p. 18 ss.

⁵⁷ Ci si riferisce in particolare allo schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici, di cui alla legge di delega n. 124/2015 (c.d. 'legge Madia') e mai adottato dal Governo Renzi; per una ricognizione del contenuto di siffatto decreto, così come dell'evoluzione della normativa italiana in materia di modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici di rilievo economico, cfr. volendo R. Miccù e-M. Francaviglia, *Le società pubbliche e i servizi di interesse economico generale: l'impatto del d.lgs. n. 175/2016 sull'affidamento e sulla gestione del servizio idrico integrato*, in R. Miccù (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019, p. 253 ss.; cfr. sul disegno della riforma Madia in generale, cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, *www.federalismi.it*, 2 novembre 2016; F. Scalia, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *www.federalismi.it*, 20 aprile 2016, nonché da ultimo l'analisi di G. Meloni, *L'opportunità mancata di un testo unico sui servizi pubblici locali: spunti critici pro futuro per ridefinire ruolo e funzioni delle amministrazioni territoriali*, in S. Staiano (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, 2018, p. 593 e ss.

utilità')⁵⁸, la scelta metodologica compiuta da legislatore è stata quella di demandare la cura e la tutela degli interessi dell'utenza alle attività di regolazione dell'Autorità indipendente ivi istituita – per quanto nei limiti e nel rispetto dei principi generali statuiti in quella sede –, lasciando così che il tema dei diritti restasse, se non in ombra, comunque irrimediabilmente legato ai 'rami bassi' dell'ordinamento giuridico. Analoga impostazione si riscontra, poi, negli interventi successivi, relativi ad altri settori di interesse generale – dalle comunicazioni con la l. n. 259/1997 (poi integrata dal successivo D.lgs. n. 259/2003, Codice delle comunicazioni elettroniche, D.lgs. n. 177/2005, Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici), alla l. n. 261/99 sul servizio postale⁵⁹ –, il che ha contribuito ad escludere da una prospettiva propriamente costituzionale la figura dell'utente.

Ad ogni modo, quanto sin qui brevemente ricostruito sul piano normativo, giurisprudenziale e concettuale consente di fare alcune prime considerazioni.

In primo luogo, nel cammino sin qui ripercorso si è passati da una originaria confusione (*rectius*: assorbimento) della figura dell'utente in quella del cittadino ad una chiara distinzione dei soggetti in parola, con la conseguente sovraesposizione dello *status* del primo ovvero delle situazioni giuridiche di cui è titolare. L'ultima fase di questa parabola sembrerebbe, poi, suggerire un nuovo avvicinamento delle due figure, ma su basi e premesse radicalmente differenti: l'utente, quale fruitore di servizi funzionali alla coesione sociale e all'esercizio di diritti fondamentali, diviene (non solo una 'precondizione' ma) un parametro cui misurare l'effettiva portata della cittadinanza europea.

Alcuni hanno sostenuto che i rapporti di utenza, ormai affrancati dall'interesse pubblico e dalle conseguenti compressioni da parte dell'organo politico, si configurerebbero quale "relazione di mercato"⁶⁰, i cui termini sono liberamente determinati dalle parti in giuoco (esercenti e utenti) sotto il controllo di autorità amministrative indipendenti e nel rispetto dei relativi atti di regolazione. Siffatta lettura rischia, però, di non mettere adeguatamente in luce il sostrato costituzionale di questa *relazione di mercato* (o meglio, del suo modo di

⁵⁸ Sulla quale cfr. per tutti in dottrina A. Bardusco, G. Caia e G. Di Gaspare (a cura di), *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Leggi civili commentate*, XXI, n. 2-3, Padova, 1998.

⁵⁹ Un caso a parte, forse, è rappresentato dalla l. n. 146/1990 (recante Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge), per la quale v. da ultimo G. Pino (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, op. cit.

⁶⁰ Così G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 294.

essere) che la lega ad obbiettivi di carattere (non economico, ma) sociale: il riferimento è ovviamente alla necessaria universalità e accessibilità del servizio⁶¹.

A ben vedere, tali caratteri, nella loro duplice accezione di strumenti e obbiettivi, sembrano costituire lo spunto per una traduzione in chiave costituzionale dei diritti dell'utenza.

7. La figura dell'utente nell'ambito del processo di integrazione europea tra concorrenza e coesione sociale.

Prima di procedere a un esame delle ricadute di ordine costituzionale di una così profonda evoluzione – anche al fine di valutarne la compatibilità con l'assetto costituzionale vigente –, appare opportuno allargare lo sguardo su alcuni, differenti, profili connessi all'impatto del diritto europeo sul tema dei servizi pubblici di rilievo economico, dei quali occorre tener conto nell'ambito della prospettiva costituzionale che si è adottata.

Come si è visto, da circa un trentennio il settore in parola costituisce un formidabile banco di prova del processo di integrazione europea, e ciò per diverse ragioni: in primo luogo, i servizi di interesse economico generale (SIEG) riflettono in modo chiaro e diretto alcuni paradigmi *costituenti* l'intero fenomeno giuridico europeo, quali la tutela della concorrenza, la realizzazione di un mercato *unico*, il necessario bilanciamento tra le esigenze di quest'ultimo e la tutela dei diritti fondamentali, la coesione sociale e territoriale; in secondo luogo, quello dei servizi è stato uno dei settori in cui è stato sin da subito evidente che l'impulso all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali è suscettibile di tradursi, non solo nell'imposizione di limiti di carattere negativo, ma anche in una serie di obblighi positivi – *di facere* – in capo agli Stati membri, alle imprese e alle medesime istituzioni europee; in terzo luogo, la disciplina europea dei servizi di interesse generale, nella sua costante evoluzione, ha contribuito in modo decisivo all'erosione della dicotomia pubblico/privato, fino a ridefinire nell'ambito di essa il ruolo degli Stati, da gestori/erogatori dei servizi a regolatori dei medesimi (*rectius*: dei relativi mercati).

Infine, la parabola evolutiva dei SIEG dimostra in modo chiaro come il mercato non

⁶¹ In senso analogo cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 249 ss.; conferme sul punto si posso, peraltro, cogliere in F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000, p. 69 ss., nonché in G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, op. cit., p. 872 ss.

rappresenti oggi il fine unico e ultimo del fenomeno europeo⁶², ma semmai uno strumento di un processo più profondo d'integrazione volto a uno sviluppo equilibrato e armonioso dello spazio europeo, nonché alla realizzazione di una forte coesione economica e sociale fra i diversi territori e all'interno di essi.

In questo senso, è facile osservare come la disciplina europea dei servizi di interesse economico generale non si sia limitata ad intervenire nei soli casi di *market failures*, ma abbia dettato regole e principi autonomi e direttamente collegati agli scopi sociali perseguiti dai medesimi servizi, incidendo così su alcune scelte fondamentali degli Stati in tema di intervento pubblico nell'economia, di politiche redistributive e, chiaramente, di *welfare*.

In questo contesto, la crisi economica del 2007 ha certamente influito sul processo di integrazione europea e sui suoi terreni d'elezione, quali appunto i SIEG: la recessione economica, da un lato, ha accelerato determinate tendenze che, *in nuce*, erano già presenti nella disciplina europea dei servizi pubblici (specie con riferimento all'ulteriore assottigliamento della distinzione pubblico/privato), mentre dall'altro ha rappresentato (e tuttora è) una seria minaccia a quei valori di solidarietà e coesione all'interno della società, che sono alla base del processo d'integrazione europea.

Quanto appena illustrato appare, poi, ancora più evidente per quei servizi d'interesse generale non economico, la cui cura è demandata in modo pressoché esclusivo alle pubbliche amministrazioni.

Com'è noto, infatti, i limiti posti alla spesa pubblica degli Stati membri – certamente preordinati alla tutela di un interesse pubblico generale, ma resi più stringenti dalla crisi –, incidono sull'efficienza delle prestazioni e dunque sull'effettività del godimento di quei diritti (sociali) ad esse connessi, ponendo un serio problema di bilanciamento tra interessi tra loro confliggenti (per la soluzione del quale, specie in Italia, il decisore pubblico è troppo spesso 'abbandonato a sé stesso' e privo di adeguate indicazioni da parte del legislatore).

Il discorso in parola deve, poi, essere connesso all'altro grande fenomeno che sta interessando lo spazio europeo, vale a dire quello dei grandi flussi migratori: esso pone alle Istituzioni pubbliche nazionali la nuova, difficile sfida di mantenere economicamente sostenibili dei servizi e delle prestazioni attraverso i quali passano delicati processi di

⁶² Nega la possibilità di una lettura liberista delle disposizioni dei trattati istitutivi europei, e in particolare di quelle riguardanti i SIEG, C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 138 ss.

integrazione culturale e sociale⁶³.

Anche sotto questo aspetto, peraltro, il processo d'integrazione europea continua a spiegare effetti decisivi, attraverso il riconoscimento di posizioni giuridiche attive – connesse ai (e condizionanti) il concreto esercizio di diritti fondamentali – fondate esclusivamente su di un legame fattuale del soggetto con il territorio dell'Unione europea (v. art. 48 TFUE): si pensi ad esempio alla nozione della c.d. cittadinanza *civile* europea, intesa come *status* – con diritti e obblighi – da accordarsi a quei cittadini di Paesi terzi che soggiornino in modo stabile nel territorio dell'Unione⁶⁴. In tal modo, l'Unione, prescindendo dal (*rectius*: aggirando il) concetto di cittadinanza nazionale (nelle mani degli Stati membri), ha individuato uno strumento per implementare il processo di integrazione in relazione alla fruibilità di determinati strumenti di sicurezza sociale (e dunque di servizi e prestazioni pubblici), contribuendo così ad allargare il divario tra le figure del cittadino e dell'utente. Non stupisce, dunque, che siffatto processo evolutivo – che è consistito nell'estensione dell'intervento europeo alla dimensione sociale – abbia preso le mosse proprio dai servizi d'interesse economico generale. Atteso il circuito che lega i servizi pubblici non di rilievo economico, le scelte di bilancio redistributive e la rappresentanza politica, e sul quale è ancora forte la presa degli Stati membri, le Istituzioni europee non potevano che intervenire su di un ambito diverso, ma contiguo, dove, accanto alle evidenti esigenze di protezione dei singoli, emerge il tema della concorrenza, di sicuro dominio europeo.

8. La figura dell'utente in costituzione oggi e la configurabilità di autonome situazioni giuridiche di rilievo costituzionale ad esso pertinenti.

Uno degli aspetti più interessanti del processo evolutivo riguardante la figura dell'utente consiste nel fatto esso è sostanzialmente avvenuto a costituzione invariata, specie nelle parti che tradizionalmente si riferiscono al governo dell'economia (art. 41, co. 3, cost.) e, incidentalmente, ai servizi pubblici (art. 43, cost.). Occorre, pertanto, volgere l'attenzione al testo costituzionale onde verificare non solo se sia possibile sussumere in esso

⁶³ Su questi aspetti cfr. A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on-line*, n. 1/2015.

⁶⁴ Cfr. sul tema L. Moccia, *Cittadinanza 'civile' europea e politiche di integrazione*, in *La cittadinanza europea*, fasc. n. 1/2018, p. 5 ss.

l'evoluzione della sin qui ricostruita, ma anche se le situazioni giuridiche degli utenti trovino in esso autonomo riconoscimento e usbergo.

L'indagine in parola, certamente, risulta impervia prima di tutto per la scarsità del materiale normativo che la costituzione riserva espressamente al tema, ma non per questo appare inutile.

Al riguardo, il primo riferimento costituzionale che si è soliti chiamare in causa è l'art. 43, cost., allorché individua negli utenti i soggetti beneficiari – se organizzati in *comunità* – di una eventuale riserva o trasferimento di attività d'impresa relativa a servizi pubblici essenziali e avente carattere di preminente interesse generale. Com'è noto, la dottrina ha, sin da subito, colto la tecnicità della norma in parola e la profondità delle questioni interpretative che i concetti (non solo giuridici) ivi richiamati sono in grado di determinare: si pensi, ad esempio, a quelli di *utilità generale*, di *impresa*, di *trasferimento*, di *riserva*, di *indennizzo*, e, non a caso, di *servizio pubblico*⁶⁵.

Ai fini della presente indagine preme, però, soffermarsi sui due differenti, e complementari, orizzonti di senso che la disposizione costituzionale tiene insieme: da un lato, essa può fondare una lettura *garantista*, volta a tutelare le ragioni delle imprese e a impedire che lo Stato possa imporsi arbitrariamente sul terreno dell'economia⁶⁶; dall'altro, vi è una lettura *interventista*, in base alla quale la norma indica non solo ciò che lo Stato non deve fare, ma anche ciò che esso può fare nella eventualità che “il privato, col peso della propria impresa, [...] possa direttamente e profondamente influire sui interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse”⁶⁷. In quest'ultimo senso, dal testo è possibile, dunque, trarre un giudizio (implicito) di disvalore nei confronti dei monopoli (e oligopoli) privati quale fattore in grado di incidere negativamente non solo sul sistema economico, ma anche su “fondamentali aspetti della vita democratica”⁶⁸ ovvero su profili connessi all'attuazione del secondo comma dell'art. 3, Cost.⁶⁹.

Il lungo *excursus* più sopra ricostruito in tema di servizi pubblici dimostra, peraltro, come

⁶⁵ Per un esame analitico degli istituti e dei concetti richiamati dall'art. 43 Cost. cfr. S. Cassese, *Legge di riserva e articolo 43 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1332 ss.

⁶⁶ Al riguardo cfr. F. Galgano, *Art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 194 ss., secondo il quale anzi l'impresa è tutelata dalla disciplina costituzionale in misura maggiore di quanto lo sia la proprietà privata.

⁶⁷ Così Corte cost., sent. n. 58/1965.

⁶⁸ Così Corte cost., sent. n. 225/1974.

⁶⁹ Il punto è stato colto da tempo in dottrina; al riguardo cfr. F. Galgano, *Art. 43*, op. cit., p. 196.

siffatta polisemia si sia sviluppata soprattutto in senso diacronico, consentendo all'articolo in esame di esprimere senso normativo in differenti contesti ordinamentali, specie in relazione alle nuove coordinate di sistema introdotte dal diritto europeo.

Nel tempo se ne sono date, dunque, ulteriori interpretazioni: alcune più restrittive, per le quali l'effetto della riserva sarebbe solo quello di escludere che i privati possano mantenere (o acquisire) la diretta titolarità di una determinata attività d'impresa (e non anche quello di disciplinare o affidare ad altri lo svolgimento di quest'ultima, né di istituirne i relativi monopoli)⁷⁰; altre hanno individuato nella riserva di servizio pubblico solo uno strumento di politica economica e industriale in mano allo Stato, alla luce del quale l'utilità generale non sempre ha coinciso con quella degli utenti⁷¹; altre ancora, invece, secondo le quali, con l'introduzione dell'*in house providing* e la sua legittimazione in ambito europeo, si sono create delle riserve a favore della *mano pubblica* che, per quanto eccezionalmente derogatorie del principio concorrenziale, troverebbero (implicito) fondamento anche nell'art. 43, Cost., oltretutto nei principi di eguaglianza e solidarietà sociale⁷².

Esattamente come per il recepimento del diritto europeo in materia di SIEG, il complesso di queste ricostruzioni dottrinarie – anche sulla base di una giurisprudenza della Corte

⁷⁰ Offre questa interpretazione S. Cassese, *Legge di riserva*, op. cit., p. 1351.

⁷¹ Per una ricostruzione dei problemi e delle disfunzioni connesse agli eccessi di statalizzazione dei servizi pubblici v. G. Amato, *Citizens and Public Services. Some General Reflections*, in M. Freeland e S. Sciarra (a cura di), *Public Services and Citizenship in Europe*, Oxford, 1998, p. 154 ss; nonché v. anche G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 568.

⁷² Cfr. in questi termini A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, op. cit., p. 901; sul punto, però, pare opportuno tenere concettualmente distinta dalla gestione riservata (diretta o indiretta che sia) di un servizio ex art. 43 Cost. – e dunque in virtù di legge – dall'ipotesi dell'*in house providing*: com'è noto, tale modalità di organizzazione del servizio consiste oggi in una precisa e motivata scelta dell'amministrazione laddove valuti, ai sensi dell'art. 192, co. 2, d.lgs. 50/2016 (nonché ex art. l'art. 34, commi 20-25, del d.l. 179/2012, convertito con l. n. 221/2012 il quale richiama direttamente i “*requisiti previsti dall'ordinamento europeo*” per il modello in parola), congrua l'offerta economica del soggetto *in house* e apprezzabili i benefici derivanti alla collettività da siffatta forma di gestione in termini di universalità, efficienza, ed economicità del servizio. In questo caso, alla luce della disciplina vigente, non ricorre propriamente un bilanciamento tra concorrenza e utilità sociale – atteso che la prima è inesistente per l'impossibilità materiale di creare un mercato all'interno del quale operino soggetti in grado di erogare un servizio nel rispetto di determinate condizioni (accessibilità, universalità, continuità etc.) – e quindi non sembra necessario riferire l'opzione dell'*in house* – che peraltro è operata in autonomia dall'amministrazione – all'art. 43 cost. il quale, al contrario, sembra sottintendere che un mercato e delle imprese in esso attive vi sia. Più in generale, va ricordato che recentemente è stato messo in dubbio dal Consiglio di Stato la compatibilità con il diritto europeo di tale assetto in virtù del quale gli affidamenti *in house* sono consentiti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, e comunque impongono all'amministrazione un obbligo di specifica motivazione circa i benefici per la collettività. Cfr. al riguardo i rinvii pregiudiziali del Supremo Collegio di cui alle ordinanze Cons. St., sez. V, ord. 14 gennaio 2019, n. p. 293, *Id.*, 14 gennaio 2019 n. 296 e 7 gennaio 2019 n. 138; in dottrina per un quadro generale e aggiornato sull'*in house providing*, cfr. M.P. Santoro, *L'in house tra riforma delle società partecipate e diritto dei contratti pubblici*, in R. Miccù (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche?*, op. cit., p. 159 ss.

costituzionale sull'art. 43, cost. che, si è visto più sopra⁷³, ha avvalorato la relazione tra i concetti di *impresa* e di *servizio pubblico* – si è riflesso, nel tempo, solo sul piano dell'organizzazione e della gestione dei servizi, mentre il tema del rilievo costituzionale dei diritti dell'utenza è rimasto sullo sfondo.

A ben vedere, però, dal testo costituzionale è possibile trarre alcune coordinate fondamentali in tema di tutela dell'utenza: esse si possono ricavare, sebbene in modo implicito, dal combinato disposto degli artt. 41 e 43 Cost. in virtù del quale l'inespressa relazione tra concorrenza⁷⁴ e utilità sociale⁷⁵ sembra emergere in una particolare declinazione.

L'art. 43, infatti, da un lato indica i servizi pubblici essenziali come uno dei principali ambiti⁷⁶ nel quale occorre operare un delicato bilanciamento tra questi due elementi – riservato al legislatore e solo eventualmente sindacato, attraverso uno *strict scrutiny*, dalla Corte costituzionale⁷⁷ –, mentre dall'altro individua negli utenti e nei lavoratori le due

⁷³ V. *supra* § 5.

⁷⁴ In questa sede si fa riferimento alla concorrenza come libertà di concorrenza, vale a dire quale «esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori» (Corte cost. sent. n. 270/2010), pur ricordando la duplice finalità di tutela attribuita dalla Corte costituzionale al generale principio concorrenziale: «da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» (così Corte cost., sent. n. 223 del 1982), v. in termini anche Corte cost. sent. n. 200/2012; su questa giurisprudenza della Corte cfr. poi C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. la giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1/2014; M. Libertini, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza, Il caso del "decreto Alitalia"*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3296 ss.; G. Corso, *La liberalizzazione dell'attività economica non piace alle Regioni. Nota alla sentenza della Corte cost. n. 200/2012*, in *Giur. it.*, 2013, n. 3, p. 674 ss.

⁷⁵ Cfr. sul punto Corte cost., sent. n. 200 del 2012, secondo la quale «una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale».

⁷⁶ Gli altri sarebbero fonti di energia e le altre situazioni di monopolio con carattere di preminente interesse generale.

⁷⁷ Su tale inedito bilanciamento cfr. Corte cost. sent. n. 270/2010 nella quale la Corte riconosce di aver «affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza». In dottrina, il punto non riscontra identità di approcci: sull'importanza di questo tipo di bilanciamento, anche al fine di far emergere l'autonomia concettuale e giuridica dell'*utilità sociale* rispetto, ad es., al principio di ragionevolezza in tema di sindacato di costituzionalità di discipline legislative riguardanti attività economiche, v. C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio*, op. cit., p. 15 ss., cfr. *contra* v. M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. Le prospettive della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno AIC, Torino, 27-29 ottobre 2011, ora in *Rivista AIC*, 2011, spec. P. 54 ss.

categorie di soggetti beneficiari delle specifiche situazioni giuridiche soggettive discendenti da siffatta ponderazione degli interessi in giuoco e dalla conseguente definizione con legge degli assetti concorrenziali⁷⁸.

Più precisamente, laddove tale bilanciamento giustifichi una compressione della concorrenza tale determinare, in linea con quanto reso possibile oggi dal diritto europeo, una riserva di attività imprenditoriale connessa ad un determinato servizio pubblico, la legge potrebbe riconoscere alla relativa comunità di utenti la titolarità, tra gli *altri* beni della vita, della situazione giuridica soggettiva di cui quell'attività è espressione. Ove, però, il bilanciamento non conduca ad una misura di questo tipo – ed è certamente l'ipotesi più ricorrente –, non si può concludere che le medesime categorie di soggetti cessino di esistere ovvero di avere un autonomo rilievo costituzionale, né si può credibilmente sostenere che l'unico bene della vita riconosciuto dall'art. 43 Cost. agli utenti sia l'esercizio – in regime di riserva e in forma comunitaria – di un'attività imprenditoriale di erogazione di un servizio pubblico; al contrario, è lo stesso principio di eguaglianza sostanziale a imporre che anche le scelte del legislatore (diverse dalla riserva e) relative alla conformazione dei singoli servizi pubblici economici si rifletta nella ponderata statuizione a favore dei singoli utenti di determinate posizioni di vantaggio nei confronti sia degli esercenti che dello Stato (ora regolatore), prima fra tutte il diritto all'accesso al servizio, alla sua universalità e a livelli qualitativi e tariffari adeguati⁷⁹.

Tale ricostruzione, come testé accennato, sembra trovare sistematico riscontro anche in una certa lettura dell'art. 41 Cost. e, in particolare, del principio della concorrenza, inteso quale “valore basilare della libertà di iniziativa economica [...] funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori”⁸⁰, e pertanto strettamente connesso ancora una volta all'art. 3

⁷⁸ Cfr. in termini non del tutto dissimili C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 229.

⁷⁹ Cfr. sul punto la posizione di G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 596, secondo il quale gli interessi degli utenti, in alcuni frangenti, hanno una rilevanza condizionata all'attuazione anche di altri valori od obbiettivi sistemici, il cui perseguimento è demandato all'autorità pubblica (oggi quella regolatoria), e pertanto devono essere ‘bilanciati’ con quest'ultimi, talvolta per mezzo di un bilanciamento *semplice* e tal'altra – laddove intervengono diverse esigenze da contemperare – *complesso*.

⁸⁰ Così Corte cost. sent. n. 241/1990 nella quale viene chiarito che «in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo [...] non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza – che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale».

Cost.⁸¹.

Entrambi i termini del bilanciamento prospettato, così come il *range* di soluzioni da questo ricavabili⁸², postulano, dunque, l'esigenza di tutelare gli interessi individuali dell'utenza e di fornire loro copertura costituzionale (quanto meno indiretta), laddove strettamente funzionali non solo all'esercizio di altri diritti fondamentali, ma anche all'attuazione dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost.

Il fondamento costituzionale delle situazioni giuridiche che nel tempo sono andate affermandosi in capo agli utenti poggia, dunque, necessariamente sul superamento, auspicato da alcuni, della “contrapposizione irriducibile fra mercato concorrenziale e Stato”⁸³.

In questo senso, non si può fare a meno di notare il paradosso per il quale l'attuale disciplina europea sui servizi d'interesse economico generale appare forse più in linea con questa lettura del testo costituzionale di quanto non lo siano stati i molteplici interventi legislativi relativi ai servizi pubblici a rilevanza economica, totalmente schiacciati sul dogma dell'apertura degli stessi al mercato; paradosso, vieppiù, che dovrebbe incoraggiare a mantenere viva la distinzione dei due concetti, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale⁸⁴, in quanto ancora oggi opportuna e necessaria⁸⁵.

⁸¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 270/2010; v. poi ancora Corte cost., sent. n. 241/1990, secondo la quale l'esercizio abusivo di posizioni di supremazia nel mercato «ostacola [...] il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie».

⁸² Che l'utente possieda degli interessi specifici e di rilievo costituzionale sembra, peraltro, confermato anche dal medesimo riferimento all'utilità *generale* quale preconditione fissata dall'art. 43 cost. per l'intervento privativo dello Stato in certo servizio pubblico: anche il mancato intervento presuppone, infatti, il perseguimento di una utilità generale, nell'ambito della quale – soprattutto alla luce dell'impatto del diritto europeo sul tema – rientra oggi il riconoscimento e la tutela di determinate situazioni giuridiche soggettive proprie del singolo utente.

⁸³ Così v. C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio*, op. cit., p. 3; cfr. poi *Id.*, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 195 ss.

⁸⁴ Per tale equiparazione cfr. Corte cost. sent. n. 325/2010; su questa decisione cfr. in dottrina S. Spuntarelli, *L'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al vaglio della Corte e il caso del servizio idrico integrato*, in *Giur. it.*, 8-9, 2011, p. 1770 ss.; A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss.; P. Sabbioni, *La Corte equipara Servizi pubblici locali di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4654 ss.

⁸⁵ Per il mantenimento di questa distinzione concettuale, laddove nella nozione di “servizio pubblico locale di rilevanza economica” risulta dominante la regola della concorrenza, mentre nei “SIEG” detta regola risulta oggi subordinata ad altri principi e obiettivi – quali *in primis* la coesione sociale –, v. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., p. 236 ss, nonché L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale*

9. I problemi della natura e del contenuto delle situazioni giuridiche soggettive dell'utente di rilievo costituzionale.

Se è possibile affermare un autonomo rilievo costituzionale delle situazioni giuridiche soggettive dell'utenza, ciò che risulta comunque problematico è l'individuazione della loro esatta natura e dei contenuti delle stesse.

Sul primo aspetto, anche per il diverso ruolo ricoperto, nel tempo, dall'amministrazione, si è molto dubitato in dottrina, ma nessuna delle categorie note – diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi di fatto – è stata ritenuta pienamente soddisfacente; alcuni, in linea con le più recenti acquisizioni della teoria generale, hanno peraltro tentato di superare tale questione definitoria, ritenendola poco utile ovvero concentrandosi esclusivamente sui contenuti concreti di tali situazioni e sul rapporto di esse con il potere pubblico⁸⁶.

Al riguardo, appare possibile attribuire a siffatte situazioni la dignità di veri e propri diritti soggettivi, non tanto per aspetti connessi all'individuazione della giurisdizione chiamata a tutelarli (ordinaria o amministrativa), quanto per la ragione che essi, rappresentando il frutto di un bilanciamento del legislatore (per quanto implicito) tra concorrenza e utilità sociale, limitano e guidano le scelte dell'amministrazione in ordine alla conformazione di un determinato servizio; aspetto, quest'ultimo, che incide direttamente sull'effettivo godimento dei diritti fondamentali connessi a quel servizio.

Con riferimento, poi, alla struttura di siffatti diritti, vi è senz'altro il rischio di una loro sovrapposizione con altri diritti costituzionali, accrescendo così l'incertezza sul loro autonomo rilievo⁸⁷. Sul punto, appare certamente possibile attribuire ad essi la medesima struttura dei diritti sociali, intesi quale pretesa individuale ad un *facere* ovvero a una prestazione positiva da parte dell'autorità, ma detta pretesa presenta elementi specialità:

e la "concorrenza limitata". *Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, 2010, p. 112 ss; v. C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio*, op. cit., 9.

⁸⁶ Sulla crisi, a ben vedere ormai risalente, delle note categorie giuridiche quali diritto soggettivo, interesse, etc. cfr., senza pretesa di completezza, S. Pugliatti, *esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 45 ss; G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1948, 238 ss; M.S. Giannini, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, I, p. 47 ss.

⁸⁷ Cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 619, il quale li definisce "diritti sociali di cittadinanza".

essa, infatti, si traduce non solo in un obbligo di *erogare*, ma anche di organizzare, gestire o regolare un determinato servizio nel rispetto dei principi di universalità, accessibilità e continuità, in quanto strettamente funzionale alla realizzazione o al conseguimento di beni della vita costituzionalmente garantiti ovvero tutelati a livello sovranazionale.

Se questo è, in linea generale, il tratto strutturale comune a tutti i diritti dell'utenza, deve altresì sottolinearsi come, sotto il profilo soggettivo, l'impatto della disciplina europea sul sistema di erogazione di servizi pubblici di rilievo economico abbia determinato un nuovo avvicinamento della figura dell'*utente* a quella del *consumatore*⁸⁸, ma non l'assorbimento del primo nel secondo, e ciò in virtù sia della stretta connessione tra questi servizi e il concreto esercizio di alcuni diritti fondamentali, sia della perdurante presenza dei pubblici poteri – oggi declinata attraverso poteri regolatori di Autorità indipendenti – a garanzia di determinate *qualità* dei servizi. Il mantenimento di questa separazione concettuale⁸⁹ consente, allora, di precisare il complesso delle situazioni giuridiche afferenti all'utente, distinguendo due distinti ambiti: una parte di esse possiede una dimensione prettamente economica, la cui (meritevole) tutela si risolve in quelle disposizioni di legge poste a garanzia dell'utente-contraente debole e dell'equilibrio del sinallagma contrattuale con il soggetto erogatore; un'altra, invece, presenta il carattere della pretesa di cui si testé riferito e che è rivolta ai pubblici poteri che regolano e vigilano sul servizio.

In questo senso i canoni dell'universalità, dell'accessibilità e della continuità del servizio, pur manifestandosi nella *prestazione*, rappresentano il tratto caratterizzante della *situazione giuridica relativa* in virtù della quale quest'ultima è erogata: essi, informando in modo trasversale tutti i diritti degli utenti – giacché strettamente funzionali al principio di eguaglianza sostanziale e all'effettività dei diritti fondamentali –, sembrerebbero costituire il nucleo essenziale di questi⁹⁰.

Tale caratterizzazione dei diritti dell'utenza – di rilievo per così dire *sociale* e che si dispiega principalmente nei confronti dei pubblici poteri⁹¹ –, è dovuta, dunque, a un lungo processo evolutivo promosso e incentivato dal diritto dell'Unione europea, ma che trova delle basi anche nel testo costituzionale, ben al di là delle disposizioni riguardanti

⁸⁸ Insiste su questa distinzione G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 594 ss.

⁸⁹ Sulla quale cfr. C. Barbier, *L'usager est-il devenu le client du service public*, in *La semaine juridique*, ed. gen., n. 3/1995, p. 34 ss.

⁹⁰ In questo senso, cfr. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, op. cit., p. 70 ss, nonché G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, op. cit., p. 872 ss.

⁹¹ Cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., pp. 573 e 616.

l'interrelazione fra i due ordinamenti in questione.

10. Sulla problematica tutela giurisdizionale dei diritti dell'utenza: dal catalogo 'aperto' dei diritti fondamentali a quello degli strumenti di tutela?

L'emersione dei diritti dell'utenza nel quadro normativo nazionale e sovranazionale pone, infine, il problema della loro tutela. La questione, lungi dal porsi nei termini di un secolo fa, non ha a che fare con l'individuazione del giudice munito di giurisdizione in ordine siffatti rapporti, ma è più profonda e attiene al *modus essendi* di tali diritti: è la giurisdizione lo strumento principale per la loro *effettiva* tutela?⁹²

Tale interrogativo, a ben vedere, può essere colto (e, forse, risolto) solo da una prospettiva costituzionale e non stupisce, quindi, che gli studi di diritto amministrativo e di diritto privato – salvo alcune eccezioni⁹³ – si siano concentrati piuttosto sull'analisi puntuale delle diverse tecniche di tutela dei diritti dell'utenza, che non sulle *cause* di tanta varietà di strumenti. In assenza di una prospettiva costituzionale, l'impressione è che si sia ragionato per *rimedi* e non per *diritti*⁹⁴.

Detti rimedi, merita precisare, coprono una vasta gamma di soluzioni: da procedure, più o meno informali, di controllo e monitoraggio interni sull'erogazione del servizio da parte dello stesso esercente ovvero di reclamo sempre dirette a quest'ultimo, si passa a strumenti di controllo e reclamo gestiti da Autorità indipendenti, anche in forme contenziose o semi-contenziose⁹⁵, fino a forme di conciliazione e arbitrato o di controllo sociale diffuso dell'efficienza di un servizio⁹⁶ o, ancora, a strumenti di ricorso giurisdizionale collettivo.

⁹² Il problema è oggi affrontato in tutte le sue sfaccettature dal A. Di Majo, *Problemi e metodo del diritto civile. Vol. 3: La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, p. 1 ss.

⁹³ Cfr. appunto A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, ult. loc. cit., nonché FR. Bocchini, *La tutela non giurisdizionale dei diritti nella costituzione*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, 2016, p. 139 ss, con riguardo alla natura delle decisioni pubbliche dei Garanti a tutela dei diritti soggettivi nella Costituzione.

⁹⁴ Su questa utile dicotomia A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, op. cit., p. 15, secondo il quale se si ragiona in termini di rimedi (vale a dire di *cure for wrong*), secondo un approccio tipico dei sistemi di *Common law*, “*dominante è l'aspetto riguardante la disponibilità del rimedio, mentre l'interesse protetto ne rappresenterà soltanto il posterius*”.

⁹⁵ Per una ricostruzione delle diverse tecniche di protezione dell'utenza cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., 586 ss.

⁹⁶ Sull'ipotesi di controllo sociale dei servizi pubblici, cfr. in dottrina S. Cassese e S. Rodotà, *Il controllo sociale dei servizi pubblici*, in G. Amato, S. Cassese e S. Rodotà, *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, p. 212 ss., nonché M. Rusciano, *Le garanzie e i diritti degli utenti*, in *Atti del Convegno di*

Tale panoplia di strumenti – al di là della loro efficacia, modulata anche in relazione alla posizione dell'utente sul mercato – rivela l'affannosa ricerca da parte del legislatore (e della dottrina) di *altre vie* per garantire all'utenza il godimento effettivo di un servizio pubblico e conferma la centralità del quesito più sopra indicato⁹⁷, cui sembrerebbe doversi dare risposta negativa.

La struttura dei diritti degli utenti, come sopra delineata, sembra implicare un tipo di tutela che prescinde dalla sede giurisdizionale per evidenti ragioni di *effettività* delle situazioni giuridiche di vantaggio in essi contenute: l'accertamento giurisdizionale di disfunzioni organizzative e gestionali dell'esercente sconta, infatti, notevoli difficoltà nel soddisfare in modo efficace il bisogno *qualificato* di tutela dell'utente. Quest'ultimo, del resto, consistendo nella tempestiva e adeguata fruizione di un determinato servizio connesso a un bene della vita – anche di rilievo costituzionale fondamentale –, esclude la possibilità di una sua reintegrazione in forma specifica attraverso i consueti modelli processuali, né gli altri rimedi equivalenti (risarcimento del danno, indennizzo, etc.) risultano maggiormente appaganti.

Queste difficoltà conducono, dunque, a un ripensamento della tutela delle situazioni giuridiche soggettive *proprie* dell'utenza, quale *in primis* il diritto a un accesso universale, qualitativamente determinato e continuo al servizio: il rispetto di tali pretese dell'utenza si traduce essenzialmente in interventi preventivi rispetto alla stessa lesione, ovvero nell'elaborazione e attuazione da parte dei pubblici poteri di correlativi principî e regole disciplinanti il servizio medesimo e nell'apprestamento, nel caso, di idonee risorse per l'erogazione.

Sul piano teorico generale, la ricostruzione in parola trova, peraltro, conferme in alcune autorevoli voci della dottrina civilistica, secondo le quali è necessario superare l'equipollenza tra diritto e processo, e recuperare alla tutela dei diritti “uno spazio autonomo che va al di là di quello occupato tradizionalmente dalla tutela che si svolge nelle forme processuali”, ben potendosi configurare “vari ordini di rimedi, sia di natura sostanziale che processuale”⁹⁸.

Varennà. *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, spec., p. 251 ss. e C. Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, II, spec. 1304.

⁹⁷ Cfr. sul punto C. Pinelli, *Diritto pubblico*, op. cit., p. 515.

⁹⁸ Così A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, op. cit., p. 6.

Poste simili premesse, la categoria dei diritti degli utenti pone allora la necessità di allargare il discorso e di rileggere lo stesso art. 2, Cost. Sebbene questa non sia la sede per una impresa così impegnativa, vale la pena interrogarsi sulle conseguenze ultime che la specifica tutela dei diritti dell'utenza di cui si è detto sembra far intravedere: se è possibile parlare di tutela di un diritto a prescindere dal suo azionamento in giudizio, occorre chiedersi se l'art. 2 Cost. rappresenti una *fattispecie aperta* in relazione non tanto ad altri diritti fondamentali non espressamente garantiti dalla costituzione, quanto ad altre *forme di tutela* legale di quest'ultimi, diverse dalla giurisdizione.

11. Diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici ed eguaglianza sostanziale.

L'analisi delle peculiari modalità di tutela dei diritti dell'utenza rivela, infine, lo stretto collegamento di quest'ultimi con il principio di eguaglianza sostanziale.

Più volte chiamato in causa nel percorso che si è sin qui tracciato, detto principio ha invero rappresentato per la dottrina e per la giurisprudenza costituzionale un valido puntello cui ancorare, di volta in volta, le proprie elaborazioni in tema di servizi pubblici essenziali, specie in relazione alla possibilità di una loro organizzazione in termini maggiormente concorrenziale.

Ciò che emerge dalla presente indagine è che siffatto principio possa svolgere, tuttavia, un ruolo ancor più importante in relazione ai diritti fondamentali degli utenti.

Se, come si è visto, il contenuto e la tutela di tali posizioni giuridiche consistono in precisi obblighi di conformazione (*rectius*: di regolazione) del servizio da parte dei poteri pubblici – anche a più livelli – ed eventualmente anche nel reperimento di risorse per il suo funzionamento, a tali organi spetta, in ultima analisi, il compito di operare, per quanto di rispettiva competenza e nei limiti delle proprie attribuzioni, quel bilanciamento tra concorrenza e utilità generale, onde garantire quei caratteri costituzionalmente garantiti del servizio (universalità, accessibilità e continuità).

A ben vedere, siffatto bilanciamento, dosato attraverso il principio di proporzionalità, costituisce una plastica affermazione, non solo degli effetti del processo di integrazione europea sul settore dei servizi pubblici, ma dell'eguaglianza sostanziale, qui intesa come

principio informante la *dinamica* dei pubblici poteri⁹⁹.

Attraverso il prisma del servizio pubblico, il principio in parola sembra, peraltro, svilupparsi in due direzioni diverse e tra loro complementari: il legislatore, e in seconda battuta gli altri soggetti pubblici (con compiti di regolazione o anche di erogazione), sono infatti chiamati a perseguire l'eguaglianza sia nel senso di un eguale accesso alla prestazione, sia in quello di un efficace – per quanto tendenziale – uguagliamento tra le diverse categorie sociali e le diverse aree geografiche, eliminando le relative *initial inequalities*¹⁰⁰. Quest'ultimo obiettivo – cui sembra tendere oggi il parallelo concetto europeo di coesione sociale e territoriale – presuppone chiaramente una, forse inedita, serie di bilanciamenti tra diversi interessi: non solo tra imprese e utenti, ma anche tra categorie di utenti stessi: qualsiasi determinazione tariffaria di un servizio, infatti, rivela una chiara scelta allocativa di risorse economiche versate da utenti *standard* per l'erogazione del servizio a favore di categorie di utenti *deboli*. Si tratta, è evidente, di valutazioni capillari e al contempo molto delicate, capaci di ingenerare anche *conflitti multipolari fra interessi giuridici*¹⁰¹, rispetto alle quali il sindacato della Corte costituzionale appare fortemente limitato¹⁰².

Problemi nuovi, quindi, la cui soluzione deve passare per delle pubbliche amministrazioni culturalmente attrezzate; proprio come suggerito da chi ha saputo cogliere questi aspetti con grande anticipo, proponendo un'amministrazione *per servizi* e, ancor prima, sottolineando la centralità dell'intersezione tra principî “di eguaglianza e di solidarietà, da una parte, e diritti e doveri dei cittadini, dall'altra”, tale da dar luogo a “figure complesse”¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in M. D'Amico-B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1429 ss.

¹⁰⁰ Cfr. al riguardo E. Picard, *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in M. Freeland e S. Sciarra (a cura di), *Public Services and Citizenship in Europe*, op. cit., p. 92.

¹⁰¹ Su questa particolare forma di conflitto, emerso nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale tedesche, cfr. D.U. Galetta e M. Ibler, *Decisioni amministrative “multipolari” e problematiche connesse: la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza in una prospettiva di Diritto comparato (Italia-Germania)*, in *federalismi.it* del 6 maggio 2015.

¹⁰² Sull'impiego del principio dell'eguaglianza sostanziale da parte della Corte costituzionale cfr. F. Sorrentino, *Eguaglianza*, Torino, 2011, p. 33 ss.

¹⁰³ Così M.S. Giannini, *Lo Stato democratico repubblicano*, (1946), relazione al XXIV Congresso nazionale del PSIUP, pubblicata nel Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti, ora in ID., *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, p. 729. Cfr., poi, M.S. Giannini e T. Barbara, *L'Amministrazione per servizi*, in *Ministero per la costituente, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, Relazione all'Assemblea costituente, Allegato I, Sul riordinamento delle amministrazioni centrali*, Roma, 1946, p. 332, ora parzialmente in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1974, p. 569 ss.

Abstract: Il lavoro si sofferma, dalla prospettiva del diritto costituzionale, sulla figura dell'utente, sul suo particolare *status* e, soprattutto, sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive ad esso pertinenti. Partendo dal sostanziale silenzio delle dottrine amministrativistiche e costituzionalistiche sulla categoria dei diritti dell'utenza, il contributo analizza il lungo processo evolutivo mediante il quale quest'ultimi sono emersi nel panorama giuridico, evidenziando il ruolo decisivo giuocato dal processo di integrazione europea e dal principio concorrenziale. Lo studio tenta, dunque, fornisce una soluzione alla questione relativa all'esatta natura, dal punto di vista costituzionale, dei diritti degli utenti, specialmente rispetto a servizi di rilievo economico (e perciò, oggi, erogati nell'ambito di un mercato appositamente regolamentato), nonché a quella inerente il rapporto fra questi e le situazioni giuridiche fondamentali tutelate direttamente dalla Costituzione.

Abstract: The work focuses, from the perspective of constitutional law, on the figure of the user, on his particular status and, above all, on the nature of the subjective legal situations pertinent to it. Starting from the substantial silence of administrative and constitutionalist doctrines on the category of user rights, the contribution analyzes the long evolutionary process through which these type of rights emerged in the legal landscape, highlighting the decisive role played by the process of European integration and the competitive principle. The study attempts, therefore, to provide a solution to the question concerning the exact nature, from the constitutional point of view, of the rights of users, especially with respect to services of economic importance (and therefore, today, provided within a specifically regulated market), as well as that concerning the relationship between these and the fundamental legal situations protected directly by the Constitution.

Parole chiave: servizio pubblico – diritti fondamentali – utenti – principio di eguaglianza – concorrenza.

Key words: public utilities – fundamental rights – users – principle of equality – competition

LA STERILIZZAZIONE PARZIALE DELLE CLAUSOLE DI SALVAGUARDIA*.

di Giovanni Luchena**

Sommario. 1. I vincoli finanziari europei. – 2. La formulazione delle clausole e l'obbligo costituzionale di copertura degli oneri. – 3. La Commissione europea e il Fondo monetario internazionale.

78

1. I vincoli finanziari europei.

Quando si imputa alla Commissione europea un'eccessiva rigidità in materia di finanza pubblica occorre considerare la questione in tutta la sua latitudine, valutando, in particolare, i comportamenti prudenziali degli Stati per quel che concerne *le manovre finanziarie*.

Vero è che il *diritto finanziario europeo* obbliga gli Stati al rispetto dei ben noti parametri del 3 per cento nel rapporto tra *deficit* e PIL [soglia il cui sfioramento determinerebbe l'attivazione della procedura per disavanzi eccessivi il c.d. braccio correttivo previsto dal regolamento (UE) n. 1173 del 2011¹]; del 60 per cento nel rapporto tra debito pubblico e PIL e del contenimento del tasso d'inflazione entro il 3 per cento: vincoli che, com'è noto, incidono sull'autonomia dei Governi per quel che concerne le politiche e le procedure di bilancio².

È altresì vero che *stare nel recinto* di una finanza pubblica rigorosa ma sana non può essere considerato come il male assoluto.

Anzi, è proprio grazie alle politiche pubbliche finanziariamente assennate che il bilancio pubblico può essere meglio protetto dalle insidie dei temuti mercati finanziari.

Il rapporto *deficit*/PIL, in particolare, è il parametro che, negli ultimi anni, è stato lo scoglio su cui si sono infrante le istanze di coloro che auspicano, per dir così, la *restituzione* agli Stati del

* Sottoposto a referaggio.

** Professore associato di Diritto dell'economia – Università di Bari “A. Moro”.

¹ Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011 *relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro*. In argomento, C. Curti Gialdino, *Il Documento programmatico di bilancio per il 2019 sotto la lente delle regole europee: prospettive di breve e medio periodo*, in www.federalismi.it, 24 ottobre 2018, p. 8 ss.

² A.M. Nico, *Vincoli europei di finanza pubblica e autonomia di bilancio. Una breve nota ricostruttiva*, in www.dirittifondamentali.it, 23 settembre 2018.

potere di indirizzo se non proprio di governo dell'economia. Certamente, è il parametro di cui si discute più diffusamente, trascurando, a volte, il rapporto debito/PIL che costituisce il vero “macigno”³ che incombe sulla finanza pubblica italiana.

Le trattative tra la Commissione e i Governi nazionali, nel quadro del c.d. “semestre europeo”⁴, possono portare a veri e propri conflitti, fino ad avviare, o perlomeno a minacciare, le procedure d'infrazione per *deficit* eccessivo.

Così, in Italia, ad esempio, le negoziazioni sul tasso di *deficit* per finanziare la legge di bilancio per il 2019 si sono protratte in un estenuante *tira e molla* fra Governo e Commissione: il primo, deciso a rompere gli argini del rigore in campo finanziario per favorire una (dichiarata) politica di investimenti pubblici e per introdurre misure a carattere sociale (fra le altre, la c.d. *quota cento* e il reddito di cittadinanza); la seconda, invece, decisa nel tenere a freno le possibili *derive* finanziarie di uno Stato con un debito pubblico molto elevato e con stime di crescita non sufficientemente forti da sostenere il paventato finanziamento del bilancio in *deficit*.

2. La formulazione delle clausole e l'obbligo costituzionale di copertura degli oneri.

Il vero *punctum dolens* della prossima legge di bilancio – tanto da essere evocato quale fattore di rischio per la finanza pubblica ed elemento di discussione anche nel corso della crisi di governo ormai alle spalle – è rappresentato dalle clausole di salvaguardia⁵: esse scatteranno automaticamente ove non si provvedesse al loro *disinnesco*.

Pensate come uno strumento tecnico-giuridico a carattere difensivo (politica restrittiva), avente l'obiettivo di controllare un cambiamento inatteso o di far fronte ad esigenze derivanti da stime imprecise (in particolare, in termini di entrate insufficienti a coprire un onere) e di ottemperare, così, all'obbligo costituzionale di copertura degli oneri (art. 81, c. 3, Cost.)⁶, le *clausole* sono state utilizzate, talvolta, in modo imprudente e spregiudicato al

³ Cfr. C. Cottarelli, *Il macigno. Perché il debito pubblico ci schiaccia e come si fa a liberarsene*, Milano, 2016.

⁴ G. Lo Conte, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2015, p. 92 ss.

⁵ G. Luchena, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica (Equilibrio della legge di bilancio, vincoli europei, spesa pubblica)*, Bari, 2017.

⁶ S. Scagliarini, *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi fra Governo, Parlamento e Corte costituzionale*, Milano, 2006; C. Buzzacchi, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime*

punto da innescare, per così dire, una vera e propria bomba ad orologeria.

Si tratta, in definitiva, di una norma che assicura il rispetto dei saldi di finanza pubblica.

La legge di contabilità pubblica (modificata nel 2016)⁷ prevede che la sua formulazione debba prevedere un automatismo normativo in forza del quale il Governo è chiamato a non rendere operative quelle misure fiscali solo se saranno individuate altre risorse per far fronte all'eventuale scostamento registrato *a posteriori* (privatizzazioni, tagli alle spese, investimenti sui mercati finanziari, tagli alle agevolazioni fiscali, ecc.).

In altri termini, la norma indica il modo in cui opererà la variazione della previsione di bilancio differendo nel tempo la sua efficacia che, peraltro, potrà anche non esplicarsi mai ove si provvedesse in maniera differente (per l'appunto, con la c.d. neutralizzazione).

Il Governo Monti è stato l'unico ad attivarle, in una fase davvero complicata della politica-finanziaria italiana.

In seguito, se n'è fatto uso come se fosse un elemento necessario, o forse l'unico, della manovra di bilancio⁸.

Le successive leggi di stabilità hanno provveduto alla neutralizzazione delle *clausole*, in modo totale o parziale, al fine di scongiurare ulteriori politiche di bilancio di segno restrittivo⁹.

A volte, il legislatore ha persino ignorato di prevederne la formulazione pur essendo un obbligo previsto dall'art. 17, commi 1 e 12 (rubricato "*Copertura finanziaria delle leggi*"), della legge di contabilità¹⁰, in base al quale le *leggi di finanza pubblica* devono contenere disposizioni volte a porre rimedio ad eventuali scostamenti tra le entrate e le spese per evitare che si verifichino eccedenze, al fine di assicurare il controllo degli equilibri di finanza pubblica¹¹ (art. 81, c. 1, Cost.) e, per l'appunto, l'effettività della copertura degli

obbligate?, in *Rivista Aic*, n. 4/2012; G. Luchena, *La copertura finanziaria delle spese previste e la clausola di salvaguardia*, in www.amministrazioneincammino.it, 15 maggio 2018.

⁷ Legge 4 agosto 2016, n. 163, "*Modifiche alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, concernenti il contenuto della legge di bilancio, in attuazione dell'articolo 15 della legge 24 dicembre 2012, n. 243*". V. C. Bergonzini, *La riforma della legge di contabilità pubblica (l. n. 163/2016): le principali novità (e alcuni profili critici)*, in *Federalismi.it*, 3 maggio 2017.

⁸ G. Luchena, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica (Equilibrio della legge di bilancio, vincoli europei, spesa pubblica)*, cit., p. 97 ss.

⁹ G. Luchena, *I nodi tornano al pettine: la «coda» delle clausole di salvaguardia nella legge di bilancio per il 2018*, in *Riv. Giur. Mezz.*, n. 2/2018, p. 533 ss.

¹⁰ Legge 31 dicembre 2009, n. 196, "*Legge di contabilità e finanza pubblica*".

¹¹ D. Cabras, *Tetti di spesa e clausole di salvaguardia nella nuova legge di contabilità e finanza pubblica (legge 31 dicembre 2009, n. 296)*, in *Federalismi.it*, 10 marzo 2010 P. Canaparo, *Gli equilibri di finanza pubblica e le clausole di salvaguardia*, in *Public Finance Research Papers*, Istituto di Economia e finanza, DIGEF, Università di Roma La Sapienza, n. 13/2015, p. 4, <http://www.digef.uniroma1.it/publicazioni>.

oneri che deve essere sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale¹².

La norma *de qua* deve prevedere le misure di riduzione delle spese o di aumento delle entrate al fine di garantire la corrispondenza tra l'onere e la relativa copertura.

Tali *dimenticanze*, peraltro, sono state puntualmente segnalate dalla Corte dei conti nelle sue «*Relazioni quadrimestrali sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri*»: ulteriori oneri i cui nodi verranno al pettine, magari quando talune agevolazioni previste da disposizioni di legge produrranno i loro effetti a regime, anche se, nel momento in cui vengono registrate, la relativa spesa fiscale è considerata di lieve entità. Oneri poco significativi che, però, sommati, possono rappresentare un ulteriore *peso* sui bilanci futuri.

Oltre il temuto aumento dell'IVA, dunque, occorrerà trovare, prima o poi, le coperture anche per gli oneri che *non si vedono*.

Alla luce di tali premesse, con lo strumento delle *clausole*, il Parlamento – organo non immune dalla responsabilità politica quanto alla loro formulazione – ha *autorizzato* il Governo, ove si fosse deciso di percorrere la strada della manovra sulle entrate, ad aumentare le aliquote esistenti (per introdurne di nuove, com'è noto, sarebbe necessaria una nuova legge in forza del disposto di cui all'art. 53 della Costituzione)¹³.

3. La Commissione europea e il Fondo monetario internazionale.

La Commissione ha tollerato l'uso delle clausole di salvaguardia e, in un certo senso, le ha sempre considerate una sorta di *garanzia* che avrebbe frenato l'utilizzo di manovre espansive da parte dell'Italia. Essa, insomma, ha confidato in una svolta nelle politiche di bilancio che avrebbe potuto *aiutare* l'Italia a tenere i conti in ordine.

Gli *occhi* degli organi finanziari europei, infatti, guardano con attenzione le vicende finanziarie dell'Italia: i rischi di squilibri eccessivi sono sempre dietro l'angolo. A maggior ragione in una situazione di debolezza del PIL.

La Commissione ha raccomandato di implementare le politiche atte a contrastare la fase depressiva del ciclo e, contestualmente, a sostenere la produttività e la crescita potenziale. Uno

¹² Corte cost. ss. nn. 51 e 26 del 2013 e 192 del 2012.

¹³ G. Luchena, *Il mimetismo dinamico della clausole di salvaguardia nelle leggi di finanza pubblica*, 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. 66.

sforzo considerevole, considerati i bassi tassi di crescita interni e la non facile congiuntura internazionale.

Il “Pacchetto d’inverno” della Commissione del 27 febbraio 2019, realizzato nell’ambito del Semestre europeo (momento in cui si verificano, tra l’altro, gli adempimenti riguardanti i Piani nazionali di convergenza e stabilità e i piani di riforma)¹⁴, è alquanto chiaro.

L’Italia è stata *invitata* a farsi parte attiva al fine di garantire finanze pubbliche sane, nonché una maggiore efficienza della pubblica amministrazione e della giustizia, di assicurare un miglior funzionamento del sistema di istruzione e del mercato del lavoro, di creare un contesto più favorevole alle imprese e rafforzare il settore bancario¹⁵ (a causa dell’alta esposizione ai titoli del debito sovrano).

Il Fondo Monetario Internazionale, dal canto suo, ha stimato che, senza la disattivazione delle clausole di salvaguardia, si giungerebbe ad un rapporto *deficit*/PIL pari al 3 per cento¹⁶. Il che comporterebbe sia l’evocata crisi dei consumi sia l’inevitabile rigore da parte della Commissione europea nella fase dell’esame della Nota di aggiornamento al DEF (il vero momento in cui si definisce il rapporto *deficit*/PIL).

Clausole di varia natura, d’altro canto, possono incidere anche in termini di programmazione delle attività imprenditoriali poiché un’impresa sviluppa i suoi piani di investimento tenendo conto anche, se non soprattutto, del livello di imposizione fiscale il quale, proprio per effetto dell’attivazione delle *clausole*, potrebbe compromettere il suo bilancio.

Le imprese, dunque, guardano con sospetto, se non con motivata preoccupazione, alla possibilità che *scattino* le clausole di salvaguardia dal momento che, proprio l’aumento delle aliquote potrebbe mettere a rischio i piani delle loro attività.

Più in generale, attivare le *clausole de quibus* comporterebbe l’aumento dell’IVA, con un peso di oltre 50 miliardi per il periodo che si estende fino al 2021 (i valori messi a bilancio sono 23,1 miliardi per il 2020 e 28,8 miliardi per il 2021).

¹⁴ G. Rizzoni, *Il “semestre europeo” fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2011, 3; M. Degni, *La decisione di bilancio*, in A. Uricchio, V. Peragine 3 M. Aulenta (a cura di), *Manuale di Scienza delle finanze, diritto finanziario e contabilità pubblica*, Molfetta (Ba), 2017, p. 590 ss.

¹⁵ European Commission, *Commission Staff Working Document, Country Report Italy 2019 Including an In-depth Review on the Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances – Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank and the Eurogroup – 2019 European semester: Assessment on progress in structural reforms, prevention and correction of macroeconomic imbalances, and results of in-depth reviews under Regulation (EU) No 1176/2011, {COM(2019) 150 final}*.

¹⁶ International Monetary Fund, IMF Country Report No. 19/40, February 2019, p. 15.

Le imprese giudicano queste cose con grande sfavore anche perché si genera grande incertezza per il futuro e le strategie aziendali vengono obbligate alla rimodulazione o alla rinuncia di eventuali investimenti, o alla riduzione di quelli già programmati. In sostanza, in caso di attivazione delle clausole, gli effetti determinati dalle agevolazioni fiscali (la legge di bilancio per il 2019, come ogni legge di bilancio, ne contiene diverse)¹⁷, per dir così, sarebbero vanificati dall'aumento dell'IVA. Non a caso i commi 2 e 5 dell'articolo 1 della legge di bilancio per il 2019 sterilizzano le clausole di salvaguardia per il 2019 e differiscono la loro attivazione per il triennio successivo.

Al momento, quindi, le *clausole* risultano essere strumentali (non più attivabili *ex novo*) non tanto al pareggio di bilancio ma all'esigenza di evitare l'impennata del *deficit*.

In realtà, come è stato rilevato, per attivare le clausole occorrerebbe un “*broad political support*”¹⁸. Cosa che non pare profilarsi nell'attuale e confuso scenario politico.

Non è ancora chiaro, in particolare, come far fronte alla necessità di reperire le «ingenti risorse» (parole del precedente Ministro dell'Economia) per rispettare l'impegno a non aumentare le aliquote.

È impossibile, fra l'altro, cancellare le clausole di salvaguardia in *deficit*: negli ultimi 3 anni, infatti, il disavanzo ha già finanziato il 75 per cento dello sforzo contro l'aumento dell'IVA per un ammontare di 52 miliardi su 71.

Con un tasso di crescita previsto allo 0,2 per cento (DEF 2019) – la giravolta rispetto alla Nota di Aggiornamento di Finanza Pubblica del 2018 è degna almeno di essere segnalata come un sano bagno di realismo – predisporre la legge di bilancio per il 2020 è operazione non priva di ostacoli.

La Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza, recentemente, deliberata dal Governo il 30 settembre 2019, tuttavia, disattiva parzialmente le clausole di salvaguardia per il 2020, non quelle che scatteranno nel 2021, anno in cui è prevista una sterilizzazione parziale.

Il Governo, sostanzialmente, rinvia la soluzione del *problema* al 2022, senza indicare, per il momento, non avendo presentato il Documento programmatico di bilancio, *come* disattiverà le clausole rimaste¹⁹. Per tale ragione, è verosimile che la Commissione possa *chiedere* la

¹⁷ Legge 30 dicembre 2018, n. 145, “*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*”.

¹⁸ International Monetary Fund, IMF Country Report No. 19/40, cit., p. 15.

¹⁹ Osservatorio sui conti pubblici, *Commento alla Nota di aggiornamento al DEF 2019*, in <https://osservatoriocpi.unicatt.it>, 5 ottobre 2019.

revisione dei conti anche in ragione delle incerte previsioni in ordine alla lotta all'evasione fiscale.

Secondo alcuni, appare preferibile eliminare qualche *tax expenditure*. Anche questa, però, sembrerebbe un'iniziativa dal forte impatto sociale ed economico. Magari si potrebbe iniziare con quelle che il Fondo monetario internazionale ritiene ormai inutili.

Oppure si potrebbe *ripartire* dalle relazioni dei commissari alla *spending review* o dalle *sollecitazioni* dell'OCSE che, nel nostro ordinamento, ha individuato 466 spese fiscali (che rappresentano un costo di 54 miliardi di euro) di cui 52 potenzialmente eliminabili²⁰. In alternativa, si potrebbe pur sempre seguire il *consiglio*, sempre del FMI, che, a più riprese, sollecita l'introduzione della c.d. *patrimoniale* (come riportato nel citato *Country Report*), un'imposta però particolarmente indigesta a gran parte dell'elettorato italiano.

Abstract: Questo contributo descrive brevemente il contenuto delle clausole di salvaguardia nelle leggi di finanza pubblica e traccia i contorni della loro neutralizzazione nella prossima legge di bilancio.

Abstract: This paper briefly describes the contents of the safeguard clauses in public finance laws and outlines the profiles of their neutralization in the next budget law.

Parole chiave: clausole di salvaguardia; legge di bilancio; Commissione europea; Fondo monetario internazionale.

Key words: safeguard clauses; budget law; European Commission; International Monetary Fund.

²⁰ OCSE, *Economic Survey*, Italy, April 2019.

RADIOFREQUENCY RADIATION, LEGISLATIVE OMISSIONS AND THE PRINCIPLE OF PRECAUTIONARY*.

di Francesco Gaspari**

Table of contents. 1. Introduction 2. Potential effects on health of increases in electromagnetic radiation; 3. Radiofrequency radiation, legislative omissions and the principle of precautionary. 3.1 Recent initiatives in Europe: an overview; 3.2 The principle of precautionary; 4. Final remarks.

85

1. Introduction.

Globalization and information society have an increasing impact on people life. Technological infrastructures, like 5G¹, are necessary to fuel the new digital economy, thank to which soon every single aspect of our day to day life will be connected and everything will be smart, not only phones, but also vehicles, houses, cities. The Internet of Things (IoT), Internet of Beings (IoB) and the analysis of big data will align with artificial intelligence (AI) and biometric systems: we will live in a smart planet². This is likely to increase the quality of life and life expectancy³.

However, the advantages offered by such new technology come with some challenges, including those related to health and environment protection.

Under a legal and regulatory point of view, we are witnessing a lack of regulation, being legislators and regulators reacting slowly or not reacting at all, thereby determining legislative discriminations among citizens of the EU member States or a regulatory vacuum, in a sector characterised by its fast-moving nature. Those discrepancies among

* *Sottoposto a referaggio.*

** Associate Professor of Administrative law – Università degli Studi di Roma “G. Marconi”.

¹ The fifth generation of wireless networks 5G, also commonly referred to as IMT- 2020, represents an evolutionary process of previous generations of wireless networks (i.e. 2G, 3G, and 4G): OECD, *The Road to 5G Networks. Experience to Date and Future Developments*, OECD Digital Economy Papers, No. 284, July 2019, p. 8, where the characteristics of the five generations of wireless networks are described.

² See Communication from the Commission, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015) 192 final, 6 May 2015, Point 1. See also Communication from the Commission, *Completing a trusted Digital Single Market for all - The European Commission's contribution to the Informal EU Leaders' meeting on data protection and the Digital Single Market in Sofia on 16 May 2018*, COM(2018) 320 final, 15 May 2018, *passim*.

³ See European Parliament Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, in *OJ 27 July 2018 (C 252)*.

member States concern different primary goods, among which the health and the environment protection.

This paper aims at identifying possible remedies to the inertia of multilevel legislator and regulator, waiting for a more comprehensive and organic regulation.

2. Potential effects on health of increases in electromagnetic radiation.

Health and environment protection within the new digital economy is of paramount importance, especially with regards to electromagnetic radiation.

Over the last few years, there has been growing concern about the possibility of adverse health effects resulting from exposure to radiofrequency electromagnetic fields, such as those emitted by wireless communication devices⁴.

In fact, with rapidly increasing applications for wireless devices targeting populations of all ages, exposures to the associated radiofrequency radiation (RFR) are increasing in number and diversity⁵. Radiation sources include communications devices such as mobile (cell) or cordless phones, laptops and tablets, baby monitors, wearable devices and associated infrastructure (e.g. routers, antennae on towers, and distributed antennae systems that can employ directional couplers or wireless amplifiers to enhance accessibility)⁶.

However, scientists have not yet reached a unanimous consensus on the consequences for human health and for the environment deriving from such increase of RFR exposures⁷.

In 2011 (from May 24-31), a Working Group of 31 scientists from 14 countries met at the International Agency for Research on Cancer (IARC)⁸ in Lyon, France, to assess the potential carcinogenic hazards from exposure to radiofrequency electromagnetic fields⁹.

⁴ M.L. Paul, *Wi-fi is an important threat to human health*, in *Environmental Research*, 164, 2018, p. 405 ff.; F. Fonderico, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione «precauzionale»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 907.

⁵ A. B. Miller, L. L. Morgan and I. Udasin, D. Lee Davis, *Cancer epidemiology update, following the 2011 IARC evaluation of radiofrequency electromagnetic fields (Monograph 102)*, in *Environmental Research*, 167, 2018, 673 ff., esp. p. 673.

⁶ *Op. loc. cit.*

⁷ F. Fonderico, *Tutela dall'inquinamento*, cit., p. 907.

⁸ The International Agency for Research on Cancer is part of the World Health Organization (WHO). IARC coordinates and conducts both epidemiological and laboratory research into the causes of human cancer. See https://www.who.int/ionizing_radiation/research/iarc/en/.

⁹ These assessments were published as Volume 102 of the IARC Monographs, *Non-Ionizing Radiation, Part 2: Radiofrequency Electromagnetic Fields*, 2013.

The topic of the IARC Monograph is the evaluation of the carcinogenicity of radiation in the radiofrequency (RF) range (30 kHz to 300 GHz) of the electromagnetic spectrum¹⁰. As has been pointed out in the Monograph, this type of radiation is emitted by devices used in wireless telecommunication, including mobile phones, and by many other sources in occupational and general environmental settings. Exposures are ubiquitous in more developed countries and rapidly increasing in developing countries, in particular with respect to the use of mobile phones¹¹.

As for the conclusion of its evaluation, the IARC Working Group classified RFR (30 kHz to 300 GHz) as a possible human carcinogen (Group 2B)¹².

On 27 May 2011, the Council of Europe adopted a Resolution¹³ on the dangers to public health of electromagnetic fields, calling for the lowering of exposure limits.

From 2011, many epidemiologic studies, in particular two experimental mega-tests on laboratory animals, rats and mice, have been carried out and the relative results recently published. Those results indicate the potential that RFR (30 kHz to 300 GHz) cause cancer of the same type¹⁴.

In a recent (November 2018) study¹⁵, potential risks from exposures to associated radiofrequency radiation (RFR) have been analysed, and in particular:

- increased risks of cancer of the brain, of vestibular nerve and of salivary gland are associated to the use of cell phones;
- nine studies (2011-2017) show an increased risk of brain cancers due to mobile-phone use;
- four case-control studies (2013-2014) found an increased risk of brain of vestibular

¹⁰ For the purposes of the Monograph, radiofrequency (RF) electromagnetic radiation are taken as extending from 30 kHz to 300 GHz, which corresponds to free-space wavelengths in the range of 10 km to 1 mm: see IARC Monographs, *Non-Ionizing Radiation*, cit., p. 38.

¹¹ IARC Monographs, *Non-Ionizing Radiation*, cit., p. 33.

¹² IARC Monographs, *Non-Ionizing Radiation*, cit., 419, esp. point 6.3.

¹³ Parliamentary Assembly, Resolution 1815 on *The potential dangers of electromagnetic fields and their effect on the environment*. Such Resolution is available at <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17994&lang=en>.

¹⁴ See F. Belpoggi, Ramazzini Institute, Hearing of 26 February 2019 before the IX Parliament Commission (Transport, mail and telecommunications) of the Italian Parliament, within the preliminary investigation on new telecommunication technologies, with particular reference to the transition towards 5G and to the management of big data.

¹⁵ A. B. Miller, L. L. Morgan, I. Udasin and D. Lee Davis, *Cancer epidemiology update*, cit., 673 ff. On risks from exposure to radiofrequency radiation many studies exist, among which see L. Falcioni and others, *Report of final results regarding brain and heart tumors in Sprague-Dawley rats exposed from prenatal life until natural death to mobile phone radiofrequency field representative of a 1.8 GHz GSM base station environmental emission*, in *Environmental Research*, 165, 2018, 496 ff.; M.L. Pall, *Wi-Fi is an important threat to human health*, in *Environmental Research*, 164, 2018, 405 ff.

nerve;

- concerns for other cancers: breast, vestibular schwannoma/acoustic neuroma, parotid gland tumors, hematopoietic malignancies, testicular cancer, and even colorectal cancer, all tumors on sites of the body with close contact with RFR “hotspots”.

In the light of the above, the Authors conclude that, on one side, the epidemiological studies reported since the 2011 IARC Working Group meeting are adequate to consider RFR as a probable human carcinogen (Group 2A). However, on the other side, they believe that those studies must be supplemented with the recently reported animal data as performed at the Ramazzini Institute and the U.S. National Toxicology Program as well as by mechanistic studies. These experimental findings together with the epidemiology reviewed in the study are – according the same Authors – sufficient to upgrade the IARC categorization of RFR to Group 1, carcinogenic to humans¹⁶.

In 2016, the world’s largest study (25 million US dollar) carried out by the National Toxicology Program (NTP)¹⁷ was published. This study shows statistically significant increase in the incidence of brain and heart cancer in animals exposed to EMF below the ICNIRP (International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection) guidelines followed by most countries. These results support results in human epidemiological studies on RF radiation and brain tumor risk.

In Italy, the relationship between exposure to RFR and disease causation has been proved by Courts’ case-law¹⁸, in situations of multiple and cumulative exposures, comparable to an ubiquitous hyper-connection, like that of 5G technology. Such case-law has, therefore, shown that exposure to RF radiations emitted by mobile phones affects human health and, specifically, mobile-phone use causes cancer.

In a judgment of January 2019, the Regional Administrative Court of Lazio¹⁹, based on

¹⁶ A. B. Miller, L. L. Morgan, I. Udasin and D. Lee Davis, *Cancer epidemiology update*, cit., 681. See also L. Falcioni and others, *Report of final results*, cit.

¹⁷ *Report of Partial Findings from the National Toxicology Program Carcinogenesis Studies of Cell Phone Radiofrequency Radiation in Hsd: Sprague Dawley® SD rats (Whole Body Exposures)*, 16 May 2016. The study is available at <https://www.biorxiv.org/content/10.1101/055699v3>. The National Toxicology Program (NTP) is an interagency program established in 1978 to coordinate toxicology research and testing across the U.S. Department of Health and Human Services: see <https://ntp.niehs.nih.gov/about/org/index.html>.

¹⁸ See Italian Supreme Court (Corte di cassazione), labour division, judgment 12 October 2012, No. 17438. Court of Florence (Tribunale di Firenze), first division (civil), judgment 24 June 2017, No. 391; Court of Ivrea (Tribunale di Ivrea), first division (civil), judgment 30 March 2017, No. 96.

¹⁹ Third-quater Division, judgment 15 January 2019, No 500.

Article 10 of Law 22 February 2001, No 36²⁰, ordered to three “silent” Administrations²¹ to inform people – through an information campaign and an environmental education – about mode use indications and the health and environmental risks associated to the use of cell phones (especially mobile phones and cordless).

The obligation by public authorities to ensure that people exposed on scientifically uncertain risks are duly informed have been stated by the European Court of Human Rights (ECHR)²². Such obligation to inform the public on matters of environmental and public safety is grounded on Article 8 of the European Convention of Human Rights, as well as on Article 2 of such Convention, as the failure to provide the public with the relevant information infringes its right to respect for its private and family life and its right to life²³.

According to the ECHR, “*although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference*”. In fact, the ECHR clarifies that “*in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life*”²⁴. The ECHR considered in breach of Article 8 the case of public authorities that failed to inform local inhabitants of the hazards of the industrial activity concerned, the safety measures taken, the plans made for emergencies and the procedure to be followed in the event of an accident²⁵. According to the ECHR, the national authorities must take “*the necessary steps to ensure effective protection of the [applicants’] right to respect for [their] private and family life under Article 8*”²⁶.

Moreover, for the purposes of Article 2, the ECHR has stated that the positive obligation to take all appropriate steps to safeguard life “*entails above all a primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life*”²⁷. Among the different preventive measures

²⁰ Framework Law on protection from electric, magnetic and electromagnetic exposures.

²¹ The Ministry of Environment, the Ministry of Health, and the Ministry of Education, University and Research.

²² See, among others, ECHR, section I, judgment 5 December 2013, 52806/09 and 22703/10, *Vilnes and Others v. Norway*.

²³ See, inter alia, ECHR, Grand Chamber, judgment 19 February 1998, 14967/89, *Guerra and others v. Italy*. On this case see, among others, V. Zeno-Zencovich, sub Article 8, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, edited by S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 310. See also, F. Bestagno, sub Article 2, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, edited by S. Bartole, P. De Sena and V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 36 ff.

²⁴ See ECHR, Grand Chamber, judgment 19 February 1998, 14967/89, *Guerra and others v. Italy*, par. 58; ECHR, Chamber, judgment 9 October 1979, 6289/73, *Airey v. Ireland*, par. 32; ECHR, Plenary, judgment 13 June 1979, 6833/74, *Marckx v. Belgium*, par. 58.

²⁵ See ECHR, Grand Chamber, judgment 19 February 1998, 14967/89, *Guerra and others v. Italy*, par. 60.

²⁶ See ECHR, Chamber, judgment 9 December 1994, 16798/90, *López Ostra v. Spain*, par. 55.

²⁷ ECHR, Grand Chamber, judgment 30 November 2004, 48939/99, *Öneryildiz v. Turkey*, par. 89.

adoptable by public powers, the ECHR is of the opinion that “*particular emphasis should be placed on the public’s right to information, as established in the case-law of the Convention institutions*”, and further specifies that “*this right, which has already been recognised under Article 8 (see Guerra and Others, cited above, p. 228, § 60), may also, in principle, be relied on for the protection of the right to life*”²⁸. The ECHR has also specifically stated on health damages (leukaemia) from radiation exposures in breach of Article 2²⁹. In such case, the ECHR concluded that it was no causal link between the exposure to radiation and the health damage suffered from the concerned individuals³⁰. Different conclusions would probably be reached by the ECHR today with regards to the causal link between cancers and RFR exposures, as shown by the Italian case-law above mentioned. Also more recently, the Court of Monza³¹ found the causal link between a cancer of the vestibular nerve and RFR exposures³².

Concerns on the matter have been recently expressed also by some European Union Committees.

In particular, the EU Scientific Committee on Health, Environmental and Emerging Risks (SCHEER)³³ has recently stated that, “*the expansion of broadband with shorter wavelength radiofrequency radiation highlights the concern that health and safety issues remain unknown. Controversy continues with regard to harm from current 2G, 3G and 4G wireless technologies. 5G technologies are far less studied for human or environmental effects*”³⁴. Given that smart city is conceived under the implementation of the multilevel digital agenda, this may be a crucial point, also in the light of the principle of precautionary.

3. Radiofrequency radiation, legislative omissions and the principle of

²⁸ ECHR, Grand Chamber, judgment 30 November 2004, 48939/99, *Öneryildiz v. Turkey*, par. 90.

²⁹ ECHR, Chamber, judgment 9 June 1998, 23413/94, *L.C.B. v. The United Kingdom*.

³⁰ ECHR, Chamber, judgment 9 June 1998, 23413/94, *L.C.B. v. The United Kingdom*, para. 31-41. On this case, see F. Bestagno, sub *Article 2*, cit., p. 46.

³¹ Judgment published on 13 March 2019.

³² In this case, the cancer concerns a Linate and Malpensa airports employee.

³³ Pursuant to Commission Decision 7 August 2015 on establishing Scientific Committees in the field of public health, consumer safety and the environment, C(2015) 5383 final, SCHEER “shall draw the Commission’s attention to specific or emerging problems which may pose a potential risk to consumer’s safety, public health or the environment” (Article 3, point 6). Moreover, such a Scientific Committee “shall provide the Commission with scientific opinions on risk assessment in the cases laid down by Union law” (Article 3, point 1). Furthermore, SCHEER “shall provide the Commission services, on request, with scientific advice on questions of particular relevance to public health, consumer safety and environmental risks” (Article 3, point 2).

³⁴ SCHEER, *Statement on emerging health and environmental issues*, 20 December 2018, point 4.4, p. 14.

precautionary.

3.1. Recent initiatives in Europe: an overview.

91

Although the European Court of Human Rights has clearly stated that positive obligations to take all appropriate steps to safeguard life exist, and entail above all a primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework aiming at providing effective deterrence against threats to the right to life³⁵, in some European Countries, among which Italy, legislators and regulators are inert with regards to the radiofrequency radiation issue, thereby bringing about a proliferation of bottom-up initiatives, both by individuals and associations³⁶.

By contrast, public policies in this field are much stronger in other European States. For instance, in Belgium, where in July 2018 the Government concluded an agreement with three telecom operators to relax the strict radiation standards in Brussels, the Minister of Environment, Céline Fremault, has recently (April 2019) stated that “*according to the Region, it is now impossible to estimate the radiation from the antennas required for the [5G] service*”³⁷.

The same Minister outlined that such technology cannot be implemented if the radiation standards, which must protect the citizen, are not respected, 5G or not, stressing that “[t]he people of Brussels are not guinea pigs whose health I can sell at a profit. We cannot leave anything to doubt”³⁸.

The telecommunication operators’ projects aim at increasing the radiation threshold limits from current 6 V/m to 14,5 V/m³⁹, without providing any preliminary study on health risks for humans due to permanent exposures to RFR.

Also in Germany, the *Bundesamt für Strahlenschutz (BfS)*, the German Federal Office for

³⁵ ECHR, Grand Chamber, judgment 30 November 2004, 48939/99, *Öneryildiz v. Turkey*, par. 89.

³⁶ One of the most recent one is the Conference held at the (Smart City) Milan on 30 and 31 March 2019, and organized by the *Associazione italiana elettrosensibili* (Italian Association for the Electrosensitive), at the presence of, among others, the well-known Swedish neuroscientist Professor Olle Johansson, who, at the dawn of the new Millennium, noted that “*It is [...] politically impossible to say anything that remotely threatens the mobile phone industry, the golden goose that brings so much prosperity to industry and government. But, mobile phones might one day become a BSE (mad cow) crisis*”: L. Södergren, O. Johansson, *Commentary: Mobile Telephones - Will the Golden Goose Become the Mad Cow?*, in *Journal of Australian College of Nutritional & Environmental Medicine*, Vol. 20, No. 2, August 2001, pp. 29-30.

³⁷ See *Radiation concerns halt Brussels 5G development*, for now, available at http://www.brusselstimes.com/brussels/14753/radiation-concerns-halt-brussels-5g-for-now?fbclid=IwAR23yJlxF5A8T_DQqCHbOlnVD2mrDwl61GYC1UFQHHPWc3VMuveHqfguuq4.

³⁸ Our translation. See *Radiation concerns halt Brussels 5G development*, cit.: “*The people of Brussels are not guinea pigs whose health I can sell at a profit. We cannot leave anything to doubt*”.

³⁹ Electric field strength is expressed by in units of volts per meter (V/m).

Radiation Protection, after having stated that the effects of higher frequencies due to 5G “*have not yet been well researched*”, it announces further research, advising a prudent expansion of 5G⁴⁰.

However, over the last years, Germany has dealt with such a problem, also raising it before European institutions. For instance, on 13 November 2007, the German member of the EU Parliament, Hiltrud Breyer, addressed a parliamentary written question to the EU Commission, on “*Harmful effects of wireless local area networks (WLANs) on human beings*”⁴¹.

After having stressed that “[e]lectromagnetic radiation from wireless local area networks (WLANs) has increased dramatically in recent years because of the growing demand for such networks”, Mrs Breyer asked the Commission, among other things, whether, following the new scientific knowledge, the limits should be strengthened in order to protect EU citizens from the effects of electromagnetic radiation and whether the further extension of WLANs in the Member States should be placed under review. The Commission answered mentioning, *inter alia*, the findings presented by the Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENIHR) in its March 2007 scientific opinion, that “*did not point out a need for a revision of the applicable standards*”⁴².

In the Netherlands, Parliament asks for independent investigation on 5G health risks. Given the possible dangers stemming from the installation of new antennas on a large scale, some political parties urged the Health Council of the Netherlands to carry out an independent investigation into 5G radiation. Member of parliament Laura Bromet has declared that it is still unknown the dangers of 5G to public health and added that “*We have to take people’s concerns seriously and investigate this*”⁴³.

In Switzerland, on 16 June 2017, the Parliament adopted a new Federal Act on the protection from risks of non-ionising radiation and acoustic stimuli (LRNIS) and, more recently, the Federal Council, in its session of 27 February 2019, adopted the Order concerning the above mentioned Act (O-LRNIS), with the aim of improving health

⁴⁰ See <http://www.bfs.de/SharedDocs/Stellungnahmen/BfS/EN/2019/0320-5G.html>.

⁴¹ E-5563/07, in OJ 13 July 2010 (C 189).

⁴² Parliamentary questions E-5563/07, Answer given by Mr Kyprianou on behalf of the Commission, 16 January 2008, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-5563&language=EN>.

⁴³ See <https://www.jrseco.com/nl/tweede-kamer-bezorgd-over-gezondheidsrisicos-van-straling-5g-netwerk/>.

protection⁴⁴.

Moreover, other important initiatives have been undertaken at Cantonal level. On 26 March 2019, the *Grand Conseil* of Canton of Vaud adopted a Resolution⁴⁵. On the ground of the precautionary principle, the Resolution calls for a ban on 5G transmitter installation at least until the Federal Office for the Environment (FOEN) has completed its study into the effects of the new 5G technology.

In such a Resolution it is pointed out that 5G technology has been object of “warnings” by scientific bodies, like the *Fédération des médecins suisses* (FMH) and *Medecins en faveur de l’environnement* (MfE), while it has not been object of any debate, either public or political. Similar initiatives have been undertaken in other cantons as well, like Geneva and Valais⁴⁶.

Also in the U.S., during the Senate Commerce, Science, and Transportation Committee hearing of 7 February 2019 on the future of 5G wireless technology and their impact on the American people and economy, senator Richard Blumenthal (D-CT) raised concerns with the lack of any scientific research and data on the technology’s potential health risks. Blumenthal blasted the Federal Communications Commission (FCC) and the Food and Drug Administration (FDA) – government agencies jointly-responsible for ensuring that cellphone technologies are safe to use – for failing to conduct any research into the safety of 5G technology, and instead, engaging in bureaucratic finger-pointing and deferring to industry. During an exchange with wireless industry representatives, Blumenthal asked them whether they have supported research on the safety of 5G technology and potential links between radiofrequency and cancer, and the industry representatives conceded they have not⁴⁷.

In Italy, conversely, to make the technology 5G fully operating, the radiation threshold limits would be increased from current 6 V/m to 61 V/m, with a million new antennae to be installed, without conducting preliminary studies on health risks due to higher RFR exposures⁴⁸.

⁴⁴ The mentioned Federal Act and the Order enter into force on 1 June 2019: <https://www.edi.admin.ch/edi/it/home/dokumentation/comunicati-stampa/msg-id-74125.html>.

⁴⁵ No. 19/RES/026.

⁴⁶ Canton of Geneva has adopted a moratorium for standard of 5G mobile phones: see <http://www.aefu.ch/20/actuel/>. Moreover, the Parliament of Valais will pronounce on this matter.

⁴⁷ See <https://www.jrseco.com/u-s-senator-blumenthal-raises-concerns-on-5g-wireless-technologys-potential-health-risks/>.

⁴⁸ See M. Martucci, *Elettrosmog, una nuova sentenza lo riconosce come concausa di tumori. E intanto Bruxelles blocca il 5G*, 4 April 2019, available at <https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/04/04/elettrosmog-una-nuova-sentenza-lo-riconosce-come-concausa-di-tumori-e-intanto-bruxelles-blocca-il-5g/5083102/>. Market operators

However, we have to note that legislative and regulatory omissions in this field are not enforceable⁴⁹. Moreover, it is evident that bottom-up movements are not sufficient to protect goods of utmost importance and having constitutional basis. In this respect, legislators play an essential and irreplaceable role, as the assessment on the most appropriate means to attain a given end belong exclusively to legislators⁵⁰.

The public sector should take on an active role, starting from proper planning policies, and not a mere marginal role, within the logic of the so-called “enabling” State or “adaptive” State⁵¹.

Nevertheless, until the inertia of legislators persist, and taking into account that domestic administrations (including the Italian ones⁵²) had failed to take steps to provide information about the environmental and health risks associated to radiofrequency radiation exposures, jurists (especially those of courts) are called upon to fill the regulatory gap, within the multilevel legal order consistency.

Such a legal order provides jurists with a range of tools, that vary depending of the domestic legal system at stake. However, there are some principles that are of general application in the RFR field in relation to the protection of health. The most important one is the principle of precautionary.

In this regards, it is worth noting that some local bodies (and specifically *Roma Capitale*, namely the Municipality of Rome) have, in the light of the principle of precautionary, recently passed a Resolution, that aims at imposing on relevant market operators, within the installations of mobile antennas, the observation of exposure limits, laying down that “any localization shall tend to the minimization of human exposure to electromagnetic

consider the current limit placed on power density (i.e. “exposure limits to electromagnetic fields”) as “quite low”, with the consequence that it represents one of the main regulatory issues that hinders the rollout of new antennas and the full implementation of 5G: see OECD, *The Road to 5G Networks*, cit., 38-39, where it is also pointed out that several regulators in Europe are looking into how to modify current power density regulations so as to ensure that every European Union country can deploy 5G in a timely manner while giving due consideration to the reasons they were imposed. The solution proposed by those regulators would be the harmonisation of power density regulations with the relevant stakeholders (therein, p. 39).

⁴⁹ For instance, it is not enforceable the inertia of competent administrations in issuing the ministerial decree pursuant to Article 12 of Law No 36/2001.

⁵⁰ This is the view of a well established Italian constitutional case-law: see, *ex multis*, Constitutional Court, judgment 14 June 2001, No 190; Constitutional Court, judgment 15 February 1980, No 20; Constitutional Court, judgment 7 March 1964, No 14.

⁵¹ On “adaptive regulator” see R.S. Whitt, *Adaptive Policymaking: Evolving and Applying Emergent Solutions for U.S. Communications Policy*, in 61 *Fed. Comm. L.J.*, 2009, 483 ff., spec. 522; S. Ranchordás, *Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy*, in 16 *Minn. J.L. Sci. & Tech.*, 2015, p. 414 ff.

⁵² As shown by the Regional Administrative Court of **Lazio**, judgment No 500/2019, cit.

wave in sensitive places”⁵³. The power of intervention of local bodies is based on Article 8, par. 6, Law No 36/2001, which allows local administrations to identify criteria for the localization of mobile antennas⁵⁴. Such criteria may take the form of bans (for instance, the ban to place antennas over specific buildings, such as hospitals, schools, etc.), or may envisage imposition of specific and predetermined distances⁵⁵.

3.2. The principle of precautionary.

At international level, the first “codification” of the precautionary principle dates back to the World Charter for Nature adopted by the UN General Assembly in 1982, which imposes a comprehensive assessment about negative effects of specific activities, requesting to refrain from them in case of danger. Afterwards, other documents were adopted: the International Conference on the Protection of the North Sea of 25 November 1987, the Convention for the protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic signed in Paris in 1992, the Rio Declaration on the Environment and Development of 1992 and, in the same year, the codification of the principle at stake within Article 174 of the Maastricht Treaty on the European Union⁵⁶.

Precaution is a general principle of Union law. It was originally codified in Article 174 EC Treaty (currently Article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU), within the specific EU policy on the environment⁵⁷. According to Article 191, par.

⁵³ Article 4 of *Regulation for localization, installation and modification of mobile antennas (Regolamento per la localizzazione, l'installazione e la modifica degli impianti di telefonia mobile)*, approved with Decision of Roma Capitale Assembly No 26 of 14 May 2015. Our translation.

⁵⁴ See F. Fonderico, *Tutela dall'inquinamento*, cit., p. 914.

⁵⁵ The Regulation issued by Roma Capitale in 2015 has been challenged before the Italian Court, by the relevant market operators, who believe that some provision of such Regulation would be in breach of the Italian Telecommunication Code (Legislative Decree 1 August 2003, No 259) and of the framework law No 36/2001, cit., and it would hinder the planning activities of networks development. The Council of State, Sixth Division, Order 27 March 2019, No 2033 has requested the European Court of Justice a preliminary ruling concerning the limits set by the Regulation with regards to the placing of facilities and networks, as referred to the internal dispute (point 4.1 of the Order).

⁵⁶ A. Longo, F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in *Federalismi.it*, No. 16/2019, 5. See also L. Marini, *Il principio di precauzione del diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; F. de Leonardis, *Il principio di precauzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, edited by M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, p. 413 ff., *passim*.

⁵⁷ In general, on the EU precautionary principle, also from an historical perspective, see, among others, R. Caranta, *The precautionary principle in Italian law*, in *Precautionary principle and administrative law: national and international reports*, edited by M. Paques, Brussels, 2007, 199 ff.; R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 526 ff.; E. Follieri, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, No. 6/2016, 1495 ff.; A. Bonomo, *Europa e ambiente*:

2, TFEU, “*Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay*”. Article 191 TFEU strikes a delicate balance between economic development and the environment⁵⁸.

Another legal basis of the principle at stake is Article 114, par. 5, TFEU (formerly Article 95 EC Treaty), according to which “*if, after the adoption of a harmonisation measure by the European Parliament and the Council, by the Council or by the Commission, a Member State deems it necessary to introduce national provisions based on new scientific evidence relating to the protection of the environment or the working environment on grounds of a problem specific to that Member State arising after the adoption of the harmonisation measure, it shall notify the Commission of the envisaged provisions as well as the grounds for introducing them*”.

Articles 191 and 114 were the legal bases upon which a large number of measures of secondary legislation (regulations and directives) were adopted⁵⁹.

At the EU level, it is also important to mention Articles 9 TFEU⁶⁰ and 168 TFEU (formerly Article 152 EC Treaty), laying down that “[a] *high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities*” (par. 1, first alinea), as well as the Communication issued in 2000 by the European Commission on the precautionary principle⁶¹. In such Communication the Commission observes that “*A number of recent events has shown that public opinion is becoming increasingly aware of the potential risks to which the population or their environment are potentially exposed*”. Moreover, it states that “*Enormous advances in communications technology have fostered this growing sensitivity to the emergence of new risks, before scientific research has been*

profili pubblicistici, in *La tutela multilivello dell’ambiente*, edited by F. Gabriele, A. M. Nico, Bari, 2005, 101 ff.; G. Cordini, *Origini e svolgimenti del diritto ambientale comunitario*, in *Dir. e gestione dell’ambiente*, 2003, 299 ff. More recently, see A. Longo, F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione*, cit., p. 3 ff.

⁵⁸ R. Caranta, *The precautionary principle*, cit., p. 201.

⁵⁹ *Op. loc. cit.*

⁶⁰ According to which “*In defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health*”.

⁶¹ Communication from the Commission on the precautionary principle, COM(2000) 1 final, 2 February 2000. See N. McNelis, *EU Communication on the Precautionary principle*, in *Jour. Int. Economic Law*, 2000, 545; F. Trimarchi, *Principio di precauzione e “qualità” dell’azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, No. 6/2005, 1679 ff.; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, No. 1/2007, p. 61 ff.

able to fully illuminate the problems”. It further observes that “Decision-makers have to take account of the fears generated by these perceptions and to put in place preventive measures to eliminate the risk or at least reduce it to the minimum acceptable level”⁶².

The aim of the Communication “is to inform all interested parties, in particular the European Parliament the Council and Member States of the manner in which the Commission applies or intends to apply the precautionary principle when faced with taking decisions relating to the containment of risk”⁶³.

However, only in 2002 a legal definition of the precautionary principle embedded in a community act was introduced⁶⁴. Article 7, par. 1, Regulation 178/2000⁶⁵ lays down that “In specific circumstances where, following an assessment of available information, the possibility of harmful effects on health is identified but scientific uncertainty persists, provisional risk management measures necessary to ensure the high level of health protection chosen in the Community may be adopted, pending further scientific information for a more comprehensive risk assessment”.

A significant contribution to the development of the principle at stake derives from the EU case-law. Also in its Communication of 2000, the Commission observed that “Like other general notions contained in the legislation, such as subsidiarity or proportionality, it is for the decision-makers and ultimately the courts to flesh out the principle. In other words, the scope of the precautionary principle also depends on trends in case law, which to some degree are influenced by prevailing social and political values”⁶⁶. Indeed, the precautionary principle has been at issue in a number of judgments by both the Court of justice and the Court of first instance⁶⁷.

In Italy, the precautionary principle was first mentioned in the already mentioned Law No 36/2001, on electromagnetic pollution⁶⁸, even if a precautionary approach was already

⁶² Communication from the Commission on the precautionary principle, COM(2000) 1 final, 2 February 2000, par. 1.

⁶³ Communication from the Commission on the precautionary principle, COM(2000) 1 final, 2 February 2000, par. 2.

⁶⁴ A. Longo and F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione*, cit., p. 5.

⁶⁵ Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety.

⁶⁶ Communication from the Commission on the precautionary principle, COM(2000) 1 final, 2 February 2000, par. 3.

⁶⁷ For an overview of such cases see R. Caranta, *The precautionary principle*, cit., p. 204 ff.

⁶⁸ R. Caranta, *The precautionary principle*, cit., 218. More specifically, on this piece of legislation see F. Merusi, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettromog*, in *Foro amm.*, 2001, 221, as well as G. Manfredi, *L'irresistibile diritto alla salute e la tutela dall'inquinamento elettromagnetico*, in *Urb. app.*, 2001, p. 164.

taken by the Ministry of Environment with Decree 10 September 1998, No 381, on *Regolamento recante norme per la determinazione dei tetti di radiofrequenza compatibili con la salute umana* (Regulation on provisions to set limits of radiofrequencies compatible with human health)⁶⁹, as well as by the Ministry of Health with Order 22 November 2000 on *Non idoneità alla donazione di sangue di coloro che hanno soggiornato per oltre sei mesi nel Regno Unito nel periodo dal 1980 al 1996*⁷⁰. The legislator has then made reference to it in other pieces of legislation⁷¹, including Article 301 of Legislative Decree 3 April 2006, No 152 on *Testo Unico in materia Ambientale* (consolidated text in environmental matters), and then in Article 3-ter of the same Decree No 152/2006⁷², where a direct reference to Article 191 of TFEU is made. The precautionary principle represents one of the fundamental pillars of the administrative activity, by virtue of Article 1, Law 7 August 1990, No 241, regulating the general law on administrative procedure⁷³.

With specific regards to radiofrequency radiation, at the EU level, in 1994 a Parliament Resolution called upon the application of the precautionary principle to reduce exposures to electromagnetic fields⁷⁴. More significantly, in 1999 the Council approved a Recommendation on the limitation of exposure of the general public to electromagnetic fields (0 Hz to 300 GHz)⁷⁵. It indicates that “[i]t is imperative to protect members of the general public within the Community against established adverse health effects that may result as a consequence of exposure to electromagnetic fields”⁷⁶. In the same Recommendation, the Council outlines that the Member States “should take note of progress made in scientific knowledge and technology with respect to non-ionising radiation protection, taking into account the aspect of precaution, and should provide for regular scrutiny and review with an assessment being made at regular intervals in the light of guidance issued by competent international organisations, such as the International Commission on Non-Ionising Radiation Protection”⁷⁷.

⁶⁹ F. Fonderico, *Tutela dall'inquinamento*, cit., p. 910.

⁷⁰ O.J. No 275 of 24 November 2000. See M.G. Stanzione, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità della P.A. Profili di diritto comparato*, in www.comparazionedirittocivile.it, September 2016, 3.

⁷¹ M.G. Stanzione, *Principio di precauzione*, cit., p. 1 ff.

⁷² See A. Longo and F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione*, cit., p. 4 ff.

⁷³ Article 1 of such law makes reference to the EU principles, which include the precautionary principle. This view is largely shared in the legal literature: see, among others, M. Antonioli, *Precauzionalità*, cit., p. 66 ff.; E. Follieri, *Decisioni precauzionali*, cit., p. 1526; F. Trimarchi, *Principio di precauzione*, cit., p. 1677.

⁷⁴ See F. Fonderico, *Tutela dall'inquinamento*, cit., p. 910.

⁷⁵ Council Recommendation of 12 July 1999 on the limitation of exposure of the general public to electromagnetic fields (0 Hz to 300 GHz), 1999/519/EC. This Recommendation is still in force.

⁷⁶ Whereas 4.

⁷⁷ Whereas 19.

We already mentioned above that recently SCHEER has – after having stated that due to the expansion of broadband with shorter wavelength radiofrequency radiation – highlighted the concern that health and safety issues remain unknown. There is an ongoing debate with regard to harm from current 2G, 3G and 4G wireless technologies, and this debate concerns more specifically 5G technologies, that are far less studied for human or environmental effects⁷⁸.

Over the last twenty years, potential risks from exposures to radiofrequency radiation (RFR) have been identified. For instance, the Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENIHR)⁷⁹ made a scientific assessment, which “*is critical of the fact that insufficient data is available to establish the long-term harmful consequences of exposure to electromagnetic radiation*”⁸⁰.

Also the European Environment Agency (EEA) has concerns about the harm to public health caused by exposure to electromagnetic fields, which it compares with the dangers of the discovery of asbestos, nicotine and leaded petrol. In this context it has examined over 2000 studies. It questions the safety of the current public limits and criticises the negligent safety measures protecting against electromagnetic radiation⁸¹.

Nonetheless, the multilevel digital agenda (within which smart cities have been imagined) has not taken into account of (nor promoted) any regular independent scientific evaluation on technological risks for humans and the environment, although deep concerns by the medical/research scientific Community have been expressed⁸². Rather, it has been shown that studies on the health impact of electromagnetic radiation in the past have often been influenced by industry⁸³. In order to fulfill its function, scientific advice on health-related

⁷⁸ SCHEER, *Statement on emerging health and environmental issues*, cit., point 4.4, 14.

⁷⁹ Pursuant to Commission Decision 7 August 2015 *on establishing Scientific Committees in the field of public health, consumer safety and the environment*, cit., SCHER and SCENIHR merged, in order to achieve efficiency, consistency, and to avoid duplication of efforts (see especially whereas 2 of the 2015 Commission Decision). Currently, only the Scientific Committee on Health, Environmental and Emerging Risks (SCHEER) operates.

⁸⁰ See the EU parliamentary written question to the EU Commission by Hiltrud Breyer, cit.

⁸¹ See again the EU parliamentary written question to the EU Commission by Hiltrud Breyer, cit.

⁸² See for instance “*The 5G appeal*” to the European Union, through which on 13 September 2017 more than 180 scientists and doctors from 36 countries warn about the danger of 5G, which will lead to a massive increase in involuntary exposure to electromagnetic radiation. The scientists urge the EU to follow Resolution 1815 of the Council of Europe, asking for an independent task force to reassess the health effects: see <https://www.5gappeal.eu/>.

⁸³ One of the most known cases in this regard is the 2004 European REFLEX study conducted on behalf of the EU by 12 institutions for a total budget of 3 million Euros. The results show that even at a SAR value of 1,3W / kg (representative of many mobile phones) significant biological damage is done in human cells and especially to the DNA. The Reflex study was accused of scientific fraud, especially by industry-related Prof. Alexander Lerchl, professor at a private university in Bremen. In 2010, the allegations turned out to be all false and the Reflex study was cleared of all blame. The IARC Committee of the World Health Organization (WHO) dealing with radiofrequency radiation and cancer, refused Lerchl as a member because of conflicts of interest. The IARC

matters must be based on the principles of excellence, independence and transparency, as stated in the EU case-law⁸⁴.

To date, no specific multilevel planning (or agenda) assessing risks caused by higher RFR exposures exists. As a consequence, European Council strategies (in particular, Lisbon of 2000 and “Europe 2020” of 2010), as well as the digital agenda⁸⁵, as defined by the EU Commission in 2010⁸⁶ together with all the subsequent and related acts by the Commission should be deemed as unlawful, as they ignore (or do not pay the required attention to) such assessment⁸⁷.

Within this scenario, it is necessary to identify the tools that the multilevel legal order put at disposal of legal operators (such as jurists, especially those of courts).

First of all, general prevention measures cannot be adopted, as they imply a scientific certainty⁸⁸. Therefore, only *ad hoc* measures, in which the risk is assessed case-by-case, in absence of (and awaiting for) an appropriate administrative planning⁸⁹. In this regards, case-law has clarified that the risk assessment in a specific measure is only a remedy, meaning that if the risk is not assessed by the planning, it must be assessed in the specific authorizing measure⁹⁰. In this regards, some scholars have observed that the precautionary principle may find application to guide the public administration in the exercise of its discretionary power⁹¹, on the ground of Article 1, Law No 241/90.

explained that his membership would not contribute to a balanced commission because a large part of his work was merely aimed at undermining publications showing health effects: see <https://www.jrseco.com/eu-reflex-study-shows-dna-damage-caused-by-radiation-from-wireless-devices-and-mobile-phones/>. The

wrongfully accused lab assistant of the REFLEX team sued Prof. Alexander Lerchl for libel and won: see <http://kompetenzinitiative.net/KIT/KIT/elisabeth-kratochvil-verklagt-professor-alexander-lerchl/>. The

independence of research on possible biological effects of radio frequency fields for the type of signals emitted by cell phones has been challenged also by the U.S. senator Richard Blumenthal during the hearing of 7 February 2019 on the future of 5G wireless technology and their impact on the American people and economy, cit.

⁸⁴ Court of first instance, judgment 11 September 2002, T-13/99, *Pfizer* par. 159.

⁸⁵ Terms like “strategy” and “agenda” are, under a semantic point of view, to be meant as synonyms of planning, which is a typical concept in administrative law.

⁸⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Digital Agenda for Europe*, COM (2010) 245 final/2 of 26 August 2010.

⁸⁷ See F. de Leonardis, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, edited by L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, Napoli, 2018, p. 49 ff., esp. 69.

⁸⁸ See G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1075 ff., esp. P. 1086. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 174.

⁸⁹ In this respect, F. de Leonardis, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, cit., pp. 52-53, clarifies the difference between the two principles (precautionary and prevention). Although historically the precautionary principle represents a specification of the prevention principle, they are based on different premises, as while the former applies to situations characterised by uncertainty, the latter finds application in cases where a scientific certainty (or a much less uncertainty) exists.

⁹⁰ See for instance Italian Council of State, Fourth Division, judgment 4 June 2004, No 35059.

⁹¹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 161; F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, p. 57 ff.; A. Zei, *Il principio di precauzione*:

Recourse to the (general and binding⁹²) precautionary principle⁹³ entails an anticipation of precautionary measures to the phase in which scientific knowledge is not yet certain⁹⁴ and technological risks cannot be scientifically excluded⁹⁵.

Such principle plays an essential role within the adoption of administrative measures (especially those restrictive) safeguarding health and environment as fundamental goods, and it represents a criterion in the adoption of discretionary measures by public administrations in sectors where scientific uncertainty exists⁹⁶.

However, according to a scholar, given that the precautionary principle in the EU does not represent a criterion for the attribution of administrative powers, also in the Italian legal order it would not be able to derogate to the principle of legality (rule of law)⁹⁷.

The precautionary principle entails a general obligation to prevent dangerous situations concerning environment and health, obligation imposed on public and private persons, as well as on who realizes potential dangerous activities and on authorities that oversight on the observation of the relevant regulation. More specifically, it is mandatory to act preventively not only in case of imminent threat of environmental damage, but also when a suspect of such threat can be identified. Therefore, the mere suspect of a imminent threat

programma, regola, metodo, in *Un diritto per il futuro*, edited by R. Bifulco and A. D'Aloia, Napoli, 2008, p. 724; Id., *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2008, II, 674; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 265; M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 7 ff.; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, p. 31 ff.

⁹² On the bindingness of such principle see, among other decisions, Regional Administrative Court of Trentino Alto Adige, Trento, First Division, 25 March 2010, No 93; Regional Administrative Court of Lazio, Third-quarter Division, 20 March 2006, No 2001; Regional Administrative Court of Lazio, Second-bis Division, 23 June 2006, No 2056.

⁹³ In general, the precautionary principle has been widely analysed. Among the others, see *Trattato di diritto dell'ambiente*, edited by R. Ferrara and M.A. Sandulli, Milano, 2014, I, p. 135 ff.; C.E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, Cambridge, 2013; M. Lee, *EU Environmental Law: Challenges, Change and Decision Making*, Oxford, 2005, p. 97 ff.; European Environmental Agency, *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation*, Second Part, Copenhagen, 2013, and [http:// www.eea.europa.eu/publications/late-lessons-2](http://www.eea.europa.eu/publications/late-lessons-2). For other references see note No. 57, *supra*.

⁹⁴ P. Thieffry, *Le contentieux naissant des organismes génétiquement modifiés: précaution et mesures de sauvegarde*, in *Rev. trim. droit europ.*, 1999, p. 81 ff., esp. 83; T. Marocco, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1233 ff., esp. 1233.

⁹⁵ Cfr. ECJ, judgment 5 May 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, par. 69. After the BSE cases, the precautionary principle found a remarkable systematisation (also in terms of its conditions of application) in two cases of the Court of first instance both dated 11 September 2002, T-13/99, *Pfizer*, and T-70/99, *Alpha*. See J.L. da Cruz Vilaça, *The Precautionary Principle in EC Law*, in *European Public Law*, Volume 10, Issue 2, 2004, p. 369 ff.

⁹⁶ F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, cit., 57. See also notes No. 57 and 93, *supra*.

⁹⁷ E. Follieri, *Decisioni precauzionali*, cit., p. 1495.

justifies a preventive intervention⁹⁸. Moreover, to date, the above-mentioned anticipation of precautionary measures seems to bring about discriminations with regards to the protection of health⁹⁹, because, lacking a common European Union approach, that anticipation facilitates the adoption of different measures depending on the Member State(s) under consideration: for example the restrictive measures on 5G adopted by the Belgian Administration as opposed to the Italian information campaigns, above mentioned.

A comprehensive and scientifically-supported agenda to deal with RFR related matters (above all with regards to the 5G technology) should therefore be adopted at EU level. In this respect, together with Articles 191 and 114 TFEU, the legal basis may be Article 168 TFEU, that – in the definition and implementation of all Union policies and activities – ensures, “[a] high level of human health protection” (par. 1, first alinea). More specifically, Union action “shall be directed towards improving public health, preventing physical and mental illness and diseases, and obviating sources of danger to physical and mental health” (par. 1, second alinea). Pursuant to Article 168, par. 2, second alinea, “Member States shall, in liaison with the Commission, coordinate among themselves their policies and programmes in the areas referred to in paragraph 1”. In this perspective, the Treaty recognizes to the Commission a wide power, being it legally authorized to take, “in close contact with the Member States [also on the basis of the principle of subsidiarity] any useful initiative to promote such coordination”¹⁰⁰.

The competence of the Union in the field of public health has been widely extended over time. From the reading of Article 168 of the Treaty, public health, from pure supporting, encouragement and coordination competence, was transformed into a real legislative competence, with the introduction of the power to adopt binding measures to set high levels

⁹⁸ F. de Leonardis, *La bonifica ambientale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II – *Discipline ambientali di settore*, edited by P. Dell'Anno and E. Picozza, Assago, 2013, p. 312. See also Court of Bologna, Order 31 July 2006, in *Danno resp.*, No. 12/2007, p. 1249 ff., as well as, before Law No 36/2001 on electromagnetic pollution, Italian Supreme Court (Corte di cassazione), Third division, judgment 27 July 2000, No 9893, in *Danno resp.*, 2001, p. 37. The subsequent case-law by other courts complied with such decision. On such case-law see M.G. Stanzione, *L'incidenza del principio di precauzione sulla responsabilità civile negli ordinamenti francese e italiano*, in www.comparazionedirittocivile.it, June 2016, p. 23 ff.

⁹⁹ Such discrimination are prohibited by the EU law, pursuant to the general principle of equality laid down in Article 18 of TFEU, which, according to the EU case-law, has direct effect: ECJ, judgment 22 November 2005, C-144/04, *Mangold*, para. 77-78. On this provision see D. Edward, R. Lane, *European Union Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2013, p. 422 ff.

¹⁰⁰ As has been recalled by the European Court of Justice, the EU Commission “enjoys a wide measure of discretion, particularly as to the nature and extent of the measures which it adopts”, and therefore “the Community judicature must, when reviewing such measures, restrict itself to examining whether the exercise of such discretion is vitiated by a manifest error or a misuse of powers or whether the Commission did not clearly exceed the bounds of its discretion”: ECJ, judgment 5 May 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, cit., par. 39. ECJ, judgment 25 January 1979, case 98/78, *Racke v Hauptzollamt Mainz*, par. 5.

of quality and security of organs and substances of human origin¹⁰¹. However, as far as RFR is concerned, the Commission may task a high-level group of experts (e.g. SCHEER and/or IARC) to scientifically assess, in an independent and objective way, whether exposure to RF radiation (especially, but not only, those emitted by mobile phones) affects human health. Also the European Court of Justice, within the scientific evaluation of risks for human health, has always given great importance to results of the most recent and trustworthy works and research by international and EU scientific Committees¹⁰².

In this regards, the European Commission has pointed out that “[w]hen decision-makers become aware of a risk to the environment or human, animal or plant health that in the event of non-action may have serious consequences [they] have to obtain, through a structured approach, a scientific evaluation, as complete as possible, of the risk to the environment, or health, in order to select the most appropriate course of action”¹⁰³.

In this view, EU law lays down that a precautionary decision should always be based on “available scientific and technical data” (Article 191, par. 3, TFEU), with the consequence that technical bodies should always be consulted¹⁰⁴.

Precautionary measures may not be adopted by administrations (i.e.: the EU Commission) whether reliable data were not available. However, in such case, and as *extrema ratio*, it would be possible to adopt a precautionary measure as long as the effectiveness of the measure at stake is limited in time and provided that scientific studies are simultaneously undertaken¹⁰⁵.

Such approach was followed by the EU Commission¹⁰⁶ (and judged as lawful by the European Court of Justice) in case *National Farmers Union*¹⁰⁷. In this case, the precautionary measures adopted by the Commission concerning the ban on exports of bovine meat were not regarded as a “manifestly inappropriate measure”¹⁰⁸, as the

¹⁰¹ G. Guerra, *La strategia europea in materia di sanità: esame del programma pluriennale d'azione per la salute 2014-2020*, in *Politiche sanitarie*, No. 4, 2014, p. 212 ff., esp. 212. See also C. Curti Gialdino, *Codice dell'Unione Europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Napoli, 2012, p. 1373.

¹⁰² See, *ex multis*, ECJ, judgment 10 December 1985, C-247/84, *Motte*, par. 24; ECJ, judgment 28 January 2010, C-333/08, *Commission v. France*, par. 92; ECJ, 9 September 2003, C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia and o.*, par. 113.

¹⁰³ Communication from the Commission on the precautionary principle, COM(2000) 1 final, 2 February 2000, point 6.1.

¹⁰⁴ F. de Leonardis, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, cit., p. 63.

¹⁰⁵ F. de Leonardis, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, cit., p. 64. See also Communication from the Commission on the precautionary principle, COM(2000) 1 final, 2 February 2000, point 6.3.5.

¹⁰⁶ Commission Decision 96/239/EC of 27 March 1996 *on emergency measures to protect against bovine spongiform encephalopathy*.

¹⁰⁷ ECJ, judgment 5 May 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, cit.

¹⁰⁸ ECJ, judgment 5 May 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, cit., par. 71.

Commission made preliminary technical assessments. In fact, as pointed out by the European Court, “*the recitals in the preamble to the decision, read as a whole, show that the Commission was prompted to adopt the provisional measures by concerns as to the risk of transmissibility of BSE to humans, after examining the measures adopted by the United Kingdom and consulting the Scientific Veterinary Committee and the Standing Veterinary Committee*”¹⁰⁹.

In this case, the EU judges confirmed the lawfulness of the precautionary measure, having found specific elements (*recte*: objective, precise and consistent evidence) with regards to the causal link. In the 1998 *National Farmers Union* case the European Court requires that the risk justifying the precautionary measure is reasonable and ascertained by a specific investigation.

The European Union case-law hence allows the adoption of precautionary measure in cases in which health, environment and consumer security risks exist, even if such measures have to comply with the general principle of proportionality¹¹⁰.

With regards to electromagnetic radiations, the proportionality test¹¹¹ would therefore be necessary. As a consequence, the precautionary principle, interpreted as a general rule enshrined in European law, gives precedence to health (and similar) concerns over economic interests in cases of uncertainty¹¹². Such a principle has recently made substantially reference to the Italian Administrative case-law, when it talks about the need of balancing the different and opposite interests at stake¹¹³. The same approach is followed

¹⁰⁹ ECJ, judgment 5 May 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, cit., par. 71. Moreover, as specified in par. 3 of the judgment, the decision was adopted by the Commission “*following the issue on 20 and 24 March 1996 of two statements by the Spongiform Encephalopathy Advisory Committee (‘SEAC’), an independent scientific body which advises the United Kingdom Government, concerning the existence of a possible link between bovine spongiform encephalopathy (‘BSE’) and Creutzfeldt-Jakob disease*”.

¹¹⁰ See Communication from the Commission on the precautionary principle, cit., point 6.3.1. The principle of proportionality, which is one of the general principles of EU law, requires that measures adopted by EU institutions do not exceed the limits of what is appropriate and necessary in order to attain the objectives legitimately pursued by the legislation in question. When there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued: see, *ex multis*, ECJ, judgments 13 November 1990, case C-331/88, *Fedesa and Others*, par. 13; 5 October 1994, joined cases C-133/93, C-300/93 and C-362/93, *Crispoltoni*, par. 41; 23 September 2003, case C-192/01, *Commission/ Denmark*, par. 45; 3 July 2003, C-220/01, *Lennox*, par. 76.

¹¹¹ Proportionality means “*tailoring measures to the chosen level of protection*”: Communication from the Commission on the precautionary principle, cit., 3. In general, on the proportionality principle see M. Dony, *Droit de l’Union européenne*, Bruxelles, 2010, 93 ff.; P. Kent, *European Union Law*, London, 2003, pp. 30-31.

¹¹² See ECJ, order 12 July 1996, C-180/96, *UK v. Commission*; Court of first instance, judgment 16 July 1998, T-199/96, *Bergaderm & Goupil v. Commission*; Court of first instance, judgment 26 November 2002, Joined Cases T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 and T-141/00, *Artegodan a. O. v. Commission*, par. 184; Court of first instance, judgment 11 September 2002, T-70/99, *Alpharma*, par. 356. See also Communication from the Commission on the precautionary principle, cit., 4.

¹¹³ Council of State, Sixth Division, Order No 2033/2019, cit., point 5.2. Among the different and conflicting primary interests, the Italian Administrative High Court mentions the fundamental rights and freedoms of natural

by the Italian Constitutional Court, with regards to polluting emissions¹¹⁴ and, to some extent, also in relation to the electromagnetic pollution¹¹⁵, although the Court has not made direct reference to precautionary as a leading principle of the EU law¹¹⁶.

In such a context, a breach of the principle of proportionality will occur if the measure adopted by the competent authority is manifestly inappropriate regard being had to the legitimate objective which the competent institution is seeking to pursue¹¹⁷ or in case it is shown that other, less onerous, measures exist and would have allowed the objective pursued by such measure¹¹⁸.

In the light of current scientific uncertainty on this matter, and taking into account the case-law that has found a causal link between RFR exposures and severe damages of human health, information campaigns (as those concerning the Italian Administrations, above mentioned) does not seem to be deemed as an appropriate measure.

As the principle of precautionary obliges to adopt any cautionary measure given all possible damages, it is necessary to set the limits beyond which, on a precautionary basis, emissions are not lawful. Such limits mark the measure beyond which the right to health cannot be compressed¹¹⁹. Such a conclusion needs to be supported under a scientific (and then also legal/legislative) point of view¹²⁰. However, even if emissions are below the tolerance threshold, set by the legislator or by the public administration, where – afterwards –

persons, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and general principles of Union law (see Article 1, par. 3-bis, Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 *on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive)*, as introduced by Directive 2009/140/EC. However, Directive 2002/21/EC will be repealed, with effect from 21 December 2020, by Directive 2018/1972 of 2018 establishing the European Electronic Communications Code, cit., as laid down in Article 125 of the latter Directive. Similarly to Article 1, par. 3-bis of Directive 2002/21/EC, Article 100 of the 2018 Directive lays down that “*National measures regarding end-users’ access to, or use of, services and applications through electronic communications networks shall respect the Charter of Fundamental Rights of the Union (the ‘Charter’) and general principles of Union law*”), the right of information, the right of making and receiving phone calls (and data communication), on one side, and the protection of the environment, of the health and the proper urban planning, on the other side.

¹¹⁴ See Constitutional Court, judgment 16 March 1990, No 127.

¹¹⁵ See, among others, Constitutional Court, judgments 7 October 2003, No 307; 7 November 2003, No 331, that primarily concern the allocation of powers between the State and the Regions. However, in such cases, the Constitutional Court, differently from its judgment No 127/90, requires a balancing between the fundamental right to health ex Article 32, Constitution – ensured through measures limiting polluting emissions – and the pursuing of national interests, among which those of energy development and of telecommunication development through the building and implementation of plants and networks. On those cases see, more extensively, M.G. Stanzione, *Principio di precauzione*, cit., p. 14 ff.

¹¹⁶ A. Longo and F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione*, cit., p. 23; M.G. Stanzione, *Principio di precauzione*, cit., p. 8.

¹¹⁷ Court of first instance, judgment 11 September 2002, T-13/99, *Pfizer* par. 412; ECJ, judgments 13 November 1990, case C-331/88, *Fedesa and Others*, par. 14.

¹¹⁸ Court of first instance, judgment 11 September 2002, T-13/99, *Pfizer* par. 451.

¹¹⁹ Council of State, Sixth Division, Order No 2033/2019, cit., point 5.2.

¹²⁰ See J.L. da Cruz Vilaça, *The Precautionary Principle in EC Law*, cit., p. 380 ff.

suspects about the dangerousness for human health are identified, judges can ascertain that a breach of the right to health has occurred in as much as scientific studies can “cover” this decision¹²¹.

Likewise, the Italian administrative case-law¹²² considers the precautionary principle as a tool aiming at ensuring the safeguard of the human health before the uncertainty deriving from the clear identification of the causal link between damages to the health and electromagnetic radiation exposure, assuming the most dangerous situation for the human health as existing¹²³.

In such cases, the application of the precautionary principle allows to derogate to the legislative provisions setting emission thresholds, as deemed as not adequate or proportionate to the end of safeguarding human health, according to Article 32 of the Italian Constitution¹²⁴.

Awaiting for a specific and appropriate multilevel legislative/regulatory solution – which must however comply with the precautionary principle, as general principle of international (and EU) law¹²⁵ –, the EU Court, which a specific preliminary ruling was recently requested to according to Article 267 of TFEU¹²⁶, should deal with the mentioned balancing of interests taking a more appropriate approach for RFR (and 5G), in the light of the *National Farmers Union*, the *Pfizer* and the *Artegodan* cases.

Within such perspective, and based on Article 168, par. 2, TFEU¹²⁷, the EU Commission may (*recte*: shall) adopt precautionary measures¹²⁸, also limited in time (which may consist, for instance, in banning the mobile phones (including cordless) use in public urban spaces,

¹²¹ Italian Constitutional Court, judgment No 127/1990, cit., according to which “*il giudice presume, in linea generale, che i limiti massimi di emissione fissati dall'autorità siano rispettosi della tollerabilità per la salute dell'uomo e per l'ambiente. In ipotesi, però, che seri dubbi sorgano, particolarmente in relazione al verificarsi nella zona di manifestazioni morbose attribuibili all'inquinamento atmosferico, egli ben può disporre indagini scientifiche atte a stabilire la compatibilità del limite massimo delle emissioni con la loro tollerabilità, traendone le conseguenze giuridiche del caso*”. The same precautionary rationale can be found in another case decided by the same Court (judgment 19 June 2002, No 282).

¹²² Regional Administrative Court of Veneto, Second Division, Order 29 July 1999, No 927, confirmed in appeal by the Supreme Administrative Court (Council of State, Order 28 September 1999, No 1737). See also Regional Administrative Court of Veneto, Second Division, 13 February 2001, No 236, in *Foro amm.*, 2001, 1259; Council of State, judgment 29 May 2009, No 7023.

¹²³ See A. Longo and F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione*, cit., 24. See also M.G. Stanzione, *Principio di precauzione*, cit., p. 23 ff.

¹²⁴ See A. Longo and F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione*, cit., p. 24.

¹²⁵ See Communication from the Commission on the precautionary principle, cit., point 4, p. 10.

¹²⁶ Council of State, Sixth Division, Order No 2033/2019, cit.

¹²⁷ By analogy to Directives 90/425 and 89/662, drafted in very wide terms, inasmuch as they authorise the Commission to adopt all the “necessary measures” (in relation to the scope of those Directives: ECJ, judgment 5 May 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, cit., par. 33.

¹²⁸ The same obligation bears upon domestic administrations.

in schools, and in all places of high RFR exposures¹²⁹), and, at the same time, undertake a scientific study/investigation by entrusting independent experts¹³⁰.

In this respect, on 17 July 2018 a parliamentary written question on “5G radiation and health risks”¹³¹ by Nicola Caputo (S&D) was addressed to the EU Commission. In particular, Mr Caputo asked the Commission “*whether it intends to set up a European task force of independent and impartial scientists on electromagnetic fields to examine the health risks*”.

In its answer¹³², the European Commission states that “*Under Article 168 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the primary responsibility for protecting the public from potential harmful effects of electromagnetic fields remains with the Member States, including the choice of measures to be adopted based on age and health status*”.

The power to act granted to the Commission does not represent a mere right or faculty¹³³, given that the (competent) public authorities “*are obliged to maintain a high level of protection of human health*”, and the precautionary principle is one of the tools allowing those authorities to comply with that obligation¹³⁴. Such obligation results from, on one side, the political (and legal) responsibility¹³⁵ pursuant to Article 168 of the Treaty and, on the other side, the EU case-law, according to which “[w]here there is uncertainty as to the existence or extent of risks to human health, the institutions may take protective measures without having to wait until the reality and seriousness of those risks become fully apparent”¹³⁶.

¹²⁹ As specifically recommended by the Council of Europe in its 2011 Resolution, cit. 1

¹³⁰ Such an approach is consistent with the indication provided by the European Commission in its Communication on the precautionary principle, cit., point 6.3.1.

¹³¹ Parliamentary question E-003975/2018.

¹³² Answer given by Mr Andriukaitis on behalf of the European Commission on 6 September 2018.

¹³³ However, such provision is generally interpreted as meaning that the EU exercises only actions which support, coordinate or complement Member States’ measures, though the Commission has been granted broad coordination and initiative powers, pursuant to par. 2 of Article 168. See M. Migliazza, *Sub Art. 168*, in *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, directed by F. Pocar, M.C. Baruffi, Assago, 2014, p. 1040.

¹³⁴ ECJ, judgment 11 July 2013, C-601/11 P, *France v. Commission*, par. 139. A general obligation for the EU institutions to act in order to prevent specific potential risks, without reference to the conditions within which such obligation is to be fulfilled, was recognised in *Artegodan*, as stemming from the precautionary principle: Court of first instance, judgment 26 November 2002, Joined Cases T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 and T-141/00, *Artegodan a. O. v. Commission*, par. 184, according to which “*the precautionary principle can be defined as a general principle of Community law requiring the competent authorities to take appropriate measures to prevent specific potential risks to public health, safety and the environment*”.

¹³⁵ See European Commission in its Communication on the precautionary principle, cit., point 5.

¹³⁶ ECJ, judgment 5 May 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, cit., par. 63, as well as par. 61. The same principle was affirmed by the Court also in other judgments: see, among others, 10 April 2014, C-269/13 P, *Acino AG v. Commission*, par. 57; 9 September 2003, C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia and o.*, par. 111, as well as, 26 May 2005, C-132/03, *Codacons and Federconsumatori*, par. 61, and 12 January 2006, C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow*, par. 39.

Recourse to the precautionary principle is relevant only in the event of a “*potential risk*”, that is based on scientific data evaluation “*even if this risk cannot be fully demonstrated or quantified or its effects determined because of the insufficiency or inclusive nature of the scientific data*”¹³⁷.

The power of intervention granted to the Commission is very broad, as indicated in the EU case-law. In the *Pfizer* case, the Court states that “*under the precautionary principle the Community institutions are entitled, in the interests of human health to adopt, on the basis of as yet incomplete scientific knowledge, protective measures which may seriously harm legally protected positions, and they enjoy a broad discretion in that regard*”¹³⁸.

It must be however noted that with regards to the implementation of the digital agenda (and the 5G technology, in particular), the Commission is, *ex facto*, in a paradoxical situation, such to (probably) determine its inertia. In fact, it was the Commission that in 2010 enacted the digital agenda, and it is the same Commission that, pursuant to Article 168 of the Treaty should verify and challenge its work, lacking of the independent scientific studies/investigations required by the principle of precautionary. And therefore: *quis custodiet ipsos custodes?*

A possible legal solution in facing this inertia may consist in bringing, by Member States or EU institutions, an action before the Court of Justice to have the infringement (omission *ex* Article 168, par. 2, TFEU) by the Commission established, and inasmuch as the requirements of such action, as laid down in Article 265 of TFEU, are met¹³⁹.

In this respect, some scholars have pointed out that the judicial control by the Court would in such cases be necessary also (and above all) whether the power to act by the Commission is meant as mere faculty, due to the absence of a political control over discretionary acts¹⁴⁰. The more restrictive position seems more consolidated in the EU case-law¹⁴¹, even if the

¹³⁷ Communication from the Commission on the precautionary principle, cit., point 5.1.

¹³⁸ Court of first instance, judgment 11 September 2002, T-13/99, *Pfizer* par. 170.

¹³⁹ According to Article 265, alinea 1, TFEU, “*Should the European Parliament, the European Council, the Council, the Commission or the European Central Bank, in infringement of the Treaties, fail to act, the Member States and the other institutions of the Union may bring an action before the Court of Justice of the European Union to have the infringement established*”. See M. Dony, *Droit de l’Union européenne*, cit., 297 ff.; P. Kent, *European Union Law*, cit., 54-55.

¹⁴⁰ See A. Tizzano, *Sub Art. 175*, in *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. Commentario*, directed by R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, III, Milano, 1965, 1289 ff., esp. 1296 ff., who, interpreting extensively the action at stake, clarifies that scholars and the EU case-law have not reached unanimity with regards to its interpretation. For a deeper analysis of the debate see M. Dony, *Droit de l’Union européenne*, cit., 299 ff.

¹⁴¹ See Court of first instance, judgment 11 July 2007, T-167/04, *Asklepios Kliniken v. Commission*, par. 80, as well as Court of first instance, judgment 15 September 1998, T-95/96, *Gestevisión Telecinco v. Commission*, par. 71.

Court has clarified that each time the Treaty sets an objective to achieve, even if the Treaty gives a certain margin of discretion to the concerned institution as for the means for attaining it, the Court may declare that such institution has failed to comply with Article 265 if it refrains from taking all necessary measures to achieve it¹⁴².

¹⁴² ECJ, judgment 22 May 1985, 13/83, C-13/83, *Parliament v. Council*.

4. Final remarks.

The advantages offered by the new digital technology come with some challenges, among which the protection of health and environment.

Those challenges have not been properly handled at the European Union and domestic (specifically Italy) levels, and large discrepancies exist among Member States.

The underlying problem, common to all the above-mentioned limits, is based on a balancing of conflicting interests. On one hand, the necessity that all may enjoy technology and the digital society – with the aim of fostering social and territorial cohesions (making the exercise of fundamental rights possible) and thereby overcoming or significantly reducing inequalities – entails the strengthening and further development of multilevel digitalization policies.

On the other hand, the different risks stemming from technology (for instance 5G), that can jeopardize primary goods (like health and environment), require to slow down the development of digitalization policies, at least until those risks can be deemed as acceptable¹⁴³. This is also the recommendation stemming from a recent in-depth analysis prepared on behalf of the European Parliament. The report deems as an essential aim to increase “*long-term R&D efforts on 5G [...] to understand multiple propagation unknowns (e.g. measuring and controlling RF EMF exposure with MIMO at mmWave frequencies)*”¹⁴⁴.

As has been pointed out by the EU Commission, judging what is an “acceptable” level of risk for society is an eminently political responsibility. Decision-makers faced with an unacceptable risk, scientific uncertainty and public concerns have a duty to find answers¹⁴⁵. The duty of information of citizens – bearing upon public administrations – aiming at reducing risks associated to radiofrequency exposures is not sufficient to protect primary goods, like the human health, being public administrations required to prepare and implement action plans effectively suitable to prevent a breach of the right to health¹⁴⁶.

In this regards, the law cannot be limited to merely ratify the scientific knowledge, being

¹⁴³ ECJ, judgment 11 July 2013, C-601/11 P, *France v. Commission*, par. 139.

¹⁴⁴ EU Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies - Directorate-General for Internal Policies, *5G Deployment. State of Play in Europe, USA and Asia*, April 2019, 6. This document was requested by the European Parliament’s Committee on Industry, Research and Energy.

¹⁴⁵ Communication from the Commission on the precautionary principle, COM(2000) 1 final, 2 February 2000, point 5. On the political character of precautionary policies see F. Fonderico, *Tutela dall’inquinamento*, cit., 911.

¹⁴⁶ A. Longo and F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione*, cit., p. 24.

rather called upon its not easy function of critic and of integration of the scientific knowledge in situations where possible causal links between potential factors of damages and injurious effects are not identifiable with specific scientific criteria¹⁴⁷. The proper application of the precautionary principle is the implementation of an interdisciplinary relationship between law, science and economy¹⁴⁸.

For instance, as far as radiofrequency radiation exposures are concerned, the common approach taken by the telecommunication operators in their projects aims at increasing the radiation threshold limits and therefore the installation of new antennas in urban areas, without providing any preliminary study on health risks for humans due to permanent exposures to RFR. And this scenario sees a substantial “inertia” by multilevel legislators and regulators. In this regards, the multilevel digital agenda has not taken into account of (nor promoted) any regular independent scientific evaluation on technological risks for humans and the environment, although deep growing concerns by both the medical and the research scientific Communities have been expressed over time.

Awaiting for a specific and appropriate multilevel legislative/regulatory solution, a crucial role in dealing with the mentioned balancing of interests may be played by the EU Court of Justice and by the EU Commission (as well as by domestic courts and public administrations¹⁴⁹), in the light of the multilevel case-law on protection of human health (at the EU level, especially the *National Farmers Union*, the *Pfizer* and the *Artegodan* cases).

Such case-law allows the adoption of precautionary measures in cases in which health, environment and consumer security risks exist, even if such measures have to comply with the general principle of proportionality. Such a principle the Italian Administrative case-law has recently made substantially reference to, when it requires a balancing of the different and opposite interests at stake¹⁵⁰.

In light of the current scientific uncertainty as regards to the limits beyond which RFR exposures bring about severe damages to human health, it is necessary to set those limits on a precautionary basis, as they mark the measure beyond which the right to health cannot be compressed. However, as clarified by the above-mentioned case-law of the Italian

¹⁴⁷ A. Longo and F. M. Distefano, *Il ruolo del principio di precauzione*, cit., p. 7.

¹⁴⁸ *Op. loc. cit.*

¹⁴⁹ In Italy, the public administration is the target of the precautionary principle: see Council of State, Fifth Division, 8 March 2017, No 1089; Regional Administrative Court of Piemonte, First Division, 22 January 2018, No 99.

¹⁵⁰ Council of State, Sixth Division, Order No 2033/2019, cit., point 5.2.

Constitutional Court, when emissions are below the tolerance threshold, set by the legislator or by the public administration, but afterwards suspects about the dangerousness for human health are identified, judges can ascertain that a breach of the right to health has occurred in as much as scientific studies can “cover” this decision.

Both the EU Court of Justice and the European Commission have the power to carry out the required balancing of interests: the former, within the specific preliminary ruling requested by the Italian Council of State on 27 March 2019 pursuant to Article 267 of TFEU; the latter, on the basis of Article 168 of TFEU¹⁵¹.

In both cases the mentioned balancing of interests should lead to take a more appropriate approach for RFR (and 5G), in light of the above-mentioned case-law.

Abstract: Il lavoro analizza le nuove infrastrutture tecnologiche, come il 5G, necessarie per alimentare la nuova economia digitale basata sull’Internet delle Cose (IoT), con l’obiettivo di fornire una diversa prospettiva allo studio del tema. A tale riguardo, se è innegabile che la globalizzazione e la *information society* hanno un impatto positivo crescente sulla vita delle persone, è altrettanto vero che i vantaggi offerti dalle nuove tecnologie presentano anche molteplici criticità.

Sotto il profilo giuridico e regolatorio, legislatori e regolatori reagiscono lentamente o non reagiscono affatto, determinando così discriminazioni tra i cittadini degli Stati membri dell’Unione o un vuoto normativo, in un settore caratterizzato da un rapido sviluppo. Tali differenze tra Stati membri riguardano beni primari, tra cui la tutela della salute e dell’ambiente.

Il contributo cerca di individuare possibili rimedi all’inerzia del legislatore e regolatore multilivello, in attesa di una disciplina più completa e organica. A tale proposito, lo scritto analizza il rapporto tra intervento legislativo e azione amministrativa, con particolare attenzione dedicata al principio di precauzione.

Il principio di precauzione gioca un ruolo essenziale nell’ambito dell’adozione di provvedimenti amministrativi (specialmente quelli di natura restrittiva) per la tutela della salute e dell’ambiente come beni primari, e rappresenta un criterio per orientare la pubblica amministrazione nell’esercizio del suo potere discrezionale, sulla base dell’art. 1, legge n. 241/90, in settori – tra cui le infrastrutture tecnologiche di quinta generazione o 5G e le radiazioni di radiofrequenza – dove esiste incertezza sul piano scientifico.

¹⁵¹ Domestic courts and public administrations have the same power, which is grounded on different legal sources.

Abstract: The paper aims at analysing the new technological infrastructures, like 5G, necessary to fuel the new digital economy based on the Internet of Things (IoT), with the objective to give a diverse perspective to the study of such topic. In this respect, if it is undeniable that globalization and information society have an increasing positive impact on people life, it is nonetheless true that the advantages offered by such new technology come with some challenges.

Under a legal and regulatory point of view, legislators and regulators are reacting slowly or not reacting at all, thereby determining legislative discriminations among citizens of the EU member States or a regulatory vacuum, in a sector characterised by its fast-moving nature. Those discrepancies among member States concern different primary goods, among which the health and the environment protection.

The paper aims at identifying possible remedies to the inertia of multilevel legislator and regulator, waiting for a more comprehensive and organic regulation. In this regards, the relationship between legislative intervention and administrative action is analysed, focusing specifically on the general principle of precautionary.

The principle of precautionary plays an essential role within the adoption of administrative measures (especially those restrictive) safeguarding health and environment as primary goods, and it represents a criterion to guide the public administration in the exercise of its discretionary power, on the ground of Article 1, Law No 241/90, in sectors – including Radiofrequency radiation and 5G technology – where scientific uncertainty exists.

Parole chiave: radiazioni di radiofrequenza – 5G – tutela della salute – tutela dell’ambiente – omissioni legislative – principio di precauzione.

Key words: radiofrequency radiation – 5G – health protection – environment protection – legislative omissions – principle of precautionary.

LA VALUTAZIONE AMBIENTALE STRATEGICA DEI PIANI URBANISTICI TRA USO ORDINATO DEL TERRITORIO ED EFFICIENZA AMMINISTRATIVA. (NOTA A C. COST., SENT. N. 118/2019)*.

di Luca Longhi**

Sommario. 1. La valutazione ambientale strategica nel riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. – 2. Gli strumenti urbanistici tra efficienza amministrativa e istanze di salvaguardia ambientale. – 3. La tutela dell'ambiente nella prospettiva della teoria giuridica dei beni comuni. – 4. Gli interventi consentiti nei centri storici e il sottile confine tra tutela dell'ambiente e governo del territorio. – 5. A mo' di conclusioni. Sul perenne collegamento di beni e servizi con il soddisfacimento dei diritti.

1. La valutazione ambientale strategica nel riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

La Consulta, con la sentenza n. 118 del 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12-*bis*, comma 4, della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 6 aprile 1998, n. 11 (Normativa urbanistica e di pianificazione territoriale della Valle d'Aosta), inserito dall'art. 3 della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 29 marzo 2018, n. 5 (Disposizioni in materia urbanistica e pianificazione territoriale. Modificazione di leggi regionali), nella parte in cui consente di non sottoporre né a valutazione ambientale strategica (d'ora in avanti, VAS) né alla verifica di assoggettabilità a VAS i piani urbanistici di dettaglio che determinino modifiche non costituenti variante del piano regolatore generale (d'ora in avanti, PRG) vigente; nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, della legge regionale Valle d'Aosta n. 11 del 1998, come sostituito dall'art. 9 della legge regionale Valle d'Aosta n. 5 del 2018.

In particolare, ai sensi dell'art. 12-*bis* cit., «[i] piani urbanistici di dettaglio interessanti aree già sottoposte a VAS in occasione della predisposizione di strumenti urbanistici sovraordinati, qualora non comportino ulteriori varianti al PRG vigente, non sono sottoposti né a VAS né alla verifica di assoggettabilità. Negli altri casi, la VAS e la verifica di assoggettabilità dei piani

* Sottoposto a referaggio.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Univeritas Mercatorum.

urbanistici di dettaglio sono comunque limitate agli aspetti che non siano già stati oggetto di valutazione nelle procedure effettuate sulle varianti al PRG sovraordinate».

Ai sensi del primo comma dell'art. 16 cit. (rubricato «[p]rocedure per la formazione, l'adozione e l'approvazione delle varianti non sostanziali al PRG»), si prevede che «[l]e varianti non sostanziali al PRG non sono sottoposte a verifica di assoggettabilità a VAS».

Dalle disposizioni richiamate, si evince un certo scostamento della normativa regionale dalla disciplina statale, se si considera che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lettera a) del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell'ambiente), «viene effettuata una valutazione per tutti i piani [...] che sono elaborati [...] per i settori [...] della pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli» e ancora che, ai sensi del successivo comma 3, si precisa che per i predetti piani «che determinano l'uso di piccole aree a livello locale e per le modifiche minori dei piani e dei programmi di cui al comma 2, la valutazione ambientale è necessaria qualora l'autorità competente valuti che producano impatti significativi sull'ambiente, secondo le disposizioni di cui all'articolo 12 e tenuto conto del diverso livello di sostenibilità ambientale dell'area oggetto di intervento».

Analogamente, la disciplina regionale di cui al primo comma dell'art. 16 sulle cc.dd. varianti non sostanziali si pone in contrasto con l'art. 6, comma 2, lettera a), e 3, del codice dell'ambiente che prevede l'assoggettabilità a VAS anche per le modifiche minori ai piani.

Pertanto, alla luce del quadro normativo sopra ricostruito, occorre verificare se le disposizioni regionali impugnate violino effettivamente la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema di cui all'art. 117, comma 2, lettera s), Cost., eccedendo le competenze di cui al relativo statuto speciale, adottato con legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4.

In altri termini, si tratta soprattutto di valutare quale sia in concreto l'ambito di applicazione delle categorie delle «varianti non sostanziali» e delle «modifiche non costituenti variante», introdotte dalla normativa regionale impugnata, rispetto alle omologhe nozioni declinate dalla normativa statale interposta (nel caso di specie, contenuta nel codice dell'ambiente) e, conseguentemente, di comprendere se rispettino i livelli di tutela ambientale richiesti dalla norma costituzionale.

Si tratta, cioè, di valutare se dalla normativa regionale impugnata risulti un'idonea copertura a tutte le ipotesi di intervento ipotizzabili o se, invece, residuino «zone d'ombra» potenzialmente sguarnite di un'adeguata tutela giuridica.

2. Gli strumenti urbanistici tra efficienza amministrativa e istanze di salvaguardia ambientale.

Il giudizio da cui trae origine la sentenza in commento aveva ad oggetto anche le questioni – poi dichiarate non fondate – di legittimità costituzionale dell’art. 52, comma 2, lettere a), h), i) e j), della legge regionale Valle d’Aosta n. 11 del 1998, come sostituito dall’art. 17 della legge regionale Valle d’Aosta n. 5 del 2018, promosse dal Presidente del Consiglio dei ministri sempre in relazione all’art. 117, comma 2, lettera s), Cost.

In particolare, le disposizioni impugnate, dirette ad individuare gli interventi consentiti nei centri storici in assenza degli strumenti attuativi del PRG, non troverebbero riscontro nel dettato dell’art. 9 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (c.d. testo unico dell’edilizia), ove si stabilisce in modo puntuale quali interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, oltre che di restauro e di risanamento conservativo e di ristrutturazione edilizia, sono consentiti nei Comuni sprovvisti di strumenti urbanistici nonché nelle aree nelle quali non siano stati approvati gli strumenti urbanistici attuativi previsti dagli strumenti urbanistici generali come presupposto per l’edificazione.

Tale contrasto, nella prospettazione del ricorrente, rischierebbe – alla luce del regime delle competenze legislative di cui all’art. 117 Cost., anche per una Regione ad autonomia speciale, come nel caso di specie – di compromettere un ordinato uso del territorio e di determinare il consumo del suolo nazionale.

La difesa della resistente, di contro, evidenziava la titolarità in capo alla Regione di una potestà legislativa primaria in materia di «urbanistica, piani regolatori per zone di particolare importanza turistica» (art. 2, lettera g), dello statuto speciale) e di «industria alberghiera, turismo e tutela del paesaggio» (art. 2, lettera q), dello statuto speciale), distinta dalla competenza relativa al governo del territorio.

Ad avviso della resistente, peraltro, detti interventi sarebbero da ritenersi limitati e «funzionali alla riqualificazione e rivitalizzazione delle aree territoriali di tipo A, puntualmente perimetrate e strettamente delimitate sul margine dell’edificio storico, quale consolidatosi nel corso del tempo», in perfetta coerenza con le istanze di salvaguardia ambientale e le esigenze di economia

procedimentale connesse con il principio di buon andamento dell'amministrazione *ex art. 97 Cost.*

3. La tutela dell'ambiente nella prospettiva della teoria giuridica dei beni comuni.

La Corte ha ritenuto che gli artt. 12-*bis* e 16 della legge regionale Valle d'Aosta n. 11 del 1998, come modificati dalla legge regionale Valle d'Aosta n. 5 del 2018 – introducendo sostanzialmente nuovi ambiti giuridici sottratti alla VAS rispetto alla legislazione statale (dal momento che le varianti non sostanziali costituiscono pur sempre delle modifiche minori ai piani ai sensi dell'art. 6, commi 2, lettera a), e 3, del codice dell'ambiente) – determinassero comunque una violazione dell'art. 117, comma 2, lettera s), *Cost.*

Ed invero, dalla normativa statale richiamata emerge un regime di sottoposizione a VAS maggiormente restrittivo rispetto alla disciplina regionale, con ipotesi di esclusione condizionate all'esperimento di apposite verifiche dirette a valutare l'impatto del piano sull'ambiente.

Pertanto, la Consulta, in adesione al proprio consolidato orientamento interpretativo, ha avuto modo di confermare l'inerenza delle VAS alla materia «tutela dell'ambiente [...] di competenza esclusiva dello Stato»¹, così come anche alla sfera delle «riforme economico-sociali, sia per il loro contenuto riformatore, sia per la loro attinenza a un bene comune, quale è quello ambientale, di primaria importanza per la vita sociale ed economica»².

In quest'ultimo passaggio si può segnalare un'ulteriore legittimazione della nozione di bene comune (sia pure in funzione meramente descrittiva), che, in attesa di un riconoscimento

¹ Cfr. sentenza n. 58 del 2013.

² Cfr. sentenze n. 198 del 2018; n. 164 del 2009; n. 378 del 2007.

formale da parte del legislatore³, sta ricevendo sempre maggiore attenzione nel dibattito giuridico, grazie soprattutto al decisivo impulso della giurisprudenza⁴.

È evidente, dunque, che, in conseguenza di un tale inquadramento dell'istituto, risulti vincolata la stessa competenza legislativa primaria regionale in tema di «tutela del paesaggio», come prevista dall'art. 2, lettera q), dello statuto speciale, posto che quest'ultima «deve essere esercitata nel rispetto delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica»⁵.

Le recenti modifiche legislative, introdotte con la legge regionale Valle d'Aosta n. 5 del 2018, che avevano dato luogo alla normativa impugnata, avevano traslato la disciplina della VAS dall'ambito strettamente ambientale (la legge regionale Valle d'Aosta 26 maggio 2009, n. 12 – Disposizioni per l'adempimento degli obblighi della Regione autonoma Valle d'Aosta derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Attuazione delle direttive 2001/42/CE, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, e 2001/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati. Disposizioni per l'attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno e modificazioni di leggi regionali in adeguamento ad altri obblighi comunitari. Legge comunitaria 2009) a quello urbanistico (la legge regionale Valle d'Aosta n. 11 del 1998), determinando con ciò un certo snaturamento della materia rispetto alla propria vocazione originaria.

Da tale impostazione discende che il piano urbanistico di dettaglio (PUD), definito dall'art. 48 della legge regionale n. 11 del 1998 come lo «strumento urbanistico attuativo del PRG», laddove non comporti «ulteriori varianti» ma determini «modifiche non costituenti variante» ai sensi dell'art. 14, comma 1, lettera c), della legge regionale n. 11 del 1998, sia automaticamente escluso ai fini della assoggettabilità a VAS.

È il caso, ad esempio, degli «adeguamenti di limitata entità, imposti da esigenze tecniche, della localizzazione delle infrastrutture, degli spazi e delle opere destinate a servizi pubblici o di

³ Sulla teoria giuridica dei beni comuni si vedano i lavori della Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, istituita presso il Ministero della Giustizia, con d.m. 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica del codice civile in materia di beni pubblici. Sul punto, si vedano U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà, *Invertire la rotta: idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna 2007; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari 2013; Id., *Biens communs. Contribution à une théorie juridique*, in *Droit et société*, 1/2018, p. 141 ss.

⁴ Cfr., ad esempio, Cass., Sezioni Unite civili, sentenza n. 3665 del 2011, con nota di S. Lieto, «Beni comuni», *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la nozione di proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2011, p. 331 ss.

⁵ Cfr. punto 2.1. considerato in diritto.

interesse generale» (art. 14, comma 7, lettera b), della legge regionale n. 11 del 1998), così come della «destinazione a specifiche opere pubbliche o servizi pubblici di aree che il PRG vigente destina ad altra categoria di opere o di servizi pubblici» (art. 14, comma 7, lettera h), della legge regionale n. 11 del 1998.

Tali fattispecie rientrano nelle previsioni di cui all'art. 6, commi 2, lettera a), e 3, del codice dell'ambiente, per le quali, invece, la VAS è necessaria, sia pure all'esito dell'apposita verifica di assoggettabilità.

L'esclusione automatica dall'assoggettabilità a VAS introdotta dalla normativa regionale impugnata non consente la verifica caso per caso dell'innocuità di interventi, ancorché di modesta entità (dai quali pure potrebbe scaturire in astratto un significativo impatto sull'ambiente), come reclamato dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁶.

Per le stesse condivisibili ragioni esposte nel paragrafo precedente a proposito della prima disposizione impugnata, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale anche del primo comma dell'art. 16 della legge regionale Valle d'Aosta n. 11 del 1998, come sostituito dall'art. 9 della legge regionale Valle d'Aosta n. 5 del 2018, in tema di non assoggettabilità a VAS delle varianti non sostanziali al PRG.

La disposizione impugnata si pone in contrasto con la disciplina di cui all'art. 6, commi 2, lettera a), e 3, del codice dell'ambiente, da cui risulta l'obbligo della verifica di assoggettabilità per le modifiche minori ai piani (nella cui categoria rientrano, come osservato, le varianti non sostanziali di cui alla normativa regionale), sulla base del criterio della produzione di impatti significativi sull'ambiente.

4. Gli interventi consentiti nei centri storici e il sottile confine tra tutela dell'ambiente e governo del territorio.

La Consulta, infine, ha dichiarato non fondata la questione relativa all'art. 52 della legge regionale Valle d'Aosta n. 11 del 1998, come sostituito dall'art. 17 della legge regionale n. 5 del 2018, avente ad oggetto gli interventi consentiti nei centri storici in assenza degli strumenti attuativi del PRG.

⁶ Cfr. sentenza n. 197 del 2014.

La norma impugnata trova applicazione con riguardo alle zone territoriali di tipo A, ossia nelle «parti del territorio comunale costituite dagli agglomerati che presentano interesse storico, artistico, documentario o ambientale e dai relativi elementi complementari o integrativi» (cfr. art. 22, comma 1, lettera a), della legge regionale n. 11 del 1998), indicando gli interventi consentiti in assenza degli strumenti attuativi del PRG e previo parere delle strutture regionali competenti in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio, nel caso in cui l'immobile sia tutelato ai sensi delle norme statali o regionali.

In particolare, secondo il ricorrente, gli interventi descritti alle lettere a), h), i) e j) del secondo comma dell'art. 52 cit. non troverebbero corrispondenza nell'art. 9 del testo unico dell'edilizia, ponendosi in contrasto con esso, con conseguente violazione dell'art. 117, comma 2, lettera s), Cost.

Con riferimento a tale questione, la Corte ha ritenuto che la normativa impugnata riguardasse precipuamente la materia urbanistica, sulla quale sussiste, come osservato, una competenza primaria regionale, ai sensi dell'art. 2, lettera g), dello statuto speciale.

Nella decisione in commento, peraltro, la Consulta ha escluso che la norma statale interposta (l'art. 9 del testo unico dell'edilizia) fosse conferente rispetto alla relativa questione di legittimità costituzionale, in quanto la materia dell'edilizia è stata tradizionalmente ritenuta distinta dalla materia «tutela dell'ambiente».

L'ambito entro il quale ricondurre la disposizione impugnata è da identificare, piuttosto, con la materia dell'urbanistica, nella quale la Regione, ai sensi del proprio statuto speciale, ha potestà legislativa nel «rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica».

La giurisprudenza costituzionale aveva già avuto modo di individuare nella salvaguardia dell'uso ordinato del territorio⁷ e nella protezione dal rischio del consumo di suolo nell'esercizio di attività di nuova edificazione⁸ le principali finalità presidiate dalla norma statale interposta.

Alla luce di tale impostazione, si deve ritenere che le norme oggetto di impugnativa configurino interventi del tutto limitati, quali, ad esempio, l'«esecuzione di infrastrutture e servizi anche di privati al di sotto del livello naturale del terreno delle aree libere» (cfr. art. 52, comma 2, lettera a), della legge regionale n. 11 del 1998, come novellato dall'art. 17 impugnato).

⁷ Cfr. sentenza n. 68 del 2018.

⁸ Cfr. sentenza n. 245 del 2018.

Si tratta, com'è evidente, di interventi concentrati nel sottosuolo che non comportano un consumo di territorio specifico né aumenti di volumetria, limitati, peraltro, ad infrastrutture e servizi, al di fuori, dunque, da destinazioni d'uso abitativo o tali da comportare attività umane di tipo continuativo.

Analogamente, ai sensi della successiva lettera h), sono consentiti «gli interventi di ampliamento e sopraelevazione degli edifici pubblici, a prescindere dalla classificazione, giustificati dalla necessità di razionalizzare il servizio pubblico presente nell'edificio, o di adeguare l'edificio alla normativa vigente in materia di sicurezza o a norme igienico-sanitarie, previo parere favorevole delle strutture regionali competenti in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio». Anche qui è facile constatare la razionalità del fine perseguito da tali interventi, coerente con una migliore fruizione dei servizi pubblici o con il potenziamento della sicurezza – anche dal punto di vista igienico-sanitario – degli edifici pubblici, peraltro nel quadro di un procedimento che offre comunque sufficienti garanzie (si pensi all'acquisizione del parere delle strutture regionali competenti in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio).

Ancora, ai sensi della lettera i), è consentita «la realizzazione di strutture pertinenziali all'edificio principale, secondo i criteri, le modalità e le caratteristiche tipologiche stabilite dalla Giunta regionale, con propria deliberazione». Proprio il richiamato carattere pertinenziale induce ad escludere che tale tipologia di intervento, per sua stessa natura, possa rivestire una consistenza significativa o avere una destinazione funzionale autonoma.

Infine, ai sensi della lettera j), sono consentiti «interventi sulle aree libere pertinenziali agli edifici esistenti e relativi a: 1) accessi, pavimentazioni e arredi; 2) muri e recinzioni; 3) parcheggi a raso». Per i medesimi motivi osservati a proposito delle altre categorie, tali interventi sono stati qualificati come accessori e di minimo impatto, anche tenuto conto del vincolo pertinenziale che li caratterizza.

É da escludere, pertanto, che detti interventi non rispettino il criterio fondamentale di impedire il consumo di suolo attraverso nuove edificazioni su aree libere, costituendo, piuttosto, delle misure rivolte a favorire la riqualificazione urbana e a migliorarne la dotazione infrastrutturale.

5. A mo' di conclusioni. Sul perenne collegamento di beni e servizi con il soddisfacimento dei diritti.

In conclusione, la sentenza che si annota offre l'occasione di riflettere ancora sui confini tra le materie «tutela dell'ambiente» e «governo del territorio»⁹, oltre che sul delicato equilibrio tra protezione ambientale ed efficienza dei procedimenti in rapporto ai singoli interventi sul territorio.

D'altronde, già nella matrice comunitaria della VAS¹⁰ vi era la vocazione a fungere da luogo di confronto e conciliazione di interessi, pubblici e privati, in coerenza con quella visione collaborativa e consensuale che caratterizza la nostra legislazione amministrativa ormai da diversi anni¹¹.

Occorre considerare, difatti, riprendendo la giurisprudenza richiamata nel paragrafo precedente, che il regime delle competenze definito dall'art. 117 Cost. – con particolare riferimento alla lettera s) del comma 2 – mira ad impedire interventi suscettibili di compromettere l'ordinato uso del territorio e determinare il consumo del suolo nazionale.

Si tratta di fattori che reclamano necessariamente un trattamento unitario, rappresentando, in una certa misura, uno degli elementi costitutivi della stessa sovranità statale (il territorio, appunto)¹²: non è un caso, del resto, che si parli di consumo di suolo *nazionale*.

E non è un caso, neppure, che la Corte, proprio in una materia così rilevante abbia ritenuto di *sdoganare* ulteriormente – al di là, ovviamente, di qualsiasi enfasi retorica e ben lungi dalle posizioni del c.d. “ambientalismo del no”¹³ – la categoria dei beni comuni, quasi a volerne rimarcare la relazione di appartenenza con la sfera dell'interesse generale e della solidarietà sociale (*rectius*, coesione sociale e territoriale), anche in collegamento con i diritti delle generazioni future.

⁹ Sui quali, si veda F. De Santis, *Il governo del territorio nella Costituzione: funzione o materia? Problemi e prospettive di riforma*, in Id. (a cura di), *Il governo del territorio in Toscana*, Milano 2016, p. 15 ss.

¹⁰ Si veda, in particolare, la direttiva n. 2001/42/CE.

¹¹ Così R. Greco, *La valutazione di impatto ambientale e la valutazione ambientale strategica nel nuovo codice degli appalti*, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, IV, p. 19.

¹² Sul punto, si vedano P. Maddalena, *Il consumo di suolo e la mistificazione del ius aedificandi*, in G.F. Cartei e L. De Lucia (a cura di), *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli 2014, p. 107 ss.; C. Iannello, *L'appartenenza collettiva del territorio dello Stato*, in G.F. Cartei e L. De Luca (a cura di), cit., p. 123 ss.; A. Lucarelli, *Osservazioni in tema di impatto ambientale*, in *Rass. dir. civ.*, 2/1989, p. 371 ss.

¹³ R. Greco, cit., p. 19.

Tale categoria – in attesa di una compiuta accettazione nell’ordinamento, con riferimento a ciascuno dei profili che la contraddistinguono (funzione, modalità di godimento, finalità perseguita, meccanismi di tutela giurisdizionale)¹⁴ – non potrà che identificarsi in primo luogo con l’ambiente, vista, ad esempio, la sua stretta inerenza con il diritto alla salute¹⁵ (ambiente *salubre* e ambiente sostenibile¹⁶).

In questa prospettiva, il solco individuato dalla giurisprudenza costituzionale e nel quale si iscrive a pieno titolo anche la decisione in commento potrebbe rivelarsi l’ambito più congeniale per la fondazione della nozione giuridica di bene comune, da collocare nel quadro di un preciso regime di competenze legislative.

Analogamente, per quanto attiene alla terza questione di legittimità costituzionale (sulla quale si veda *supra*, par. 5), si può ritenere che la disciplina ivi stabilita sia coerente con l’assetto delle competenze definito dall’art. 117 Cost., in un’ottica di sussidiarietà, tenuto conto della fondamentale esigenza di razionalizzare i servizi forniti al cittadino, attraverso soprattutto la riqualificazione degli spazi urbani e il potenziamento delle relative dotazioni infrastrutturali.

Tale circostanza evidenzia una volta di più il *fil rouge* che unisce nel mondo del diritto beni (qui pubblici e comuni) e servizi (qui pubblici) (cfr. artt. 2082 e 2195 c.c. e, in via implicita, lo stesso art. 43 Cost.¹⁷), la cui disciplina e la cui gestione devono essere garantite sempre e comunque al livello maggiormente adeguato a soddisfare, in una dimensione di effettività, i diritti ad essi correlati.

¹⁴ Sul punto, si rinvia a L. Muzi, *L’amministrazione condivisa dei beni comuni: il ruolo dei privati nell’ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in F. Di Lascio e F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna 2017, p. 119 ss.

¹⁵ Sul punto, si veda E. Boscolo, *I beni ambientali (demaniali e privati) come beni comuni*, in *Riv. giur. dell’ambiente*, 2017, p. 397 ss.

¹⁶ Sul fondamento giuridico del diritto all’ambiente e sulle sue diverse dimensioni, si rinvia a A. Lucarelli, *Art. 37. Tutela dell’ambiente*, in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna 2001, p. 259.

¹⁷ Sul punto, si vedano le fondamentali riflessioni di V. Spagnuolo Vigorita, *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli 1959, p. 75 ss. Per un inquadramento attuale dell’art. 43 Cost. si veda A. Lucarelli, *art. 43*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006, p. 883 ss.

Abstract: Il presente articolo esamina il rapporto tra uso ordinato del territorio ed efficienza amministrativa a partire dall'analisi di una recente sentenza della Corte costituzionale.

Si avrà altresì modo di riflettere sul collegamento dell'ambiente con la teoria giuridica dei beni comuni.

Abstract: This paper analyses the relationship between ordered use of the territory and administrative efficiency starting from a recent decision of the Italian Constitutional Court.

It will also reflect on the connection of the environment with the legal theory of common goods.

Parole chiave: valutazione ambientale strategica – tutela dell'ambiente – efficienza amministrativa – beni comuni – governo del territorio.

Key words: strategic environmental assessment – environmental protection – administrative efficiency – common goods – government of the territory.

NOTE MINIME ALLA SENTENZA N. 198 DEL 2018 DELLA CORTE COSTITUZIONALE. IL CONFLITTO TRA LO STATO E LE REGIONI SULLA NUOVA DISCIPLINA DELLA VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE*.

di Simone Neri**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La valutazione di impatto ambientale (VIA): cenni sull'intervento normativo del Governo. – 3. Il rapporto tra la VIA e la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" quale materia trasversale in grado di comprimere l'autonomia degli enti territoriali autonomi. – 4. I ricorsi delle Regioni e delle Province autonome e la decisione del Giudice delle leggi. – 4.1. Il possibile contrasto con l'articolo 76 della Costituzione in relazione alla violazione dei tempi di approvazione del decreto legislativo e con riguardo ai profili di eccesso di delega. – 4.2. La violazione del principio della leale collaborazione. – 4.3. Questioni di legittimità costituzionale relative alla distribuzione costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni. – 4.4. (*Segue*) Con particolare riferimento alle Regioni ad autonomia speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 198 del 2018¹, in virtù dei ricorsi promossi da alcune Regioni e dalle due Province autonome di Trento e Bolzano, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale del decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 104, recante la revisione della disciplina di valutazione di impatto ambientale (VIA). La decisione si presenta assai articolata e attiene a numerose questioni di legittimità costituzionale, in quanto la stessa Corte ha ritenuto che «in considerazione della identità, anche solo parziale, delle norme impugnate e delle censure proposte, i giudizi devono essere riuniti per essere trattati congiuntamente e decisi con un'unica pronuncia»².

Nella sentenza in esame il Giudice delle leggi, nel rigettare quasi tutti i motivi di ricorso delle Regioni, ha affermato che la disciplina della VIA, afferente alla «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», quale materia legislativa esclusiva posta in capo allo Stato, contenga al

* Sottoposto a referaggio.

** Dottorando di ricerca in Diritto ed Impresa – LUISS Guido Carli.

¹ Il deposito della sentenza è avvenuto il 14 novembre del 2018 e la stessa è stata pubblicata nella gazzetta ufficiale il 21 novembre del 2018, n. 46

² Cfr. il punto 2 del *Considerato in diritto* della sent. n. 198 del 2018

suo interno disposizioni in grado di intaccare trasversalmente le competenze delle Regioni al fine di offrire su tutto il territorio nazionale una disciplina uniforme. La pronuncia si inserisce nel solco di una lunga e costante giurisprudenza costituzionale tesa a ricondurre la disciplina della valutazione di impatto ambientale nel novero delle competenze esclusive dello Stato. Al tempo stesso, però, in virtù delle doglianze regionali, la Consulta ha anche occasione di affrontare, da un lato, alcuni aspetti riguardanti lo strumento della delega legislativa e, dall'altro, i limiti costituzionali posti alla potestà legislativa delle Regioni speciali.

Per questa ragione nelle prossime pagine si riporterà l'analisi puntuale delle questioni di legittimità costituzionale avanzate dalle Regioni ricorrenti e la decisione della Corte costituzionale chiamata, ancora una volta, a pronunciarsi sul conflitto tra lo Stato e le Regioni in materia ambientale. L'analisi sarà preceduta da un sommario richiamo dell'intervento legislativo statale e accompagnata da una riflessione di carattere generale sul rapporto che sussiste tra la VIA e la materia giuridica "ambiente". All'interno del testo si è volutamente scelto di anticipare la decisione del Giudice delle leggi che, all'interno della sentenza in esame, prima di scrutinare le singole norme impugnate dalle Regioni ricorrenti, ha svolto una preliminare attività esegetica al fine di ricondurre la VIA all'interno della materia legislativa esclusiva statale della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema». Suddetta anticipazione sarà utile per analizzare successivamente, e nel dettaglio, le argomentazioni attraverso le quali la Consulta è giunta a rigettare le singole doglianze delle Regioni ricorrenti.

2. La valutazione di impatto ambientale (VIA): cenni sull'intervento normativo del Governo.

Il decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 104, entrato in vigore il 21 luglio del 2017, ha dato attuazione alla direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014. L'atto normativo dell'Unione europea ha inteso modificare la precedente direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti

pubblici e privati³. Gli articoli 1 e 14 della legge 9 luglio 2015, n. 114 (c.d. legge di delegazione europea 2014), avevano demandato al Governo, ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione, il compito di riscrivere le norme riguardanti la valutazione di impatto ambientale (VIA) alla luce del nuovo atto normativo adottato in sede sovranazionale.

Nello specifico, ai sensi dell'articolo 14 della citata l. n. 114 del 2015, il Governo, nel riordino della disciplina inerente alla VIA, era tenuto a seguire i seguenti principi e criteri direttivi:

- a) la semplificazione, l'armonizzazione e la razionalizzazione delle procedure di valutazione di impatto ambientale anche in relazione al coordinamento e all'integrazione con altre procedure volte al rilascio di pareri e autorizzazioni a carattere ambientale;
 - b) il rafforzamento della qualità della procedura di valutazione di impatto ambientale, sulla base dei principi della regolamentazione intelligente (*smart regulation*);
 - c) la revisione e la razionalizzazione del sistema sanzionatorio, al fine di definire sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive e di consentire una maggiore efficacia nella prevenzione delle violazioni;
 - d) la destinazione dei proventi derivanti dalle sanzioni amministrative per le finalità connesse al potenziamento delle attività di vigilanza, la prevenzione e il monitoraggio ambientale, alla verifica del rispetto delle condizioni previste nel procedimento di valutazione ambientale, nonché alla protezione sanitaria della popolazione in caso di incidenti o calamità naturali, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.
- Sulla base di quanto stabilito dal legislatore delegante, la delega è stata così esercitata dal decreto legislativo n. 104 del 2017, approvato dal Consiglio dei ministri il 9 giugno 2017, con l'obiettivo di novellare principalmente le disposizioni riguardanti la valutazione di impatto ambientale contenute nel decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. TUA), sostituendo altresì il comma 4 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (legge sul procedimento amministrativo).

In questo quadro, come si evince dalla relazione illustrativa di accompagnamento allo schema di decreto legislativo trasmesso alle Camere, il decreto delegato è finalizzato a rendere omogenea su tutto il territorio nazionale l'applicazione delle nuove regole

³ Nella G.U. del 6 luglio 2017 n. 156 è stato pubblicato il decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 104 recante «Attuazione della direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati».

valutative, superando così la pregressa situazione di frammentazione della regolamentazione, dovuta alle diversificate discipline regionali, che in più occasioni ha generato una significativa dilatazione dei tempi procedurali. L'obiettivo perseguito con l'intervento governativo è stato, dunque, quello di rivedere le norme sulla VIA alla luce di una sua drastica semplificazione procedimentale anche attraverso l'assorbimento di una serie di altri e paralleli procedimenti autorizzativi.

Per quanto concerne più da vicino il rapporto tra lo Stato e le Regioni l'atto normativo, per un verso, rimodula le competenze normative delle Regioni e, dall'altro, razionalizza il riparto delle competenze amministrative, attraendo a livello statale una serie di opere e progetti considerati di interesse nazionale. Se prima sussisteva una potestà, per gli enti autonomi dotati di poteri legislativi, di disciplinare il procedimento di VIA (ex art. 7, comma 7, lettera e), del d.lgs. n. 152 del 2006, nel testo precedente alla modifica in esame), l'intervento normativo intrapreso con la direttiva 2014/52/UE ha previsto misure dettagliate non suscettibili di una rivisitazione in ambito nazionale. Tale misura "omogeneizzante" promossa in sede sovranazionale si è, quindi, riversata a cascata su tutti gli altri livelli di governo⁴.

Ridefinita la disciplina in oggetto, il decreto legislativo è stato successivamente impugnato, ai sensi dell'articolo 127 della Costituzione, da alcune Regioni e dalle due Province autonome di Trento e di Bolzano⁵.

3. Il rapporto tra la VIA e la «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» quale materia trasversale in grado di comprimere l'autonomia degli enti territoriali autonomi.

Prima di svolgere lo scrutinio di costituzionalità sulle norme impuginate, la Corte

⁴ Sul punto cfr. *amplius* M. Cecchetti, *La riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale tra d.lgs. n. 104 del 2017 e Corte costituzionale n. 198 del 2018*, in *Federalismi.it*, 1/2019; A. Scialò, *La Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) dopo il d.lgs. 104/2017*, Rimini, 2017; A. Muratori, *Al traguardo le riforma della disciplina sulla VIA: l'"arte" del taglia/copia/incolla*, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, p. 487 e ss.; V. Cavanna, *La nuova direttiva sulla VIA: prima lettura*, in *ambiente e sviluppo*, 2015, p. 96 e ss. e R. Dipace, A. Rallo e A. Scongiamiglio (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi: la nuova disciplina della valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 2018.

⁵ Le Regioni ad aver impugnato il decreto legislativo n. 104 del 2017 dinanzi la Corte costituzionale sono le seguenti: Abruzzo, Calabria, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Piemonte, Puglia, Sardegna e la Valle d'Aosta e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

costituzionale compie una preliminare attività esegetica relativa al rapporto che sussiste tra la procedura di VIA e la materia giuridica ambiente e su come la prima si inserisca, anche sulla scorta dell'ampia giurisprudenza precedente, all'interno del riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni, sia ordinarie che speciali.

Si ricordi che, a differenza di altri ordinamenti, all'interno della nostra Costituzione non si rinvencono disposizioni specifiche riguardanti la protezione dell'ambiente: solo con la legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3, che tra le varie misure ha riconfigurato la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, la locuzione «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» ha fatto il suo ingresso all'interno della Carta costituzionale, assegnando siffatta competenza alla legislazione esclusiva dello Stato. La rilevanza giuridica del tema ambientale, negli scritti della dottrina e nelle pronunce dei giudici, è emersa dal rapporto e dal confronto con altri interessi, questi ultimi invece già costituzionalmente garantiti. Così, infatti, le prime forme di tutela ambientale a livello comunitario e nazionale sono scaturite dalla valorizzazione di altri diritti quali la tutela del paesaggio (articolo 9) e la tutela della salute (articolo 32); proprio in riferimento a quest'ultima numerose pronunce hanno tentato di configurare gli interessi squisitamente ambientali come una componente della tutela della salute⁶.

Il lungo dialogo tra le corti europee e nazionali, e una timida apertura della legislazione, sui temi di interesse ambientale, hanno portato questi ultimi ad essere configurati come autonomi sul piano della rilevanza giuridica. Emblematica sul punto è la sentenza n. 210 del 1987 del Giudice delle leggi mediante cui il diritto dell'ambiente viene qualificato quale diritto della persona e interesse della collettività. Non è un caso che proprio tale pronuncia scaturisca dal recepimento della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, n. 337, all'interno della quale era contenuto il *prototipo* della VIA⁷. La valutazione di impatto ambientale si

⁶ Sul punto v. G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, pp. 11-29 e B. Caravita e A. Morrone, *Ambiente e Costituzione*, in AA. VV., *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, pp. 17-38.

⁷ «Va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. Ne deriva la repressione del danno ambientale cioè del pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e

qualifica, infatti, quale strumento amministrativo atto alla protezione del bene giuridico *ambiente* e mira a far sì che un'opera o infrastruttura possa essere definita *accettabile* quando la sua realizzazione risulti, da un punto di vista economico e prettamente ambientale, rispettosa degli standard normativamente previsti attraverso la minimizzazione degli impatti biologici e la massimizzazione della utilità economica del progetto stesso. In buona sostanza lo strumento amministrativo della VIA consiste nel fornire al decisore pubblico un valido strumento attraverso il quale poter valutare se determinate opere o progetti siano *rispettosi* dell'ambiente e non alterino l'equilibrio ecosistemico in presenza di determinate attività antropiche. Per usare le parole della Corte costituzionale, tale istituto «ha giuridicamente una struttura anfibia: per un verso conserva una dimensione partecipativa e informativa, volta a far emergere nel procedimento amministrativo i diversi settori sottesi alla realizzazione di un'opera ad impatto ambientale; per altro possiede una funzione autorizzatoria rispetto al singolo procedimento esaminato»⁸. La valutazione di impatto ambientale rappresenta, in sintesi, un mezzo attraverso il quale si intende garantire una tutela, sul piano amministrativo, del bene giuridico *ambiente*.

Proprio la giurisprudenza costituzionale riferibile alla valutazione di impatto ambientale è stata costante nel far rientrare tale materia nella competenza esclusiva dello Stato (ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione) in quanto l'obbligo di sottoporre determinati progetti alla procedura di VIA rientra a pieno titolo nella materia «tutela dell'ambiente», tesa altresì a garantire una disciplina uniforme ed omogenea sull'intero territorio nazionale nonostante vi siano, in tali procedimenti, possibili interconnessioni con le competenze delle Regioni⁹. La VIA per il Giudice delle leggi è lo

garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione». Così recita il punto 4.5. del *Considerato in diritto* della sentenza n. 210 del 1987.

⁸ Così il punto 5.2 del *Considerato in diritto* della sentenza in esame.

⁹ Sul punto la Corte richiama le sent. nn. 232 del 2017, 215 del 2015, 234 e 225 del 2009. In relazione alla materia giuridica ambiente e la giurisprudenza costituzionale v. su tutti R. Bifulco, *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117.2.s) e valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali (art. 117.3)*, in , *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, a cura di R. Bifulco e A. Celotto, Napoli, 2015, p. 225 e ss. Nello specifico proprio la sent. n. 232 del 2017, al punto 2.2. del *Considerato in diritto*, aveva recentemente enunciato che: «[...] Questa Corte già in altre occasioni ha affermato che "l'obbligo di sottoporre il progetto alla procedura di VIA o, nei casi previsti, alla preliminare verifica di assoggettabilità a VIA, rientra nella materia della tutela ambientale" (sentenza n. 215 del 2015; nello stesso senso, ex plurimis, sentenze n. 234 e n. 225 del 2009). E ha precisato che esso rappresenta "nella disciplina statale, anche in attuazione degli obblighi comunitari, un livello di protezione uniforme che si impone sull'intero territorio nazionale, pur nella concorrenza di altre materie di competenza regionale (tra le altre, sentenze n. 120 del 2010, n. 249 del 2009 e n. 62 del 2008), comprese la "produzione", il "trasporto" e la "distribuzione nazionale dell'energia" (sentenza n. 88 del 2009)" (sentenza n. 215 del 2015)».

strumento attraverso il quale viene garantita una tutela «unitaria e non frazionata del bene ambiente»¹⁰. La stessa Corte, nel corso della sua lunga giurisprudenza, ha più volte chiarito come la tutela giuridica del bene ambiente non sia configurabile «come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze»¹¹. Per tale ragione la materia ambientale viene a configurarsi come un bene costituzionalmente protetto che trasversalmente può incidere anche sulle competenze delle Regioni ma in ogni caso, ai fini di una sua tutela piena ed omogenea, è allo Stato che spetta un intervento sull'intero territorio¹². La trasversalità della materia implica una compressione dell'autonomia delle Regioni e delle Province autonome nelle loro rispettive competenze costituzionalmente garantite, fermo restando il fatto che a queste ultime sia in ogni caso assicurata la possibilità di porre in essere una attività normativa tesa ad assicurare una più elevata tutela dell'ambiente nell'esercizio delle competenze costituzionalmente previste in capo ad esse e che concorrano con quelle ambientali¹³. È la stessa Corte, quindi, a precisare che «la trasversalità della tutela ambientale implica una connaturale intersezione delle competenze regionali, attraversate, per così dire, dalle finalità di salvaguardia insite nella materia-obiettivo»¹⁴.

Sulla scorta di tale argomentazione, la Corte passa ad analizzare il rapporto che intercorre tra la materia giuridica ambiente, quale competenza esclusiva dello Stato, e le competenze delle Regioni ad autonomia speciale. I giudici della Consulta, nella premessa delle considerazioni in diritto della pronuncia in esame, ammettono che l'intervento del legislatore statale intacchi numerose competenze delle autonomie speciali ma, allo stesso tempo, affermano che tali misure siano funzionalizzate ad offrire quella efficace e non frazionabile tutela necessariamente richiesta dal legislatore europeo.

Su tale specifico aspetto la giurisprudenza della Corte costituzionale, a più riprese, ha affermato che l'esercizio della competenza esclusiva deve relazionarsi con la

¹⁰ Cfr. il punto 6.1. del *Considerato in diritto* della sent. n. 198 del 2018.

¹¹ Così la sent. n. 407 del 2002.

¹² Vengono richiamate le sent. nn. 407 del 2002, 66 del 2018, 218 e 212 del 2017, 210 del 2016.

¹³ Sul punto si vd. il richiamo alla sentenza n. 199 del 2014. Cfr. M. Cecchetti, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, n. 7/2009.

¹⁴ Così sempre il punto 6.1. del *Considerato in diritto* della sent. n. 198 del 2018. Sull'argomento si v. G. Vosa, *La tutela dell'ambiente "bene materiale complesso unitario" fra Stato e autonomie territoriali: appunti per una riflessione*, in *Federalismi.it*, n. 19/2017.

differenziazione propria delle Regioni speciali. In questo quadro la trasversalità della materia, con specifico riferimento alla specialità regionale, può inverarsi solo laddove non vi siano competenze legislative riconosciute dalle norme statutarie. Nel caso di una loro presenza lo scrutinio di legittimità costituzionale dovrà puntualmente verificare se l'ingerenza statale possa essere giustificata, a questo punto, in virtù dei limiti statutari delle regioni differenziate¹⁵.

Proprio con riguardo alle Regioni speciali la Corte, per legittimare l'intervento governativo, fa leva su due e ben specifici punti. Il primo attiene al rispetto degli obblighi internazionali gravanti sullo Stato-persona. Il secondo è relativo alle norme statali di riforma economico-sociale quali limiti invalicabili per le competenze delle autonome differenziate¹⁶. Sono in particolare queste ultime, le norme fondamentali di riforma economico-sociale, ad imporre alle Regioni speciali il rispetto delle norme statali aventi carattere generale e che rientrano a pieno titolo nella competenza legislativa piena o primaria, come nel caso della «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s) della Costituzione.

In estrema sintesi, quindi, la valutazione di impatto ambientale, direttamente afferente alla tutela ambientale, per lo scopo e le finalità che si prefigge, è qualificabile come norma avente il carattere di norma fondamentale di riforma economico-sociale, in quanto contiene disposizioni di rilevante importanza e che necessitano di una disciplina uniforme¹⁷.

¹⁵ Sul punto da ultimo si veda la sentenza n. 212 del 2017.

¹⁶ Tutti gli statuti delle Regioni speciali e delle Province autonome che hanno impugnato il decreto annoverano, tra i limiti alle competenze statutariamente previste, le norme statali di riforma economico-sociale e gli obblighi internazionali. Per una rassegna si rimanda proprio al punto 6.2.1. del *Considerato in diritto* della sentenza qui commentata nella misura in cui si specifica che: «Non può escludersi che, nel caso di specie, vista la molteplicità di ambiti materiali toccati dall'intervento statale, comunque funzionalizzato, nel suo insieme, ad offrire una efficace, territorialmente non frazionabile, tutela ambientale, possano venire in rilievo alcune delle competenze disciplinate dagli statuti speciali. Ciò nonostante, va rilevato che tutti gli statuti speciali delle ricorrenti annoverano, tra i limiti alle competenze statutariamente previste, le norme statali di riforma economico-sociale e gli obblighi internazionali».

¹⁷ La sentenza n. 229 del 2017, successiva alla n. 212 dello stesso anno e precedentemente citata, ha con più vigore riaffermato al punto 2.2. del *considerato in diritto* che: «È noto che, proprio in applicazione del limite delle "norme fondamentali delle grandi riforme economico-sociali", questa Corte ha più volte preteso dalle regioni speciali (e dalle due province autonome) il rispetto di prescrizioni legislative statali di carattere generale incidenti su materie assoggettate dagli statuti al regime della competenza legislativa piena o primaria. In particolare, è stato affermato che il legislatore statale conserva "il potere di vincolare la potestà legislativa primaria della regione speciale attraverso l'emanazione di leggi qualificabili come "riforme economico-sociali": e ciò anche sulla base [...] del titolo di competenza legislativa nella materia "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, comprensiva tanto della tutela del paesaggio quanto della tutela dei beni ambientali o culturali; con la conseguenza che le norme fondamentali contenute negli atti legislativi statali emanati in tale materia potranno continuare ad imporsi al necessario rispetto" degli enti ad autonomia differenziata nell'esercizio

4. I ricorsi delle Regioni e delle Province autonome e la decisione del giudice delle leggi.

Con i ricorsi in via principale, notificati nell'arco di tempo tra il 30 agosto e l'11 settembre del 2017, le Regioni a statuto ordinario Lombardia, Puglia, Abruzzo, Veneto e Calabria, le Regioni a statuto speciale Valle d'Aosta, Friuli-Venezia Giulia e Sardegna, e le due Province autonome di Trento e Bolzano, hanno promosso, in riferimento a diversi parametri costituzionali e statutari, questioni di legittimità costituzionale avverso l'intero decreto legislativo n. 104 del 2017 e di sue singole disposizioni. Le doglianze delle Regioni ricorrenti traevano origine dal rilievo che le modifiche operate al TUA, in relazione alla nuova disciplina di VIA, avevano comportato un riassetto, nel segno di una ingiustificata e illegittima centralizzazione, delle competenze sia amministrative che legislative dallo Stato alle Regioni.

Per semplicità espositiva di seguito si riporteranno sommariamente le motivazioni che hanno condotto le Regioni interessate a promuovere questione di legittimità costituzionale. La seguente classificazione sarà altresì utile a ripercorrere lo schema argomentativo seguito in questa sede dal Giudice delle leggi.

Da una lettura dei ricorsi delle Regioni i punti di criticità costituzionale segnalati dalle stesse dinanzi alla Corte possono essere suddivisi in tre principali questioni: la violazione procedimentale nell'approvazione del decreto legislativo e il suo conseguente contrasto con l'articolo 76 per eccesso di delega e per violazione del termine di approvazione; la violazione del principio di leale collaborazione; l'incostituzionalità di singole disposizioni del decreto per la violazione delle competenze, normative ed amministrative, costituzionalmente previste.

Prima di entrare nel merito delle questioni sembra opportuno soffermarsi su alcuni aspetti procedurali del giudizio in esame. Gli aspetti che non possono non balzare agli occhi di un attento lettore sono sostanzialmente due: la presenza di ben due giudici relatori nonché redattori e i tempi attraverso i quali si è giunti alla decisione. In merito al primo punto

delle proprie competenze (sentenza n. 51 del 2006; nello stesso senso, sentenze n. 212 del 2017, n. 233 del 2010, n. 164 del 2009, n. 536 del 2002)».

risulta piuttosto insolito riscontrare due giudici relatori e due giudici redattori per la medesima pronuncia. Una indagine statistica, relativa al numero di sentenze all'interno delle quali si riscontra la presenza di più di un relatore e di un redattore, in questa sede non sembra opportuna, ma raramente si è in presenza di un numero maggiore di un'unità impiegata sia nella redazione che nella relazione all'interno della Corte¹⁸. In ogni caso le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale del 7 ottobre 2008 (Gazzetta Ufficiale 7 novembre 2008, n. 261) all'articolo 7 prevedono che sia il Presidente della Corte a nominare, uno o più giudici, per l'istruzione e la relazione dalla causa. Sempre le nuove norme integrative appena citate, all'articolo 17, comma 4, stabiliscono, una volta avvenuta la fase deliberativa, che «dopo la votazione, la redazione delle sentenze e delle ordinanze è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal Presidente ad altro o a più giudici»¹⁹. La disposizione parla di relatore, al singolare, ma sembra facilmente deducibile che sul punto si intenda operare un pieno rinvio proprio all'articolo 7 e, quindi, in caso di più relatori la successiva redazione della sentenza sia affidata agli stessi soggetti che hanno svolto la prima fase procedimentale. La presenza di due giudici relatori e redattori è forse facilmente spiegabile dal numero delle Regioni ricorrenti e dalle diverse e molteplici impugnazioni che sono state effettuate sul decreto legislativo in questione. Nonostante, però, la molteplicità dei ricorsi e delle norme oggetto di censura un dato stride rispetto a quanto appena affermato ed è direttamente collegabile al secondo punto: i tempi della decisione. I ricorsi delle Regioni sono intervenuti tra il mese di agosto e quello di settembre del 2017. La Corte a quasi un anno di distanza, il 19 giugno del 2018, ha svolto l'udienza pubblica sul caso in esame e contestualmente in quella sede è intervenuta la decisione. Il deposito della sentenza è avvenuto però solo il 14 novembre 2018. Sempre secondo le norme integrative, l'articolo 16, dispone che durante l'udienza pubblica il giudice relatore espone in modo sintetico le questioni della causa e dopo la relazione, i difensori delle parti svolgono in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni. L'articolo 17, comma 5, invece, fa coincidere la data della decisione con quella dell'approvazione; momento, quest'ultimo, in cui i singoli giudici votano sulla questione

¹⁸ La nomina di due relatori è evenienza non frequente e riservata a ipotesi di particolare rilevanza. Sul punto cfr. da ultimo l'ordinanza n. 112 del 2016 (Pres. Grossi, Red. Lattanzi e Cartabia) e la sentenza n. 1 del 2013 (Pres. Quaranta, Red. Silvestri e Frigo).

¹⁹ Come la prassi ha dimostrato, prima delle modifiche delle norme integrative citate, il giudice relatore spesso coincideva con il giudice redattore. Sul punto v. E. Malfatti, S. Panizza e R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, p. 71 e ss.

oggetto di discussione. Nonostante, quindi, la *complessità* della causa in oggetto, che forse spiega la ricchezza argomentativa contenuta nella sentenza e il numero di relatori e di redattori, la decisione è comunque intervenuta lo stesso giorno in cui si è svolta la pubblica udienza. Restano, infine, delle perplessità circa il deposito della sentenza, intercorso dopo circa cinque mesi dalla decisione.

4.1. Il possibile contrasto con l'articolo 76 della Costituzione in relazione alla violazione dei tempi di approvazione del decreto legislativo e con riguardo ai profili di eccesso di delega.

Le Regioni in prima battuta hanno impugnato il decreto legislativo per la violazione dell'articolo 76 della Costituzione²⁰. Nello specifico, la Regione Puglia e le due Province autonome di Trento e Bolzano hanno preliminarmente eccepito che il decreto legislativo in esame sia stato adottato in violazione dell'articolo 76 della Costituzione per il mancato rispetto dei termini previsti dalla legge delega che si configura quale norma interposta. Tale considerazione, a detta delle ricorrenti, si basa sull'assunto che l'articolo 1, comma 2, della legge n. 114 del 2015 (legge di delegazione europea del 2014) ha individuato il termine per l'esercizio della delega mediante un rinvio all'articolo 31, comma 1, della legge n. 234 del 2012²¹. L'articolo 31 della citata legge, al momento dell'entrata in vigore della legge delega, prevedeva che i decreti legislativi per l'attuazione delle direttive europee dovessero essere adottati entro i due mesi antecedenti il termine di recepimento di ogni direttiva da attuare. Secondo quanto stabilito dall'articolo 31, comma 1, quindi, la direttiva

²⁰ In relazione all'istituto della delega legislativa la letteratura è assai ampia. Si segnalano sul punto i contributi di I. Del Vecchio, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, in *Federalismi.it*, 19 ottobre 2015; P. Ilari, *Brevi riflessioni in tema di delega legislativa: il superamento del modello costituzionale*, in *Studi Urbinati* 56(1), 2005, 75-122; F. Modugno, *La delega legislativa nell'esperienza delle due ultime legislature*, in *federalismi.it*, 19 ottobre 2015; S. Ceccanti, *Decreti-legge e decreti legislativi in Italia*, in *forum di quaderni costituzionali*, 29 aprile 2014; A. Celotto e E. Frontoni, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir. (Aggiornamento)*, VI, Milano 2002; E. Frontoni, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale tra vecchie questioni e nuovi profili problematici*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Università degli Studi Milano-Bicocca*, 10-11 giugno 2011, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzarella, Torino, 2011; A. Cervati, *Legge di delegazione e legge delegate*, in *Enc. Dir. XXIII*, Milano, 1973; R. Zaccaria e E. Albanesi, *La delega legislativa fra teoria e prassi*, In *La delega legislativa: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta*, 24 ottobre 2008;

²¹ «I termini per l'esercizio delle deleghe di cui al comma 1 sono individuati ai sensi dell'articolo 31, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234».

2014/52/UE, che fissava il termine del recepimento al 16 maggio 2017, andava approvata entro il 16 marzo 2017²². La legge n. 115 del 2015 (legge europea del 2014) ha però modificato tale disposizione di rinvio statuendo, infatti, che i decreti legislativi di attuazione delle direttive devono essere adottati entro quattro, e non più due, mesi antecedenti il termine di recepimento previsto da ogni singola direttiva²³. Secondo le Regioni e le Province autonome il rinvio operato dalla legge di delegazione del 2014 andrebbe inteso come mobile, e non già come fisso, ossia come rinvio alla fonte e comprensivo di tutte le eventuali e successive modifiche che sarebbero intercorse. Per le ricorrenti, quindi, il Governo era tenuto al rispetto di questo nuovo e diverso termine e perciò avrebbe dovuto adottare il decreto legislativo entro il 16 gennaio del 2017. La tardività del decreto, emanato il 16 giugno del 2017, si porrebbe in contrasto con l'articolo 76 della Costituzione per la violazione del termine contenuto nella legge delega²⁴.

Ad avvalorare la tesi sul rinvio mobile interviene un'altra argomentazione. La Provincia autonoma di Trento afferma, infatti, che anche qualora si volesse intendere come recettizio proprio e solo il rinvio ai termini individuati ai sensi dell'art. 31, comma 1, il termine per l'esercizio della delega sarebbe comunque scaduto il 16 marzo 2017, in quanto il rinvio adoperato dalla legge di delegazione europea del 2014 fa solo riferimento al comma 1, dell'articolo 31 della legge n. 234 del 2012 e non già anche al comma 3²⁵. L'articolo 31, comma 3, della legge n. 234 del 2012 prevede, infatti, che, dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti dalla legge, lo schema di decreto legislativo sia inviato alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica per il parere delle competenti Commissioni parlamentari. Decorsi quaranta giorni dalla data di trasmissione, i decreti sono emanati

²² L'articolo 31, comma 1, della legge 234 del 2012 prevedeva, infatti, che «in relazione alle deleghe legislative conferite con la legge di delegazione europea per il recepimento delle direttive, il Governo adotta i decreti legislativi entro il termine di due mesi antecedenti a quello di recepimento indicato in ciascuna delle direttive; per le direttive il cui termine così determinato sia già scaduto alla data di entrata in vigore della legge di delegazione europea, ovvero scada nei tre mesi successivi, il Governo adotta i decreti legislativi di recepimento entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della medesima legge; per le direttive che non prevedono un termine di recepimento, il Governo adotta i relativi decreti legislativi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di delegazione europea».

²³ Sul punto si v. l'articolo 29 della legge 29 luglio 2015, n. 115.

²⁴ L'art. 2 della direttiva 2014/52/UE fissa il termine per il proprio recepimento al 16 maggio 2017. La delega è, a detta delle ricorrenti, scaduta quattro mesi prima di tale data e dunque il 16 gennaio 2017. Nei ricorsi presentati, richiamando la giurisprudenza costituzionale, il rinvio si presume sempre formale e mobile mentre «il rinvio recettizio è ravvisabile solo se la volontà del legislatore di recepire mediante rinvio sia espressa oppure sia desumibile da elementi univoci e concludenti». Così la sentenza n. 258 del 2014 richiamata al punto 8 del *Considerato in diritto*.

²⁵ Ai sensi dell'articolo 1, comma 1 della l. n. 114 del 2015 «I termini per l'esercizio delle deleghe di cui al comma 1 sono individuati ai sensi dell'articolo 31, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234».

anche in mancanza del parere. Qualora, però, il termine per rendere il parere ad opera delle Commissioni parlamentari cada entro i trenta giorni antecedenti alla scadenza dei termini previsti dalla legge delega, tale scadenza è prorogata di ulteriori tre mesi. Proprio il 16 marzo il Governo ha trasmesso alle Camere lo schema di decreto legislativo per l'espressione dei pareri degli organi parlamentari competenti così come previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge delega in esame²⁶. Sulla base di quanto detto, per il Governo si sarebbe determinata la condizione prevista proprio dal citato articolo 31, comma 3, della l. n. 234 del 2012, facendo così slittare i termini per l'esercizio della delega dal 16 marzo 2017 al 16 giugno 2017.

A detta della Provincia autonoma di Trento sarebbe però da escludere che il rinvio possa operare anche per l'articolo 31, comma 3. La pretesa del Governo di poter sfruttare la proroga prevista dall'articolo 31, comma 3, dimostra come sia stato lo stesso Consiglio dei ministri ad aver interpretato, in questa occasione, il rinvio come mobile.

È sempre nel ricorso sostenuto dalla Provincia autonoma di Trento che si profila l'illegittimità del decreto legislativo n. 104 del 2017 anche per il mancato rispetto delle procedure di approvazione previste dall'articolo 1, commi 1 e 3 della legge di delega e dall'articolo 31, comma 3 della legge 234 del 2012. A detta della ricorrente, infatti, il Governo, nel trasmettere lo schema di decreto legislativo il 16 marzo sia alle Commissioni parlamentari e sia, lo stesso giorno, alla Conferenza Stato-Regioni, (al solo fine di far scattare il meccanismo di rinvio previsto dall'articolo 31, comma 3, della l. n. 234 del 2012) ha violato la legge delega nella misura in cui all'articolo 1, comma 3, della legge n. 114 del 2015 si prevede che gli schemi dei decreti legislativi, recanti attuazioni delle direttive europee «sono trasmessi, dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti dalla legge, alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica affinché su di essi sia espresso il parere dei competenti organi parlamentari»²⁷.

Il Governo, quindi, prima della trasmissione dello schema di decreto alle Commissioni

²⁶ Il comma 3, dell'articolo 31, della l. n. 234 del 2012, stabilisce che: «La legge di delegazione europea indica le direttive in relazione alle quali sugli schemi dei decreti legislativi di recepimento è acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. In tal caso gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi, dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti dalla legge, alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica affinché su di essi sia espresso il parere delle competenti Commissioni parlamentari. Decorso quaranta giorni dalla data di trasmissione, i decreti sono emanati anche in mancanza del parere. Qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare di cui al presente comma ovvero i diversi termini previsti dai commi 4 e 9 scadano nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini di delega previsti ai commi 1 o 5 o successivamente, questi ultimi sono prorogati di tre mesi».

²⁷ Anche l'art. 31, comma 3, della l. n. 234 del 2012 contiene al suo interno una disposizione analoga.

parlamentari, avrebbe dovuto attendere il parere della Conferenza permanente previsto come obbligatorio dall'articolo 2, comma 3, del decreto legislativo n. 281 del 1997. L'inversione, o meglio il non pieno rispetto della prescrizione legislativa sul punto, si qualificherebbe come violazione della legge delega e dunque contrastante sia con l'articolo 76 della Costituzione sia con il principio di leale collaborazione di cui all'articolo 120.

Nell'analizzare le questioni di legittimità costituzionale del decreto in relazione alla violazione dei termini dello stesso, nonché con riguardo alla violazione delle norme procedurali contenute nella legge delega, la Corte compie un passaggio importante in relazione alla questione se e in che misura le Regioni possano invocare quale parametro di costituzionalità norme che non ricadano direttamente sulla loro sfera di attribuzione componenziale. Si ribadisce in questa sede la possibilità, per le Regioni e le Province autonome, di invocare la violazione di parametri altri nella misura in cui l'intervento normativo nel suo complesso sia riduttivo delle competenze e delle prerogative degli enti autonomi dotati di poteri legislativi. Viene in questo contesto richiamata la sentenza n. 291 del 2013 che, nel considerato in diritto al punto 11, afferma l'ammissibilità di «questioni di carattere generale sollevate con riferimento all'art. 76 della Costituzione, e che investono i presupposti stessi della decretazione delegata», stante la diretta incidenza delle norme impugnate sull'autonomia costituzionalmente riconosciuta alle Regioni, «sicché è palese, oltre che congruamente motivata, la ridondanza delle violazioni prospettate sulla sfera di competenza propria del sistema regionale»²⁸.

Circa i possibili vizi di legittimità costituzionale che colpiscono l'intero decreto legislativo, per violazione del termine di esercizio della delega e per violazione e per abuso del procedimento di delegazione, per la Corte costituzionale le questioni non sono fondate. Con specifico riguardo alla questione se il rinvio, operato dalla legge delega, andrebbe inteso quale mobile e non già recettizio, la Corte esclude l'ipotesi prospettata dalle ricorrenti. Il Giudice delle leggi, in prima battuta, accogliendo la tesi dell'Avvocatura generale dello Stato, afferma che l'interpretazione del rinvio quale mobile si porrebbe in

²⁸ La giurisprudenza del Giudice delle leggi è costante nell'affermare che le Regioni possano evocare parametri di legittimità costituzionale diversi da quelli che sovrintendono al riparto di competenze fra Stato e Regioni. Ciò è, però, possibile o quando la violazione denunciata sia astrattamente idonea a riflettersi sulle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite (sentenze n. 8 del 2013 e n. 199 del 2012) o quando le Regioni ricorrenti abbiano sufficientemente motivato in ordine alla ridondanza della lamentata illegittimità costituzionale sul riparto di competenze (sentenze n. 65 e n. 29 del 2016, n. 251, n. 189, n. 153, n. 140, n. 89 e n. 13 del 2015).

contrasto con il principio di irretroattività delle leggi ci cui all'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile. Per tale ragione il nuovo termine contenuto nella legge n. 234 del 2012, così come modificato, opererebbe nei confronti delle sole deleghe legislative conferite successivamente alla richiamata modifica. Interpretare, poi, il rinvio come fisso risponderebbe all'esigenza, (osservano giustamente, ad avviso di chi scrive, i Giudici), per il legislatore delegante di indicare un termine certo entro cui esercitare la funzione legislativa. Per la Corte, quindi, un diverso termine di esercizio della delega legislativa doveva essere contenuto espressamente all'interno della legge delega e ciò non è avvenuto²⁹.

La Corte respinge altresì le censure mosse dalla Regione Puglia e dalla Provincia autonoma di Trento riguardanti il tardivo esercizio della delega pur considerando il rinvio quale fisso. Ad avviso della Corte, infatti, (che accoglie anche su questo punto il rilievo della difesa dello Stato), l'espresso richiamo alle procedure non può che riferirsi all'intero articolo 31 e non già al solo comma 1, in quanto la norma contiene una indicazione generale relativa all'individuazione del termine per l'adozione dei decreti legislativi attuativi di norme europee. Sul punto la scelta del Giudice delle leggi sembra condivisibile. Tale interpretazione estensiva nasce da una *svista* del legislatore delegato e offre un esempio assai discutibile di *drafting* formale.

In relazione al terzo vizio, riguardante la possibile violazione dell'iter procedimentale seguito per l'approvazione del decreto legislativo, la Corte ritiene, anche su questo specifico aspetto, la questione non fondata. Per i Giudici l'esame delle scansioni temporali e procedurali volte all'approvazione del decreto, testimoniano che è stata interamente rispettata la disposizione secondo cui il parere delle Commissioni parlamentari competenti deve intervenire una volta acquisiti tutti gli altri pareri previsti dalla legge. Infatti, continua la Corte, le Commissioni parlamentari hanno reso il loro parere in un momento successivo a quello reso dalla Conferenza Stato-Regioni, nonostante il testo sia stato inviato ad entrambe le istituzioni il giorno stesso³⁰. Inoltre i pareri sono stati resi oltre i termini ordinatori previsti dalla legge e il Governo ha in ogni caso deciso di attenderli oltre i tempi

²⁹ Cfr. il punto 3.1.2. del *Considerato in diritto*.

³⁰ La Conferenza Stato-Regioni ha reso il suo parere il 4 maggio 2017. Le Commissioni VIII (Ambiente) e XIV (Politiche dell'Unione europea) della Camera dei deputati, successivamente alla formale trasmissione del parere della Conferenza Stato-Regioni, hanno espresso il proprio parere, rispettivamente, il 10 maggio e il 17 maggio 2017; infine, la XIII Commissione del Senato della Repubblica (Territorio, ambiente, beni ambientali) ha espresso il proprio parere il 16 maggio 2017.

prima della trasmissione dello schema di decreto al Presidente della Repubblica³¹. Tale comportamento dimostra come per il Giudice delle leggi l'intero procedimento si sia svolto in modo che le Commissioni parlamentari abbiano avuto conoscenza del parere reso in senso alla Conferenza Stato-Regioni e pertanto tutto ciò risulta «sufficiente per considerare non fondata la questione [...]»³². Il rispetto dell'iter porta la Corte ad escludere anche l'abuso del procedimento che ha intrapreso il Governo così come prospettato dalla Provincia autonoma di Trento.

In questo specifico caso, a parere di chi scrive, i Giudici sembrano adottare una interpretazione basata sul mero fatto e non su ragioni di diritto. Infatti, l'articolo 31, comma 3, non sembra lasciare ampi margini interpretativi in quanto si stabilisce, in maniera chiara e non diversamente interpretabile, che gli schemi dei decreti legislativi siano trasmessi alle due Camere dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti dalla legge.

Sempre con specifico riguardo ai rapporti tra articolo 76 della Costituzione, legge delega e decreto legislativo, le Regioni hanno prospettato un ulteriore profilo di illegittimità. Per le ricorrenti, infatti, il decreto legislativo impugnato si caratterizza per una sostanziale innovatività nelle disposizioni, nella misura in cui sono contenute norme volte al riaccentramento delle competenze dalle Regioni allo Stato. Tale trasferimento non trova adeguata giustificazione, o per meglio dire legittimazione, all'interno della legge delega. Così facendo il Governo, che avrebbe dovuto limitarsi al mero riordino della disciplina, ha esercitato un potere sostanzialmente innovativo andando ben al di là di quanto stabilito da legislatore delegante con i principi e i criteri direttivi.

Per la Corte il decreto legislativo impugnato, in linea generale, non può rientrare tra gli interventi di mero *riassetto* o *riordino*³³. Per il Giudice delle leggi i principi e i criteri contenuti nella legge delega, accompagnati dalle indicazioni del legislatore europeo, contengono una organica riforma della disciplina di valutazione di impatto ambientale. A tal fine la Corte, in un passaggio che sembra decisivo, richiama delle precedenti decisioni nelle quali si afferma che «i principi contenuti nell'atto normativo europeo si aggiungono a quelli dettati dal legislatore nazionale e assumono valore di parametro interposto, potendo

³¹ La Corte, per testimoniare che sia avvenuta una piena interlocuzione sullo schema di decreto, rileva come tutti i pareri siano stati espressi oltre i termini prescritti dalla legge

³² Punto 3.1.2. del *Considerato in diritto*.

³³ Così le sentenze nn. 210 del 2015 e 134 del 2013, corsivo aggiunto.

autonomamente giustificare l'intervento del legislatore delegato»³⁴. È proprio nello spirito della direttiva che si coglie l'intenzione di riscrivere la normativa con il fine di razionalizzare e snellire le procedure in materia. Inoltre, la legge delega, continua la Corte, ben può contenere deleghe abbastanza ampie al fine di lasciare in capo al legislatore delegato un certo margine di apprezzamento. Il Governo, quindi, ha inteso omogeneizzare su tutto il territorio nazionale, sulla scorta di quanto raccomandato all'interno della direttiva europea, le nuove procedure relative alla VIA al fine di superare una frammentazione nella regolamentazione che sovente ha determinato «una consistente e intollerabile dilatazione dei tempi di definizione delle procedure, specie nei casi di maggior complessità sul versante dell'impatto ambientale»³⁵. Per tali ragioni la Consulta respinge le questioni di legittimità costituzionale per eccesso di delega in quanto la centralizzazione delle competenze derivanti dal nuovo decreto ben si inquadra in una autonoma scelta discrezionale del Governo, per raggiungere gli obiettivi posti dall'intervento normativo europeo.

4.2. La violazione del principio della leale collaborazione.

Le Regioni ricorrenti lamentano dinanzi alla Corte costituzionale anche la violazione del principio di leale collaborazione nella misura in cui il decreto legislativo, comportando un intreccio di materie di competenza sia statale che regionale, avrebbe dovuto essere adottato sulla base non già di un mero parere delle Regioni bensì per il tramite di una intesa, sulla scorta di quanto affermato dagli stessi Giudici con la sentenza n. 251 del 2016³⁶.

Come affermato in apertura, le Regioni ricorrenti richiamano il tema della materia giuridica ambiente per sostenere che la stessa contenga al suo interno una serie di competenze e di prerogative, quali la tutela della salute, la pianificazione territoriale, la promozione del patrimonio culturale e la protezione civile, che sono distribuite tra più livelli di governo.

³⁴ La sentenza n. 250 del 2016, sulla scorta di una ampia giurisprudenza precedente, aveva già infatti esplicitato, al punto 5.1. del *considerato in diritto*, come «Nel caso di delega per l'attuazione di una direttiva comunitaria, i principi che quest'ultima esprime si aggiungono a quelli dettati dal legislatore nazionale e assumono valore di parametro interposto».

³⁵ Così il punto 8.4.4. del *considerato in diritto*.

³⁶ È opportuno segnalare che mentre la Regione Puglia ha impugnato il decreto legislativo in esame nella sua interezza, per violazione del principio di leale collaborazione, le altre Regioni hanno invocato la violazione di tale principio costituzionale solo in relazione a singole disposizioni del decreto impugnato. In relazione alla sent. n. 251 del 2016 i commenti sono numerosi. Cfr su tutti R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1 febbraio 2017.

Se, dunque, la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema»³⁷ ricade indubbiamente nella competenza esclusiva dello Stato, è altresì vero che la disciplina sulla valutazione di impatto ambientale contiene al suo interno diversi oggetti che intaccano le competenze delle Regioni. Secondo le ricorrenti siamo in presenza di disposizioni sulle quali i diversi campi materiali di competenza non possano essere risolti secondo un criterio di prevalenza e per tale ragione si impone in capo allo Stato l'obbligo di immaginare procedure concertative più stringenti. Così argomentato, la Regione Puglia e quella delle Valle d'Aosta chiedono alla Corte di sollevare dinanzi a sé stessa questione di legittimità costituzionale della legge delega nella parte in cui non ha previsto la citata, e a loro dire doverosa, intesa.

I Giudici richiamano sì la sentenza n. 251 del 2016 (con la quale si era stabilito che la legge delega potesse essere impugnata con lo scopo di censurare le modalità attuative del principio di leale collaborazione previste all'interno di una legge di delegazione) ma sono lapidari nel liquidare le istanze delle ricorrenti per la non tempestiva impugnazione. Infatti «la mancata impugnazione della legge delega non può essere impropriamente surrogata, per le ragioni anzidette, dalle questioni di legittimità proposte negli odierni giudizi, le quali, pertanto, vanno dichiarate inammissibili. Tali ultime argomentazioni valgono altresì a escludere che questa Corte possa prendere in considerazione l'istanza di auto-rimessione sulla legge delega, proposta dalla Regione Valle d'Aosta e dalla Regione Puglia»³⁸.

4.3 Questioni di legittimità costituzionale relative alla distribuzione costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni.

Nella pronuncia in esame la Corte passa ad analizzare le singole disposizioni del decreto legislativo impugnato con riguardo alle possibili violazioni nel riparto di competenze tra Stato e Regioni. In ragione delle diverse condizioni di autonomia lo scrutinio è stato condotto prima per le doglianze delle Regioni ordinarie e successivamente per quelle a

³⁷ In tema di leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni si vd. su tutti A. Poggi, *Corte Costituzionale e principio di 'lealtà' nella collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni*, in *Federalismi.it*, n. 19/2017 e A. Gratteri, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. Bettinelli e F. Rigano, Torino, 2004, p. 416 e ss.

³⁸ Punto 3.4.3. del *considerato in diritto*.

statuto speciale. I vizi di illegittimità costituzionale prospettati riguardo alle singole misure contenute nel decreto n. 104 del 2017 sono numerosi e afferiscono a disposizioni particolarmente complesse che riguardano l'altrettanta complessa procedura di VIA. Per ragioni di economia del testo, dunque, in questa sede si possono raggruppare i ricorsi delle Regioni avverso il nuovo decreto sotto tre e diversi profili.

Il primo gruppo di censure attiene alla ridefinizione delle cause di esclusione e di esenzione alla VIA. Una delle principali novità del decreto legislativo n. 104 del 2017 consiste nell'aver previsto soglie e criteri mediante i quali stabilire quando non è necessario che delle opere o dei progetti siano sottoposti a VIA. Così l'articolo 3, sostituendo integralmente i commi da 5 a 11 del decreto legislativo n. 152 del 2006, ha stabilito che il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dei beni e delle attività culturali, per i progetti aventi quale unico obiettivo la difesa nazionale e la risposta alle emergenze che riguardano la protezione civile, dopo una valutazione caso per caso, può disporre con decreto l'esclusione di tali progetti dal campo di applicazione delle norme sulla VIA. In questi casi il Ministro deve verificare se sia o meno opportuna un'altra forma di valutazione, mettere a disposizione del pubblico tutte le informazioni raccolte e giustificare, nel caso, le ragioni di una esenzione, informando tempestivamente la Commissione europea. Su queste specifiche disposizioni le Regioni lamentano la compressione delle loro competenze nella misura in cui, da un lato, si incide su materie riguardanti la protezione civile e la tutela della salute e, dall'altro, si lamenta che le possibili cause di esenzione (previsione del tutto irragionevole) non venga concordata con le Regioni competenti.

La Corte non ha ritenuto fondate le questioni. Sul primo punto, relativo alle esenzioni di VIA necessarie alla risposta di emergenze di protezione civile, il Giudice delle leggi legittima tale previsione in quanto è proprio la direttiva europea ad aver prospettato questa soluzione. Per sostenere tale decisione la stessa Corte richiama la pronuncia n. 234 del 2009 nel punto in cui si è affermato che «non è inibito allo Stato, nell'esercizio di una scelta libera del legislatore nazionale, prevedere in modo non irragionevole l'esclusione della suddetta valutazione di impatto ambientale per opere di particolare rilievo quali quelle destinate alla protezione civile».

Anche in relazione agli altri casi di esenzione, viene richiamata la direttiva europea che ha previsto (all'articolo 2, paragrafo 4), in capo al vertice politico il potere di effettuare delle

scelte idonee a derogare agli standard di tutela ambientali, sottoponendo lo Stato, e solo esso, alla responsabilità politica-amministrativa di tale scelta dinanzi alla Commissione. Sul piano interno l'opzione, continua la Corte, si giustifica in quanto tale esclusivo potere statale garantisce una uniformità di comportamenti e atti su tutto il territorio nazionale.

Il secondo oggetto del contendere è riferibile alla riformulazione dei criteri mediante i quali un progetto o un'opera da sottoporre a VIA sia di competenza statale o regionale. Come affermato in apertura, l'intero intervento normativo si caratterizza per lo specifico intento di omogeneizzare le procedure di VIA. Tale obiettivo è stato perseguito anche mediante la riallocazione in capo allo Stato di alcune tipologie progettuali per le quali la VIA e la sua verifica di assoggettabilità viene trasferita dalle Regioni allo Stato. Così, da un lato, l'articolo 5 del decreto (relativo alle competenze di VIA e di verifica di assoggettabilità a VIA) inserisce, all'interno del TUA, l'articolo 7-bis, che disciplina le nuove competenze dello Stato e delle Regioni. Tale riassetto delle competenze viene operato per il tramite della modifica degli allegati contenuti nella parte II del decreto legislativo n. 152 del 2006 proprio in materia di VIA e con le conseguenti abrogazioni contenute all'interno dell'articolo 26 del decreto n. 104 del 2017. Pertanto, le Regioni lamentano la violazione degli articoli 117, terzo comma, e 118 della Costituzione, per un ingiustificato e non adeguato meccanismo di trasferimento.

Per la Corte le questioni non hanno fondamento, in quanto, come a più riprese sostenuto, il filo conduttore è che tali disposizioni rientrino a pieno titolo nella competenza esclusiva statale di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. A ciò si aggiunge che l'intervento normativo si inquadra nel solco tracciato dal legislatore europeo teso a semplificare, armonizzare e a razionalizzare le procedure di VIA «assegnando allo Stato l'apprezzamento dell'impatto sulla tutela dell'ambiente dei progetti reputati più significativi e, così, evitando la polverizzazione e differenziazione delle competenze che caratterizzava il previgente sistema. Fattore, quest'ultimo, che aveva originato sovrapposizione e moltiplicazione di interventi, oltre che normative differenziate le quali, accanto a diluizioni temporali reputate inaccettabili»³⁹. La Corte, in questo specifico caso, richiama la relazione illustrativa di accompagnamento al decreto per giustificare una chiamata in sussidiarietà delle funzioni, anche amministrative, dalle Regioni allo Stato. Dalla lettura del passaggio si evince che un *cattivo esercizio del potere* sia idoneo a giustificare una riallocazione, sulla base dei principi

³⁹ Così il punto 12.3 del *considerato in diritto*.

di cui all'articolo 118, della Costituzione.

L'ultimo grande gruppo di disposizioni censurate dalle Regioni ricorrenti afferiscono all'articolo 16, comma 2, del decreto legislativo n. 104 del 2017, che ha introdotto l'articolo 27-bis del TUA. Tale articolo stabilisce che nei casi di procedimenti di VIA di competenza regionale, il provvedimento viene rilasciato a seguito di una conferenza dei servizi convocata in modalità sincrona ai sensi dell'articolo 14-ter della legge generale sul procedimento amministrativo. Il rinvio è operato dall'articolo 24 del decreto legislativo che ha modificato il comma 4, dell'articolo 14 della legge 241 del 1990. Ad avviso delle Regioni ricorrenti l'intervento normativo citato è illegittimo per una sua intrinseca illogicità, determinando una notevole disparità di trattamento tra lo Stato centrale e le Regioni. Ai sensi del nuovo articolato, infatti, le Regioni adottano sempre il provvedimento unico mentre lo Stato lo fa solo su richiesta del proponente.

Per la Corte costituzionale, così come espresso nel secondo punto, tale intervento è pienamente conforme ai principi di delega e perfettamente rispondente alla ratio della normativa europea in ordine alla semplificazione delle procedure. La misura poi non modifica le competenze in ordine ai singoli procedimenti amministrativi ma ha l'obiettivo di ricomprendere, in ottica unitaria, i singoli e diversi procedimenti propri di ogni apparato amministrativo. L'obiettivo di semplificazione rientra, a pieno titolo, tra le competenze dello Stato⁴⁰.

4.4. (segue) Con particolare riferimento alle Regioni ad autonomia speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano.

Le Regioni ad autonomia speciale della Valle d'Aosta, del Friuli-Venezia Giulia, della Sardegna nonché le due province autonome di Trento e Bolzano hanno censurato il decreto legislativo, impugnando pressoché le stesse disposizioni delle Regioni ordinarie ma invocando però quale ulteriore parametro di costituzionalità anche le norme dei rispettivi statuti autonomi. Non richiamando sul punto tutte le norme che si intendono violate, nel corso del seguente paragrafo si darà conto della decisione della Corte anche in relazione alla possibile violazione della speciale autonomia concessa a tali enti. In ogni caso gli

⁴⁰ Punto 13.3 del *considerato in diritto*.

oggetti del contendere erano due: la violazione delle competenze delle Regioni speciali e il potere di diretta attuazione delle direttive dell'Unione europea nelle materie di propria competenza⁴¹.

In prima analisi la Corte, riprendendo le argomentazioni già svolte in relazione alle doglianze delle Regioni ordinarie, riafferma che la valutazione di impatto ambientale rientra nel novero della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» e come tale è di esclusiva competenza statale. In più La Corte, richiamando ed espandendo quanto già espresso all'interno del punto 6.2. del considerato in diritto, afferma che la VIA vada intesa quale riforma economico-sociale idonea, quindi, a limitare le competenze statutariamente previste per le Regioni speciali e le Province autonome.

Nella sentenza qui commentata si ribadisce che le riforme economico-sociali non sono riferibili alle sole norme di principio ma possono essere incarnate anche da quelle norme «che rispondano complessivamente ad un interesse unitario ed esigano, pertanto, un'attuazione su tutto il territorio nazionale»⁴². Pertanto la «nozione di norma fondamentale rifugge, infatti, da operazioni ontologiche di catalogazione, legate al grado di indeterminatezza lessicale della disposizione per accogliere, di converso, una qualificazione funzionale e teleologica, connessa al rapporto di strumentalità con la ratio complessiva della riforma». Tale limite, per costante giurisprudenza del Giudice delle leggi, va qualificandosi sotto tre diversi aspetti⁴³. In prima battuta le norme statali devono essere caratterizzate dal preciso intento riformatore teso ad incidere all'interno della comunità nazionale⁴⁴; il secondo aspetto concerne la rilevanza dell'azione riformatrice, che deve mirare alla «soddisfazione di un bisogno primario o fondamentale dei cittadini»⁴⁵ o un «essenziale settore economico del paese»⁴⁶; il terzo elemento attiene alla precisa volontà di introdurre norme di principio da applicare uniformemente su tutto il territorio nazionale⁴⁷.

In linea generale la Corte sembra adottare un principio funzionale e non già sostanzialistico,

⁴¹ Si v. il *considerato in diritto* 17.2.

⁴² Così la sentenza n. 1033 del 1988. In termini analoghi si vd. le sentenze nn. 229 e 212 del 2017, 170 del 2001, 477 del 2000 e 323 del 1998. Sui principi di grande riforma economico-sociale si vd. anche la recente sentenza n. 168 del 2018.

⁴³ Sul punto cfr. sentt. nn. 4 e 13 del 1964, 37 del 1966, 92 del 1968, 160 del 1969, 13 del 1980, 219 del 1984, 151 del 1986, 99 del 1987.

⁴⁴ Così, ad esempio, la sent. n. 219 del 1984.

⁴⁵ Cfr. la sent. n. 4 del 1964.

⁴⁶ Così la sent. n. 13 del 1964.

⁴⁷ Sent. n. 160 del 1969.

in quanto afferma che un eventuale accoglimento delle doglianze delle Regioni speciali avrebbe l'effetto di minare l'intero intervento normativo, causando un frazionamento di discipline all'interno del territorio nazionale che contrasterebbe con la ratio contenuta non solo nel decreto ma proprio all'interno della direttiva europea⁴⁸.

In relazione alle prerogative delle Province autonome la Corte, però, giunge a dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni inserite all'interno dell'articolo 23 recante «disposizioni transitorie e finali».

Il comma 1 di tale articolo ha, infatti, previsto che le nuove norme sulla VIA si applicano a partire dal 16 maggio del 2017, ossia a partire da una data anteriore a quella di entrata in vigore del decreto legislativo (21 luglio 2017)⁴⁹. La Provincia autonoma di Bolzano lamenta il contrasto di questa disposizione con l'articolo 2 del decreto legislativo n. 266 del 1992 che prevede uno speciale meccanismo di recepimento delle norme nazionali per le Province autonome di Trento e di Bolzano e per la Regione Trentino-Alto Adige nella misura in cui si stabilisce che tali enti adeguano la propria legislazione entro sei mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale degli atti normativi statali⁵⁰.

Il comma 4, dell'articolo 23, invece, ha previsto l'esercizio di un potere sostitutivo in capo allo Stato in caso di un non adeguamento regionale entro i 120 giorni dall'entrata in vigore del decreto. Anche in questa circostanza, sulla base del ricorso delle Province autonome di Trento e di Bolzano, la Corte dichiara incostituzionale la disposizione per le due Province in quanto il termine di 120 giorni risulta in contrasto con quanto stabilito sempre dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 266 del 1992 che ne prevede uno pari a sei mesi⁵¹.

5. Brevi considerazioni conclusive.

Come affermato in apertura, la sentenza n. 198 del 2018, confermando l'ampia giurisprudenza precedente, riconduce la procedura valutativa in oggetto all'interno della materia giuridica *ambiente* di competenza esclusiva dello Stato. La constatazione che

⁴⁸ Punto 18.7 del *considerato in diritto*.

⁴⁹ In relazione all'articolo 23, comma 1, del decreto in esame, il Governo ha forse compiuto una "svista" legislativa. La data del 16 maggio, infatti, era quella prevista per il recepimento della direttiva europea ma, come ampiamente argomentato, l'intervento normativo di attuazione è intervenuto circa due mesi dopo.

⁵⁰ 19.1. del *Considerato in diritto*.

⁵¹ 20.4.1. del *Considerato in diritto*.

l'intento riformatore scaturisca dalla sede sovranazionale offre, poi, forza argomentativa al Giudice delle leggi per giustificare un intervento uniforme e, dunque, attrattivo in sede centrale di diverse competenze legislative e amministrative. Al tempo stesso va chiarito che tale accentramento competenziale viene avallato, anche e soprattutto, da ragioni extra giuridiche, non trovando esso una esplicita previsione né all'interno della direttiva europea né tantomeno all'interno della legge delega. La *preoccupante dilatazione* dei tempi procedurali delle opere sottoposte a VIA di competenza regionale e una loro assai estesa diversificazione, sembrano aver fatto oscillare il pendolo in favore di un incondizionato sostegno all'intervento statale.

È utile notare come la trasversalità della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema non trovi, nel nostro ordinamento, un criterio univoco e cristallino volto a dirimere il, forse *perenne*, conflitto tra lo Stato e le Regioni. Ad esempio, con la recente sentenza n. 7 del 2019 si è affermato che la trasversalità della materia *ambiente* implica sì una compressione della autonomia degli enti territoriali, ma allo stesso tempo alle Regioni è comunque assicurata la possibilità di porre in essere una attività normativa volta ad assicurare una più elevata tutela ambientale nell'esercizio delle competenze costituzionali previste in capo ad esse e che concorrano con quelle ambientali (in questo caso la caccia). A differenza della sentenza sulla VIA si afferma la non necessaria uniformità della legislazione statale derogabile in melius dalle Regioni.

Le motivazioni di ordine non giuridico trovano, poi, ampio spazio nell'analisi procedurale che ha condotto all'approvazione del decreto legislativo in esame. La Corte ha messo una *pezza* alla svista del legislatore del 2015 (nella misura in cui il rinvio adoperato dalla legge di delegazione europea del 2014, come detto, era solo parziale) e poi alla frettolosa e poco sensibile opera del Governo che ha inviato lo schema di decreto legislativo, contestualmente, sia alle Commissioni parlamentari che alla Conferenza Stato-Regioni.

In ultima analisi, va posto l'accento su come la centralizzazione delle competenze abbia coinvolto anche le Regioni ad autonomia differenziata. Il grimaldello delle norme fondamentali di riforma economico-sociale, quale limite all'esercizio delle potestà legislative, ha permesso che dall'intervento uniformizzante non restassero esenti le Regioni speciali. L'indeterminatezza lessicale di tale limite si è così inverata nella VIA, che per ragioni essenzialmente economiche impone, per determinate soglie, una regia esclusivamente statale.

Abstract: Il contributo analizza la sentenza n. 198 del 2018 della Corte costituzionale italiana che, in virtù dei ricorsi promossi da alcune Regioni, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale del decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 104, recante la revisione della disciplina di valutazione di impatto ambientale (VIA). Nella sentenza in esame il Giudice delle leggi, nel rigettare quasi tutti i motivi di ricorso delle Regioni, ha affermato che la disciplina della VIA, afferente alla “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”, quale materia legislativa esclusiva posta in capo allo Stato, contenga al suo interno disposizioni in grado di intaccare trasversalmente le competenze delle Regioni al fine di offrire su tutto il territorio nazionale una disciplina uniforme. La pronuncia si inserisce nel solco di una lunga e costante giurisprudenza costituzionale tesa a ricondurre la disciplina della valutazione di impatto ambientale nel novero delle competenze esclusive dello Stato. Al tempo stesso, però, in virtù delle doglianze regionali, la Consulta ha anche occasione di affrontare, da un lato, alcuni aspetti riguardanti lo strumento della delega legislativa e, dall’altro, i limiti costituzionali posti alla potestà legislativa delle Regioni speciali.

Abstract: The contribution analyzes the sentence n. 198 of 2018 of the Italian Constitutional Court which, by virtue of the claims lodged by some Regions, is pronounced on the constitutional legitimacy of the legislative decree 16 June 2017, n. 104, concerning the revision of the environmental impact assessment framework (EIA). As regard judgment up mentioned, the Italian Constitutional Court asserted that the EIA discipline, regarding the "protection of the environment and the ecosystem", as exclusive legislative matter placed in the hands of the State, contains within it rules capable of affecting transversely the competences of the Regions in order to offer a uniform discipline throughout the national territory. The decision is inserted in the wake of a long and constant constitutional jurisprudence aimed to bringing the discipline of environmental impact assessment back into the category of exclusive competences of the State. At the same time, by virtue of regional complaints, the Court has also the opportunity to address, on the one hand, some aspects concerning the instrument of legislative delegation and, on the other, the constitutional limits belonging to the legislative power of special Regions.

Parole chiave: Ambiente – valutazione di impatto ambientale - competenze legislative di Stato e Regioni – principio di leale collaborazione – delega legislativa.

Key words: Environment – environmental impact assessment - legislative powers of State and Regions - The Duty of Sincere Cooperation - legislative delegation.

ALCUNI PARTITI DI “NUOVA GENERAZIONE” VISTI ATTRAVERSO I LORO STATUTI. TENDENZE E PROBLEMI*.

di Agatino Giuseppe Lanzafame**

Il fenomeno partitico è al contempo stabile e cangiante: per un verso, infatti, è connesso all'idea stessa di governo rappresentativo propria delle democrazie pluraliste contemporanee¹; per altro verso, inerisce innanzitutto all'organizzazione della società e quindi – in un processo circolare e biunivoco – è influenzato dai (e contribuisce a codeterminare i) mutamenti culturali, economici, tecnologici e sociali.

Anche per tali ragioni, i partiti sono sempre stati oggetto di studio sia per i politologi, sia per i giuristi. I primi hanno osservato i mutamenti di tali formazioni sociali, specie sotto il profilo organizzativo e del rapporto con gli elettori², contribuendo a definire categorie utilizzate anche dalla scienza giuridica; i secondi, a loro volta, hanno dedicato diverse ricerche ai partiti specie sotto il profilo della democrazia interna³, anche in ragione della

* Sottoposto a referaggio. Testo rielaborato dell'intervento tenuto in occasione del Convegno “*Ripensare o rinnovare le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo nelle democrazie contemporanee*” svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania il 24-25 maggio 2019.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Catania.

¹ Sul tema, cfr. per tutti B. Manin, *The principles of representative government*, 1997, trad. it. *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010.

² V., tra i molti, G. Sartori, *Partiti e sistemi di partito*, Firenze, 1965; M. Duverger, *Les partis politiques*, 1967, trad. it. *I partiti politici*, Milano, 1975; A. Panebianco, *Modelli di partito*, Bologna, 1982; O. Massari, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2004; G. Pasquino, *Partiti, istituzioni, democrazia*, Bologna, 2014; O. Massari, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in F. Lanchester (a cura di), *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora? Atti del Convegno in occasione dell'80° anniversario della prolusione di Vincenzo Zangara a “La Sapienza” – Roma, 29 novembre 2018*, Padova, 2019, 117 ss.; P. Ignazi, *Party and Democracy: The Uneven Road to Party Legitimacy*, 2017, trad. it. *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Bologna, 2019.

³ In una sterminata letteratura, cfr. almeno P. Virga, *I partiti nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948; P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982; C. Pinelli, *Discipline e controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Padova, 1984; F. Lanchester, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quad. cost.*, n. 1/1988; C. Rossano, *Partiti politici*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; L. Elia, *Per una legge sui partiti* in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, I, p. 411; S. Bartole, *Partiti politici*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 705 ss.; T.E. Frosini, *È giunta l'ora di una legge sui partiti politici?*, in *Quad. cost.*, n. 1/2003; S. Bartole, *Partiti politici*, in *Digesto disc. pubbl.*, Agg., V, Torino, 2000, 398 ss.; S. Gambino, *Una rilettura dell'art. 49 Cost.: la democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di F. Cuocolo*, Milano, 2005; A. Barbera, *La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere*, in *Quad. cost.*, n. 2/2006, p. 263 ss. Più di recente, E. Rossi, *La democrazia all'interno dei*

loro rilevanza nelle dinamiche della forma di governo e, più in generale, della democrazia⁴. È stata analizzata, innanzitutto, la progressiva trasformazione del partito politico da aggregazione di notabili – elitaria, ristretta, leggera e ad intermittenza, ossia attiva solo al momento elettorale – a organizzazione di massa, burocratizzata, radicata sul territorio e vocata alla formazione politica dei militanti; in senso inverso, poi, è stata osservata la progressiva destrutturazione dei partiti politici e l’affermazione di “*cartel parties*”⁵, che vivono di strategie collusive e protezionistiche nell’ottica governativa, di “partiti personali”⁶, verticistici e senza un’effettiva democrazia interna, e persino di partiti occasionali, funzionali ad un determinato momento elettorale, con tutto ciò che ne consegue in termini di continuità dell’azione politica e di stabilità dei legami. Addirittura strutture di “*plastica*”⁷ o di “*carta*”⁸ prive di effettivo radicamento sociale e territoriale.

partiti politici, in *Rivista Aic* n. 1/2011; P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, 2012; M. Prospero, *Il partito politico. Teorie e modelli*, Roma, 2012; S. Bonfiglio, *I partiti politici e la democrazia. Per una rilettura dell’art. 49 della Costituzione*, Bologna, 2013; A. Mastropaolo, *Della problematica convivenza tra democrazia e partiti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2013; F. Di Mascio e D.R. Piccio, *La regolazione dei partiti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 379; A. Poggi, *E’ ancora attuale il dibattito sul metodo democratico interno ai partiti?*, in *Federalismi.it*, 24 dicembre 2014; F. Clementi, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, in *Federalismi.it*, 25 marzo 2015; R. Calvano, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi ...voyage au bout de la nuit?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015; E. Caterina, *L’attuazione del metodo democratico all’interno dei partiti politici: analisi della normativa vigente e spunti per una legge sui partiti*, in *Democrazia e diritto*, I, 2016, p. 61 ss. M. Gorlani, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico. Il declino della “forma” partito e la crisi del parlamentarismo italiano*, Bari, 2017; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017; A. Lanzafame, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivista Aic*, n. 1/2017; P. Marsocci, *La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici e il suo collegamento con il loro finanziamento*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, p. 63 ss.; E. Gianfrancesco, *I partiti politici e l’art. 49 Cost.*, in *Quaderni Costituzionali*, 30 ottobre 2017; S. Curreri e G. Stegher, *I partiti politici in Italia*, in *Federalismi.it*, 5 dicembre 2018. Nella dottrina privatistica v. anche G. Iorio, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Napoli, 2018 e G. Vecchio, *I partiti: autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, Napoli, 2016. Da ultimo v. anche i contributi di S. Bonfiglio, *L’art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: “rilettura” o “incompiuta” costituzionale*, A. Cariola, *Riflessioni sui partiti politici a partire dall’elaborazione della scuola costituzionalistica catanese*, M. Luciani, *Partiti e forma di governo*, tutti in F. Lanchester (a cura di), *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti*, cit., p. 99, p. 145 e p. 159; nonché le riflessioni di A. Saitta, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo. I partiti politici*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, p. 166 ss.

⁴ Sul rapporto tra forma di governo e sistema dei partiti, si veda per tutti L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 634 ss. e, se si vuole, A. Lanzafame, *La vis expansiva della rappresentanza. Forme di governo, vocazione presidenziale, resistenza costituzionale*, Torino, 2019, *passim*, spec. p. 16 ss. e p. 27 ss.

⁵ R.S. Katz e P. Mair, *Changing Models of Party Organization and Party Democracy. The Emergence of the Cartel Party*, in *Party Politics*, I, p. 5 ss. trad. it. *Cambiamenti nei modelli organizzativi e democrazia di partito. La nascita del cartel party*, in L. Bardi (a cura di), *Partiti e sistemi di partito*, Bologna, 2006, p. 33 ss.

⁶ Cfr. M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, 2000.

⁷ G. Pasquino, *L’antipolitica scende in campo*, in *Comunicazione politica*, 5, I, p. 13.

⁸ Da ultimo cfr. M. De Luca, *Partiti di carta*, Roma, 2018.

Tali trasformazioni del partito sotto il profilo organizzativo sono state conseguenza e concausa – in un processo di interferenza circolare – di un mutamento degli stessi sotto il profilo ideologico: da tempo, infatti, è stato notato il declino della dimensione ideologica dei partiti, l’affermazione di “*partiti pigliatutto*”⁹, il tramonto dei cleavages tradizionali e della dialettica destra-sinistra¹⁰.

Di recente, poi, è stata osservata una diversa bipolarizzazione del sistema politico in molti paesi europei determinata dall’affermazione di nuove forze non del tutto allineate rispetto alla dialettica tradizionale tra i due fronti: da un lato i partiti antipartito¹¹, espressione e concausa del complesso fenomeno populista¹² e protagonisti di una serrata critica nei confronti della democrazia rappresentativa e di alcune sue istituzioni (il Movimento 5 Stelle¹³, in Italia, Kukiz ’15¹⁴, in Polonia, e – sotto alcuni profili – Podemos¹⁵, in Spagna e *La France Insoumise*¹⁶, in Francia); dall’altro, formazioni che paiono trarre le loro principali risorse politiche dal contrasto ai populismi, che – proprio come alcuni movimenti antipartito – si proclamano “né di destra, né di sinistra” e promuovono la

⁹ Secondo la nota espressione di O. Kirchheimer, *The Transformation of the Western Political Parties*, in J. Lapalombara e M. Weiner, *Political Parties and Political Development*, Princeton, 1966, p. 177 ss.

¹⁰ Sul tema, cfr. *ex multis* A. Giddens, *Beyond Left and Right: the Future of Radical Politics*, Stanford, 1994 e M. Revelli, *Sinistra Destra. L’identità smarrita*, Roma-Bari, 2007, pp. 3-22 e 143. Sulla definizione degli elementi distintivi tra destra e sinistra v. N. Bobbio, *Destra e sinistra*, Roma, 1994 e, di recente, P. Ignazi e P. Bordandini, *I muscoli del partito. Il ruolo dei quadri intermedi nella politica atrofizzata*, 2018, p. 95 e p. 128.

¹¹ Cfr. E. Mostacci, *Sintomo, patologia, talora medicina: il partito antipartito e la multiforme crisi delle democrazie europee*, in DPCE, n. 3/2015, pp. 583-598, e G.F. Ferrari, *Partiti antipartito e partiti antisistema: nozione e tipologie alla prova del diritto comparato*, in DPCE, n. 3/2015, pp. 921-938.

¹² Su tale fenomeno, v. almeno Y. Mèny e Y. Surel, *Par le peuple, pour le peuple*, Parigi, 2000, trad. it. *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004; E. Laclau, *On Populist Reason*, London, 2005, trad. it. *La ragione populista*, Roma-Bari, 2008; G. Ferraiuolo, *Rappresentanza e populismo*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017; V. Baldini, *Populismo versus democrazia costituzionale. In “dialogo” con Andreas Voßkuhle*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2018 e M. Revelli, *La politica senza politica. Perché la crisi ha fatto entrare il populismo nelle nostre vite*, Torino, 2019.

¹³ Sul M5S – in una vasta bibliografia – v. almeno S. Ceccanti e S. Curreri, *I partiti antisistema nell’esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in DPCE, n. 3/2015, p. 799 ss.; P. Ceri e L. Veltri, *Il Movimento nella rete. Storia e struttura del Movimento a 5 stelle*, Torino 2017 e C. Gianolla, *5 stelle chi decide come decide: centralismo e partecipazione all’interno del Movimento*, Roma, 2018.

¹⁴ Cfr. D. Kasproicz e A. Hess, *Populism in Poland – between demagoguery and demophilia*, in *Środkowoeuropejskie Studia Polityczne*, n. 2/2017, p. 201 ss.

¹⁵ Su cui v. almeno V.M. Pucciarelli e G. Russo Spena, *Podemos. La sinistra spagnola oltre la sinistra*, Roma, 2015. Più in generale sui nuovi partiti spagnoli cfr. anche R.L. Blanco Valdès, *España: partidos tradicionales y fuerzas emergentes (entre la crisis política y la crisis económica)*, in DPCE, n. 3/2015, p. 761 ss.

¹⁶ Cfr. M. Strambazzi, *Sesta repubblica, populismo e “futuro in comune”. Il progetto di riforma costituzionale di Mélenchon e della France insoumise*, in M. Malvicini (a cura di), *La République jupitérienne*, Napoli, 2018, p. 47 ss.

costruzione di coalizioni che ammiccano al superamento della distinzione tra i due blocchi in un centro che determina i propri confini rispetto all'assedio delle forze antisistema¹⁷. Il riferimento è, innanzitutto, a *La République En Marche*¹⁸ (LREM), in Francia, e per certi versi a *Ciudadanos*¹⁹, in Spagna.

Le realtà politiche afferenti ai due blocchi, pur differenziandosi tra loro sotto molteplici profili, convergono – seppur con sfumature diverse – sulla critica al sistema dei partiti: anzi può affermarsi che la volontà di rinnovare e, in alcuni casi, di ripensare i partiti politici (e con essi la democrazia rappresentativa) è una costante di tale nuova generazione di partiti, e quasi ne costituisce un tratto identitario.

Tuttavia, già una sommaria lettura di alcuni degli statuti di tali soggetti politici²⁰ – che, secondo l'intuizione di Elia, è sempre un metodo efficace per indagare l'identità di tali peculiari formazioni sociali²¹ – consente di rilevare alcune tendenze comuni ai partiti di nuova generazione che, da un lato, dimostrano una certa continuità tra questi e quelli tradizionali e, dall'altro, sollevano degli interrogativi di notevole interesse costituzionalistico.

La prima inerisce il rapporto tra partiti politici e territorio e riguarda il ruolo e le funzioni delle articolazioni locali degli stessi. Queste, infatti, nelle enunciazioni statutarie non sono delineate come unità di base del partito – cioè come primo luogo di elaborazione della proposta politica e principale canale di accesso ai centri decisionali – ma assumono piuttosto la configurazione di meri terminali del partito, la cui attività si riduce alla diffusione sul territorio della linea politica decisa dagli organi centrali del partito (o dal suo leader) o all'organizzazione di kermesse locali in cui i capi partito beneficino i diversi territori della loro presenza.

¹⁷ M. Barcellona, *Dove va la democrazia*, Roma, 2018, p. 44 ss.

¹⁸ Cfr. da ultimo S. Gentile, *Macron bifronte: la Francia di Macron fra populismo e sconfitta della gauche*, Milano, 2019.

¹⁹ V. R.L. Blanco Valdès, *España: partidos tradicionales y fuerzas emergentes (entre la crisis política y la crisis económica)*, cit., p. 761 ss.

²⁰ Invero non sempre possibile o agevole, atteso che alcuni di tali soggetti politici, come ad esempio *La France Insoumise*, non sono dotati di statuti e/o regolamenti che ne disciplinano la vita interna, mentre altri sono caratterizzati dall'esistenza di una pluralità di documenti che si sovrappongono ed integrano tra loro. Emblematico, a tal proposito, è il caso del M5S la cui identità può essere ricostruita solo attraverso la contestuale lettura dello Statuto dell'Associazione *MoVimento5Stelle* pubblicato in data 30 dicembre 2017 (che ha sostituito tutti i vari documenti statutari che nel tempo hanno disciplinato la vita del Movimento), del *Codice Etico* del Movimento e, per certi versi, dello statuto dell'Associazione *Rousseau*, le cui vicende si intrecciano con quelle del movimento politico anche in virtù dell'esplicito richiamo previsto all'art. 1 dello Statuto del M5S.

²¹ L. Elia, *I partiti italiani visti attraverso i loro Statuti*, in *Cronache Sociali*, 1948.

Significativo è il caso dello Statuto di LREM che definisce i «*comités locaux*» del partito come «*premier lieu d'échange et d'action*» (art. 7), ma allo stesso tempo li pone ai margini del processo decisionale interno sia con riguardo alla formazione degli organi nazionali del partito, sia per la definizione delle candidature (v. *infra*). Considerazioni simili a queste ultime possono essere svolte con riferimento al movimento *Ciudadanos*, la cui articolazione interna – denominata «*agrupación*» – è definita come «*el órgano básico de participación, integración y relación de los afiliados de Cs*» (art. 20) ma ha un ruolo meramente propositivo nel processo di definizione delle candidature (persino di quelle locali, v. *infra*).

Emblematica è, infine, l'assenza del livello territoriale nello Statuto del M5S, in cui l'esistenza di centri e momenti decisionali a livello locale è definita come meramente eventuale, come a ridurre nell'irrelevanza giuridica (e politica) l'attività svolta dai cosiddetti Meetup locali del medesimo movimento. Una lacuna che è stata solo apparentemente risolta dall'approvazione della nuova organizzazione regionale del M5S – mediante votazione online del 26 luglio 2019 – che istituisce una struttura regionale incentrata su dei *facilitatori*, sostanzialmente selezionati dal livello centrale (che detiene anche il potere di rimuoverli liberamente, cfr. *infra*) con meri compiti di promozione e formazione.

La seconda tendenza riguarda l'esistenza di un'asimmetria nei processi di selezione – e legittimazione – dei diversi livelli governo del partito, e più in generale dei rappresentanti politici di quest'ultimo. In molti dei summenzionati partiti (M5S, *Podemos*, *Ciudadanos*), infatti, sono previste procedure aperte – tutte variamente sussumibili al *genus* delle elezioni primarie²² – per l'elezione del vertice politico (o addirittura *del capo*).

Ciò contribuisce a rafforzare il leader di tali forze – spesso già dotati dagli Statuti di una congerie di poteri di decisione ed influenza nei più svariati settori²³ – e gli consente di instaurare un rapporto di particolare intensità con gli elettori del partito destinato ad essere alimentato attraverso gli strumenti di comunicazione di massa e i *social network*²⁴.

Al contrario il processo di selezione dei quadri di partito, così come dei rappresentanti

²² V. L. Gori, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2018.

²³ Cfr. anche con riferimento ai partiti tradizionali le riflessioni di M. Ainis, *La forma di governo della Terza Repubblica*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2019, p. 113 ss.

²⁴ Cfr. L. Trucco, *Rosatellum-bis e la forma di governo "leadercratica" sul far del nascere della XVIII Legislatura*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2018, p. 95 ss.

istituzionali di quest'ultimo (locali e nazionali: sindaci, deputati, senatori, etc.) avviene spesso secondo meccanismi ispirati per lo più alla logica della cooptazione da parte del vertice.

Sotto il profilo dell'organizzazione interna deve evidenziarsi, ad esempio, che il *Conseil* di LREM è composto prevalentemente da membri designati dal vertice del partito (a sua volta, però, designato dal Consiglio in un circolo vizioso che garantisce la cristallizzazione del potere in capo ad *un'élite* ristretta); lo stesso può dirsi, in parte, con riferimento all'organizzazione di *Ciudadanos*, il cui *Comité Ejecutivo* è composto da fiduciari dal *Presidente* del partito (da questo liberamente sostituibili). Analoghe considerazioni possono essere svolte per il M5S i cui organi di partito – collegio dei probiviri, e comitato di garanzia – sono tutti selezionati dagli iscritti mediante la piattaforma Rousseau, ma all'interno di una ristretta rosa proposta dai vertici del partito (così da rendere impossibili ascese *ostili* agli organi centrali del partito). Una soluzione adottata anche per i cosiddetti facilitatori (nazionali e regionali) del M5S, ovvero per le squadre di coordinatori del M5S istituite sui diversi livelli con votazione online del 26 luglio 2019: è previsto infatti che questi siano scelti dal Capo politico entro un elenco di persone selezionate dagli iscritti, rimangano in carica per la durata del mandato del medesimo Capo e che quest'ultimo possa rimuoverli in qualsiasi momento²⁵.

La logica della cooptazione informa spesso anche il processo di designazione dei candidati ai vari organi. Ciò è vero, innanzitutto, per LREM, il cui statuto prevede che «*une commission est désignée avant chaque scrutin local ou national, par le bureau exécutif, sur proposition du délégué général*» e che tale organo «*a compétence pour arrêter des propositions concernant les investitures: des candidats investis pour les élections départementales, régionales, nationales et européennes; des têtes de liste pour les élections municipales*» (art. 23). La disposizione ha più profili di criticità: la circostanza che la Commissione sia istituita volta per volta dall'esecutivo nazionale fa sì che questa sia sempre espressione della maggioranza del momento e la pone in un rapporto di stretta dipendenza dal vertice, quasi vanificando il precetto per cui «*les délégués généraux ne peuvent en être membres*»; per altro verso, poi, la circostanza che l'ultima parola sulle candidature locali spetti ad un organismo centrale mortifica, come si è detto, i «*comités*

²⁵ A tal proposito si vedano le schede di approfondimento pubblicate su <https://www.ilblogdellestelle.it/2019/07/oggi-e-domani-si-vota-la-nuova-organizzazione-del-movimento-5-stelle.html>.

locaux».

Un'analoga impostazione centralistica e verticistica nella definizione delle candidature è adottata da *Ciudadanos*. L'art. 41 dello Statuto di quest'ultimo movimento prevede, infatti, l'utilizzo di procedure aperte per la designazione dei «*candidatos a presidentes de los gobiernos autonómicos*» e dei «*candidatos a las alcaldías de las capitales de provincia [e] de los municipios siempre que el censo de afiliados para la elección sea superior a 400 afiliados*». Le primarie sono altresì previste per «*los cabezas de listas de las circunscripciones electorales de las elecciones generales, autonómicas y europeas, siempre que el censo de afiliados de la respectiva elección sea superior a 400 afiliados*». In tutti gli altri casi – invero, numerosi se si considera che solo in quattro città Madrid, Zaragoza, Valencia e Murcia sussistono i requisiti numerici prescritti per l'indizione delle primarie – la decisione sulle candidature è assunta dal *comité ejecutivo* sulla base di informative provenienti dai diversi *comités autonómicos*.

L'ombra della cooptazione emerge inoltre nel meccanismo di selezione delle candidature previsto dal Movimento 5Stelle: il sistema delle elezioni *parlamentarie*, infatti, è in parte vanificato dall'esistenza di un diritto di veto del Capo Politico (d'intesa con il Garante) sulle candidature (art. 3) e dalla possibilità per i vertici del movimento di disporre la rinnovazione delle consultazioni già svolte (art. 4). Desta perplessità, infine, il divieto in capo ai candidati ad una carica elettiva di promuovere, organizzare o partecipare a cordate di iscritti (art. 11), quasi a scongiurare la possibilità di una organizzazione del basso del consenso e a favorire il controllo (o quantomeno la prevedibilità) a livello centrale degli esiti delle consultazioni.

La terza tendenza, infine, è rappresentata dalla ricorrente previsione statutaria di meccanismi di consultazione diretta degli iscritti, sia per incentivare la partecipazione degli stessi, sia per esplicita diffidenza nei confronti delle dinamiche della democrazia rappresentativa. Significative sono le disposizioni dello Statuto del M5S che si propone di promuovere «*attraverso idonee piattaforme internet od altre modalità, eventualmente anche non telematiche, la consultazione dei propri aderenti*» (art. 2) e definisce gli eletti del M5S come semplici «*portavoce*» chiamati ad esprimere un indirizzo codefinito dagli iscritti mediante il confronto «*anche nell'ambito delle piattaforme internet organizzate o comunque riconosciute dal M5S*» o – più prosaicamente – mediante «*votazioni in rete [come ad esempio quelle per] la scelta dei candidati alle elezioni e l'approvazione del*

programma politico» da perseguire. Sullo sfondo, la volontà di ampliare – attraverso internet – gli spazi di democrazia diretta e, più a monte, di incrinare l’architrave della democrazia rappresentativa, il libero mandato parlamentare²⁶. Non può ignorarsi, inoltre, il fatto che ogni decisione sulle consultazioni (scelta di consultare gli iscritti su una determinata questione, modalità e durata del voto, testo del quesito) sia rimessa esclusivamente agli organi di vertice del M5S, i quali, come si è detto, possono addirittura disporre – senza alcun obbligo di motivazione – la rinnovazione delle consultazioni medesime.

La possibilità di consultazione degli iscritti è prevista altresì nello Statuto di LREM, sia nel procedimento di designazione dei *référénts territoriaux* del partito, sia per l’assunzione di decisioni politiche di particolare rilievo. Tuttavia, in entrambi i casi, le consultazioni sono indette e gestite dal livello centrale con ampi margini di discrezionalità. Nella prima ipotesi, infatti, la partecipazione degli aderenti locali è prevista come meramente eventuale (a discrezione, appunto, del *bureau exécutif*) e sotto la forma di un voto di conferma delle decisioni già prese dagli organi del partito, quasi ad assumere le forme di un vero e proprio plebiscito. Nel secondo caso, lo stesso statuto prevede che il *bureau exécutif* possa decidere, a maggioranza dei due terzi, di organizzare una consultazione diretta degli aderenti: anche in questo caso, insomma, il livello centrale è il *dominus* assoluto della procedura di consultazione e l’unico decisore del testo del quesito (che, tuttavia, deve essere «*rédigée simplement*»).

La decisione diretta degli iscritti – ma anche dei semplici simpatizzanti – è uno strumento centrale anche nell’organizzazione di *Podemos*. Da un lato, infatti, il suo Statuto prevede che la *Asamblea Ciudadana* – ovvero l’insieme degli iscritti al movimento – sia «*abierto de forma permanente para la realización de procesos de decisión y consultas vinculantes sobre temas de especial relevancia política*» (art. 3). Analoghe disposizioni sono previste per l’adozione di decisioni a livello territoriale, autonomico (art. 34) e municipale (art. 61), con l’esplicito obbligo per il partito di assicurare «*las herramientas telemáticas para poder*

²⁶ Così come espressamente previsto dal punto 20 del contratto di governo stipulato tra il M5S e la Lega all’inizio della XVIII legislatura. La posizione critica del M5S rispetto al principio del libero mandato parlamentare emerge anche dall’analisi delle sanzioni previste dal M5S a carico dei propri eletti in caso di abbandono del M5S. Sul tema, *ex multis*, v. almeno G. Grasso, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del MoVimento 5 Stelle*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017 e Id., *La «cifra democratica» del MoVimento 5 Stelle alla prova dell’art. 49 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2017, p. 616 ss. Da ultimo, v. anche E. Rinaldi, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, p. 177 ss. e spec. p. 211.

realizar consultas ciudadanas con asiduidad a nivel autonómico y local» (art. 47). È possibile apprezzare però, in questo caso, la puntuale disciplina delle modalità di indizione delle consultazioni e il riconoscimento del potere di iniziativa a minoranze qualificate degli iscritti (o dei componenti degli organi del partito).

Le summenzionate tendenze inducono a ritenere che i partiti di nuova generazione – quantomeno sotto il profilo strutturale ed organizzativo – si collochino (pur con qualche eccezione, come nel caso di *Podemos*) in una dimensione di sostanziale omogeneità e continuità rispetto ai partiti tradizionali di cui mantengono sia la dimensione oligarchica (con conseguente circolazione del potere entro una ristretta cerchia di soggetti spesso destinata ad ampliarsi quasi esclusivamente per cooptazione), sia l'impostazione *leaderistica* e centralizzata, sia una certa intolleranza verso il pluralismo interno. Sono evidenti, peraltro, le ripercussioni che tali persistenti caratteristiche dei partiti hanno rispetto alle dinamiche della democrazia

Innanzitutto sotto il profilo del funzionamento della forma di governo e del processo di costruzione della rappresentanza politica. È evidente infatti che le rilevate asimmetrie tra i processi di elezione – e legittimazione – della *leadership* di partito e quelli di cooptazione del personale politico intermedio (quadri di partito, parlamentari) sono idonee ad alimentare torsioni leaderistiche sia dell'organizzazione partitica²⁷ sia, più a monte, della forma di governo²⁸, e a contribuire alla marginalizzazione delle assemblee parlamentari, specie se combinate con una legislazione elettorale che – attraverso il sistema delle liste bloccate o semibloccate – consente ai partiti di designare la quasi totalità degli eletti.

È evidente, inoltre, che la marginalizzazione dei nuclei locali del partito nella determinazione delle candidature per le assemblee ha ricadute sulla natura stessa della rappresentanza parlamentare, sino a mortificare la necessaria dimensione territoriale di quest'ultima. Nella logica della democrazia costituzionale, infatti, la rappresentanza territoriale e quella nazionale non sono concetti antitetici, ma costituiscono al contrario dimensioni inscindibili di un unico fenomeno, come a dire che la prima è componente,

²⁷ Su tale fenomeno, in generale, v. G. Passarelli, *The Presidentialization of Political Parties*, New York, 2015.

²⁸ Si pensi al cd. fenomeno della presidenzializzazione della politica su cui – in una vasta letteratura – cfr. almeno T. Poguntke e P. Webb, *The presidentialization of politics: a comparative study of modern democracies*, Oxford-New York, 2005; L. Elia, *La presidenzializzazione della politica*, in *Teoria politica*, n. 1/2006, p. 5 ss.; T.E. Frosini, C. Bassu e P.L. Petrillo (a cura di), *Il Presidenzialismo che avanza*, Roma, 2009.

forma e strumento di costruzione della seconda.

Sotto altro profilo, poi, la trasformazione delle articolazioni locali dei partiti in meri terminali privi di autonomia decisionale ha notevole ricadute sul sistema delle autonomie regionali e locali²⁹. Lo stesso può dirsi, inoltre, per i meccanismi di cooptazione dall'alto ceto politico, votati alla promozione dell'ubbidienza e non, invece, dell'autonomia.

Ancora, la logica della cooptazione determina la cristallizzazione del potere in capo a gruppi ristretti ed ostacola – se non addirittura impedisce – la competizione interna al partito sia per l'accesso alle cariche pubbliche, sia per la conquista delle posizioni di vertice, con evidente compressione del principio democratico inteso come garanzia per il cittadino dell'effettiva possibilità di accedere al potere³⁰.

Tali diaframmi all'accesso dei cittadini nelle posizioni dove è esercitata la decisione politica, peraltro, non sono affatto sostituiti – né invero sono sostituibili – dal rafforzamento degli strumenti di consultazione diretta degli iscritti e dei simpatizzanti nell'ottica di un potenziamento della dimensione partecipativa della democrazia.

Per un verso, infatti, il governo rappresentativo e la democrazia pluralista richiedono sempre che la costruzione della decisione politica avvenga all'esito di un'attività di mediazione – infrapartitica, interpartitica, interistituzionale – necessariamente creativa e aperta a soluzioni di compromesso tra le varie istanze ed esigenze, politiche e tecniche. Un'attività di sintesi che è (e sarà) sempre esercitata dai decisori politici, appunto i rappresentanti ancorché entro i confini determinati dal binomio rappresentanza/responsabilità. Per altro verso, poi, si è visto che tali mezzi, nella loro concreta configurazione, non costituiscono degli efficaci strumenti per la costruzione dal basso di una linea politica dissenziente (o quantomeno per l'emersione di alcune istanze),

²⁹ Così come già rilevato da A. Ruggeri nella relazione introduttiva al convegno *Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto (note minime, introduttive ad un dibattito)*, e anticipata su *ConsultaOnline*, n. 2/2019, p. 271 ss. secondo cui “la mancanza di una effettiva autonomia delle ramificazioni periferiche dei partiti (segnatamente, al livello regionale) ha avuto (ed ha) tangibili riflessi al piano dell'apparato, concorrendo in significativa misura al sostanziale svuotamento dell'autonomia regionale”. A tal proposito, si rimanda alle considerazioni svolte da T. Martines, *L'intreccio delle politiche tra partiti e Regioni: alla ricerca dell'autonomia regionale*, in Aa. Vv. (a cura di), *Autonomie territoriali e sistema dei partiti*, I, Milano, 1988, ora in *Opere*, III, Milano, 2000, p. 921 ss. In un'ottica comparata, v. anche R. Bifulco, *Partiti politici e autonomie territoriali*, in Aa. Vv. (a cura di), *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, *Atti del XXIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 17-18 ottobre 2008, Napoli, 2009, p. 239 ss. e M. Olivetti, *Partiti e autonomie negli Stati composti – una mappa dei problemi*, in *Federalismi.it*, n. 9/2013.

³⁰ Cfr. A. Lanzafame, *Democrazia, accessibilità dei poteri, circolazione delle élites: dal principio alla realtà*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2018.

ma sono piuttosto strumenti a disposizione dei leader per legittimare le proprie scelte e tacitare le opinioni dissenzianti all'interno del partito: più simili a invocazioni d'applauso che ad esercizi di autonomia e libertà.

Tali strumenti, insomma, pur potendo astrattamente arricchire il dibattito interno ai partiti e a dare sostanza al rapporto di rappresentanza (senza tuttavia mai sostituirsi integralmente ad esso)³¹, in concreto, rafforzano il rapporto tra leader e iscritti, indeboliscono la già precaria posizione del ceto politico intermedio e soffocano il pluralismo interno ai partiti e, conseguentemente, alle assemblee rappresentative.

Restano di persistente attualità, allora, da un lato la necessità di correggere tali caratteristiche dei partiti e di insistere per il rafforzamento dell'effettività della loro democrazia interna, specie in quegli ordinamenti, come quello italiano, in cui la legge non individua neanche i livelli essenziali di democrazia da garantire all'interno di tali formazioni³²; dall'altro, il dovere di vigilare affinché tali tendenze interne ai partiti non siano strutturalmente trasposte a livello istituzionale attraverso riforme che – comprimendo la rappresentanza parlamentare³³ e/o le funzioni assembleari³⁴ – rendono più povera e debole la democrazia e favoriscono una sua trasformazione in senso *leaderistico*, *plebiscitario* e *identitario*³⁵.

³¹ Cfr. I. Rivera, *La Rete, i populismi e i partiti politici 2.0*, in *Informatica e diritto*, 2017, n. 1-2, p. 273 ss.

³² Su cui v. A. Lanzafame, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, cit. e U. Ronga, *La selezione delle candidature*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, p. 49 ss. e spec. p. 70 ss.

³³ Il riferimento è, ad esempio, alla proposta di legge costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585) approvata dal Parlamento italiano durante la XVIII legislatura, rispetto alla quale appaiono condivisibili le critiche espresse da D. Porena, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 14/2019.

³⁴ Si pensi all'insieme di riforme istituzionali propugnato dal governo francese – in attuazione del programma del Presidente Macron – ed in particolare al progetto di legge organica n. 977 del 23 maggio 2018 (che reca, tra le sue previsioni, una sensibile riduzione del numero dei parlamentari) e al *Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace*, n. 911, del 9 maggio 2018, che contrae lo spazio di azione (e discussione) del Parlamento francese in favore dell'esecutivo nell'ambito del procedimento legislativo.

³⁵ Sulla democrazia plebiscitaria (e sul potere carismatico) non può che rimandarsi alla nozione elaborata negli studi di M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it. *Economia e società*, I-II, Milano, 1961, *passim*, spec. 238 ss. e 420 ss.; Id. *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, 1918, trad. it. *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*, Bari, 1919; e poi ripresa in una amplissima bibliografia, all'interno della quale risultano sempre attuali le riflessioni di C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlino, 1923, trad. it. in *Parlamentarismo e democrazia*, Lungro di Cosenza, 1999, pp. 1-105, che ha introdotto il termine di democrazia identitaria; e di F. Mercadante, *La democrazia plebiscitaria*, Milano, 1974. Più di recente preoccupazioni circa la tenuta del sistema costituzionale in situazioni che finiscono per ridurre gli spazi di libertà, in G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005. Sulla democrazia del leader, poi, M. Calise, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016, M. Revelli, *Dentro e contro*, Roma-Bari, 2015. Da ultimo sulla torsione

Infatti, sullo sfondo delle considerazioni critiche su tali dinamiche politiche sta sempre la necessità di resistere a comportamenti, scelte e atti che privano di effettività la discussione e la decisione parlamentare – e con essa la dimensione plurale, complessa e dialogica del governo rappresentativo³⁶. Dall’ottica dello Stato costituzionale, fondato sul pluralismo (o per dirla con Dahl: sulla poliarchia) e sulla più ampia partecipazione, come con efficacia icastica proclama l’art. 3 Cost., dovrebbero sempre essere guardati con perplessità – e financo avversati – svolgimenti che hanno «*the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive*»³⁷. Anzi, appunto nello Stato che individua nella giurisdizione la sede di preservazione dei valori che lo caratterizzano, tali sviluppi appaiono decisamente suscettibili di essere sindacati e censurati – e non giustificati nella sfera politica, a postularne l’insindacabilità – atteso che «*the fact that a legal dispute concerns the conduct of politicians, or arises from a matter of political controversy, has never been sufficient reason for the courts to refuse to consider it*»³⁸. D’altronde, l’intensificazione del controllo giurisdizionale sulle decisioni politiche è una dinamica già in corso³⁹, che – pur essendo indicativa di una certa debolezza del ceto politico – è utile a rafforzare la stessa democrazia interna ai partiti e, in ultimo, a garantire principi e regole che informano il nucleo duro della democrazia costituzionale.

Abstract: Il contributo ricostruisce talune dinamiche dei partiti politici cd. “di nuova generazione”, attraverso la lettura di alcuni statuti di tali formazioni sociali. In particolar modo, lo scritto individua alcuni elementi di continuità tra questi e i partiti tradizionali: la dimensione oligarchica, l’impostazione leaderistica e centralizzata, e una certa intolleranza

leadercratica della forma di governo cfr. L. Trucco, *Rosatellum-bis e la forma di governo “leadercratica” sul far del nascere della XVIII Legislatura*, cit., p. 96.

³⁶ Si vedano, per tutti, le riflessioni di J.S. Mill, *Considerations on representative government*, 1861, trad. it. *Considerazioni sul Governo rappresentativo*, Roma, 1997, *passim*, spec. p. 71 ss.

³⁷ L’espressione è tratta dalla sentenza United Kingdom Supreme Court, 41, 2019, par. 50, con cui è stata dichiarata l’illegittimità della *prorogation* del Parlamento britannico disposta dalla Regina su proposta del Primo Ministro Boris Johnson.

³⁸ Cfr. ancora United Kingdom Supreme Court, 41, 2019, par. 31.

³⁹ V. per quanto riguarda l’ordinamento italiano e con particolare riferimento alle vicende interne ai partiti politici, D. Messineo, *L’ammissione del cittadino ai partiti: osservazioni a margine del “caso Pannella”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007; A. Lanzafame, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, cit., p. 16 e N. Pignatelli, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, p. 84 ss. Con riferimento all’ordinamento francese, v. le riflessioni di P. Jan, *La V République et les partis*, in *Pouvoirs*, n. 163/2017, p. 13.

verso il pluralismo interno. Infine, l'articolo analizza le ripercussioni che tali persistenti caratteristiche dei partiti politici hanno rispetto alle dinamiche della democrazia rappresentativa.

Abstract: The present essay reconstructs certain dynamics of the so-called “new generation” political parties, through the analysis of some of their statutes. In particular, the paper identifies some elements of continuity between these parties and the traditional ones, i.e.: the oligarchic dimension, the leaderistic and centralized approach, and a certain intolerance towards internal pluralism. Finally, the article analyzes the repercussions that such persistent characteristics of political parties have with respect to the dynamics of representative democracy.

Parole chiave: partiti politici – democrazia – rappresentanza politica – partecipazione – responsabilità politica.

Key words: political parties – democracy – political representation – participation – political responsibility.

BREVI NOTE SUL “CASO SIRI”. REVOCA DEL SOTTOSEGRETARIO DI STATO TRA “INCERTEZZE” NORMATIVE E IMPATTO SULLA FORMA DI GOVERNO*.

di Armando De Crescenzo**

Sommario. 1. Considerazioni introduttive. – 2. I fondamenti storico-normativi. – 3 Il complesso inquadramento costituzionale della figura del Sottosegretario. – 4. Il procedimento di nomina e revoca del Sottosegretario; 5. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

1. Considerazioni introduttive.

La vicenda relativa alla revoca da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, con atto del Capo dello Stato, dell’incarico all’on. Armando Siri (Lega Nord), Sottosegretario di Stato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, non può prescindere da un preliminare inquadramento della figura dei Sottosegretari all’interno del nostro sistema ordinamentale.

Scopo di tale scritto è di porre in evidenza *luci ed ombre* che hanno da sempre caratterizzato la posizione giuridica dei Sottosegretari, ben prima dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Volendo ripercorrere brevemente quanto accaduto, il *caso Siri* è iniziato il 18 aprile 2019, sulla base di notizie diffuse sui maggiori quotidiani nazionali relativamente all’iscrizione dello stesso nel registro degli indagati della Procura della Repubblica di Roma per corruzione. Accuse sin dal principio respinte dal Sottosegretario.

Tali accuse hanno acceso lo scontro tra gli esponenti di maggioranza del Governo, divisa tra opportunità, o meno, di indurre l’on. Siri a rassegnare le dimissioni.

Ad inizio maggio, il Sottosegretario ha aperto per la prima volta alla possibilità di eventuali dimissioni, di lì a poco seguite da un annuncio del Presidente del Consiglio Conte di proporre la revoca delle deleghe allo stesso.

La vicenda si è così conclusa in data 8 maggio 2019, quando il Presidente del Consiglio ha

* Sottoposto a referaggio.

** Assegnita di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

revocato l'incarico all'onorevole, a seguito di un Consiglio dei Ministri in cui alcuni esponenti di maggioranza (Lega) hanno ribadito la loro contrarietà a tale scelta¹.

Quanto brevemente ripercorso, dunque, propone una serie di interrogativi circa la posizione giuridica che assumono i Sottosegretari di Stato nell'ordinamento costituzionale, posto che sono ancora molti i *nodi* irrisolti, anche da un punto di vista normativo, che meriterebbero interventi correttivi, soprattutto in materia di nomina e revoca degli stessi.

Si tenterà, così, in questa breve rassegna, di delinearli alla luce dei mutamenti che hanno investito la nostra forma di governo parlamentare, in linea con il sistema elettorale e le prassi consolidate.

Procedendo con ordine, giova inquadrare, alla luce della disciplina vigente, quali siano i principi costituzionali che regolano la particolare posizione giuridica assunta dai Sottosegretari di Stato nel nostro ordinamento.

Nel silenzio della Costituzione repubblicana, che nella disciplina sul Governo non richiama espressamente i Sottosegretari, come si avrà modo di approfondire nei successivi paragrafi, il fondamento normativo è rinvenibile nell'art. 10 della l. n. 400/1988, secondo il quale «i sottosegretari di Stato sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro che il sottosegretario è chiamato a coadiuvare, sentito il Consiglio dei Ministri». Tale articolo non ha, però, risolto le problematiche sottese a tale figura, limitandosi a delinearne il solo meccanismo di nomina (comma 1), il giuramento (comma 2), le funzioni (comma 3), i rapporti con l'organo legislativo (comma 4) e il richiamo ai Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (comma 5). Nulla è specificato circa il procedimento eventuale di revoca dei Sottosegretari, così che autorevole dottrina ha sottolineato la necessità che intervenga un procedimento uguale e contrario². Nel caso di specie, a seguito del Consiglio dei Ministri in data 8 maggio 2019, è intervenuto il Decreto presidenziale con il quale si è revocato l'incarico dell'on. Siri³.

Analizzando la fattispecie da un punto di vista di principi costituzionali che regolano la figura del Sottosegretario di Stato nel nostro ordinamento, sono numerosissime le questioni e i problemi legati allo stesso. In tale breve rassegna, ci si concentrerà, per ragioni di economia

¹ Al fine di ricostruire tale vicenda, conclusasi con un D.P.R. di revoca intervenuto in data 10 maggio 2019, si rinvia alle principali testate giornalistiche, nonché, più di recente, alla ricostruzione reperibile al sito www.tg24.sky.it.

² Come da ultimo rilevato da autorevole dottrina: M. Luciani in un'intervista del Corriere della Sera, 3 maggio 2019, nonché M. Villone, in un articolo edito su Il Manifesto del 7 maggio 2019.

³ Decreto del Presidente della Repubblica 10 maggio 2019, in G.U. n. 116 del 20 maggio 2019.

espositiva, sull'istituto della revoca e del rapporto fiduciario che intercorre (o dovrebbe intercorrere) tra Ministro e Sottosegretario.

Questo perché, l'istituto della revoca ben può essere idoneo a influire sul più generale rapporto di fiducia che dovrebbe intercorrere tra Ministro e Sottosegretario attraverso la delega di funzioni. Come noto, nelle forme di governo parlamentare⁴, assume centralità l'istituto della fiducia, che lega il Governo alla maggioranza parlamentare. È solo, dunque, attraverso l'istituto della sfiducia che è possibile determinare le dimissioni di un membro dell'esecutivo, secondo quanto emerso anche a seguito della celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 7/1996, in materia di sfiducia individuale (cd. *caso Mancuso*)⁵.

Di qui la difficoltà, legata alla nostra forma di governo parlamentare monista, di operare agevoli parallelismi con la possibilità di revoca dei Sottosegretari di Stato, non sussistendo un legame diretto tra questi ultimi e il Parlamento, se non in via indiretta, e *di riflesso*, rispetto alla posizione assunta dall'esecutivo.

Tuttavia, nell'ambito dei rapporti che intercorrono tra singolo Ministro e Sottosegretario, il rapporto fiduciario che dovrebbe intercorrere risulta affievolito, prevalendo (come si avrà modo di chiarire) le logiche *politiche* su quelle di natura tecnico-amministrativa.

Ecco perché la figura dei Sottosegretari si è plasmata e adattata alle modifiche del contesto politico e legislativo, anche a seguito di consuetudini consolidate nel tempo, per le quali la tendenza è stata quella di valorizzare il ruolo politico degli stessi a detrimento delle altrettanto importanti funzioni amministrative ad essi attribuite. Di qui la necessità di indagarne, in primo luogo, l'origine e l'evoluzione.

⁴ A riguardo si tenga presente, tuttavia, che parte della dottrina ha più di recente evidenziato come la nostra forma di governo (tipicamente monista) stia assumendo dei "tratti" propri delle forme di governo dualiste, in linea con le prassi che recentemente si stanno consolidando. Ci si riferisce alle considerazioni espresse da A. Lucarelli, in AA.VV., *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionare la scelta dei Ministri*, in *Giur. Cost.* n. 2/2018.

⁵ Si richiamano, in tal senso, le considerazioni di A. D'Andrea e A. Lauro, *Brevi notazioni di contesto sulla revoca dei sottosegretari di Stato (a margine del "caso Siri")*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 giugno 2019, p. 3, secondo cui: «D'altra parte, nel momento in cui il giudice costituzionale ha stabilito che, in virtù di un'interpretazione sistematica corroborata da una consuetudine costituzionale, la responsabilità del singolo ministro è suscettibile di essere individualizzata e fatta valere separatamente da quella collegiale, non si vede l'ostacolo giuridico-costituzionale all'esercizio da parte del binomio Presidente della Repubblica-Presidente del Consiglio del potere di revoca».

2. I fondamenti storico-normativi.

Le prime forme paragonabili alla posizione che riveste il Sottosegretario di Stato nella compagine governativa, sono rintracciabili già prima dell'unificazione italiana, quali "anelli di congiunzione" tra politica e amministrazione, in particolare, nel r.d. 23 ottobre 1853, n. 1611 *per l'esecuzione del Titolo Primo della Legge 23 marzo 1853 sull'ordinamento dell'Amministrazione centrale* (cd. Legge Cavour), con il quale si consentiva a ciascun Ministro di scegliere un Segretario particolare di gabinetto tra i dipendenti del Ministero⁶.

A differenza, però, di quanto specificato nelle disposizioni di legge, la prassi ha sin da subito determinato un superamento della disciplina, al fine di ottemperare all'esigenza di nominare persone di fiducia per il Ministro seppur estranee all'amministrazione⁷.

Un primo problema posto da tale *scollamento* tra prassi e dettato normativo era rintracciabile nelle contrapposte esigenze per il Ministro di contornarsi di persone di fiducia (dal momento che egli è posto al vertice dell'amministrazione) e difficoltà di coniugare, nella medesima persona, fiducia e appropriate capacità professionali, con una netta prevalenza, dunque, delle esigenze politiche su quelle tecniche⁸, tali da non consentire rapporti virtuosi e sinergici con gli uffici⁹.

Data, quindi, la qualificazione indefinita della figura dei Segretari generali, non idonei a soddisfare le esigenze di collaborazione del Ministro¹⁰, il r.d. n. 5247/1888 abolì tale figura e fu introdotta da Crispi, con l. n. 5195/1888, la figura dei Sottosegretari di Stato, mutuata da

⁶ In particolare, ai sensi dell'art. 4, I comma.

⁷ G. M. Racca, *I Sottosegretari di Stato tra politica e amministrazione*, Napoli, 2001, p. 17 ss.

⁸ Più in generale, sull'intricato rapporto tra tecnica e politica, può richiamarsi G. Grasso (a cura di) con la collaborazione di R. Perrone, *Il governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como, 20 novembre 2015, Napoli, 2016.

⁹ G.M. Racca, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰ Né da un punto di vista interno all'amministrazione ministeriale, né da un punto di vista parlamentare, dal momento che per prassi, i Segretari generali furono scelti tra i membri delle Camere, ma date le mere competenze amministrative ad essi affidati, come rilevato in dottrina: «il Parlamento perdeva un voto, e una forza politica, perché questi per consuetudine non prendeva più la parola in Parlamento, [...] ma l'Amministrazione non acquistava mai un grande *burocrate*». Così si esprime G.M. Racca, *op. cit.*, p. 22, richiamando anche I. Santangelo Spoto, voce *Ministero e ministri*, in *Il Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1905, p. 511 (mio, invece, il corsivo).

modelli stranieri, in particolare quelli britannico¹¹ e francese¹².

Con tale intervento normativo si tentò, così, di rafforzare in Parlamento la posizione del Governo, dal momento che i Sottosegretari divenivano “proiezione” della figura ministeriale, nella duplice veste di componenti del Governo e vertici degli apparati amministrativi¹³.

Una svolta significativa si è operata, poi, con l’art. 2 del r.d.l. 10 luglio 1924, n. 1100¹⁴, con cui fu precisato che i Sottosegretari di Stato non avessero attribuzioni proprie ed esercitassero nel rispettivo dicastero le attribuzioni loro delegate dal Ministro, senza essere più rappresentanti di quest’ultimo come previsto dalla disciplina di fine ottocento. Così, se, da un lato, si è sostenuto che la disposizione mirasse a limitare la dignità politica e amministrativa del Sottosegretario di Stato (in un particolare momento storico politico)¹⁵, dall’altro ben può cogliersi un elemento di continuità con l’attuale disciplina, in particolare relativamente al regime di delega di funzioni da parte del Ministro.

Anche in tal caso, però, la prassi consolidatasi¹⁶ ha dimostrato come, anche in un’ottica di rafforzamento della figura del Capo del Governo, propria del ventennio fascista, si potesse registrare un’estensione di poteri delegati, quasi facendo assurgere i Sottosegretari al ruolo di Vice-Ministri, inducendo la dottrina a indicare tale periodo come “Governo dei

¹¹ Nel quale la figura del Sottosegretario era nata per garantire il rispetto, da parte del Governo, dell’obbligo di assistere alle sedute parlamentari. Cfr. O. Rannelletti, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova, 1929, p. 203, considerava l’istituzione dei Sottosegretari quale «imitazione di una istituzione inglese (di cui non aveva, però, da noi la ragione)»; se si consideri che l’istituzione inglese nasceva con il chiaro scopo di creare un “ponte di collegamento” tra Ministro e ramo del Parlamento di cui quest’ultimo non faceva parte. Cfr. diffusamente, sul punto, F. Cuocolo, voce *Sottosegretari di Stato*, in *Enc. Giur.*, Torino, 2009, e G.M. Racca, *op. cit.*, pp. 24-35.

¹² In Francia, nacque inizialmente con funzioni di tipo amministrativo, per poi evolversi al fine di assicurare un legame più stretto tra legislativo ed esecutivo. In tal senso L. Ciaurro, voce *Sottosegretari di Stato*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 171 ss.

¹³ Autorevole dottrina ha sottolineato che «nell’ordinamento costituzionale italiano, il sottosegretario nasce - in una chiave originale - dalla commistione tra i settori politico ed amministrativo, come collaboratore del ministro con caratteristiche anomale ed ibride (a metà strada tra un direttore generale e un ministro)». Così L. Ciaurro, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴ In base al quale, per disposto dell’art. 2, comma I, «I sottosegretari di Stato non hanno attribuzione proprie ed esercitano, nel rispettivo dicastero, le attribuzioni che loro vengono delegate dal ministro».

¹⁵ O. Rannelletti, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶ Instauratesi già con l’entrata in vigore della legge crispina, sia con riferimento al numero che alle attribuzioni dei Sottosegretari. A titolo esemplificativo, sebbene le disposizioni di legge prevedessero l’istituzione di un unico sottosegretario per ciascun dicastero, il limite fu interpretato in maniera non tassativa, consolidandosi la prassi di nominare più di un Sottosegretario per ciascun dicastero. Ciò ha determinato dei riflessi anche rispetto alle funzioni attribuite a tali figure, in particolare, di rappresentanza del Ministro nei casi di legittimo impedimento, perché a fronte di un numero elevato di Sottosegretari sarebbe stato difficile individuare il membro supplente. Per approfondire tali aspetti, si rinvia a L. Ciaurro, *op. cit.*, p. 170, e R. Cassano, *Brevi note sulla (pretesa) responsabilità politica dei Sottosegretari di Stato. Eclisse del potere, eclisse della responsabilità*, in *Diritto Pubblico*, n. 1-2/2010, p. 434.

Sottosegretari»¹⁷.

In Assemblea Costituente si sviluppò un dibattito sulla vigenza della disciplina relativa ai Sottosegretari di Stato, anche se, in Costituzione, tale figura non sarebbe stata contemplata. Infatti, in sede di elaborazione dell'art. 56 se ne discusse per inserire tali figure tra gli eleggibili a senatori, anche in deroga al limite di età del compimento del quarantesimo anno, ma tale ipotesi fu, poi, scartata¹⁸. Pertanto, le norme preesistenti furono ritenute ancora vigenti, così come quelle che si erano formate per consuetudine, fino alla l. n. 400/1988, sull'organizzazione e funzionamento del Governo, con la quale la figura dei Sottosegretari ha trovato nuova codificazione¹⁹.

Da questa breve ricostruzione storica della figura può cogliersi, così, la natura *ibrida* che sin dalle origini ha caratterizzato la figura dei Sottosegretari di Stato, dal momento che in mancanza di una disciplina dettagliata o organica si è, probabilmente, preferito lasciare spazio a contingenti esigenze di carattere politico.

Alla luce di tali rilievi è, forse, opportuno interrogarsi sulla necessità di conservare l'attuale disciplina rispetto ai mutamenti più recenti che hanno investito la forma di governo parlamentare²⁰.

3. Il complesso inquadramento costituzionale della figura del Sottosegretario.

Si è anticipato che la vigente disciplina è rinvenibile anche (e soprattutto) nella l. n. 400 del 1988, in particolare all'art. 10, che però nulla specifica in ordine alla posizione assunta dai Sottosegretari nell'ordinamento costituzionale, così che parte della dottrina ha finito per considerarli quali meri organi ausiliari del Governo²¹.

Il silenzio della Carta costituzionale ha posto il problema, anche in linea con l'art. 92 Cost., della possibilità di non poter configurare i Sottosegretari nell'alveo della compagine

¹⁷ L. Ciaurro, *op. cit.*, p. 171.

¹⁸ Cfr. G. M. Racca, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹ *Ibidem*, nonché A. Tesaro, G. Guarino, *Ministri senza portafoglio-Sottosegretari di Stato*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, n. 1/1948, p. 129.

²⁰ Sul tema, e con particolare attenzione alle trasformazioni riconnesse anche al sistema dei partiti, si richiama S. Staiano, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 2/2018.

²¹ In questi termini R. Cassano, *op. cit.*, p. 439; nonché S. Labriola, *Il Governo della Repubblica. Organi e poteri. Commentario alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, Rimini, 1990. *Contra*, L. Ventura, *Note in tema di sottosegretari di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, p. 472, secondo il quale «svolgendo i sottosegretari funzioni di governo di carattere ausiliario a quelle più generali svolte dai ministri, essi fanno parte del Governo».

governativa o, al contrario, di riconoscerli tacitamente quali membri del Governo.

Anche se, non si è mancato di rilevare che altre fonti normative abbiano dato adito ad un eventuale ripensamento di quest'ultimo assunto²². Data, infatti, la laconicità della disciplina sul potere esecutivo²³, l'inclusione dei Sottosegretari tra i membri di Governo può ritenersi ammissibile «nei limiti in cui non diminuisca né modifichi le attribuzioni, costituzionalmente previste, dei soggetti istituzionali menzionati dall'art. 92 Cost.»²⁴.

Stante l'insussistenza di una posizione chiara ed univoca sul punto, si ritiene potersi accogliere la posizione di coloro i quali ritengono che non sia tanto da un punto di vista del dettato costituzionale che può rinvenirsi il fondamento dell'istituto, quanto in una vera e propria consuetudine costituzionale; quest'ultima integrerebbe l'articolo da ultimo citato individuando nel Presidente del Consiglio, nei Ministri e nel Consiglio dei Ministri gli organi di governo, accanto ai quali possono (e non necessariamente debbono) istituirsi degli altri organi²⁵.

Ciò, tuttavia, non risolve il problema sotteso all'inquadramento sistemico dei Sottosegretari, dal momento che anche le funzioni ad essi attribuite possono essere tanto di carattere amministrativo, rispetto al settore dell'amministrazione loro affidato, tanto di carattere politico, in particolare laddove siano chiamati ad intervenire nei lavori parlamentari o a rappresentare in sedi esterne gli orientamenti politici dell'esecutivo²⁶; nonché nell'alveo di limiti sia generali, in proiezione delle funzioni espressamente riservate ai Ministri dalla Costituzione o dalla legge, quanto particolari, secondo il disposto dell'art. 10 l. 400/1988²⁷.

²² R. Cassano, *op. cit.*, p. 439, secondo cui alcuni riferimenti normativi «lascino intravedere spiragli utili anche a un parziale ripensamento di questa considerazione», così riferendosi all'art. 1, c. 376, legge 24 dicembre 2007, n. 244, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, la quale ha incluso i sottosegretari tra i membri del Governo, disponendo che «il numero totale dei componenti del Governo a qualsiasi titolo, ivi compresi Ministri senza portafoglio, Viceministri e Sottosegretari, non può essere superiore a sessanta e la composizione del Governo deve essere coerente con il principio stabilito dal secondo periodo del primo comma dell'art. 51 Cost.».

²³ Tale da indurre parte della dottrina a considerare il Governo un istituto a “fattispecie aperta” adattabile ai mutamenti che investono la forma di governo parlamentare, come evidenziato da T. F. Giupponi, *Il Governo nel sistema bipolare*, in Id. e A. Barbera (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, p. 51 ss.

²⁴ In tal senso, R. Cassano, *La sfiducia ai sottosegretari: tra prassi, regole e convenzioni costituzionali*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2010, p. 827 ss., che richiama anche G. U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano, 1967; *contra*, L. Ventura, *op. cit.*, p. 469 ss. che ritiene che l'elencazione dei membri del Governo contenuta nell'art. 92 Cost. sia tassativa, poiché diversamente argomentando «si finisce con il trasformare un organo *praeter constitutionem* in organo *contra constitutionem*, dato che non pare possibile fornire all'art. 92 altra interpretazione se non quella letterale».

²⁵ Cfr. L. Ciaurro, *op. cit.*, p. 168.

²⁶ Si badi che in dottrina si è operata un'ulteriore distinzione di funzioni tra amministrative, costituzionali (relativamente ai rapporti tra Sottosegretario e parlamento) e politiche (relativamente alla possibilità di rappresentare in sedi esterne gli orientamenti politici del Governo. Sul punto L. Ciaurro, *op. cit.*, pp. 171-172.

²⁷ Il riferimento è qui alle deleghe che possono ricevere i sottosegretari.

Quanto premesso è utile a ricostruire anche il rapporto che può intercorrere tra Sottosegretario, Ministro e Consiglio dei Ministri.

Sotto il primo profilo, si può distinguere tra le funzioni di carattere amministrativo e quelle di tipo politico. In riferimento alle prime, non risulta chiara l'effettiva sussistenza di un vero e proprio rapporto gerarchico tra Ministro e Sottosegretario; interpretando in via estensiva quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 10 l. 400/1988, se ne ricaverebbe la possibilità, per il Ministro, di porre in essere atti di indirizzo (in particolare direttive), tali da determinare un grado di discrezionalità del Sottosegretario. In riferimento alle seconde, il rapporto con il Ministro interessato si fonda, in sede di Consiglio dei ministri, attraverso un *gradimento* (anche implicito) nei confronti del Sottosegretario (o Sottosegretari) con cui dovrà collaborare²⁸.

Quanto al secondo profilo (rapporti tra Sottosegretario e Consiglio dei Ministri), può invece configurarsi un rapporto fiduciario in senso lato, «dal momento che la nomina dei sottosegretari avviene *sentito* tale organo collegiale, il quale adotta una vera e propria deliberazione sul punto». Nonché, ancora, secondo attenta dottrina, «un sottosegretario potrebbe partecipare anche a sedute del Consiglio dei ministri, esprimendo le proprie opinioni, pur senza prendere parte alle votazioni (altrimenti diverrebbe un vero e proprio membro di quell'organo collegiale, con palese violazione del dettato costituzionale), qualora invitato dallo stesso Consiglio in occasione dell'esame di materie rientranti nella competenza delegata»²⁹.

Ai fini della trattazione, tale ultimo assunto non è di poca rilevanza: l'insieme delle funzioni appena descritte, attribuibili ad un Sottosegretario, ai sensi del comma 3 della l. 400/1988, sono subordinate all'adozione di un apposito decreto ministeriale. Senza, infatti, l'emanazione di quest'ultimo (o nel caso di revoca delle stesse) saremmo dinanzi ad un soggetto impossibilitato ad esplicare ruoli amministrativi e istituzionali³⁰. Da ciò ne discende l'importanza di valorizzare il rapporto tra Ministro e Sottosegretario che, allo stato, può ricavarsi solo in via interpretativa dall'analisi storico-evolutiva dell'istituto. Al contrario, in assenza di tale rapporto, si renderebbe superfluo il dettato normativo sopra descritto.

Non si comprende il motivo per il quale, affinché si proceda alla nomina e revoca dei Sottosegretari, sia necessario un procedimento atto a coinvolgere il Consiglio dei Ministri,

²⁸ Che trova un riferimento normativo al comma 1 dell'art. 10 della l. 400/1988 laddove si fa espresso riferimento al «concerto con il Ministro che il Sottosegretario è chiamato a coadiuvare».

²⁹ Così, L. Ciaurro, *op. cit.*, p. 173.

³⁰ Si veda L. Elia, *I sottosegretari di Stato rivestono funzioni di governo?*, in *Scritti in onore di Antonino Giuffrè*, vol. III, Milano, 1968, p. 448 ss.

laddove le concrete funzioni che il Sottosegretario è chiamato a svolgere dipendano dalla delega del singolo Ministro. In tal senso, non è tanto il rapporto fiduciario tra singolo Ministro e sottosegretario ad essere valorizzato quanto quello tra Sottosegretario e Consiglio dei Ministri; così che per rendere più coerente il sistema anche le deleghe dovrebbero farsi discendere da una delibera del Consiglio dei Ministri (e non da un decreto ministeriale).

Se ciò non fosse sufficiente, è possibile comunque richiamare anche la rilevanza che ha assunto la prassi in particolare in materia di revoca dei Sottosegretari, verso i quali il Parlamento, nel corso della storia repubblicana, ha presentato mozioni di *sfiducia* volte a invitare i primi alle dimissioni o a sollecitare il Presidente del Consiglio dei Ministri a revocarli. Mozioni che non possono farsi rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 94 Cost., ma da inquadrarsi quali atti di indirizzo che, se disattesi dal Governo, sono idonei a far valere la responsabilità politica dello stesso dinanzi alle Camere³¹. Indice, quest'ultimo, della rilevanza che hanno continuato ad assumere i Sottosegretari da un punto di vista politico.

Quanto ciò premesso consente, quindi, di entrare nel merito dell'istituto della nomina e revoca degli stessi, al fine di indagare, in prospettiva *de iure condendo*, sulla possibilità di riformare il procedimento previsto dalla legge 400/1988 e valorizzare il rapporto di fiducia tra singolo Ministro e Sottosegretario.

4. Il procedimento di nomina e revoca del Sottosegretario.

L'art. 10 della l. 400/1988, invero, si limita a disporre, al comma 1, che «i sottosegretari di Stato sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro che il sottosegretario è chiamato a coadiuvare, sentito il Consiglio dei Ministri»; nulla si dice circa il procedimento di revoca degli stessi, il che, in base a quanto già tenuto conto in precedenza, fa propendere per la doverosità di prevedere un procedimento uguale e contrario.

È opportuno chiedersi, inoltre, alla luce del più recente *caso Siri*, se tale procedimento non debba essere riformato e semplificato, stante non solo la rilevanza che ha acquisito la prassi

³¹ In tal senso A. D'Andrea e A. Lauro, *op. cit.*, 5. Cfr. anche, per approfondire, R. Cassano, *Brevi note sulla (pretesa) responsabilità politica dei Sottosegretari di Stato, cit.*, p. 444 ss.

(prevalendo le logiche politiche su quelle giuridiche)³² ma anche per la necessità di implementarne i meccanismi di responsabilità alla luce delle funzioni che ai Sottosegretari sono attribuite dallo stesso art. 10, nei commi 3 e 4³³. Il procedimento di nomina non ha garantito il superamento delle logiche di *partizione* che regolano l'attribuzione dell'incarico stesso, dal momento che il Ministro non sembra influirvi in modo decisivo. Attenta dottrina ha rilevato che l'accordo tra le forze politiche di maggioranza sull'assegnazione dei Sottosegretari "può dunque essere imposto agli stessi Ministri, con la trasformazione della *concertazione* in una mera ratifica di scelte già compiute per un riequilibrio tra le forze politiche"³⁴.

Però, dato che il disposto normativo richiama la necessità di un intervento attivo del Ministro interessato, non può negarsi che il rapporto di fiducia tra Ministro e Sottosegretario assuma particolare rilievo (anche al fine di addivenire ad una proficua collaborazione) e che, in concreto, sembra mancare sin dall'origine dell'istituto.

Il motivo è forse rintracciabile a livello sistemico, in linea non solo con la disciplina elettorale, ma anche rispetto alle funzioni che la legge 400/1988 affida ad altri organi costituzionali, tra cui il Capo dello Stato.

Con riguardo al primo profilo (materia elettorale), è noto che la legge n. 400 si colloca in una prospettiva di rafforzamento dell'organo esecutivo nell'ambito di un sistema elettorale di tipo proporzionale che meglio possa conciliare l'esigenza di stabilità con quella di rappresentatività³⁵.

Anche a seguito delle più recenti sentenze della Corte Costituzionale in materia elettorale³⁶, la

³² Sebbene il dato normativo non sia sufficiente a delineare un vero e proprio "rapporto di fiducia" tra Ministro e Sottosegretario, è anche vero che il Ministro riveste pur sempre un ruolo attivo nella procedura di nomina, sotto forma di "gradimento" da esprimere in relazione alla persona nominanda; in caso contrario, come sottolineato in dottrina (R. Cassano, *Brevi note sulla (pretesa) responsabilità politica dei Sottosegretari di Stato*, cit., 440), sarebbe difficile immaginare un rapporto di concreta e fattiva "coadiuvazione" così come ipotizzato dall'art. 10, co. 1 e 3 della l. 400/1988.

³³ V. Art. 10, comma 3, l. 400/1988: «I sottosegretari di Stato coadiuvano il Ministro ed esercitano i compiti ad essi delegati con decreto ministeriale pubblicato nella Gazzetta Ufficiale»; comma 4: «I sottosegretari di Stato possono intervenire, quali rappresentanti del Governo, alle sedute delle Camere e delle Commissioni parlamentari, sostenere la discussione in conformità alle direttive del Ministro e rispondere ad interrogazioni e interpellanze».

³⁴ A. Pizzorusso, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, a cui l'A. aggiunge che «la deliberazione del Consiglio dei Ministri avviene su designazione dei partiti che compongono la coalizione».

³⁵ La letteratura sul tema, copiosa ed autorevole, consente di segnalare, a titolo esemplificativo, F. Lancaster, *Sistemi elettorali e forme di governo*, Bologna, 1981, nonché, più di recente, A. Morrone, *Sistema elettorale e ordinamento costituzionale. Profili di teoria generale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017; G. De Minico, G. Ferraiuolo (a cura di), *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo. Atti del Convegno di studi del Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Napoli Federico II, 13 aprile 2018*, Firenze, 2019.

³⁶ Ci si riferisce alle storiche Sentenze Corte Cost. n. 1/2014 e n. 35/2017. Nelle quali la Corte, seppur ribadendo «che l'Assemblea Costituente, «pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul

sussistenza di un sistema a prevalenza proporzionale ha impattato sulla formazione stessa del Governo³⁷, determinando inevitabilmente coalizioni post-elettorali in mancanza del raggiungimento di una chiara maggioranza parlamentare³⁸.

Questo rilievo non è di poco conto rispetto alla nomina dei Sottosegretari di Stato, dal momento che la prassi ha dimostrato che sono stati funzionali proprio ad allargare l'appoggio parlamentare al Governo, a discapito del rapporto fiduciario che dovrebbe virtuosamente instaurarsi con il Ministro chiamato a coadiuvare.

Se non è assicurato un rapporto fiduciario con il Ministro, l'appartenenza alla medesima coalizione, che sostiene un determinato esecutivo, potrebbe assicurare una consonanza di interessi che garantisca la collaborazione con il Governo³⁹. In tal senso potrebbe leggersi la diffusa tendenza ad assegnare l'incarico di Sottosegretario a persone appartenenti a partiti politici diversi da quello del Ministro, con l'intenzione non tanto di coadiuvarlo, quanto di «controbilanciarne l'influenza politica nell'ambito del dicastero»⁴⁰.

Si è sottolineato, invero, come i Sottosegretari fossero nati proprio allo scopo di porsi quali *anelli di congiunzione* prima tra Ministro e amministrazione (*rectius*: uffici ministeriali), e solo in un secondo momento quali strumenti di ampliamento dell'appoggio in Parlamento al Governo. Se dunque, la *ratio* sottesa all'istituto è quella di prevedere una figura di fiducia del Ministro, la nomina del Sottosegretario Siri (esponente della Lega) al Ministero dei Trasporti, al cui vertice vi era l'on. Toninelli (esponente del Movimento 5 stelle) è stato un chiaro indice della volontà politica di *tenere insieme* la maggioranza⁴¹; se si dovesse astrattamente prefigurare un rapporto di fiducia tra Ministro e Sottosegretario, quest'ultimo verosimilmente dovrebbe essere espressione dello stesso partito di appartenenza del primo⁴².

piano normativo, costituzionalizzando una scelta proporzionalistica o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, la configurazione dei quali resta affidata alla legge ordinaria» (par. 3.1. sent. 1/2014), nei fatti non sembra aver aperto la strada a prospettive maggioritarie che, ad oggi, restano circoscritte alla “*legge Scelba*” e alla “*legge Mattarella*”.

³⁷ Sul punto, sempre S. Staiano, *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁸ Sulla circostanza che la coalizione rappresentasse una necessità costituzionale e che non vi fossero diverse alternative in ordinamento come quello italiano (e già ben prima del passaggio da “stagione proporzionale a maggioritaria”) si era espressa autorevole dottrina: G. Ferrara, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, p. 121.

³⁹ In termini analoghi G. M. Racca, *I Sottosegretari di Stato tra politica e amministrazione*, cit., p. 122.

⁴⁰ Così F. Cuocolo, *Il Governo nel vigente ordinamento italiano*, vol. I, *Il procedimento di formazione. La struttura*, Milano, 1959, p. 282.

⁴¹ Si pensi anche alla disciplina dei gruppi parlamentari e ai numeri di cui vanta il gruppo misto. La nomina di alcuni onorevoli quali sottosegretari di Stato è idonea ad allargare la maggioranza di governo.

⁴² A meno che non se ne voglia valorizzare la natura tecnica della figura del Sottosegretario, in tal caso ben potendosi giustificare la nomina di due o più Sottosegretari anche appartenenti a forze politiche diverse (o addirittura estranei al circuito parlamentare), ma che, comunque, mal si concilierebbero con le deleghe che il Ministro ad essi affida con successivo decreto ministeriale.

Ecco perché si ritiene di dover riconsiderare la figura dei Sottosegretari al fine di ridefinirne il ruolo sia nei rapporti con organi politici, sia con quelli amministrativi; a partire proprio, dal meccanismo di nomina e revoca, volto a rafforzare il rapporto fiduciario Ministro-Sottosegretario.

Secondo una recente interpretazione, è possibile ipotizzare un “parallelismo di forme” tra meccanismo di revoca dei Ministri con quello dei Sottosegretari⁴³. Così come nel caso dei Ministri sarebbe necessaria la convergenza di due volontà presidenziali, anche per i Sottosegretari dovrebbe prefigurarsi la stessa convergenza. Purtuttavia, nel caso della revoca di un Sottosegretario, il procedimento sarebbe reso più complesso, richiedendo anche il concerto del Ministro interessato⁴⁴; il sistema finisce, così, per produrre una situazione inutilmente gravosa, se si considera la posizione giuridica assunta dagli stessi.

In secondo luogo, come anticipato, è necessario chiarire gli eventuali poteri che può assumere il Capo dello Stato in ordine alla nomina e revoca dei Sottosegretari. Come rilevato alla luce del Caso Siri⁴⁵, in astratto il Presidente della Repubblica ben avrebbe potuto rifiutare di emanare un d.p.r. di revoca dell’incarico. Del resto, seppur in un’ipotesi sostanzialmente diversa, si è effettivamente registrato un ampliamento dei poteri dello stesso già in sede di formazione del Governo Conte con il veto alla nomina di Paolo Savona a capo del Ministero di Economia e Finanza⁴⁶.

Tale ampliamento o riduzione di poteri del Capo dello Stato si pone in linea non solo con le trasformazioni che stanno investendo la forma di governo parlamentare monista, come rilevato già in dottrina⁴⁷, ma è forse esito fisiologico anche di un sistema elettorale di tipo proporzionale,

⁴³ Secondo l’interpretazione fornita da A. D’Andrea e A. Lauro, *op. cit.*, p. 4. Seppur con la precisazione che si è avuto modo di sottolineare nel paragrafo 1 del presente lavoro, circa il fondamento dell’istituto della revoca nel nostro ordinamento.

⁴⁴ Si riportano, al fine di chiarire tale passaggio, le considerazioni espresse da A. D’Andrea e A. Lauro, *op. cit.*, p. 4, secondo cui: «Come nel caso dei ministri deve sussistere un atto complesso uguale e contrario – quindi “duale”, nel senso che deve vedere la convergenza delle due volontà presidenziali, anche se, in ossequio all’art. 95, quella del Presidente del Consiglio dovrebbe essere in questo caso preponderante – così per i sottosegretari le volontà che hanno concorso nella nomina sono supposte fondersi nella revoca. In questa ricostruzione v’è però un rischio: la destituzione di un sottosegretario si presenta proceduralmente più complessa rispetto a quella di un Ministro. Anzi, il sottosegretario sembrerebbe poter diventare inamovibile nel momento in cui il Ministro cui è assegnato non volesse dare il suo “concerto” alla revoca. Ci pare che il problema non sia insuperabile. Una volta acquisito l’orientamento del Consiglio dei Ministri, se il ministro competente continuasse ad opporsi alla revoca di un sottosegretario sarebbe evidente come egli comprometta l’unità d’indirizzo del Governo».

⁴⁵ M. Luciani, in un’intervista del Corriere della Sera, 3 maggio 2019.

⁴⁶ Si sottolinea che, sebbene il veto alla nomina e il veto alla revoca non siano casi assimilabili, assumendo che, allo stato, i procedimenti di nomina e revoca, nel loro perfezionamento, richiedono l’intervento necessario di un provvedimento presidenziale, a fini di completezza espositiva si è ritenuto operare tale riferimento.

⁴⁷ Ci si riferisce alle recenti considerazioni espresse da A. Lucarelli, in AA.VV., *op. cit.*, 1002 ss., secondo cui «il carattere formale e non propriamente sostanziale del potere di nomina del capo dello Stato dei ministri, su proposta

tale da rendere pur sempre decisivo il ruolo dello stesso in mancanza di formazione di maggioranze chiare a seguito delle elezioni⁴⁸.

D'altro canto, come opportunamente sostenuto, può pacificamente ritenersi che il ruolo del Presidente della Repubblica “dovrebbe limitarsi ad un mero controllo formale e di verifica della tenuta del Governo. D'altronde, non si capisce per quale motivo di interesse pubblico e/o costituzionale il Presidente dovrebbe ostacolare la rimozione di un Sottosegretario”⁴⁹. In tal senso, il *rischio* che possa registrarsi l'ampliamento dei poteri presidenziali può ritenersi un'ipotesi plausibile quanto estrema.

5. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

Quanto fin qui premesso conferma la perdurante incertezza intorno all'istituto in esame, sia perché non definito nella sua posizione giuridica, sia nelle sue funzioni, nonostante sia intervenuta la l. n. 400/1988, che sul punto ha assunto una rilevanza “più procedurale che sostanziale”⁵⁰.

È indubbio che la prassi dimostri quanto, sebbene anche il dettato normativo non sia sufficiente a delineare un vero e proprio “rapporto di fiducia” tra Ministro e Sottosegretario, si sia ricorso (e si continui a ricorrere) a tale istituto, soprattutto per ragioni di carattere prevalentemente politico⁵¹. Pertanto, anche l'elevato numero di Sottosegretari richiederebbe un intervento correttivo normativo volto a fissarne un limite massimo, così da poter valorizzarne le effettive funzioni di raccordo interne ed esterne all'amministrazione. Allo stato, infatti, ed in base all'esperienza repubblicana, perplessità potrebbero esprimersi, altresì, in ordine alla non ben

del Presidente del Consiglio, si evince proprio dai caratteri generali della forma di governo parlamentare monista, in particolare, dalla circostanza che normalmente quando si intende attribuire un reale potere di nomina [...] a tale potere viene associato anche il potere di revoca dei ministri stessi», a cui l'A. aggiunge che sia che si parli di interdizione, controllo, garanzia, veto «l'azione del Presidente, nel caso specifico ha espresso comunque una dilatazione dei suoi poteri, trasformando, temporaneamente, la forma di governo parlamentare da monista a dualista». Nonché, A. Lucarelli, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, 1995.

⁴⁸ Del resto, in materia di ampliamento e riduzione dei poteri del Capo dello Stato in base al contesto politico-istituzionale, celebre è la teoria della fisarmonica, ascrivibile a Giuliano Amato, come richiamata nel volume di V. Lippolis, G. M. Salerno, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna, 2016, p. 31.

⁴⁹ Così A. D'Andrea e A. Lauro, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁰ In tal senso L. Ciaurro, *op. cit.*, p. 178.

⁵¹ Si registra infatti, nell'attuale compagine governativa un numero complessivo di 49 Sottosegretari, a fronte dei 31 della precedente legislatura, ma proseguendo a ritroso, ben può riscontrarsi un numero cospicuo.

marcata distinzione di funzioni tra Sottosegretari e Vice Ministri. La legge 26 marzo 2001, n. 81, ha previsto il conferimento a non più di dieci Sottosegretari (con deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio) del «titolo» di Vice Ministro per lo «svolgimento di deleghe relative ad aree e progetti di competenza di una o più strutture dipartimentali, ovvero di più direzioni generali». Tuttavia, seppur con qualche minima differenza in ordine alle competenze attribuibili ai Vice Ministri, nonostante «la denominazione piuttosto ambigua, sospesa tra il rango ministeriale e quello di Sottosegretario ordinario, tale figura appare più che altro assimilabile ad un *Sottosegretario* anche se non si può escludere una loro maggiore *connotazione politica*»⁵². Per ragioni di economia espositiva, non è possibile dilungarsi oltre su tali aspetti, così come sulle differenti posizioni che assumono i Sottosegretari rispetto al Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al rapporto che è venuto ad instaurarsi tra i primi e l'organo legislativo⁵³.

Alla luce del dettato normativo e delle prassi consolidatesi emerge la difficoltà di un inquadramento della figura del Sottosegretario rispetto alla *ratio* per la quale l'istituto era stato concepito ed effettivamente attuato.

Per tale motivo il regime differenziato di responsabilità che caratterizza i Sottosegretari, tutt'ora incerto, non sembra aver ragion d'essere; a riguardo, invece, come anche in altre occasioni rilevato in dottrina⁵⁴, «occorrerebbe una riforma costituzionale atta ad includere (o, più problematicamente, a escludere) i Sottosegretari e i Viceministri nella compagine governativa, inserendoli, così, a pieno titolo nel rapporto di fiducia tra Camere e Governo, con tutte le conseguenze che questa circostanza avrebbe in termini di responsabilità politica».

Se, da un lato, sembrerebbe rafforzarsi la rilevanza che assumono gli stessi nei rapporti tra Governo-Parlamento, dall'altro, si registra la difficoltà di individuare strumenti per farne valere la responsabilità.

Il paradosso risiede nella circostanza che, da un lato, il Sottosegretario rappresenta un anello di congiunzione tra organo legislativo ed esecutivo ma, dall'altro, complesso ne risulta il

⁵² Così, R. Palenca Tabulazzi, *Il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza repubblicana tra spinte riformiste e conservatorismi*, in *Amministrazione in cammino*, 6 maggio 2014, p. 31, richiamando F. Girelli, *Sulla responsabilità politica di Sottosegretari di Stato e Vice Ministri*, in G. Azzariti (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005 e A. Ruggeri, *I Vice Ministri di nome e di fatto, ovvero sia al di fuori della costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2001.

⁵³ Sul punto si rinvia a G. M. Racca, *op. cit.*, p. 123 ss., nonché R. Cassano, *Brevi note sulla (pretesa) responsabilità politica dei Sottosegretari di Stato*, *op. cit.*, p. 452 ss. In particolare, quest'ultima affronta più nel dettaglio la prassi parlamentare in materia di «mozioni di censura» nei confronti di Sottosegretari di Stato.

⁵⁴ *Ibidem*.

procedimento volto a farne valere la responsabilità.

Sarebbe auspicabile intervenire sulla disciplina di nomina e revoca affinché i Sottosegretari possano effettivamente rappresentare delle figure di raccordo interno (tra Ministro e uffici del dicastero), nonché esterno (nel loro ruolo più spiccatamente politico) tra Governo e Parlamento. Come già sottolineato, attualmente, il procedimento di nomina, trovando fondamento nel disposto dell'art. 10 della l. 400/1988, attribuisce rilevanza alla figura del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Capo dello Stato (sacrificando quella del singolo Ministro).

Ecco perché si ritiene di poter individuare nell'emanazione di un decreto ministeriale, l'atto con il quale procedere tanto alla nomina quanto alla revoca, da parte del Ministro, del proprio (o propri) Sottosegretario di fiducia; dunque con atto analogo a quello previsto per l'attribuzione delle deleghe. Se, come sostenuto in dottrina, il Ministro costituisce una "configurazione di sintesi" tra politica e amministrazione⁵⁵, "si dovrebbe parallelamente poter affermare che anche gli atti dallo stesso adottati ricomprendano al proprio interno tale ambivalenza, venendosi a configurare quali atti (sì amministrativi, ma) dotati di una intrinseca *politicità* (destinata soltanto a variare di intensità a seconda della tipologia specifica dell'atto medesimo)"⁵⁶; atti che ben sarebbero idonei a poter fondare un potere di revoca.

Quest'ultima, in tal modo, potrebbe essere posta in essere più facilmente, valorizzerebbe maggiormente il rapporto di fiducia⁵⁷ e, al contempo, renderebbe più agevole far valere la responsabilità politica dell'organo governativo dinanzi al Parlamento; perché, in tal caso, chiamato a rispondere dell'operato del Sottosegretario sarebbe il Ministro che lo ha nominato e che ha delegato ad esso funzioni⁵⁸.

Infatti, se si volesse rendere maggiormente coerente il sistema, alla luce del procedimento di nomina e revoca dei Sottosegretari, andrebbe modificata la disciplina sulle deleghe, con la

⁵⁵ G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1990, p. 586.

⁵⁶ Così, F. Politi, voce *Decreto Ministeriale*, in *Enc. Giur.*, V, Torino, 2001, 3, il quale, richiamando M.S. Giannini, aggiunge che «appare fondata l'osservazione mossa da autorevole dottrina (e rafforzata dall'entrata in vigore della disciplina del d.lg. n. 29 del 1993) secondo cui gli atti adottati dai ministri, pur detenendo il regime giuridico di provvedimenti amministrativi, si caratterizzano comunque per la loro funzione - costituzionale - e per la responsabilità - politica - a cui danno luogo».

⁵⁷ Diminuendo, così, la rilevanza squisitamente politica (e non amministrativa) che nel tempo ha finito per assumere la figura del Sottosegretario.

⁵⁸ Il quale ben potrebbe essere suscettibile di una mozione di sfiducia individuale, istituto non estraneo (come noto) nel nostro ordinamento. Ci si riferisce alla celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 7 del 1996, che riconobbe l'esistenza di tale istituto sottolineando (al par. 11), inoltre, che «il controllo del Parlamento, proprio perché politico, non incontra dunque limiti, investendo l'esercizio di tutte le competenze del ministro, considerato che lo stesso è, ad un tempo, organo politico e vertice del dicastero, e che il suo compito è quello di raccogliere l'ambito delle scelte politiche con i tempi e i modi di attuazione delle stesse da parte dell'amministrazione».

previsione di un passaggio formale in senso al Consiglio dei Ministri.

Se, viceversa, si ritenesse opportuno incidere sulla valorizzazione del rapporto fiduciario tra singolo Ministro e Sottosegretario, sarebbe opportuno semplificare il procedimento di nomina e revoca previsto dalla legge 400/1988 e prevedere, tanto per la nomina e revoca quanto per l'attribuzione di deleghe, l'adozione di un decreto ministeriale.

Abstract: Il presente lavoro ha lo scopo di considerare la vicenda che ha investito il primo Governo Conte, e, in particolare, la revoca del Sottosegretario di Stato presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (on. A. Siri). Il caso studio permette di operare una ricostruzione, in chiave storico-normativa dell'istituto e dei problemi legati all'interpretazione della stessa. Per questo motivo, nel corso della storia della Repubblica italiana, l'uso "politico" della figura del Sottosegretario di Stato ha prevalso su quello più propriamente "amministrativo", tipico di sistemi costituzionali diversi dal nostro (modello britannico o francese). Sarebbe quindi auspicabile, in prospettiva *de iure condendo*, prevedere una diversa procedura di nomina e revoca dei Sottosegretari di Stato, al fine di rafforzare il rapporto di fiducia che dovrebbe intercorrere tra questi ultimi e i Ministri che sono chiamati ad assistere.

Abstract: This paper aims to considerate the recent affair that invested the Government, and, in particular, the revocation of the Secretary of State at the Ministry of Infrastructure and Transport (on. A. Siri). The case study allows to attempt a reconstruction, in a historical-normative key of the institute, of problems connected to its constitutional basis. For this reason, throughout the history of the italian Republic, the political use of Secretary of State's figure has prevailed over the more properly administrative one, typical of constitutional systems different from ours (British or French model). Thereby, it would be necessary to provide for a different appointment and revocation's procedure of Secretary of State, in order to enhance the relationship of trust between the latter and the Ministers who are called upon to assist them.

Parole chiave: Sottosegretario di Stato – Governo – revoca – forma di governo.

Key words: Secretary of State – Government – revocation – form of government.

L'EFFICACIA VINCOLANTE DELLE DECISIONI DELL'AGCM NEL PROCESSO CIVILE. VERSO IL SUPERAMENTO DEI DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 13 DEL 2019*.

di Marialaura Rea**

Sommario. 1. Introduzione - 2. La relazione tra il *public* e il *private enforcement* - 3. Il principio di cooperazione nella Direttiva 2014/104/UE. 4 - I requisiti e i limiti sul funzionamento del meccanismo di semplificazione della prova – 5. Le principali osservazioni critiche - 6. Le argomentazioni a salvaguardia dell'art. 7 Decreto legislativo n. 3 del 2017 - 7. La prospettiva della Corte costituzionale nella sentenza n.13 del 2019 - 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, n. 104 ha previsto, all'articolo 9, che una violazione constatata da una decisione definitiva di un'Autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato sia ritenuta definitivamente accertata ai fini di un'eventuale azione risarcitoria dinnanzi ai rispettivi giudizi nazionali. Questo nuovo meccanismo favorisce la cooperazione tra i due canali sui quali è tradizionalmente fondato il sistema di *antitrust*, ovvero il *public* e il *private enforcement*, al fine di incentivare colui che è stato danneggiato da un'intesa o da un abuso di posizione dominante, a superare ogni possibile ritrosia nel chiedere un risarcimento per il danno subito. L'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE è stato recepito sul piano nazionale con l'articolo 7 del Decreto legislativo n. 3 del 2017. Questa norma, sin dalla sua introduzione, ha provocato un rilevante dibattito, giacché nel nostro ordinamento non si ritrova una previsione che in maniera simile coordini le decisioni amministrative e quelle dei giudici nazionali¹. In particolare, la specialità di tale meccanismo

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in Diritto e Istituzioni Economico Sociali: profili normativi, organizzativi e storico – evolutivi – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

¹ La letteratura sul tema di indagine è molto ampia: P. Cassinis, *L'efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in www.giustiziacivile.com, 2018; G. Muscolo, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, in G.A. Bennacchio e M. Carpagnano, (a cura di) *L'applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Atti del

consiste nel superare la tradizionale distinzione tra *procedimento* - *provvedimento amministrativo* e *processo* - *sentenza*, attribuendo alla decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato effetti civili sostanziali e processuali.

È proprio l'unicità di tale meccanismo nel panorama dell'ordinamento nazionale che ha dato origine ad alcuni dubbi di compatibilità costituzionale dell'articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017, quanto al possibile pregiudizio sia del diritto di difesa dell'impresa convenuta in sede civile, sia del principio costituzionale che sottopone il giudice soltanto alla legge. Pur tuttavia, queste

VI Convegno Antitrust, Trento 6-8 aprile 2017, 2018; G. Bruzzone e A. Saija, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?* (*Private and Public Enforcement in the Aftermath of the Transposition of the Damages Directive*) in *Mercato concorrenza regole*, n. 1/2017, p. 9; G. Muscolo, *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2/2017, p. 391; P. Comoglio, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 3/2017, p. 991; R. Chieppa, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. Ind.*, n. 4/2016, p. 314; E. Raffaelli e M. Brichetto, *Public e private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie*, in *L'applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, in G.A. Bennacchio e M. Carpagnano (a cura di) *Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 18-19 aprile 2013*, Trento, 2014; R. Rordorf, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, n. 7/2014, p. 784; M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle ANC nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 1/2014, p. 297; A. Frignani, *La difesa disarmata nelle cause follow-on per danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 3/2013, p. 429; A. Giussani, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, n. 1/2015 p. 251; R. Caiazzo, *L'azione risarcitoria l'onere della prova gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in P. Cassinis e G. Galasso (a cura di) *Dizionario sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, 2013, p. 324; A. Pera, *Decisioni con impegni e private antitrust enforcement*, in G.A. Bennacchio e M. Carpagnano (a cura di), *Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 15-16 aprile 2011*, Trento, 2012; G. Muscolo, *Public e Private enforcement*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di) *20 anni di antitrust*, Torino, 2010, p. 1015; g. muscolo, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati e il ruolo dei giudici nazionali*, in G. Bruzzone (a cura di) *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008; A. Pera, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, G. Bruzzone (a cura di) *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008; R. Pardolesi, *Il Libro Bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 2/2008, p. 229. A livello europeo, si guardi: F. Marcos e B.J. Rodger, *Promotion And Harmonization Of Antitrust Damages Claims By Directive Eu/2014/104?*, in B. Rodger e M.S. Ferro e F. Marcos (a cura di) *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, Oxford University Press, 2018; J. Franck, F. Kroes, M. Negri e C. Prieto, *Binding effect of decisions of national authorities (implementation of the EU Damages Directive into Member State law*, in *Concurrences*, n. 3/2017, p. 37; W.P.J. Wils, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future* Wouter, in *World Competition: Law and Economics Review*, 2016, p. 3; K. Wright, *The Ambit of Judicial Competence After the EU Antitrust Damages Directive*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 15-40; A. Jones, *Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US*, in m. bergstrom – m. iacovides (a cura di) *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, London, 2016; R. Nazzini, *The effect of decisions by Competition Authorities in the European Union in Italian Antitrust Review*, n. 2/2015; S. Peyer, *The Antitrust Damages Directive – much ado about nothing?* in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Chentelham, 2015, p. 33; M.J. Frese, *Harmonisation of Antitrust Damages Procedures in the EU and the Binding Effect of Administrative Decision*, in *Review of European Administrative Law*, n. 7/2015, p. 27; J. Riffault, *The binding effect of National Competition Authorities decisions – Observations on Article 9 of the Commission proposal of directive on antitrust damages*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 3/2014, p. 549.

critiche – come meglio si provvederà a dire – appaiono nell’attuale contesto giuridico europeo e italiano per lo più immotivate, avendo il legislatore previsto diverse garanzie per salvaguardare la tutela del convenuto e l’autonomo convincimento del giudice, a prescindere dall’accertamento compiuto dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L’interesse ad approfondire, secondo una nuova chiave di lettura, la costituzionalità dell’articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017 – anche in virtù delle affermazioni della Corte costituzionale espresse nella sentenza n- 13/2019 – nasce dalla considerazione che il ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, del giudice amministrativo, per il sindacato sul *public enforcement*, e del giudice ordinario, per il *private enforcement*, appaiono sempre più inseriti in uno sviluppo unitario. Invero, ciascuna di queste Istituzioni partecipa, collaborando, ad uno stesso procedimento complesso, scandito in tre passaggi, ognuno dei quali ha una incidenza ben visibile su quelli immediatamente successivi.²

Il presente studio per ragioni di ordine sistematico si svolgerà come segue: nei paragrafi 2 e 3 saranno evidenziate le similitudini e le differenze, quanto ad oggetto e a finalità, tra l’*enforcement* di *public* e quello di *private*, avendo l’articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017 introdotto uno speciale sistema di coordinamento tra i due. Nel paragrafo 4 si analizzeranno gli elementi costitutivi dell’articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017, mentre nei paragrafi 5 e 6 saranno approfondite rispettivamente le posizioni contro e a favore della legittimità dell’articolo in questione. Particolare attenzione sarà prestata all’analisi della sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale, dando rilevanza soprattutto ai passaggi che sono fondamentali per la nostra indagine circa la legittimità dell’attribuzione di un’efficacia vincolante alle decisioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile.

2. La relazione tra il *public* e il *private enforcement*.

Per garantire la massima efficacia delle regole della concorrenza è fondamentale che tali

² L’interesse al tema trattato è nato dalla partecipazione alla VII edizione del Trento *Antitrust Conference* che quest’anno è stato interamente dedicato agli strumenti di *private enforcement* e al convegno organizzato dall’Associazione *Antitrust italiana* dal titolo «La sentenza 13/2019 della CC e il carattere dell’AGCM». E da ultimo con la partecipazione all’importante convegno tenutosi lo scorso 13 novembre a Palazzo Spada, intitolato «Le Istituzioni della concorrenza».

regole siano assicurate attraverso il ricorso sia a strumenti di tipo pubblicistico, come quelli propri della Commissione europea e delle Autorità nazionali garanti della concorrenza, oppure attraverso quelli di tipo privatistico, propri del giudice ordinario, il quale deve garantire a chiunque³ il diritto di poter chiedere il risarcimento del danno subito, in conseguenza della violazione della disciplina *antitrust*.

È opinione consolidata che il *public* e il *private enforcement* devono costantemente interagire tra loro per tutelare adeguatamente il mercato concorrenziale, pur perseguendo finalità differenti. Mentre infatti l'obiettivo più diretto del *public enforcement* è eminentemente pubblico, poiché si sostanzia nella tutela dell'interesse a preservare e ripristinare il corretto gioco della concorrenza; il *private enforcement* garantisce, invece, la pretesa individuale ad ottenere un giusto ristoro a seguito del riconoscimento giudiziale del danno prodotto dalle violazioni delle norme *antitrust*⁴. Oltre alle finalità illustrate, i due sistemi rimediali si distinguono anche per le modalità operative: mentre le Autorità nazionali della concorrenza infliggono, in presenza di una violazione di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, sanzioni alla/e impresa/e responsabile/i, che può ammontare fino ad un massimo del 10% del fatturato complessivo⁵; diversamente, il giudice civile – in Italia, la Sezione specializzata del Tribunale delle Imprese – determina il valore del risarcimento secondo le ordinarie regole di riparazione dell'illecito civile, con la diversa e precipua finalità di riparare al torto subito, riportando il danneggiato nella situazione economica *quo ante* all'evento dannoso. Nonostante le su indicate differenze, il *public* e il *private*

³ L'espressione «chiunque» rimanda alla prima e ben nota sentenza in tema di *private enforcement* della Corte di Giust., 20 settembre 2001, *Courage c. Crehan*, nella quale la Corte ha affermato che il diritto a poter chiedere il risarcimento del danno per la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE spetta a chiunque, perfino all'impresa responsabile di aver partecipato al cartello.

⁴ *Ex multis*, G. Muscolo, *Le novità nei rapporti tra il Public e il Private enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in www.antitrustitalia.it, 10 settembre 2015; G. Muscolo, *Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, in *Concorrenza e mercato*, 1/2014, p. 287; A. Frignani, *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust*, in *Dir. economia assicur.*, n. 4/2001, p. 1323; A. Toffoletto e L. Toffoletti, *I rapporti tra IPRs e antitrust. Funzioni, ancoraggi, bilanciamenti*, in *AIDA*, n. 1/2014, p. 337; R. Pardolesi, *Alla volta dell'Antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1/2016, p. 141; R. Pardolesi, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, in *Il foro italiano*, n. 1/2014, p. 2; B. Giliberti, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. I della Direttiva antitrust 104/2014*, in *AIDA*, n. 1/2015, p. 154; *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1/2016, p. 77.

⁵ Sulle finalità della politica sanzionatoria dell'AGCM, volte sia a punire coloro che hanno posto in essere condotte illecite dalla reiterazione delle stesse (c.d. deterrenza specifica), sia a dissuadere le altre imprese dal porre in essere comportamenti vietati (c.d. deterrenza generale), si veda: AGCM, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, in www.agcm.it, 22 ottobre 2014, n.25152.

enforcement rappresentano i due pilastri sui quali regge l'attuale sistema dei rimedi *antitrust* ed è solo dalla loro interazione, come sottolinea il *Considerando n. 6* della Direttiva 2014/104/UE, che si può assicurare la massima efficacia delle regole della concorrenza⁶.

Tuttavia, il principio dell'efficace cooperazione tra il *public* e il *private enforcement*, nonostante sia stato già affermato negli articoli 15 e 16 del Regolamento (CE) 1/2003, rispettivamente rubricati, «Cooperazione con le giurisdizioni nazionale» e «Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza», non ha raggiunto, per le ragioni che verranno esaminate di seguito, piena attuazione fino all'adozione della Direttiva 2014/104/UE⁷. In primo luogo, il principale ostacolo ad un'efficace interazione tra i due sistemi di tutela è dipeso dal «totale sottosviluppo»⁸ delle azioni di risarcimento del danno, causato, a sua volta, dalle speciali difficoltà probatorie esistenti per questo tipo di controversie. La disamina della prassi, infatti, ha posto in evidenza che il consumatore danneggiato da un cartello o da un abuso di posizione dominante versava, soprattutto nelle cause di *stand-alone* - per le quali il problema è pressoché immutato anche dopo l'adozione della Direttiva - nell'impossibilità pratica di fornire le prove dei fatti poste a fondamento della sua pretesa giuridica, non avendo egli accesso a tutti quei documenti che contengano gli accordi, le relazioni commerciali tra imprese, la fissazione del prezzo o le altre condizioni di pagamento, che sono, quasi sempre, posseduti dalla parte responsabile.

L'effetto finale di questo fenomeno, che in letteratura prende il nome di asimmetria informativa, è stato proprio quello di disincentivare il ricorso all'azione di risarcimento del danno per le violazioni delle regole della concorrenza, pregiudicando, in tal modo, il

⁶ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*.

⁷ Il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, è stato il primo atto di quella riforma più generale chiamata «Pacchetto modernizzazione», il cui scopo era mettere a disposizione della Commissione europea nuovi poteri e procedure *antitrust* per la creazione di un mercato concorrenziale più solido. Per un approfondimento si veda: Commissione Europea, *La Commissione porta a termine la modernizzazione delle disposizioni di applicazione delle regole antitrust dell'UE*, in www.europa.eu/rapid/press_release.htm, 30 marzo 2004.

⁸ L'espressione «totale sottosviluppo» compare per la prima volta nel Libro Verde, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM/2005/0672 def., in cui la Commissione ha affrontato il tema delle condizioni e degli ostacoli inerenti alle domande di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* comunitario. Al Libro Verde, ha fatto seguito il Libro Bianco, *In materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM/2008/165 def.

funzionamento del sistema pubblico/privato dei rimedi *antitrust*.⁹

In secondo luogo, a questa inefficienza strutturale del sistema, si aggiungeva un altro problema – non meno importante – cioè che la disciplina del *private enforcement* era, fino all'adozione della Direttiva 2014/104/UE, totalmente di fonte giurisprudenziale, essendo stata delineata, nel corso degli anni, per principi, unicamente dalle pronunce della Corte di Giustizia. La precedente natura giurisprudenziale del *private enforcement* aveva generato marcate ed evidenti differenze tra gli Stati membri circa le norme che disciplinavano le azioni per il risarcimento del danno. In termini pratici, l'assenza di una disciplina uniforme sulle regole e sulle procedure da seguire per esperire un'azione di risarcimento ha determinato nel corso degli anni un substrato di incertezza che ha permesso alle imprese responsabili di essere in un certo senso incentivate più che dissuase – in chiave general/special preventiva – alla commissione di future violazioni¹⁰.

3. Il principio di cooperazione nella Direttiva 2014/104/UE.

L'asimmetria informativa in cui versa la parte danneggiata e l'incertezza del sistema normativo di riferimento sono state le principali cause che hanno stimolato il 26 novembre del 2014 il legislatore europeo ad adottare la Direttiva 2014/104/UE, sebbene dopo un lungo periodo di riflessione che è cominciato nel 2005 con la pubblicazione del «Libro Verde». Alla luce di tali problematiche si deve evidenziare che la Direttiva 2014/104/UE ha perseguito specificamente due obiettivi: da un lato, ha permesso all'attore nel processo civile di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti in possesso della controparte e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, senza dover prima specificare gli elementi atti ad individuarle e, dall'altro, ha per di più garantito una maggiore certezza del diritto mediante l'uniformazione delle regole e delle procedure in tutti gli Stati membri.

Il perseguimento di questi due obiettivi è strumentale al raggiungimento di un'ulteriore finalità – specificamente perseguita dal legislatore europeo con l'adozione della Direttiva 2014/104/UE al *Considerando n. 34* – ovvero di implementare il ricorso agli strumenti di

⁹ Sul punto, Libro Verde, cit., par. 2.1.

¹⁰ Sul punto, Libro Bianco, cit., par. 1.1.

private che fino ad allora erano stati sotto-utilizzati¹¹. Proprio in virtù di ciò, molti Autori¹² nel commentare la Direttiva 2014/104/UE avevano ipotizzato che il principale effetto della sua attuazione sarebbe stato quello di realizzare un incremento esponenziale del ricorso al *private enforcement* così da far scivolare in secondo piano gli strumenti di tipo pubblicistico. Tale supposizione non sembra, tuttavia, a parere di chi scrive, aver colto nel segno¹³. Infatti, alla luce dei dati¹⁴ ottenuti dopo più di un anno dall'entrata in vigore in Italia del D.lgs. n. 3/2017¹⁵, appare evidente che un'eventuale prevalenza del *private* sul *public enforcement* si sarebbe realizzata solo qualora il legislatore europeo avesse previsto un modello risarcitorio ispirato ai criteri di tipo punitivo – opzione che, del resto, era stata oggetto di discussione nella fase preparatoria, ma alla quale è stata preferita, invece, una liquidazione dei danni meramente ripristinatoria.¹⁶ Inoltre, adottando una prospettiva più ampia, non limitata alla sola analisi della Direttiva 2014/104/UE, ma esaminando anche la recentissima Direttiva 2019/1/UE in tema di concorrenza, si può invece sostenere che il legislatore europeo non solo continui a concepire il sistema di *enforcement* fondato sul

¹¹ Vedi *supra*.

¹² *Ex multis*, G. Bruzzone e A. Saja, *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1/2014, p. 258; M. Casoria, *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2015; S. Marino, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contratto impresa, Europa*, n. 1/2014, p. 75; C. Tesauero, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3/2011, p. 428; P. Iannuccelli *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Dir. UE*, n. 4/2012, p. 709; P. Comoglio, *Note ad una prima lettura del D. Lgs. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista trimestrale di diritto e proc. civile*, n. 3/2017, p. 991; S. Lopopolo, *Il recepimento italiano della direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017.

¹³ In occasione del VII Convegno di Trento, la Dott.ssa Marina Tavassi, Presidente della Corte di Appello di Milano, ha riportato i seguenti dati circa la giurisprudenza milanese: considerando come periodo di riferimento il contenzioso che va dal 2012 al 2018: il totale del numero dei provvedimenti è stato di 103 di cui 70 in primo grado e 33 in secondo grado. In primo grado sono state accolte 34 domande, rigettate 36 di cui 33 per insufficienza di prova e 2 per questioni di rito. In secondo grado sono state invece accolte 11 domande per il risarcimento del danno. In primo grado, il 74% di questo contenzioso civile è *follow-on*; mentre il 19% è *stand alone* (percentuale molto che si sottolineava essere molto alta rispetto agli Paesi europei). Mentre in secondo grado, l'82% delle domande proposte è *follow on*; il 18% *stand alone*.

¹⁴ I dati presi come riferimento sono estrapolati dalla Relazione annuale del Tribunale di Milano, nella parte dedicata ai lavori della Sezione specializzata in materia di Impresa. Per una lettura completa, si consiglia la consultazione: https://www.tribunale.milano.it/index.phtml?Id_VMenu=351&daabstract=135.

¹⁵ Per un'analisi completa del D.lgs. n. 3/2017, Cfr. P. Cassinis., *D. Lgs. 3/2017, recepimento della Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento danni antitrust: efficacia delle decisioni in sede civile ed assistenza nella quantificazione dei danni*, in www.agcm.it, 24 febbraio 2017. AGCM, *D. Lgs. 3/2017, recepimento della direttiva 104/2014, in materia di private enforcement: profili problematici e applicativi*, in www.agcm.it, 24 febbraio 2017.

¹⁶ Sul punto, si rinvia: Dossier di Documentazione, *Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2014/104/UE relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in www.camera.it, 10 novembre 2016.

primato delle Autorità nazionali della concorrenza dei vari Stati membri, ma che addirittura intenda potenziare il loro ruolo, attribuendogli ulteriori poteri istruttori e incentivando gli strumenti per lo scambio delle informazioni tra le Autorità della Rete.¹⁷

D'altro canto, rimane comunque vero che la facoltà del privato di ottenere un risarcimento del danno per la violazione del diritto della concorrenza è stata agevolata dalla Direttiva 2014/104/UE, specialmente attraverso la previsione dei nuovi meccanismi di coordinamento tra il sistema di *public* e *private*. In particolare, essi sono contenuti nell'articolo 6¹⁸, il quale disciplina le modalità in base alle quali i giudici nazionali ordinano la divulgazione delle prove incluse nel fascicolo dell'Autorità garante, e nell'articolo 9, che disciplina l'effetto delle decisioni dell'autorità dinnanzi al giudice civile¹⁹.

L'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE, trasfuso nell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 – a cui si dedicherà specificamente la nostra attenzione – è la norma che meglio di tutte favorisce il coordinamento tra gli strumenti di *public* con quelli di *private enforcement*, attribuendo alla decisione definitiva dell'AGCM il valore di prova vincolante nel giudizio per il risarcimento del danno²⁰. L'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 rappresenta per le sue peculiarità una novità nel nostro sistema giuridico²¹. Invero, a conferma dell'effetto rivoluzionario introdotto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 e dell'interesse della materia trattata, vi è il dibattito che si è acceso sul c.d. *binding effect* tra gli specialisti della materia, sino al punto

¹⁷ Ci si riferisce alla recentissima Direttiva 2019/1/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che *conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno*.

¹⁸ Già nel lontano 1992, la Corte di Giustizia, 16 luglio 1992, *Direction general de Defensa de la Competencia c. Asociación Española*, aveva sottolineato che per garantire l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, delle norme comunitarie in materia di concorrenza è opportuno assicurare la piena efficacia dei provvedimenti adottati dalla Commissione e dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza. Uno degli strumenti individuati dalla Corte, in questa pronuncia, per raggiungere tale fine è la richiesta di informazioni, grazie alla quale la Commissione può ottenere e confrontare le varie informazioni ottenute. Pur sostenendo l'importanza dello strumento, la Corte ribadisce che la richiesta di informazioni deve sempre svolgersi nel pieno rispetto del diritto di difesa per l'impresa e del segreto di ufficio.

¹⁹ Sulle differenze, seppur minime, tra l'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE e l'articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017 si rinvia a P. Manzini, *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017. Interessante per le argomentazioni sviluppate, I. Taccani, *Gli effetti delle decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi civili per il risarcimento del danno per violazione delle norme di concorrenza*, in F. Munari – C. Cellerino (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Aracne, 2016.

²⁰ Per un approfondimento del secondo comma dell'articolo 7 D.lgs. n. 3/2017 si rinvia alla lettura di C. Fratea, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione Europea: profili europei, internazionali-privatistici e interni*, Napoli, 2015; G. Di Federico, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in P. Manzini (a cura di) *Il risarcimento del danno del diritto della concorrenza*, cit.

²¹ Sul punto per interesse, A. Pezzoli e G. Sepe., «Public» e «private enforcement»: *c'è danno e danno...*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2018.

che alcuni di questi hanno addirittura mosso contro la norma dubbi di costituzionalità, ritenendo che fosse leso sia il diritto di difesa del soggetto convenuto nel processo civile, sia il principio di cui all'articolo 101 Costituzione che sottopone il giudice solo ed esclusivamente alla legge.²²

4. I requisiti e i limiti del meccanismo di semplificazione della prova.

L'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 descrive un meccanismo speciale che semplifica il raggiungimento della prova per i fatti posti a sostegno della domanda di risarcimento del danno per la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Tale meccanismo è anche usualmente denominato, in virtù dell'effetto prodotto, di *binding effect*, poiché con esso il legislatore europeo ha attribuito alla constatazione di un'infrazione accertata dall'Autorità nazionale della concorrenza il valore di prova nell'ambito di un giudizio per il risarcimento che si svolge dinnanzi al giudice civile²³. Nonostante la sua specialità, esso è conforme alle ordinarie regole civilistiche sul riparto dell'onere della prova, sicché spetta alla parte danneggiata dover dimostrare i fatti costitutivi a sostegno della sua pretesa giuridica. Diversamente, il convenuto, per vedere accolte le sue ragioni, dovrà dimostrare che già esistevano o sono sopravvenuti fatti estintivi o modificativi dell'altrui diritto²⁴. Il legislatore europeo ha preferito adottare questa opzione, rispetto a quelle altre che prevedevano l'inversione dell'onere della prova – ipotesi che pure erano state oggetto di esame – perché essa appariva, *prima facie*, meno invasiva verso l'impianto tradizionale dell'azione di risarcimento del danno. Tuttavia, tale soluzione, pur non sconvolgendo il tradizionale sistema delle prove civili, ha sollevato, a causa della sua specialità nel

²² Corte cost., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura e il Consiglio superiore della magistratura nella giurisprudenza costituzionale*, C. Celentano (a cura di), reperibile all'indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_278.pdf, marzo 2015.

²³ M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1/2014, p. 297; D. Ruggiero, *The effect on private enforcement of the Commission's and national competition authorities decisions: an Italian perspective*, in B. Cortese, (a cura di) *Eu competition law: between public and private enforcement*, 2014, p. 129. In particolare, I. Taccari, *Gli effetti delle decisioni*, cit., ritiene che l'art. 9 della Direttiva 2014/104/UE persegua le finalità espresse dal Considerando 34 della Direttiva citata.

²⁴ G. Muscolo, *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 3/2017, l'A. definisce il nuovo sistema della prova delineato dalla Direttiva 2014/104/UE, per le sue peculiarità, come “un microsistema di diritto delle prove con elementi di netta specialità rispetto al sistema generale, atto a costituire un paradigma piuttosto avanzato in argomento”.

panorama giuridico italiano, diversi dubbi di costituzionalità. È stato, infatti, sostenuto che la norma in esame violasse sia il diritto di difesa della parte resistente nel processo civile sia l'autonoma valutazione del giudice ordinario²⁵.

Quanto alle ragioni che hanno condotto all'adozione del meccanismo di semplificazione, sono esplicitate dalla lettura dei *Considerando n. 34* della Direttiva 2014/104/UE, il quale recita che «[...] per migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno per le imprese e i consumatori, la constatazione di una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE in una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere messa in discussione in successive azioni per il risarcimento».

Dalla lettura della previsione normativa, appare evidente che lo speciale meccanismo qui descritto funziona esclusivamente per le cause *follow-on*, mancando per quelle *stand-alone* un precedente accertamento dell'Autorità nazionale della concorrenza. In particolare, il primo comma dell'articolo , D.lgs. n. 3/2017 instaura una speciale relazione di efficacia unilaterale tra due autorità statali del tutto indipendenti tra loro: da un lato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, dall'altro, il giudice civile, attribuendo alla decisione della prima il valore di «prova vincolante» nell'ambito dell'autonoma sede civile²⁶. È in realtà proprio questa relazione che ha destato in alcuni Autori qualche perplessità, dal momento che essa potrebbe sembrare collidere con il concetto di autonomia che ontologicamente appartiene all'organo giurisdizionale, per il fatto che la decisione del

²⁵ Un interessante commento critico è offerto da E.A. Raffaelli, *Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, in *Federalismi.it*, 17 luglio 2019.

²⁶ Si veda, R. Chieppa, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarietà rispetto all'azione dell'autorità antitrust*, in *Giustiziacivile.com*, 3 marzo 2014. Per un approfondimento, si consiglia la lettura: G. Muscolo, *The relationship between public and private antitrust enforcement: general and institutional aspects*, in *L'impatto della nuova direttiva*, cit., p. 15; P. Iannuccelli, *La base giuridica della Direttiva 2014/104 e i suoi rapporti con il regolamento 1/2003*, in *L'impatto della nuova direttiva*, cit., p. 25. Ancora sul rapporto *public e private enforcement*, L. Vasques, *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, n. 8/2012; M. Santise, *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2016, p. 1267; P. Sabbatini, *Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2010, p. 356; P. Iannuccelli, *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 4/2012, p. 709; G. Ioannides, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Giornale amministrativo*, n. 2/2015, p. 252; L. Miccoli, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/2014 e del D. Lgs. 3/2017*, in *Jus civile*, n. 4/2017, p. 348.

giudice civile deve essere conforme a quanto precedentemente accertato, in via definitiva, dall'AGCM²⁷.

In realtà, il legislatore si è comunque premurato di assicurare la tutela del diritto di difesa e l'autonomia della valutazione del giudice civile, mediante la previsione di precisi requisiti e limiti di cui all'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017, al cui rispetto è subordinato il dispiegamento dell'efficacia vincolante del provvedimento dell'AGCM nel seguente giudizio²⁸. Dall'esegesi della norma, si evince infatti che il primo elemento dell'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017 che assicura il diritto di difesa dell'impresa convenuta è la definitività del provvedimento dell'AGCM. In particolare, una decisione diventa definitiva in via alternativa, o quando il provvedimento amministrativo che accerta la responsabilità di colui che ha violato le regole della concorrenza sia stato già impugnato dinnanzi agli organi giurisdizionali amministrativi – Tribunale amministrativo regionale ed eventualmente dinnanzi al Consiglio di Stato – oppure nel caso in cui il destinatario, non ritenendo opportuno impugnare il provvedimento, abbia lasciato decorrere gli ordinari termini di impugnazione. Quindi solo una volta che la decisione è divenuta definitiva acquista quei connotati di stabilità degli effetti e di incontestabilità, che assicurano che quanto deciso dall'AGCM non potrà più essere messo in discussione in una sede giudiziaria.

Il requisito della definitività in virtù dell'*iter* che ha seguito il provvedimento, è già di per sé fonte di garanzia per l'impresa sanzionata, la cui responsabilità è accertata, con pienezza, da due diversi organi: in prima istanza dall'AGCM e in seconda istanza dalla giustizia amministrativa (ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lett. l e 134, comma 1, lett. c del c.p.a.). Peraltro, nel trattare il complesso procedimento che porta la statuizione a divenire definitiva, non si può non richiamare l'attenzione, per le rilevanti ricadute pratiche, al principio di diritto reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel caso c.d.

²⁷ Tali dubbi hanno riportato all'attenzione degli studiosi l'indagine sulla natura, amministrativa o para-giurisdizionale, delle autorità indipendenti. Si veda per un approfondimento, S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 2006, p. 165; nello stesso volume, C. Franchini, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, p. 69 ss., L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, p. 56 ss.; si veda anche, tra gli altri, G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; E. Camilli e M. Clarich, *Poteri quasi giudiziali delle Autorità indipendenti*, in m. D'Alberti (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, p. 111 ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; f. cintoli, *Discrezionalità tecnica*, in *Annali*, 2/2008, p. 2.

²⁸ M. Libertini, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia antitrust*, in M. Maugeri e L. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2008.

«Menarini»²⁹, attribuendo natura sostanzialmente quasi penale agli illeciti *antitrust*, alla luce dei criteri *Engels*³⁰, ha imposto di estendere al procedimento amministrativo dinnanzi all'AGCM le garanzie riconosciute nel processo penale, come il diritto al contraddittorio tra le parti e la presunzione di innocenza. Nella più recente sentenza 4 marzo 2014, meglio nota come «Grande Stevens», la Corte di Strasburgo ha affermato, incidentalmente, che il procedimento dinnanzi all'AGCM è conforme all'articolo 6 CEDU, essendo garantiti tanto il contraddittorio, grazie allo strumento della comunicazione delle risultanze istruttorie agli interessati e al carattere pubblico dell'udienza; quanto l'imparzialità dell'organo decidente, in ragione della adeguata separazione organico-funzionale tra gli uffici³¹.

Passando ad esaminare il contenuto dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, la decisione dell'AGCM che costituisce elemento di prova nel successivo giudizio civile e accerta la responsabilità dell'impresa di aver violato le regole *antitrust*, mostra come la portata del meccanismo di semplificazione probatoria, essendo limitata ai soli provvedimenti che contengono un accertamento sull'infrazione, abbia un'applicazione, in realtà, molto più ridotta di quanto astrattamente si possa immaginare: sono infatti esclusi i provvedimenti di *settlement*³², poiché con essi l'Autorità patteggia la sanzione con il privato, senza accertare la responsabilità dell'impresa; ma soprattutto sono esclusi espressamente i *leniency programmes*, poiché il comma 4, articolo 5, D.lgs. n. 3/2017, che sul punto è più preciso della Direttiva 2014/104/UE, segrega tutte le prove aventi ad oggetto le dichiarazioni rese nell'ambito di un programma di clemenza, poiché altrimenti sarebbe gravemente pregiudicato l'interesse a ricorrere a tale strumento e il suo efficace funzionamento³³.

²⁹ Corte Eur. dir. Uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics Srl c. Italia*. Per un commento, S. Gobbato, *Art. 6 CEDU e sindacato giurisdizionale dei provvedimenti delle "Autorità amministrative indipendenti": un problema solo italiano?*, in www.diritticomparati.it, 17 ottobre 2011. La questione era già stata prospettata in precedenza in dottrina, come evidenzia, R. Caranta, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. Ferrari, M. Ramajoli e M. Sica (a cura di) *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 245.

³⁰ Corte EDU, 23 novembre 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

³¹ In tale pronuncia la Corte EDU ha ritenuto che sarebbe violato, alla luce dei criteri *Engels*, il principio del *ne bis in idem* qualora in considerazione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni delle Autorità amministrative venisse avviato un successivo procedimento penale.

³² Circa le procedure che per giungere ad una soluzione di patteggiamento per le violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE, si rinvia all'indirizzo: ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html. Si dà conto che sono in corso di approvazione delle Linee guida per l'attuazione dei *settlement*.

³³ Per un inquadramento generale sul funzionamento dei programmi di clemenza, si consiglia la lettura della apposita sezione dedicata al tema dalla Commissione Europea, reperibile al seguente indirizzo: ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html. In letteratura, *ex plurimis*, m. clarich, *Programma di clemenza*, in *Diritto amministrativo*, 2/2007, p. 265; g. amato, *Il gusto della libertà – L'Italia*

Con particolare riferimento agli elementi che avranno valore di prova nel giudizio civile, l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 individua, sul piano oggettivo, la natura della violazione, nonché il suo ambito materiale, temporale e territoriale; sul piano soggettivo, l'efficacia esclusivamente personale della prova dell'infrazione. Appare così chiaro che il legislatore, prevedendo specificamente gli elementi del danno che risultano già provati, ha voluto garantire che tra il procedimento che coinvolge l'Autorità garante e il processo dinanzi al giudice civile vi fosse una coincidenza di accertamento sia sul piano oggettivo, cioè circa le modalità di manifestazione della violazione, sia sul piano soggettivo, circa l'impresa o la pluralità di imprese responsabili. Inoltre sempre al fine di non pregiudicare il diritto alla difesa della parte convenuta, la norma esclude espressamente dallo spettro di quanto è già accertato dall'AGCM il nesso di causalità e, ovviamente, la quantificazione del danno, poiché entrambi gli elementi garantiscono che il giudice compia autonomamente la sua valutazione senza essere sottoposto al precedente accertamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

5. Le principali osservazioni critiche: la lesione del diritto di difesa e dell'autonomia del giudizio.

Lo speciale meccanismo di cui all'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, ideato per perseguire la preminente finalità di coordinamento tra gli strumenti di *public* e quelli di *private enforcement* – così il *Considerando n. 34* della Direttiva 2014/104/UE – è stato a causa della sua unicità, sin dalla sua prima comparsa al punto 2.3 del *White Paper* del 2008, al centro di molteplici dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale. In particolare, si è ritenuto che potesse pregiudicare il diritto di difesa dell'impresa convenuta nel processo per il risarcimento e, parimenti, il principio costituzionale che sottopone il giudice soltanto alla legge³⁴.

e l'*antitrust*, Bari, 1998, p. 5; M. Monti, *Fighting cartels. Why or how? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?*, in *Third Nordic Competition policy conference*, 11 dicembre 2000; N. Kroes, *The first hundred days*, *International forum on European Competition Law-Bruxells*, in *europa.eu.int.rapid*, 7 aprile 2005; M. Motta e M. Polo, *Antitrust, Economia e Politica della concorrenza*, Bologna, p. 152; G. Spagnuolo, *Leniency Paper*, in *www.cepr.org/pubs/dps*, 10 ottobre 2016.

³⁴ Sui principali dubbi di costituzionalità sull'art. 7, si rinvia a F. Pasquarelli, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Il Diritto Industriale*, 3/2016, p. 252 s; D. Porena, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D.*

Innanzitutto in dottrina, alcuni Autori hanno sostenuto che il principio costituzionale di sottoposizione del giudice solo e soltanto alla legge sarebbe violato nella parte in cui l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 attribuisce alla decisione dell'AGCM, non solo la natura di provvedimento amministrativo, nel quale è accertata la violazione della disciplina *antitrust*, ma anche di presupposto sostanziale – processuale cui sono collegate conseguenze civilistiche di tipo risarcitorio. In altri termini, attribuire il valore di prova vincolante alla decisione dell'AGCM nel processo civile porterebbe a superare la tradizionale autonomia dei rapporti tra *procedimento - provvedimento amministrativo*, da un lato, e *processo - sentenza civile*, dall'altro; realizzando invece una fusione di effetti che limiterebbe considerevolmente il libero convincimento del giudice nell'accertamento dell'esistenza degli elementi per il risarcimento del danno³⁵. In senso conforme, seppur risalente nel tempo, si è pronunciata la Corte costituzionale, la quale ha osservato che «sarebbe certamente illegittima una legge la quale condizionasse inderogabilmente la pronuncia del giudice ad una scelta o anche soltanto ad un accertamento compiuto, per caso singolo, in veste autoritativa da un organo non giudiziale»³⁶. È stato parimenti sostenuto che il principio in base al quale a ciascuno deve essere consentito di resistere alla domanda, nel pieno contraddittorio con la controparte processuale, sarebbe irrimediabilmente compromesso, sia nella forma sia nella sostanza, dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, non potendo il convenuto difendersi con tutti gli strumenti predisposti dal codice civile e da quello processuale al pari dell'attore. Risultando per questi motivi il convenuto irrimediabilmente svantaggiato nella possibilità di affermare le sue pretese.

Le preoccupazioni mosse da una parte della dottrina nei confronti del vigente articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 sono in buona sostanza le stesse che sono state sollevate nel lontano 2008 nei confronti del *White Paper*. Difatti, le Autorità italiane – la Corte di Cassazione, l'AGCM, Confindustria e la Presidenza del Consiglio dei Ministri – chiamate ad esprimere il loro parere sulle previsioni del *White Paper*, hanno osservato con argomentazioni più o

Lgs. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di “antitrust private enforcement”). Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge... ed alla Autorità antitrust?, in *Federalismi.it*, n. 7/2018; A. Frignani, *La Cassazione prosegue l'erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow-on*, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, n. 3/2013, p. 291 ss.; A. De Santis, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto nel processo civile*, in C. Giustacoli (a cura di), *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017.

³⁵ D. Porena, *Rilievi ed osservazioni*, cit.

³⁶ Così, Corte Cost., sent. 23 maggio 1964, n. 40.

meno simili tra loro che il meccanismo di «[...] *binding effect of decisions adopted by competition authorities*» si sarebbe inserito nell'ambito delle regole di formazione della prova civile in modo *del tutto eccentrico*³⁷.

Invero, dalla lettura delle osservazioni rese dalla Corte di Cassazione al «Libro Bianco» si evince che la stessa ritenesse che l'efficacia vincolante attribuita alle decisioni dell'Autorità nazionali della concorrenza non potesse considerarsi in nulla simile, se non per il risultato finale di vincolare il giudice a quanto precedentemente accertato, all'articolo 651 c.p.p., il quale, nel collegare i due giudizi, attribuisce alla sentenza penale di condanna valore nel giudizio civile o amministrativo limitatamente alle restituzioni e al risarcimento del danno.³⁸ Secondo la Suprema Corte, tra il meccanismo di cui al codice di procedura penale e quello descritto dal D.lgs. n. 3/2017 ci sarebbero delle evidenti e marcate differenze, fondate soprattutto sulla diversa natura dei soggetti coinvolti. Mentre la portata applicativa dell'articolo 651 c.p.p. riguarda esclusivamente due autorità preposte entrambe all'esercizio della funzione giurisdizionale, anche se una opera nell'ambito penale e l'altra in quello civile; l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 interessa un soggetto amministrativo e uno giurisdizionale, astrattamente preposti a svolgere funzioni differenti. La Corte di Cassazione ha altresì messo in evidenza le diverse finalità dei due istituti: mentre all'Autorità garante preme assicurare un accertamento pubblico per garantire e ripristinare il corretto gioco della concorrenza; diversamente, al giudice civile, nell'ambito dell'azione per il risarcimento del danno, spetta esclusivamente la tutela dell'interesse del privato.

Di simili considerazioni è stata anche l'AGCM³⁹ la quale, ha sostenuto che l'introduzione del meccanismo di semplificazione probatoria non avrebbe potuto essere inserito nel nostro ordinamento, mancandole una sufficiente base giuridica. L'AGCM ha asserito inoltre che attribuire un'efficacia vincolante alle proprie decisioni avrebbe inciso «in maniera molto

³⁷ S. Baratti e L. Perfetti, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti e antitrust e giurisdizione*, in F.R. Dal Pozzo e B. Nascimbene (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.

³⁸ Cass., *Osservazioni a seguito dell'approvazione del White Paper in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments, 11 luglio 2008.

³⁹ Le opinioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono espresse nella persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie, *Osservazioni delle Autorità Italiane concernenti il Libro Bianco della Commissione Europea in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments, 16 luglio 2008.

significativa sui diritti di difesa in giudizio» dell'impresa convenuta, così da pregiudicare il suo pieno potere di provare i fatti contrari rispetto a quelli posti a base dell'accertamento pubblico. In maniera conforme alle analisi della Corte di Cassazione e dell'AGCM si sono orientate le osservazioni di Confindustria che, chiamata ad esprimere la sua posizione circa la *Proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni delle norme antitrust comunitarie* – in qualità di principale associazione di rappresentanza delle imprese manifatturiere in Italia – ha sostenuto che il meccanismo del *binding effect* avrebbe creato una sorta di pregiudizialità che si sarebbe risolta in un *favor* per l'attore. In particolare, Confindustria ha sostenuto che tale facilitazione per la parte che agisce al fine di chiedere il risarcimento del danno *antitrust* si sarebbe concretizzata in un evidente svantaggio in termini di difesa per la parte resistente, dal momento che l'effetto vincolante delle decisioni dell'AGCM avrebbe valore nel giudizio civile solo e solamente quando contenga un accertamento positivo circa l'avvenuta violazione degli articoli 101 e 102 TFUE⁴⁰.

Ha aggiunto al riguardo la Presidenza del Consiglio dei Ministri che: «[...] le Autorità italiane ritengono che la proposta avanzata dalla Commissione non rivesta nessuna utilità, dal momento che da quanto è emerso nel corso delle consultazioni e da una verifica casistica, i rilievi e le risultanze contenuti nei provvedimenti delle Autorità garanti della concorrenza, di fatto, hanno sempre rappresentato un punto di riferimento privilegiato per i giudici di gran parte degli Stati membri, i quali, nell'ambito del libero apprezzamento delle prove, non si sono mai discostati da tali risultanze. [...] Il fine di perseguire una certa omogeneità di valutazioni tra Autorità nazionali e giudici potrebbe essere raggiunto prevedendo che le decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza, una volta divenute definitive, determinino in sede di giudizio una inversione dell'onere della prova a favore del danneggiato [...]»⁴¹.

Tutte le considerazioni sopra riportate, espresse dalle Autorità italiane interrogate nel 2008 a seguito dell'approvazione del «Libro Bianco», sono al momento superate, perché in sei anni – nel 2014 è stata adottata la Direttiva 104/UE – il panorama giuridico europeo ed italiano è profondamente mutato. Il cambiamento economico che ha interessato l'Europa negli ultimi anni ha reso necessario l'introduzione di un meccanismo come quello

⁴⁰ Confindustria, *Proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni delle norme antitrust comunitarie*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments, 30 settembre 2008.

⁴¹ Osservazioni delle Autorità Italiane concernenti il Libro Bianco, cit.

dell'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE – e quindi il corrispondente articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 – per garantire un'efficiente cooperazione tra le Autorità garanti della concorrenza e del mercato e il giudice nazionale, al fine di sanzionare adeguatamente le intese anticoncorrenziali e gli abusi di posizione dominante che ledono il corretto gioco della concorrenza.

6. Le argomentazioni a salvaguardia dell'art. 7 del Decreto Legislativo n. 3 del 2017.

Il meccanismo introdotto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, in base al quale si attribuisce efficacia vincolante alle decisioni dell'AGCM nel successivo giudizio civile, al fine di implementare l'utilizzo degli strumenti di *private enforcement*, pur avendo sicuramente tratti di spiccata eccezionalità, non è un istituto del tutto nuovo nel nostro panorama giuridico⁴².

In primo luogo, il suo antecedente storico in ambito comunitario è l'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003, il quale ha previsto un canale privilegiato di cooperazione tra la Commissione e le Autorità nazionali della concorrenza, nello specifico intento di garantire la certezza e l'uniforme applicazione delle regole di concorrenza comunitarie in tutti gli Stati membri. L'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003 similmente a quanto previsto dall'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017 ha affermato che le giurisdizioni nazionali non possono adottare una decisione che sia in contrasto con quanto già stabilito dalla Commissione⁴³. Nel pur simile intento di garantire l'uniforme applicazione del diritto della concorrenza, l'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003 e l'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017 si differenziano circa l'ambito di efficacia delle norme. Innanzitutto, l'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017 ha un ambito più circoscritto rispetto a quello dell'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003: mentre quest'ultimo impone espressamente alle Autorità nazionali garanti della concorrenza di non

⁴² Una conferma giurisprudenziale circa la legittimità dell'articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017 arriva anche dalla Corte di cassazione che con la sentenza, 4 giugno 2015, n. 11564, che ha affermato la necessità di garantire l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno subito dalle vittime di illeciti antitrust e di superare le difficoltà di allegazione e probatorie sono state affrontate con l'attribuzione dell'efficacia diretta alle decisioni dell'AGCM.

⁴³ Il Regolamento (CE) n.1/2003 ha codificato i principi già espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, 28 febbraio 1991, *Delimitis*; Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, *Masterfoods*.

poter adottare in nessun caso e senza eccezioni decisioni contrastanti con quanto già accertato dalla Commissione; diversamente la norma nazionale prevede, con una formulazione positiva, che l'accertamento definitivo dell'AGCM abbia valore di prova vincolante nel successivo giudizio per il risarcimento del danno solo ed esclusivamente quando siano rispettati alcuni requisiti e limiti. Inoltre, e in maniera più rilevante, l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 salvaguardia maggiormente il diritto di difesa del convenuto rispetto all'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003, nella parte in cui attribuisce comunque la facoltà al giudice civile di poter decidere diversamente da quanto stabilito dall'AGCM, qualora, in base al suo libero convincimento, ritenga che l'attore non sia riuscito a provare l'esistenza del nesso di causalità – nella sua componente materiale e giuridica – oppure a quantificare il danno subito.

In secondo luogo, il meccanismo introdotto positivamente dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 non era ignoto nemmeno alla migliore giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale a partire dalla metà dagli anni 2000 ha iniziato ad attribuire alla decisione dell'AGCM il valore di prova privilegiata nel successivo giudizio civile allo specifico fine di superare la condizione di asimmetria in cui versa la parte danneggiata. In particolare, il «caso c.d. RC Auto»⁴⁴ è stato il primo nel quale la Corte di Cassazione ha assegnato al provvedimento dell'AGCM⁴⁵ – che sanzionava le compagnie assicurative in ragione di un'intesa anticoncorrenziale sull'entità delle polizze assicurative – un'efficacia privilegiata relativamente all'accertamento della sola condotta illecita nel seguente giudizio. Questa pronuncia è stata fatta propria da alcuni Autori⁴⁶ come argomento per sostenere l'illegittimità dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 sulla scia della considerazione che il concetto di prova privilegiata adottato dalla Cassazione, a differenza di quello di prova vincolante ricorrente nella norma, permetteva sempre e comunque al giudice civile di potersi allontanare da quanto previsto nella decisione dell'AGCM ove non la ritenesse giusta. Contro questa posizione, è opportuno sottolineare che l'apparenza delle espressioni utilizzate – prova privilegiata dalla Cassazione/prova vincolante dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 – trae in inganno, poiché la giurisprudenza di legittimità che si è formata

⁴⁴ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305.

⁴⁵ AGCM, 28 luglio 2000, n. 8546, in *Boll.* 30/2000.

⁴⁶ R. Rordorf, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 786; F. Pasquarelli, *Da prova privilegiata a prova vincolante*, cit.; D. Porena, *Rilievi ed osservazioni*, cit.

successivamente alla prima pronuncia di metà degli anni 2000, pur continuando ad utilizzare l'espressione di prova privilegiata, ha ampliato di molto la sua portata originaria, giungendo ad attribuire il particolare valore probatorio non solo alla constatazione della condotta illecita, ma perfino alle valutazioni economiche del danno compiute dall'AGCM.⁴⁷

Appare perciò chiaro che sul piano del diritto interno l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 non è stato calato in un contesto di totale vuoto regolamentare, ma anzi il legislatore nazionale ha ripreso le massime della Corte di Cassazione, riformulandole in modo da garantire maggiormente il diritto di difesa dell'impresa convenuta, la quale potrà sempre sostenere nel giudizio per il risarcimento la prova contraria all'esistenza del nesso causale tra la sua condotta illecita e i danni subiti dalla parte attrice⁴⁸.

Infine, la terza considerazione per salvaguardare l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, che intende, come detto, migliorare l'efficacia e l'efficienza procedurale⁴⁹ delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno, dalle censure di incostituzionalità, è ricavabile da un'attenta analisi del procedimento che segue la decisione dell'AGCM per assumere il valore di prova vincolante nell'ambito del giudizio civile. In questa prospettiva, come detto, particolare rilevanza assume il requisito della «definitività», previsto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, tenendo conto che la decisione dell'AGCM diventa definitiva o quando non è stata impugnata dinnanzi al Tribunale amministrativo – ipotesi del tutto residuale – oppure quando il provvedimento a seguito del sindacato giurisdizionale sia divenuto inoppugnabile. Nella prassi, l'alternativa sicuramente più ricorrente è quest'ultima, in cui il diritto di difesa della parte responsabile è pienamente garantito non una sola volta, ma ben due. Infatti, il diritto di difesa di quella che sarà poi nel giudizio civile la parte resistente è assicurato, una prima volta, nel corso di svolgimento del procedimento amministrativo dinnanzi all'AGCM⁵⁰, nel quale come

⁴⁷ Per un'ottima ricostruzione sebbene risalente al tempo dell'emanazione della Direttiva 2014/104/UE, M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni*, cit., p. 310 s; Le pronunce sono: Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305; Cass., 26 maggio 2011, n. 11610, annotata da A. Palmieri, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice di responsabilità civile*, in *Foro it.*, n. 1/2011; e l'ultimo sviluppo della Corte di cassazione prima dell'emanazione della Direttiva 2014/104/UE è stato: Cass., 4 marzo 2013, n. 5327.

⁴⁸ A. Bernes, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da "cartello" in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. e previdenza*, n. 1/2017, p. 954.

⁴⁹ Così Considerando n.34 Direttiva 2014/104/UE.

⁵⁰ Tra tutti sul procedimento dinnanzi all'AGCM, M. Tavassi e M. Scuffi, *Diritto processuale antitrust. Tutela della concorrenza*, Napoli, 1998.

affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo deve essere pienamente rispettato il principio del contraddittorio tra le parti⁵¹. E una seconda volta quando il provvedimento dell’AGCM viene sottoposto al sindacato amministrativo. Quanto a quest’ultimo profilo, in modo del tutto innovativo, l’articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 autorizza il giudice amministrativo a verificare direttamente non solo i fatti posti a fondamento della decisione – come normalmente già avviene – ma addirittura a sindacare tutti «quei profili tecnici della decisione che, pur non presentando un margine di opinabilità, sono tuttavia valutati come necessari» per giudicare in merito alla legittimità della decisione dell’AGCM.

Riguardo a questo passaggio dell’articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, è opportuno precisare che una parte autorevole della dottrina ha giustamente sostenuto che, adottando tali espressioni, il legislatore avrebbe autorizzato il giudice amministrativo a compiere un sindacato di tipo sostitutivo al potere amministrativo, al fine di proteggere i diritti soggettivi coinvolti nella vicenda⁵². Infatti, nello specifico intento di garantire maggiormente l’effettività del controllo giurisdizionale per l’impresa sanzionata già durante lo svolgimento del processo amministrativo, il legislatore avrebbe ritenuto non più sufficiente che il giudice amministrativo compisse solamente un sindacato esterno, cioè meramente formale sull’esistenza della motivazione e dei suoi passaggi logici fondamentali. Dunque, secondo questo orientamento, il diritto di difesa dell’impresa sanzionata dall’AGCM, che diventa nel successivo ed eventuale giudizio civile parte resistente, sarebbe garantito pienamente già durante il processo amministrativo, essendo attribuiti al giudice amministrativo poteri di sindacato del tutto eccezionali.

7. La prospettiva della Corte costituzionale nella sentenza n. 13 del 2019.

Un’ulteriore e autorevole conferma circa la legittimità dell’articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, che si aggiunge alle argomentazioni fin qui esposte, arriva dalla recente sentenza della Corte

⁵¹ Corte EDU, *Menarini*, cit.

⁵² Per un’indagine approfondita sulle prospettive di cambiamento circa il sindacato del giudice amministrativo, si consiglia la lettura di F. Cintoli, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l’effetto vincolante dell’art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. amm.*, n. 4/2018.

costituzionale del 31 gennaio 2019, n. 13⁵³

Prima di entrare nel vivo delle motivazioni che portano chi scrive a sostenere che la Corte costituzionale condivide l'utilità e la legittimità del meccanismo introdotto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, è opportuno dar conto, seppure brevemente, del contesto della pronuncia per la speciale importanza del tema trattato. In particolare, con tale sentenza la Corte costituzionale ha segnato una svolta all'annosa questione circa la qualificazione dell'AGCM – sebbene ai limitati fini della sola legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità – o come organo giurisdizionale o come organo amministrativo, preposto in quest'ultimo caso al pari dell'amministrazione in senso classico, alla ponderazione degli interessi e delle posizioni del mercato⁵⁴. La questione della qualificazione giuridica dell'AGCM è sempre stata al centro di un intenso dibattito, non solo tra gli specialisti della materia, ma ha coinvolto pure la stessa Autorità che si è «lungamente interrogata» sulla propria natura giuridica⁵⁵. A dar conto di ciò, vi sono le due differenti posizioni sposate dai presidenti *pro tempore* dell'AGCM, succedutisi nel corso tempo. Nel 2001, infatti, Giuseppe Tesaro, presidente *pro tempore*, nel sostenere l'impossibilità di attribuire all'AGCM «carattere e natura para-giurisdizionale»⁵⁶, aveva ritenuto non contestabile la

⁵³ Corte cost., sent., 31 gennaio 2019, n.13, in www.cortecostituzionale.it. Alcune delle riflessioni sull'ordinanza *de quo* sono maturate dopo aver partecipato al *Competition Lunck Talk*, organizzato dall'Associazione Italiana Antitrust il 13 febbraio 2019.

⁵⁴ Per un commento sull'ordinanza AGCM, 3 maggio 2018, n. 1, tra tutti, si consiglia la lettura del contributo di S. Staiano, *Essere un giudice "a limitato fine". Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in federalismi.it, 4 maggio 2018, nel quale l'A., nel dar conto della "perdurante difficoltà" sulla qualificazione giuridica dell'AGCM, adotta una posizione chiaramente contraria al riconoscimento della natura giurisdizionale dell'Autorità, seppure "a limitati fini", anticipando in gran parte alcune delle argomentazioni sostenute poi dalla Corte costituzionale. Un articolato commento alla sentenza 2019, n. 13 della Corte costituzionale è offerto da a. patroni griffi, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'AGCM: alcune considerazioni*, in federalismi.it, 3 luglio 2019.

Sull'ordinanza sono reperibili diversi contributi su federalismi.it: M. Libertini, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, 4 luglio 2018; L. Cassetti, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, 4 luglio 2018; G. Di Plinio, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, 4 luglio 2018; A. Ferrara, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, 4 luglio 2018; M. Ridolfi, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, 4 luglio 2018. Sempre su federalismi.it; M. Clarich, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come 'giudice a quo' nei giudizi di costituzionalità*, 18 luglio 2018; P. Carnevale, *L'AGCM fra legittimazione a sollevare qlc ed evocazione della 'zona franca'*, 12 settembre 2018.

⁵⁵ L'espressione «lungamente interrogata» è utilizzata dalla stessa AGCM nell'ordinanza di rimessione, cit., proprio per indicare il lungo periodo nel quale essa si è interrogata sulla propria qualificazione giuridica.

⁵⁶ Per una approfondita indagine sulla natura dell'Autorità amministrativa si rinvia: M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; V. Caianiello, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 1998; R. Perez, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Rivista trim. di dir. pub.*, n. 1/1996; F. Caringella, *Le Autorità amministrative indipendenti tra neutralità e*

qualificazione dell'Autorità a tutti gli effetti come soggetto amministrativo, in specie per la sottoposizione dei suoi atti al controllo giurisdizionale⁵⁷.

Una posizione totalmente distante e opposta, di qualche anno più risalente al 2001, era stata invece quella adottata da un altro presidente *pro tempore* dell'Autorità, Giuliano Amato, che, distinguendo la funzione dell'AGCM rispetto a quella dell'amministrazione tradizionale, aveva sostenuto che il primo soggetto, a differenza del secondo, non facesse ponderazione tra una pluralità di interessi pubblici e privati, ma applicasse la legge al caso concreto attraverso il sillogismo tipico del ragionamento giudiziario⁵⁸. Tale teoria era avvalorata secondo Giuliano Amato, da un lato assimilando, come appena visto, l'attività dell'Autorità a quella del giudice; dall'altro, riprendendo le argomentazioni della giurisprudenza di un ventennio prima della Corte costituzionale nelle quali, adottando in modo elastico i concetti di giudice e di giudizio, aveva ammesso la Corte dei conti ad accedere incidentalmente dinnanzi ad essa *sebbene a limitati fini*.⁵⁹

Proprio tale posizione, sebbene fosse più risalente in ordine di tempo tra le due, è stata quella prospettata dall'AGCM per sostenere, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 3 maggio 2018, n. 1, la sua natura sostanzialmente giurisdizionale, grazie alla quale la stessa Autorità garante avrebbe potuto adire incidentalmente la Corte costituzionale e sottoporle tutte quelle questioni che più difficilmente verrebbero ad essa per altra via (le c.d. zone franche)⁶⁰.

paragiurisdizionalità, in *Cons. St.*, 2000, p. 541; F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità, la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; S. Lucantini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013.

⁵⁷ Cfr., G. Tesaro *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in F. Kistoris e P. Schippa (a cura di), *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma, 2001, p. 165.

⁵⁸ G. Amato, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionale*, Roma, 1996.

⁵⁹ Si tratta della sentenza della Corte cost., 28 luglio 1976, n. 226; per un approfondimento sul punto, rinvia a G. Pitruzella, *Questioni di legittimità costituzionale e Corte dei Conti*, in www.cortedeiconti.it, 13 dicembre 2007.

⁶⁰ Dall'ordinanza AGCM, 3 maggio 2018, n.1 si evince che l'AGCM affermava di possedere entrambi i requisiti – soggettivo e oggettivo - tipici del potere giurisdizionale. Quanto al requisito soggettivo l'Autorità argomentava sottolineando che i Componenti del collegio sono scelti dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e onorabilità e che tali requisiti garantiscono l'esercizio terzo ed imparziale della funzione di sussunzione.

Quanto al profilo oggettivo, la sua attività sarebbe non solo assimilabile a quella contenziosa del giudice, ma sarebbero anche garantiti durante tutto il procedimento *antitrust*, come in quello giudiziario, il diritto al contraddittorio e principi di terzietà e di parità delle armi. Espressamente contro a tale assimilazione, s. staiano, *Essere giudice, cit.*, p. 4.

Con riferimento alla teoria delle zone d'ombra, l'AGCM prende in considerazione le pronunce oltre alla già richiamata Corte cost., 28 luglio 1976, n. 226; le sentenze: 14 luglio 1989, n. 406 e 15 ottobre 1991, n. 384.

La Corte costituzionale con la sentenza 31 gennaio 2019, n. 13 ha invece dichiarato inammissibile la questione prospettata dall'AGCM⁶¹. L'argomento di maggior rilievo utilizzato dalla Corte nel negare la natura giurisdizionale dell'Autorità fa leva sull'assenza del requisito di terzietà: da un canto, giacché l'AGCM diventa parte resistente nel processo amministrativo che ha ad oggetto l'impugnazione dei suoi stessi provvedimenti; dall'altro, perché non vi è un'adeguata separazione tra gli uffici e il Collegio e, più in particolare, tra il Segretario generale e il Presidente⁶².

La soluzione alla questione sulla natura giuridica dell'AGCM fornita dai giudici della Consulta non interessa tanto direttamente questo studio – incentrato sull'analisi delle peculiarità e delle criticità dello speciale meccanismo introdotto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 – quanto due passaggi che si leggono in essa. Infatti queste due proposizioni contenute nella sentenza vanno a rafforzare la tesi fin qui sostenuta che salvaguardia il meccanismo dell'efficacia vincolante delle decisioni definitive dell'AGCM dalle censure mosse contro di esso, ovvero di pregiudicare il diritto di difesa e l'autonoma valutazione del giudice.

Il primo passaggio da prendere in esame è quello del paragrafo 5 della sentenza, in cui la Corte costituzionale afferma esplicitamente che il procedimento che porta la decisione dell'AGCM in tutta la sua complessità a divenire definitiva è compatibile con i principi costituzionali in materia di difesa della parte convenuta. Invero la Corte, pur ritenendo che l'AGCM non possa essere considerata neppure a limitati fini un giudice, perché priva dell'essenziale requisito della terzietà, riconosce espressamente che in nessun caso l'attribuzione dell'effetto vincolante alla decisione dell'AGCM in sede civile pregiudica il

⁶¹ La Corte cost. al paragrafo 3.2. non nega di aver interpretato in passato la nozione di giudice e di giudizio in modo elastico, ma solo quando, considerato il caso concreto, vi era il rischio che la questione difficilmente avrebbe potuto essere prospettata per altra via dinanzi ad essa. Le pronunce in cui la Corte cost. ha interpretato in modo ampio i concetti di giudice e di giudizio sono: 4 luglio 2018, n. 180; 8 novembre del 2017, n. 275; 24 gennaio 2017, nn.16 e 29; 5 maggio del 2013, n. 82; 25 ottobre del 2012, n. 272; n. 22 ottobre del 2007, n. 349; 3 giugno del 2006, n. 28; e 12 giugno del 2001, n. 291.

⁶² È interessante notare che la Corte costituzionale per sostenere che la natura non giurisdizionale dell'AGCM sembra riprendere le motivazioni che spinsero la Corte di Giustizia nella sentenza del 21 maggio 2005, *Synetairismos Farmakopoion e al.*, ad escludere che la decisione di una autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato possa assumere valore giurisdizionale sul presupposto che in base al diritto comunitario della concorrenza, quest'ultima può essere privata della propria competenza da una decisione della Commissione qualora quest'ultima avvii anch'essa un procedimento.

A sostegno della sua argomentazione, la Corte cost. richiama le seguenti pronunce: Cons. di Stato, Ad. Pl., 29 luglio 2011, n.15; Cons. di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751; Cons. di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280; Cons. di Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865. Sul punto anche la Cass., sez. I, 21 maggio 2018, n. 12461 e Cass., S.U., 24 gennaio 2013, n. 1716.

diritto di difesa dell'interessato. In altri termini, all'impresa sanzionata che assume la veste di parte resistente nel giudizio civile è assicurato non solo il diritto al contraddittorio – tanto durante il procedimento *antitrust* (articolo 14, L. n. 287/1990), quanto dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale – ma gli è garantito anche un sindacato amministrativo pieno sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM, come eccezionalmente previsto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017⁶³. La Corte costituzionale sembra quindi condividere quella posizione che si è esposta in conclusione del paragrafo precedente, in base alla quale il giudice amministrativo è eccezionalmente autorizzato dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 a sostituirsi alla valutazione precedentemente condotta dalla pubblica amministrazione, al fine di attribuire una maggiore effettività al controllo giurisdizionale, attraverso un sindacato pieno, che ha ad oggetto il rapporto amministrativo: non limitato al solo controllo esterno della legittimità del provvedimento.

Ancor più interessante ai nostri fini, è il secondo passaggio logico della sentenza che qui si esamina, nel quale la Corte delinea la distinzione tra il concetto di giudicato, proprio della sentenza, e quello di definitività, proprio del provvedimento amministrativo.

Anzitutto è noto il concetto di giudicato che appartiene tradizionalmente ed esclusivamente alla sentenza divenuta «cosa giudicata», comprende in sé quello di definitività. La Corte costituzionale ritiene che il provvedimento dell'AGCM abbia invece natura amministrativa, essendo adottato da un'autorità che fa ponderazione dei plurimi interessi sottoposti alla sua attenzione. Pur tuttavia, prosegue la Corte, la definitività – qualità che è acquisita dal provvedimento solo dopo che sono stati esauriti gli ordinari mezzi di impugnazione – garantisce al pari del concetto di giudicato la stabilità degli effetti amministrativi nel tempo. Ed è proprio la stabilità degli effetti, al pari dell'incontestabilità, che assicurano che la decisione dell'AGCM una volta divenuta definitiva non possa più essere messa in discussione in nessuna altra sede. Ciò assicura che l'accertamento compiuto dall'amministrazione rimanga stabile nel corso del tempo, essendo preclusa la possibilità di instaurare un nuovo procedimento sugli stessi fatti (*ne bis in idem*). In effetti, l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 non fa altro che attribuire alla decisione divenuta definitiva, già stabile nei suoi effetti, un valore ulteriore in sede di giudizio civile, senza però precludere in alcun modo il pieno diritto di difesa di difesa e l'autonomo convincimento del giudice. Dall'analisi, quindi, di questi due passaggi della sentenza n. 13/2019 sembra potersi

⁶³ *Supra*.

dedurre che la Corte costituzionale condivida la legittimità dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 ritenendo il diritto di difesa dell'impresa convenuta nel processo civile garantito, e in maniera rafforzata: sia durante il corso del procedimento amministrativo, sia nel corso di svolgimento del processo amministrativo, addirittura con la speciale attribuzione al giudice amministrativo del potere di sostituirsi alla valutazione precedentemente compiuta dall'AGCM⁶⁴.

8. Considerazioni conclusive.

Alla luce della complessiva analisi svolta sull'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 appare evidente che questo meccanismo, con cui è attribuita alla decisione definitiva dell'AGCM un valore vincolante nel giudizio per il risarcimento del danno *antitrust*, presenti elementi di netta specialità rispetto al microsistema tradizionale delle prove. Nondimeno la su esposta specialità non pregiudica in nessun caso né il diritto dell'impresa convenuta nel giudizio civile di difendersi adeguatamente, la quale può provare con tutti gli strumenti a sua disposizione l'inesistenza del nesso causale tra la sua condotta illecita – già accertata dalla decisione dell'AGCM – e il danno subito dalla parte attrice; né la facoltà del giudice in sede civile di allontanarsi da quanto statuito nella diversa sede del *public enforcement* dall'AGCM. In verità, tutti gli elementi di specialità presenti nell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 sono finalizzati unicamente a migliorare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno, attraverso il coordinamento degli strumenti di *public* e di *private enforcement* e a promuovere il corretto funzionamento del mercato interno sia per le imprese che per i consumatori.

Per quanto risulti eccezionale il meccanismo descritto, in special modo perché supera la tradizionale e chiara distinzione *procedimento-provvedimento* e *processo-sentenza*, appare che l'unico in grado di rendere effettiva, ai sensi dell'articolo 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza, tenuto conto

⁶⁴ Sulle differenze tra presunzioni, indizi e massime di esperienza e sul loro impiego nell'ambito del risarcimento del danno si rinvia a F. Cardopatri, *Interferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione e indizio*, in *Giu. Merito*, n. 3/1999, p. 632 ss.

dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova.

Abstract: L'art. 7 del Decreto Legislativo n. 3 del 2017 prevede che il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – che di consueto passa per il filtro del sindacato processuale amministrativo – abbia effetto vincolante nel giudizio civile risarcitorio. Questa norma ha rafforzato la concatenazione tra le Istituzioni di tutela della concorrenza in modo del tutto nuovo, creando, tra l'altro, anche problemi di costituzionalità circa il diritto di difesa della parte resistente nel giudizio civile e l'autonomia del sindacato giudiziale.

Abstract: Article 7 of Legislative Decree n. 3 of 2017 provides that provision of the Italian Antitrust Authority has binding effect in the civil claim for damages. This rule has strengthened the relationship between the competitive institutions in a new way: Antitrust, administrative judge and ordinary judge. By reason of this novelty the norm has been at the center of a forceful debate on its constitutionality.

Parole chiave: Key words: AGCM – Administrative judge – Ordinary judge – binding effect – Art. 7 of Legislative Decree n. 3 of 2017 – Judgment of Constitutional Court n. 13 of 2019.

Key words: AGCM – Giudice amministrativo – giudice ordinario – effetto vincolante – art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 – Sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019.

THE GMO AUTHORIZATION PROCEDURE IN EU: INCLUSIVITY, ACCESS TO JUSTICE AND PARTICIPATION IN DECISION-MAKING*.

by Giada Ragone**

Summary. 1. Introduction. – 2. Framing the criticisms of the GMO authorization process. – 3. Internal review and access to justice for non-governmental organisations under Title IV of the Aarhus Regulation: did it open a door for greater inclusivity in GMO authorization procedure?. – 4. A—small—novelty in EU case-law: “*TestBiotech and others v Commission*”. – 4.1. A step forward or backward for NGOs’ standing and participation? – 4.2. The merit of the decision and the impossibility to review the scientific basis of authorization decisions. – 5. Could the Sustainable Development debate foster greater inclusivity in the GMO authorization process in the European Union?

1. Introduction.

The present paper addresses whether the principles of inclusivity, access to justice, and participation in decision-making are adequately respected within the context of the Genetically Modified Organisms (GMO) authorization procedure put in practice by the European Union.

As it is well known, the problem with GMO authorization is deeply divisive for UE States. The European Commission complained that, in recent years, it has been often obliged to adopt several acts concerning the authorization of GMOs, despite its Member States being unable to take a shared position, either in favor of or against the decisions¹.

This comes as no surprise, since GMOs represent a sensitive issue for a number of reasons: among others, they raise huge scientific and technical questions and uncertainties, especially on potential risks for human health and the environment. As for the former, anti-GMO activists are concerned about the unpredictable effects of these organisms in terms of allergies, damages to the immune system, resistance to antibiotics and so forth; on the

* *Sottoposto a referaggio.*

** Post-Doc fellow in Constitutional law – University of Milan.

¹ See European Commission ‘*Comitology: Commission Proposes More Transparency and Accountability in Procedures for Implementing EU Law*’, Press Release, 14 February 2017. Available online at: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-264_en.htm.

other hand, GMO supporters consider the possibility of modifying foods, fortified with vitamins and nutrients, as an opportunity to fight malnutrition and disease, especially in developing countries.

With regard to environmental risks, the main concerns are about the maintenance of biodiversity, the risk of contamination between traditional and biotech cultures, and the unpredictable effects on the ecosystems. However, GMOs can also be seen as environmentally friendly since their plantation is capable of conserving water, soil, and energy more than the traditional farming systems. This is not the place to take a position on these different opinions; it is sufficient to point out that the scientific debate is still ongoing and it seems far from quieten.

Beyond the scientific realm, the GMO scope is controversial also because the regulation of agricultural biotechnology collides with the interests of heterogeneous stakeholders: the need for food safety and food security, the right to health, consumer rights, economic and trade interests, environmental protection, and so forth².

Given the relevance of the interests at stake and the divisiveness of the issue, GMO-related decisions have been defined by doctrine as “the quintessential type of decision that the public has an explicitly stated desire to participate in”³. In this field, more than in others, respecting the principles of inclusivity, access to justice, and participation in decision-making would increase the degree of democracy in deliberations and the opportunity for citizens to influence their own lives and future.

Being aware of these issues, European Commission has recently pointed out the need for a higher level of transparency in the procedures concerning politically sensitive matters of direct impact on citizens and businesses, especially in the field of safety of humans, animals or plants. This resulted in the proposal for a regulation that is still in the legislative process,

² The legal literature on these issues is huge and varied. See among the others, C. Lawson, *Intellectual property and genetically modified organisms: a convergence in laws*, Routledge, 2016; V.H. Peters, *The Health Consequence of Genetically Modified Organisms and Lack of Regulation: Genetically Engineered Food Linked to Rise in Autism Prevalence*, in *Sustainable Dev. L. & Pol'y*, 2014, pp. 21-22; S. Johnson, *Genetically Modified Food: A Golden Opportunity*, in *Sustainable Dev. L. & Pol'y*, 2014, pp. 34 and 69; H.T. Anker and M. Rosso Grossman, *Authorization of Genetically Modified Organisms: Precaution in US and EC Law*, in *European Food and Feed Law Review*, 2009, pp. 3-22; B. Koch, *Economic Loss Caused by Genetically Modified Organisms: Liability and Redress for the Adventitious Presence of GMOs in Non-GM Crops*, Springer, 2008; C.G. Gonzalez, *Genetically Modified Organisms and Justice: The International Environmental Justice Implications of Biotechnology*, in *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.*, 19, 2007, pp. 583-642; D. Winickoff, S. Jasanoff, L. Busch, R. Grove-White and B. Wynne, *Adjudicating the GM food wars: science, risk, and democracy in world trade law*, in *The Yale Journal of International law*, 30, 2005, pp. 81-123.

³ T. Etty, *Biotechnology*, in *The Yearbook of European Environmental Law*, 5, 2005, p. 314.

which aims at amending the decision-making procedures concerning the abovementioned areas⁴.

Usually, public participation, access to judicial and administrative proceedings are considered essential to the promotion of Sustainable Development⁵. This is clearly affirmed in the Plan of implementation of the 2002 World Summit on Sustainable Development, which states that all countries should promote access to justice and inclusivity regarding legislation, regulations, activities, policies and programmes⁶, and such principles are underpinned in several goals of the 2030 Agenda for Sustainable Development⁷, especially SDG 16⁸. Moreover, respecting them should be prioritized in the field of environment-related decisions, as those on GMOs. To this regard, it is worth remembering that the UN Rio Declaration on Environment and Development⁹, which sets the general principles for the environmental policies of XXI century, states: «Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, [...]. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided»¹⁰.

For these reasons, the GMO authorization procedure is an interesting field for the implementation of the main principles embedded in SDG 16 of the 2030 Agenda for Sustainable Development, whose realization will still take the next 10 years to happen. This paper will explore the extent to which the GMO case benefited from the approval of

⁴ Proposal 2017/0035 (COD) for a Regulation of The European Parliament and of The Council amending Regulation (EU) No 182/2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers. On this point, see M. Mühlböck – J. Tosun, *Responsiveness to Different National Interests: Voting Behaviour on Genetically Modified Organisms in the Council of the European Union*, in JCMS, no. 2/2018, pp. 385-386.

⁵ See paragraph no. 43 of the Resolution A/RES/66/288 “The Future We Want” adopted by the UN General Assembly on 27 July 2012, here available: http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_66_288.pdf

⁶ See Report of the World Summit on Sustainable Development, Johannesburg, South Africa, 26 August-4 September 2002, chapter XI, paragraphs no. 162-167.

⁷ As it is well-known, the 17 Sustainable Development Goals (SDGs) of the 2030 Agenda for Sustainable Development were adopted by World leaders in September 2015 at a United Nation Summit and they officially came into force on 1 January 2016. See the Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/res/70/1. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development.

⁸ SDG 16 promotes just, peaceful and inclusive societies.

⁹ See annex I to the Report of the United Nations Conference on Environment and development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), here available: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>.

¹⁰ See Principle no. 10.

Regulation (EC) no. 1367/2006 of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006, which implemented the Convention on access to information, public participation in decision-making, and access to justice in environmental matters (the s.c. Aarhus Convention)¹¹ in the European legal framework¹².

The analysis evaluates the efficacy of a binding legal instrument—the Aarhus Regulation—in pursuing some of the pivotal aims embedded in SDG 16, albeit just in the environmental context¹³. SDG 16 is one of the most challenging goals to be achieved, as it requires «promot[ing] peaceful and inclusive societies for Sustainable Development, provid[ing] access to justice for all and build[ing] effective, accountable and inclusive institutions at all levels». In order to concretely fulfill such objectives, it is essential to adopt—at international, national, or, in the European case, supranational level—policies, binding rules and mechanisms designed for the legal background and the institutions of the relevant framework. Rules implementing SDG 16's values must be, let us say, *customized* for each different context; otherwise, these values will be confined to abstract ideals, lost in the complexity of societies and their institutional apparatuses.

Moving from this perspective, the paper proceeds as follows: first, it frames the main criticisms of the European GMO authorization procedure (par. 2). Then it explores the extent to which the adoption of Regulation no. 1367/2006 (par. 3) and the following EU case-law (par. 3) can be considered relevant towards the implementation of the principles of inclusivity, access to justice, and participation in decision-making in the GMO case. Finally, the paper addresses whether the approval of the UN Agenda 2030, and especially of Sustainable Development Goal 16, could possibly foster a greater implementation of the mentioned principles with regard to the selected case-study.

¹¹ Aarhus, 25 June 1998, entered into force 30 October 2001. For further details, see, among the others, S.T. McAllister, *The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making, and Access to Justice in Environmental Matters*, in *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y*, 1999, p. 187; M. Lee and C. Abbot, *The usual suspects? Public participation under the Aarhus Convention*, in *Modern Law Review*, 66, 2003, p. 80; M. Pallemarts (ed.), *The Aarhus Convention at Ten: interactions and tensions between conventional international law and EU environmental law*, Europa law publishing, 2011.

¹² Before the Aarhus Regulation, the European Union adopted some Directives (2003/4/EC on public access to environmental information, repealing Council Directive 90/313/EEC; 2003/35/EC, providing for public participation in the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with respect to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC 96/61/EC) that ensure the harmonized transposition of the Aarhus Convention into the national laws of the Member States, only in relation to the first two pillars of the Convention.

¹³ The rights in the Aarhus Convention are applied to an environmental context, however they are by no means confined of that context, since the rights also clearly derive from human rights law which has a more general application.

2. Framing the criticisms of the GMO authorization process.

In order to assess the current progress of the European GMO authorization procedure, it is essential to highlight the original sins of this proceeding: the lack of inclusivity in the scientific assessment, and the marginal role given to public opinion as well as the opinion of all Member States¹⁴ in the decision-making. This last issue is even more problematic when one bears in mind the strict interpretation provided by the Court of Justice about the conditions that allow Member States to adopt emergency measures against GMOs after their approval¹⁵. A recent example of the high standard of proof required for such measures is provided by the *Fidenato et al* judgment of 2017¹⁶.

According to the current EU legal framework¹⁷, every variety of GMO must follow an

¹⁴ The Directive (EU) 2015/412 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2015 amended the original authorization procedure (set by Directive 2001/18/EC) in order to increase the possibility for the Member States to restrict or prohibit the cultivation of genetically modified organisms (GMOs) in their territory. Nonetheless, as the posterior praxis and case-law show, this intervention could not be considered determined for the criticisms mentioned.

¹⁵ On this point see E. Corcione, *Emergency Measures Against GMOs between Harmonizing and De-harmonizing Trends: The Case Fidenato et al*, in *European Papers*, 3, 2018, pp. 345-356.

¹⁶ Court of Justice, judgment of 13 September 2017, case C-111/16, *Fidenato et al*. Under this decision, States cannot rely on the precautionary principle to exclude the cultivation of authorized GMOs within their territories, pursuant to Article 34 of Regulation 1829/2003.

¹⁷ In the EU framework, the main legal acts regulating GMOs are: Directive 2001/18 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms, as modified by Directive 2015/412; Regulation 1829/2003 on genetically modified food and feed; and Regulation 1830/2003 concerning the traceability and labelling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms. For a broader analysis of this legal framework within the Italian literature see, *ex multis*: L. Marini, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 7 ff.; R. Ferrara and I.M. Marino (ed.), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dall'ambiente*, Padova, 2003; C. Casonato and M. Berti (ed.), *Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta*, Alcione, 2006; L. Scaffardi, *Principio di precauzione e ingegneria genetica nella catena alimentare*, in R. Bifulco and A. D'Aloia (ed.), *Un diritto per il futuro*, Jovene, 2008, p. 666 ff.; A. Venturi, *Analisi del rischio e sicurezza alimentare. I fondamenti, le controversie, la regulation*, Guerini e ass., 2008; F. Rossi dal Pozzo, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2, 2014, p. 339 ff.; A. Rinella and C. Pungitore, *Organismi geneticamente modificati. Profili di diritto comparato ed europeo*, Filodiritto, 2015; L. Chieffi, *L'impiego delle biotecnologie nel campo agroalimentare tra insuperati pregiudizi e aspettative di sfruttamento economico*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna On-line*, n. 1/2015, p. 24 ff.; G. Ragone, *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2015, pp. 115-130; P. Costanzo (ed.), *Organismi geneticamente modificati. Una prospettiva giuridica*, Genova University Press, 2016; G. Ragone, *L'Italia e la questione OGM alla luce della recente normativa UE*, in G. Cerina Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti and P.L. Petrillo (ed.), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Cesifin, 2016, pp. 381-391; S. Pitto, *La legittimità delle limitazioni statali agli alimenti OGM alla luce del*

application procedure to obtain authorization for cultivation, import, use, and placement on the market as food or feed. Regardless of the country where the applicant (i.e. the GMO owner) applies for such authorization, his request is processed through a centralized procedure conducted at the European level consisting of two phases: risk assessment and risk management.

The first criticism of the procedure arises at step one: the scientific (or risk) assessment. This phase is mainly conducted by the European Food Safety Authority (EFSA)¹⁸, which is asked to give an opinion on the potential impact of each GMO product on human health, animal health, and the environment. Under Articles 6(7) and 18(7)¹⁹ of Regulation on genetically modified food and feed²⁰, the public has a 30-day period to comment to the Commission on the opinion expressed by EFSA. However, these articles “appear rather symbolic, as they are typically articulated as ‘soft-obligation’”²¹: indeed there are non-binding obligations for the Commission to take public comments into consideration. In some cases, depending on the content of the application submitted by the GMO owner, it happens that national risk advisors are involved in the risk assessment process to varying degrees, from consultation to carrying out an environmental risk assessment²². However, many national authorities perceive that, when they are involved, the Authority’s risk assessments do not take their comments into adequate consideration: “although legally EFSA has not been granted a superior authority over national scientific authorities, in practice the EFSA’s GMO Panel tends to assert scientific authority by overriding national safety concerns”²³.

principio di precauzione, in DPCE Online, n. 1/2018; G. Ragone and B. Vimercati, *La sovranità alimentare nei processi di integrazione europea: il caso degli OGM*, in A. Pérez Miras, E.C. Raffiotta G.M. Teruel Lozano and F. Vecchio (ed.), *Sovranità e rappresentanza. Stato, autonomie territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 155-172.

¹⁸ See Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of The Council of 28 January 2002, laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety.

¹⁹ According to Articles 6(7) and 18(7), «The Authority, in conformity with Article 38(1) of Regulation (EC) No 178/2002, shall make its opinion public, after deletion of any information identified as confidential in accordance with Article 30 of this Regulation. The public may make comments to the Commission within 30 days from such publication».

²⁰ Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed.

²¹ See T. Etty, *ibidem*, p. 292.

²² Sometimes, this involvement is mandatory, in other cases, it is at the discretion of EFSA. See M. Lee, *ibidem*, 226.

²³ M. Weimer, *Risk Regulation in the Internal Market: Lessons from Agricultural Biotechnology*, Oxford University Press, 2019, p. 120.

The *de facto* superiority of EFSA's opinions over national scientific research on GMOs has also been confirmed by the European Union Courts case-law. A good example is offered by the case *Land Oberösterreich and Austria v Commission*. In two distinct judgments,²⁴ both the General Court and the Court of Justice declined to reverse the Commission's decision²⁵ to turn down the request made by the *Oberösterreich*, an Austrian region which wanted to create a GMO-free zone, banning all varieties approved at the EU level.²⁶ The Austrian initiative based on Article 114 (5) TFEU reads: «if, after the adoption of a harmonisation measure by the European Parliament and the Council, by the Council or by the Commission, a Member State deems it necessary to introduce national provisions based on *new scientific evidence relating to the protection of the environment* or the working environment on grounds of a problem specific to that Member State arising after the adoption of the harmonisation measure, it shall notify the Commission of the envisaged provisions as well as the grounds for introducing them».

According to the Austrian scientific evidences²⁷, considering the specific features of *Oberösterreich*'s territory, the ban was necessary to protect organic agriculture from GMO contamination, and to preserve biodiversity, as well as the environment²⁸. The EFSA was then required to evaluate the Austrian report and concluded that the data failed to prove the existence of *new* scientific evidence jeopardizing the protection of the environment. Relying on the EFSA's dismissal of the Austrian evidence, the Commission declared the ban illegitimate. It is worth noting that the requirement of *new evidence* is very limiting for national authorities because it implies that their requests cannot be based upon *old* evidence

²⁴ See judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 5 October 2005, *Land Oberösterreich and Republic of Austria v Commission of the European Communities*, joined cases T-366/03 and T-235/04; and, and Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 September 2007, *Land Oberösterreich and Republic of Austria v Commission of the European Communities*, appeal, joined cases C-439/05 P and C-454/05 P.

²⁵ Commission Decision of 2 September 2003 relating to national provisions on banning the use of genetically modified organisms in the region of Upper Austria notified by the Republic of Austria pursuant to Article 95(5) of the EC Treaty, (2003/653/EC):

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:230:0034:0043:EN:PDF>.

²⁶ The national provisions on banning the use of GMOs in *Oberösterreich* was notified by Austria pursuant to Article 95(5) of the EC Treaty.

²⁷ Austria presented a scientific dossier “GVO-freie Bewirtschaftungsgebiete: Konzeption und Analyse von Szenarien und Umsetzungsschritten”, also called “Müller report” from the name of the ecological risk researcher tasked to write it: “https://www.keine-gentechnik.de/bibliothek/zonen/studien/mueller_gvo_frei_bewirtschaftung_020428.pdf”.

²⁸ It is worth noting that the Commission considered the Austrian concerns about the coexistence of traditionally and GM crops as an economic issue, rather than environment related. The same arises from the Commission Recommendation of 23 July 2003 on guidelines for the development of national strategies and best practices to ensure the coexistence of genetically modified crops with conventional and organic farming (notified under document number C(2003) 2624).

that was not taken into account by the EFSA during its risk assessment²⁹.

The second point of criticism of the authorization process relates to risk management. On the basis of the EFSA's opinion, the European Commission and the Standing Committee on the Food Chain and Animal Health (SCFCAH)³⁰, which is composed of representatives of Member States, decide whether to authorize a product. Actually, the role of the Standing Committee has always been irrelevant in this proceeding; due to harsh political divisions among the Member States over GMOs, the Committee never reached the qualified majority required to deliver an opinion³¹. Therefore, the European Commission alone has always had the final word on authorization, cultivation, and consumption of GMOs in Europe. And despite the fact that the Commission's decision is not bound by the EFSA's opinion but must take other considerations into account, the Commission's final word has always been aligned with the Authority's opinion. Indeed, it is not so easy for the European Commission to defy EFSA's evaluation: under *Pfizer Animal Health SA v Council of the European Union*³², "the justifications for diverging from such an opinion 'must be of a scientific level at least commensurate with that of the opinion in question', and the Commission simply does not command the resources to provide the strong scientific basis for an objection that would be legally required."³³ Therefore, "not the Commission, but rather EFSA itself may in a sense be seen as the *de facto* risk manager"³⁴ in the process of GMO authorization.

Also, beyond the GMO case, agencies with technical tasks and expert committees play a key role within the system of European governance, not only in terms of legislative processes, but also with respect to the judicial protection of fundamental rights. The literature has largely demonstrated how agencies and expert committees have become a key element in the EU policy-making processes and that these bodies make vital

²⁹ See M. Lee, *ibidem*, p. 228; On the too intensive scrutiny applied by EU Courts to scientific data produced by Member States, see M. Doherty, *The application of article 95(4)-(6) of the EC Treaty: is the emperor still unclothed?*, in *Yearbook of European Environmental Law*, 7, 2008, pp. 57-58.

³⁰ Known also as the Standing Committee on Plants, Animals, Food and Feed ("PAFF" Committee).

³¹ See T. Christiansen and J. Polak, *Comitology between political decision-making and technocratic governance: regulating GMOs in the European Union*, in *Eipascope*, n. 1/2009, p. 6.

³² Judgment of the Court of First Instance (Third Chamber) of 11 September 2002, *Pfizer Animal Health SA v Council of the European Union*, Case T-13/99. Par. no. 199 reads: «to the extent to which the Community institution opts to disregard the opinion [of a committee of experts], it must provide specific reasons for its findings by comparison with those made in the opinion and its statement of reasons must explain why it is disregarding the latter. The statement of reasons must be of a scientific level at least commensurate with that of the opinion in question».

³³ See T. Christiansen and J. Polak, *ibidem*, p. 8.

³⁴ *Ibidem*, p. 9.

contributions to the shaping of legislations³⁵. Nonetheless, the described *scientification* of the GMO authorization process and the central role of the EFSA's opinions have been criticized by scholarship³⁶. Indeed, the focus on the Agency's outcomes diminishes the relevance of other factors that the European Commission should take into proper account, i.e. competing evidence from Member States, environmental or consumer groups, or other legitimate factors (societal, economic, traditional, or ethical). The consideration of these factors is required by Regulation 178/2003³⁷, which sets forth the general principles and requirements of food law. As noted in literature³⁸, among the "other legitimate factors" the public's formal comments might also be included. However, "this is by no means evident, neither is, more generally, what determines the [...] *legitimacy* of such other factors, which could conceivably include (widespread) public opinion"³⁹.

3. Internal review and access to justice for non-governmental organisations under Title IV of the Aarhus Regulation: did a door open for greater inclusivity in GMO authorization procedure?

After ratifying the Aarhus Convention in 2005⁴⁰, the European Union adopted Regulation no. 1367/2006 (the Aarhus Regulation)⁴¹, which implemented within the EU framework the provisions and principles of the Aarhus Convention – drafted with their application to the supranational institutions and bodies of the Union in mind⁴². These institutions and

³⁵ Among the others, see R. Dogan, *Comitology: little procedures with big implication*, in *West European Politics*, 1997, pp. 31-60 and more recently M. Everson, C. Monda and E. Vos, *European agencies in between institutions and Member States*, Wolters Kluwer, 2014.

³⁶ See M. Weimer, *ibidem*; p. 116; E. Vos, *The European Court of Justice in the face of scientific uncertainty and complexity*, in M. Dawson, B. de Witte and E. Muir (ed.), *Judicial activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 142; M. Everson and E. Vos, *Scientification of politics or politicisation of science?*, in Id. (ed.), *Uncertain risks regulated*, Routledge/Cavendish Publishing, n. 1/2009, p. 17.

³⁷ See Preamble 19.

³⁸ See T. Etty, *ibidem*, p. 292, note 34.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ The Decision on conclusion of the Aarhus Convention by the European Union was adopted on 17 February 2005: see Decision 2005/370/EC.

⁴¹ Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:264:0013:0019:EN:PDF>

⁴² "As the provision of the Convention were drafted primarily with a view to their application to national public authorities, negotiators were aware that applying them to the supranational institutions of the Community [...] might give rise to certain difficulties of a legal and institutional nature" (see M. Pallemarts, *Access to environmental justice at EU level. Has the 'Aarhus Regulation' improved the situation?*, in Id. (ed.), *The Aarhus Convention at Ten*, 273).

bodies are thus required to make arrangements for early and effective opportunities for the public to participate in the preparation, modification, or review of acts, plans, and programs relating to the environment⁴³.

The two main innovations provided by the Regulation are included in Title IV; they consist of new participative instruments for environmental non-governmental organisations (NGOs), i.e. internal review and access to justice⁴⁴.

The first is a special administrative review procedure, accessible to environmental NGOs meeting given criteria⁴⁵, enabling them to make a request for internal review of administrative acts and omissions of European institutions and bodies (art. 10)⁴⁶. The institutions must consider any such request and state their reasons in a written reply as soon as possible.

The second innovation entails the possibility for NGOs to institute proceedings before the Court of Justice (art. 12). According to this provision,

«1. The non-governmental organisation which made the request for internal review pursuant to Article 10 may institute proceedings before the Court of Justice in accordance with the relevant provisions of the Treaty. 2. Where the Community institution or body fails to act in accordance with Article 10(2) or (3)⁴⁷ the non-governmental organisation

⁴³ Beyond the environmental context, it is worth remembering that public access to information and transparency in decision-making are EU general principles. A specific application of these principles is the “Right of access to documents”, established by article 42 of the Charter of Fundamental Human Rights.

⁴⁴ See M. Pallemarts, *ibidem*, p. 274 ff.

⁴⁵ According to Article 11 of the Regulation, «A non-governmental organisation shall be entitled to make a request for internal review in accordance with Article 10, provided that: (a) it is an independent non-profit-making legal person in accordance with a Member State's national law or practice; (b) it has the primary stated objective of promoting environmental protection in the context of environmental law; (c) it has existed for more than two years and is actively pursuing the objective referred to under (b); (d) the subject matter in respect of which the request for internal review is made is covered by its objective and activities».

⁴⁶ Article 10: «1. Any non-governmental organisation which meets the criteria set out in Article 11 is entitled to make a request for internal review to the Community institution or body that has adopted an administrative act under environmental law or, in case of an alleged administrative omission, should have adopted such an act. Such a request must be made in writing and within a time limit not exceeding six weeks after the administrative act was adopted, notified or published, whichever is the latest, or, in the case of an alleged omission, six weeks after the date when the administrative act was required. The request shall state the grounds for the review. 2. The Community institution or body referred to in paragraph 1 shall consider any such request, unless it is clearly unsubstantiated. The Community institution or body shall state its reasons in a written reply as soon as possible, but no later than 12 weeks after receipt of the request. 3. Where the Community institution or body is unable, despite exercising due diligence, to act in accordance with paragraph 2, it shall inform the non-governmental organisation which made the request as soon as possible and at the latest within the period mentioned in that paragraph, of the reasons for its failure to act and when it intends to do so. In any event, the Community institution or body shall act within 18 weeks from receipt of the request».

⁴⁷ See the previous note.

may institute proceedings before the Court of Justice in accordance with the relevant provisions of the Treaty».

Two Commission decisions further implemented the Aarhus Regulation: Decision 2008/50/EC⁴⁸ and Decision 2008/401/EC⁴⁹. The first sets detailed rules regarding requests for the internal review of administrative acts; it specifies the evidence to be provided by NGOs, the time frame within which a reply to the application should occur, and it also highlights cooperation between European institutions and bodies. Among other innovations, Decision 2008/401/EC assigns clear responsibilities and decision-making powers to the appropriate bodies or persons within the Commission with respect to provisions of the Regulation concerning requests for internal review.

Although internal review and the possibility of access to justice for NGOs are conceived to protect the particular interests of qualified organizations concerned about specific acts (or omissions), their use can affect a more extensive number of stakeholders; indeed, “environmental interests [...] are, by their very nature, collective and diffuse”⁵⁰. And considering that NGOs are in essence representative of widespread interests, the instruments provided by the Regulation may theoretically contribute to the ideal of inclusivity, public participation, and access to justice regarding administrative acts in the environmental context, such as GMO authorizations. For these reasons, the Aarhus Regulation was welcomed by the first commentators as a “significant development in the field of environmental democracy and procedural rights to the environment”⁵¹. Unfortunately, despite their potential, the use and the efficacy of internal reviews and mechanisms of access to justice have been quite unsatisfactory for many years, and in some respects the situation is still unchanged today.

As for the internal review procedure, it must be noted that, “most requests for internal review filed by environmental NGOs were rejected by the EU institutions. In most instances, it is upheld that the contested acts are not of ‘individual scope’ and,

⁴⁸ Commission Decision of 13 December 2007 laying down detailed rules for the application of Regulation (EC) no. 1367/2006 of the European Parliament and of the Council on the Aarhus Convention as regards requests for the internal review of administrative acts.

⁴⁹ Commission Decision of 30 April 2008 amending its Rules of Procedure as regards detailed rules for the application of Regulation (EC) No 1367/2006 of the European Parliament and of the Council on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institution and bodies.

⁵⁰ M. Pallemmaerts, *Ibidem*, p. 300.

⁵¹ T. Crossen and V. Niessen, *NGO standing in the European Court of Justice. Does the Aarhus Regulation open the door?*, in *Reciel*, 16 (3), 2007, p. 332.

consequently, they do not constitute measures for which internal review is foreseen”⁵². A step towards broader access to it was made in 2012 with the judgements *Vereniging Milieudefensie*⁵³ and *Stichting Natuur en Milieu*⁵⁴. On these occasions, the General Court ruled that restricting the measures of *individual scope* established by the Aarhus Regulation is incompatible with the Aarhus Convention⁵⁵, given that most of the environmental measures are of general application. However, this rather liberal approach of the EU case-law to the Aarhus Convention did not last long⁵⁶. In 2015, the European Court of Justice⁵⁷ overruled the General Court, establishing that the Convention cannot be used as a benchmark for a legal review of the Aarhus Regulation.

In 2016, ten years after the Regulation was enacted, requests for internal review were lodged with the European Commission pursuant to Article 10 of Aarhus Regulation⁵⁸ in only 35 cases, six of which concerned the authorization of GMO products. Most of the time, requests not considered inadmissible were rejected following an examination of the merits⁵⁹. One of the first applications⁶⁰ rejected on the merits came from Justice & Environment, a network of public interest environmental law organizations meeting the criteria set forth in articles 10 and 11 of the Aarhus Regulation for an NGO to be able to submit a request for internal review. Dated December 3, 2007, it concerned three Commission Decisions⁶¹ authorizing the placing of genetically modified maize on the

⁵² H. Schoukens, *Access to Justice in Environmental Cases after the Rulings of the Court of Justice of 13 January 2015: Kafka Revisited?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 31(81), 2015, 47.

⁵³ Judgment of the General Court (Seventh Chamber) of 14 June 2012, *Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht v European Commission*, Case T-396/09.

⁵⁴ Judgment of the General Court (Seventh Chamber), 14 June 2012, *Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v European Commission*, Case T-338/08.

⁵⁵ And in particular with its Article 9(3), that reads: «each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment».

⁵⁶ H. Schoukens, *Articles 9(3) and 9(4) of the Aarhus Convention and access to justice before EU Courts in environmental cases: balancing on or over the edge of non-compliance?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2016, p. 179.

⁵⁷ See judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 January 2015, *Council of the European Union and European Commission v Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe*, joined Cases C-404/12 P, C-405/12 P; and judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 January 2015, *Council of the European Union and Others v Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, joined Cases C-401/12 P, C-403/12 P.

⁵⁸ See: <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/requests.htm>

⁵⁹ See M. Pallemarts, *ibidem*, p. 283.

⁶⁰ Here available: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/title_iv/RIR%20J_E.pdf

⁶¹ Commission Decision of 24 October 2007 authorising the placing on the market of products containing, consisting of, or produced from genetically modified maize NK603xMON810 pursuant to Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council, no. 2007/701/EC; Commission Decision of

market. The applicant argued that the labelling provisions in each of the three Decisions contradicted the labelling requirements of Regulations no. 1829/2003 and 1830/2003. The Decisions, indeed, required the products' labelling to contain the words «maize» and «not for cultivation», while the Regulations, depending on the case, required more explicit wording such as «genetically modified», «produced from genetically modified (name of the ingredient)», and so forth. According to Justice & Environment, the three Decisions thus permitted a labelling practice incapable of ensuring a high level of protection for the environment and the health of the people of the European Union. Justice & Environment asked the Commission to remedy the unlawful acts. The Commission answered with a letter⁶², which recognized that the application was properly lodged under Title IV of the Aarhus Regulation but rejected the request for internal review, disagreeing with the NGO's interpretation of the Decisions. In the Commission's opinion, the Decisions' reference to the words «maize» and «not for cultivation» was not intended to replace the labelling requirements set forth in the EC Regulations; thus, the rules contained therein are to be considered mandatory in every case.

In its conclusion, the Commission affirmed that, while Justice & Environment's complaint met the conditions provided by EU procedural rules, the organisation could bring the matter before the Ombudsman or the Court of First Instance, respectively. At that time, however, it was far from clear to what extent NGOs could institute proceedings before the European Union Courts⁶³. As is well-known, EU rules regulating access to European Union Courts and long-standing case-law “proved to be a formidable obstacle for public interest litigation before the Court of Justice”⁶⁴. According to Article 263(4) TFEU, any natural or legal person may challenge the legality of an act addressed to himself or herself or an act of direct and individual concern to him or her. For NGOs, the criterion of “individual concern,

24 October 2007 authorising the placing on the market of products containing, consisting of, or produced from genetically modified maize 59122 pursuant to Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council, no.2007/702/EC; and Commission Decision of 24 October 2007 authorising the placing on the market of products containing, consisting of, or produced from genetically modified maize 1507xNK603 pursuant to Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council, no. 2007/703EC.

⁶² Commission Letter of 26 May 2008, SANCO/E1/CV/al D(2008) 510302. The letter is here available: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/title_iv/Reply%20to%20J_E.pdf

⁶³ See T. Crossen and V. Niessen, *ibidem*, p. 332 ff.

⁶⁴ H. Schoukens, *Articles 9(3) and 9(4) of the Aarhus Convention and access to justice before EU Courts in environmental cases: balancing on or over the edge of non-compliance?*, p. 178.

«which has been strictly interpreted since the prominent *Plaumann* case of 1963⁶⁵, is very hard to meet. This was confirmed by *Greenpeace Stichting Council (Greenpeace International) v Commission* of 1998⁶⁶, when the Court stated that «an association formed for the protection of the collective interests of a category of persons could not be considered to be *directly and individually concerned*, for the purposes of the fourth paragraph of Article 173 of the Treaty, by a measure affecting the general interests of that category, and was therefore not entitled to bring an action for annulment where its members could not do so individually»⁶⁷.

Aarhus Compliance Committee, a non-judicial body tasked with overseeing the implementation of the Aarhus Convention, criticized the fact that NGOs were “practically barred from access to justice at the EU Courts”⁶⁸ in 2011⁶⁹. According to the Committee’s findings and recommendations, «this jurisprudence established by the ECJ is too strict to meet the criteria of the Convention»⁷⁰, «the Committee is also convinced that if the examined jurisprudence of the EU Courts on access to justice were to continue, unless fully compensated for by adequate administrative review procedures, the Party concerned would fail to comply with article 9, paragraph 3, of the Convention»⁷¹. This last provision, which provides members of the public with the right to access administrative or judicial procedures to challenge acts which contravene provisions relating to the environment, should be read in the light of the purpose reflected in the preamble of the Aarhus Convention. Under the preamble, «effective judicial mechanisms should be accessible to the public, including organizations, so that its legitimate interests are protected and the law

⁶⁵ «Persons other than those to whom a decision is addressed may only claim to be individually concerned if that decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in the case of the person addressed». See Judgment of the Court of 15 July 1963, *Plaumann & Co. v Commission of the European Economic Community*, Case 25/62, 107 (Grounds of judgment I - On the application for annulment. Admissibility).

⁶⁶ Judgment of the Court of 2 April 1998, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) and Others v Commission of the European Communities*, Case C-321/95.

⁶⁷ Judgment *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) and Others v Commission of the European Communities*, par. 14.

⁶⁸ M. Schaap, *Access to environmental justice for NGOs: reviewing the EU legal standing criteria in light of the Aarhus Convention*, in *AJV Nieuwsbief*, n. 8/2013, p. 4.

⁶⁹ See findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to Communication ACCC/C/2008/32 (PART I) concerning compliance by the European Union adopted on 14 April 2011, especially paragraphs no. 86-88.

⁷⁰ Par. no. 87.

⁷¹ Par. no. 88.

is enforced»⁷². However, considering what the European Court of Justice stated in 2015 about the impossibility to use the Convention as a benchmark for a legality review of the Aarhus Regulation⁷³, it is unlikely that the Compliance Committee's criticism⁷⁴ will trigger great changes⁷⁵.

With this background, it is not surprising that only in 2016 did some NGOs, which unsuccessfully asked for an internal review before the Commission⁷⁶, have access to judicial review for the first time. The case concerned GMO authorization and was decided in the judgment *TestBiotech and others v Commission*⁷⁷, delivered by the EU General Court on December 15, 2016⁷⁸. The decision entails some interesting affirmations affecting inclusivity and access to justice for NGOs related to the GMO product authorization process, and it offers food for thought on the need for inclusivity in scientific assessment procedures.

⁷² Par. no. 79.

⁷³ As already mentioned, the EU Courts held that Article 9(3) of the Aarhus Convention on which Article 10(1) of Regulation No 1367/2006 is based, cannot be relied on in order to assess the legality of the latter provision. See judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 January 2015, *Council of the European Union and European Commission v Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe*, joined Cases C-404/12 P, C-405/12 P; and judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 January 2015, *Council of the European Union and Others v Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, joined Cases C-401/12 P, C-403/12 P.

⁷⁴ See findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to Communication ACCC/C/2008/32 (PART I) concerning compliance by the European Union adopted on 14 April 2011. According to par. no. 88: "the Committee is also convinced that if the examined jurisprudence of the EU Courts on access to justice were to continue, unless fully compensated for by adequate administrative review procedures, the Party concerned would fail to comply with article 9, paragraph 3, of the Convention".

⁷⁵ A confirmation of this prediction comes from the recent Judgment of the General Court (Fifth Chamber) of 27 September 2018, *Mellifera eV, Vereinigung für wesensgemäße Bienenhaltung v European Commission*, Case T-12/17. On this occasion, once again, the EU Court has ruled that the Commission was right to reject a request for internal review from an NGO, ignoring the findings of the Aarhus Convention Compliance Committee, which explicitly state that limiting the right of challenge of NGOs to acts of individual scope is in breach of the Aarhus Convention.

⁷⁶ Thus, the NGOs were directly and individually concerned by the written reply of the Institution.

⁷⁷ Judgment of the General Court (Fifth Chamber) of 15 December 2016, *TestBioTech eV and Others v European Commission*, Case T-177/13. This judgment has been appealed and it is currently before the Court of Justice (C-82/17 P).

⁷⁸ On this case, see G. Ragone, *Il delicato ruolo del giudice tra valutazioni scientifiche e scelte politico-discrezionali in materia di OGM. Note minime a TestBiotech e a. v Commissione (T-177/13)*, in *Dpce Online*, 4, 2016, 251 ff; D. Bevilacqua, *Regolamentazione e tutela degli interessi diffusi: garanzie procedurali e vincoli tecnico-scientifici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2017, p. 227 ff.

4. A—small—novelty in EU case-law: “*TestBiotech and others v Commission*”.

In 2009, Monsanto Europe SA, a leading company in the field of agricultural biotechnology, submitted to the competent authority of the Netherlands an application to place foods containing a variety of genetically modified soybean on the market. The submission, compliant with Regulation no. 1829/2003, asked only for commercial authorization; it did not include requests for cultivation. Pursuant to European law, the application was forwarded to EFSA, which, in 2012, issued an overall opinion excluding the possibility that the GM soybean could be a risk to human health and the environment. On that basis, the European Commission adopted Decision 2012/347/EU, which authorized placing a Monsanto soybean variety on the market. Three environmental NGOs⁷⁹, disagreeing with the opinion that the modified soybean was as safe as its non-genetically-modified counterpart, requested the Commission to carry out an internal review of the authorization decision pursuant to Article 10 of Aarhus Regulation. The Commission rejected the NGOs’ request, and thereafter, the NGOs instituted proceedings before the General Court challenging the Commission’s refusal to review the authorization granted to Monsanto under Article 263 TFEU.

For the first time, the Court agreed to review a decision to reject a request for internal review made pursuant to the Aarhus Regulation, holding that the NGOs to which the decision is addressed may bring an action to annul the refusal, as provided by the fourth paragraph of Article 263 TFEU.⁸⁰ Beyond this novelty, the judgement is relevant for three main reasons.

First, the Court clarified that pleas put forth in this context are admissible, but they may allege only the Commission’s lack of power to reject the request, the unlawfulness of the decision, the infringement of essential procedural requirements, and the misuse of powers or infringement of procedural rights in the adoption of the act in question. Second, the

⁷⁹ TestBiotech, European Network of Scientists for Social and Environmental Responsibility and Sambucus.

⁸⁰ According to par. no. 53 of the case: «Where there has been a decision to reject a request for internal review made pursuant to Regulation No 1367/2006 as unfounded, the non-governmental organisation to which that decision is addressed may bring an action for annulment against that decision, as provided for in the first situation covered by the fourth paragraph of Article 263 TFEU».

judgment clearly affirmed that, in this kind of proceeding, the claimant is not allowed to directly challenge the lawfulness or merits of the authorization decision of the EFSA's opinions. Third, the Court stated that although Monsanto's authorization did not cover cultivation, but only the commercialization of products, the case can be considered as an environmental law case and therefore falls within the scope of Regulation no. 1367/2006. Indeed, article 2 of the Aarhus Regulation provides a definition of "environmental law" that includes EU legislative provisions protecting human health. European rules governing the placement of GMOs on the market, aiming to ensure the movement of safe food and feed, concern the health and well-being of citizens. Therefore, those provisions should be considered part of environmental law.

4.1. A step forward or backward for NGOs' standing and participation?

The fact that the Court agreed to review the rejection of the request for internal review should be considered a *Pyrrhic victory* for NGOs. Indeed, the Court identified a very narrow range of pleas admissible in that context (the Commission's lack of power to reject the request, the unlawfulness of the rejection, and so forth), preventing NGOs' access to justice both to directly challenge both the lawfulness or merits of the authorization decision and the EFSA's scientific assessment.

The key to real progress for NGO participation is another affirmation, actually: that the environmental context includes the authorization of commercialization rules for GMO products and that such provisions fall within the scope of Regulation no. 1367/2006⁸¹. Such an inclusion should not be underestimated. The current text of the Aarhus Convention, at Article 6 on «Public participation in decisions on specific activities», cites decisions on whether to permit the deliberate release of GMOs into the environment (i.e. cultivation)⁸². However, it does not mention decisions on placing GMOs on the market, and this is probably one of the reasons why the progress made towards the inclusion of GMO issues in the framework of public participation and decision-making rights under the Aarhus

⁸¹ See paragraphs no. 61-64 of the judgment.

⁸² Article 6(11) of the Convention reads: «Each Party shall, within the framework of its national law, apply, to the extent feasible and appropriate, provisions of this article to decisions on whether to permit the deliberate release of genetically modified organisms into the environment».

Convention have been considered to be only “modest”⁸³. This gap was noticed soon after the Convention took force⁸⁴. And the Lucca Guidelines⁸⁵ — a document representing a framework for good practice in the field of GMOs — tried to compensate for this gap by mentioning the need for inclusivity in decisions about placing GMOs on the market. However, the Lucca Guidelines are not a legally binding instrument. Therefore, in May 2005, an amendment to Article 6 of the Convention was introduced—the so called Almaty Amendment—which attempted to clarify the obligations of the parties with respect to public participation in decision-making on GMOs, including their placement on the market.⁸⁶ The amendment could not take force until ratified by at least three-fourths of the Parties, and as of October 2017, two ratifications were still needed⁸⁷. So, although at the international level there is not yet a binding provision on this point, the General Court has established a higher standard of inclusivity within the European legal framework, without referring to the Lucca Guidelines, but only interpreting the Regulation which implements the Aarhus Convention.

4.2. The merit of the decision and the impossibility to review the scientific basis of authorization decisions.

Although the Court considered the plea admissible, the application for annulment was rejected on its merits. Above all, according to the Court, the applicants had not demonstrated that the Commission’s authorization of the GM soybean had occurred

⁸³ See T. Etty, *ibidem*, pp. 287 and 314.

⁸⁴ See B. Horvathy, *New Impulses: Aarhus Convention and Genetically Modified Organisms*, in H. Müllerová (ed.), *Public participation in environmental decision-making: implementation of the Aarhus convention*, Ústav státu a práva, 2013, p. 33ff.

⁸⁵ Guidelines on access to information, public participation and access to justice with respect to Genetically Modified Organisms submitted by the Secretariat of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters through the Ad Hoc Working Group Of Senior Officials. The document is here available:

<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/gmoguidelinesenglish.pdf>.

⁸⁶ The text of the amendment is here available:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32006D0957>

⁸⁷ See the Council Decision of 18 December 2006 on the conclusion, on behalf of the European Community, of an amendment to the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (2006/957/EC). More details of ratification record are here available:

<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/ratification.htm>

without ensuring that an appropriate risk assessment of the highest possible standard had been carried out, as it is prescribed by Regulation no. 1829/2003 for genetically modified food and feed. The Court came to this conclusion specifying that judicial review should be limited to arguments regarding infringements of procedural requirements, errors in law, or manifest errors of assessment in the administrative review decision, and should not review the scientific basis of the authorization decision⁸⁸.

This raises the complex issue of the limits of judicial review in cases of techno-scientific assessments: to which extent can Courts legitimately deal with such evaluations⁸⁹? As for EU Courts, this question was efficaciously expressed by Advocate General Maduro in his Opinion to the *Dutch Vitamin* case⁹⁰: «must the Community judicature's review be restricted to addressing the various stages of the decision-making process, or should it assess the quality of the scientific analysis conducted or even review the latitude attributed to policy as opposed to science?». As expressed in the literature⁹¹, the EU case-law reveals that the Courts' answer to such a question has changed over the years⁹² and how the Courts should balance deferential and interventionist reviews in cases of scientific uncertainty and complexity remains a delicate dilemma. On the one hand, a Court that is immersed in the scientific merits of the case clearly oversteps its mandate⁹³, on the other hand, "Courts cannot hide behind a deferential standard of review and should intensively engage in scrutinizing the adequacy of the informational basis of contested measures"⁹⁴.

For our purposes, it is sufficient to suggest that if we agree that the judicial proceeding is not the proper place to contest the merits of scientific assessments provided by experts, it is pivotal that Courts "seek to ensure that decision-makers have the right type and quality of information at their disposal to make decisions"⁹⁵. And looking at the GMO case, we should admit that this goal would not be fully achieved as long as scientific national authorities, NGOs, or other subjects representing widespread public interests, do not play a significant role in the assessment proceedings that precede (the release of) the

⁸⁸ See par. no. 74 of the judgment.

⁸⁹ An interesting answer to this question is provided in E. Vos, *The European Court of Justice in the face of scientific uncertainty and complexity*, pp. 142-166.

⁹⁰ *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands*, Case C-41/02, par. 32.

⁹¹ E. Vos, *ibidem*, p. 145 ff.

⁹² *Ibidem*, p. 144 ff.

⁹³ *Ibidem*, p. 165.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 163.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 163.

authorizations. Until then, there must be a remarkable and significant lack of inclusivity in decision-making regarding the authorization of GM products⁹⁶. Indeed, as noted above⁹⁷, GMO authorization rules do not provide specific instruments or procedures to foster dialogue among people with different *expertise* or public participation in the assessment procedures. The most important—and perhaps the most unique—risk assessor in this context is the EFSA. This Authority has high standards of transparency: its agenda, works, opinions, and other key documents are published on its website; it regularly holds meetings of its scientific committee and panels that are open to all; it listens to the views of stakeholder groups, and so on. Nonetheless, given the underlined importance of scientific evaluation in the authorization procedure and the controversial debate over GMOs' risks to health and the environment, the Commission should act only after having considered the opinions of other risk assessors and different stakeholders. A wider participation of the public would lead to decisions which are both more scientifically reliable and more democratic: we agree that “the boundary work to distinguish expert consultations and stakeholders' consultations is far from easy”⁹⁸, and that “science is a crucial but not exclusive form of relevant knowledge [...]. A plurality of perspectives is considered as enhancing both procedural legitimacy (through inclusiveness) and quality of knowledge (through extended peer review)”⁹⁹.

5. Could the Sustainable Development debate foster a major inclusivity in the GMO authorization process in the European Union?

The foregoing analysis calls for some brief observations about how the principles of inclusivity, participation in decision-making, and access to justice are indeed achieved within the context of the EU authorization procedure for GMOs.

As for decision-making processes for individual applications, we pointed out two criticisms of both the risk assessment and the risk management phases of the process. Within risk

⁹⁶ See D. Bevilacqua, *ibidem*, p. 229.

⁹⁷ Paragraph no. 2.

⁹⁸ A. Liberatore and S. Funtowicz, ‘*Democratising’ expertise, ‘expertising’ democracy: what does this mean, and why bother?*’, in *Science and Public Policy*, 30(3), 2003, p. 148.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 149.

assessment, critics note a lack of inclusivity concerning national scientific experts: although, in theory, national risk advisors may be involved in the risk assessment process to varying degrees, in practice the EFSA has superior authority over national scientific research on GMOs, thus preventing a real debate over different scientific opinions from happening. Moreover, as already mentioned, the Regulation on genetically modified food and feed contains provisions that extend to the public the right to participate in risk assessment, but they are not sufficiently binding and need to be accompanied by stronger rules.

With respect to risk management, we observed that, thus far, the participation of Member States' representatives through a committee has always been irrelevant to the final decision due to the impossibility to reach a majority, needed for deliberation. Moreover, European case-law shows that it is not easy for the *de facto* unique risk management, the European Commission, to deny authorization to a product considered safe by the EFSA.

Within this framework, we highlighted that, even if in the long-term, despite a difficult evolution in praxis and case-law, the European Regulation, applying the principles and provisions of the Aarhus Convention to the European legal framework, opened the door to wider public participation in decision-making on GMOs authorizations. The Aarhus Regulation enabled NGOs to require the Commission to internally review an authorization decision, and to access judicial review if the internal review request were to be unsuccessful. This opportunity, the scope of which was not clearly expressed by the Regulation, found implementation in judgment *TestBiotech v Commission*, delivered in 2016 by the EU General Court. As noted, even if it is disputable whether that judgment represents a step forward or backward for NGOs' standing, it certainly has the merit of clearly affirming that the environmental context does include the authorization of commercialization rules for GMO products, thus making this matter fall into the scope of Regulation no. 1367/2006.

What the Aarhus Regulation—and the way it has been interpreted thus far— has not reduced is the lack of inclusivity in risk assessment procedures, most notably lack of broader scientific dialogue among different stakeholders and scientific opinions. A solution to this critical issue is necessary in order to fulfill the ideals of full inclusivity and public participation in the context here analyzed.

As it emerges from the UN Resolution *The future we want*¹⁰⁰, the need «to strengthen the science-policy interface» and to promote «participation and representation of men and women scientists [...] in processes related to global environmental and Sustainable Development assessment and monitoring, with the purpose of enhancing national capabilities and the quality of research for policy- and decision-making processes» are pivotal ideals underlying the concept of Sustainable Development. Consequently, the hope is that the ongoing international debate on Sustainable Development and on the achievement of its goals will accelerate progress toward a wider participation and more inclusive mechanisms of decision-making in the case of GMOs and, overall, in all other expert-based EU procedures. In this perspective, a good sign comes from the Communication *Next steps for a sustainable European future. European action for sustainability* that the European Commission adopted in November 2016, outlining the European future agenda for 2030, centered on Sustainable Development Goals¹⁰¹. This agenda, which was integrated in 2017 by the key document *The new European consensus on development “Our world, our dignity, our future”*¹⁰², deserves great attention for at least two reasons. In the first place, because the Commission presented this program as a joint commitment with Member States and many different actors, aiming to foster a more inclusive Europe¹⁰³. Secondly, because the agenda traces an explicit link between Sustainable Development achievements and the European Better Regulation Agenda¹⁰⁴. The latter consists of a package of reforms adopted in 2015¹⁰⁵ that could actually play a

¹⁰⁰ See paragraph no. 276 and 279 of the Resolution A/RES/66/288 adopted by the General Assembly on 27 July 2012.

¹⁰¹ See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions, COM(2016) 739 final, *Next steps for a sustainable European future European action for sustainability*, adopted on 22 November 2016. This document was accompanied by the Commission Staff Working Document, *Key European action supporting the 2030 Agenda and the Sustainable Development Goals*, SWD (2016) 390 final.

¹⁰² See *The New European Consensus On Development ‘Our World, Our Dignity, Our Future’* Joint statement by the Council and the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the European Commission, 2017/C 210/01, of 8 June 2017.

¹⁰³ See A. Renda, *How can Sustainable Development Goals be ‘mainstreamed’ in the EU’s Better Regulation Agenda?*, in *Ceps. Policy Insights*, n. 12/2017, p. 3.

¹⁰⁴ See Communication *Next steps for a sustainable European future. European action for sustainability*, 18: «The Commission will mainstream the Sustainable Development Goals into EU policies and initiatives, with Sustainable Development as an essential guiding principle for all its policies. Existing and new policies should take into account the three pillars of Sustainable Development, i.e. social, environmental and economic concerns. The Commission will to this effect ensure that its policies are sustainability-assured through its better regulation tools».

¹⁰⁵ The Better Regulation Agenda was adopted by the European Commission on 19 May 2015. Better Regulation’s Guidelines and Toolbox are here available: <https://ec.europa.eu/info/law/law-making->

pivotal role for the achievement of Sustainable Development Goals, and especially SDG 16, in European policies. Better Regulation, indeed, wishes to promote openness and transparency in the EU decision-making processes and to improve the quality of legislation through better impact assessments procedures. To this purpose, the Better Regulation Guidelines, which are part of the package, provide a new platform for consultations with both stakeholders and government representatives. Using the Commission's words, «stakeholder involvement and public consultations form an important component of the better regulation toolbox to meet the inclusiveness requirement that is at the heart of the 2030 Agenda».

For sure, it is too early to affirm that Sustainable Development Goals are fully mainstreamed in the EU Better Regulation¹⁰⁶. However, it must be noted that “sustainable development is included in the better regulation toolbox as one of the impacts that should be considered in an ex ante impact assessment. [And] all the SDGs (with the obvious exception of SDG 17) are covered in one way or another by the better regulation toolbox”¹⁰⁷. Therefore, although several steps are still to be made, this improved regulation should be appreciated for its ability to push the international debate on Sustainable Development into the EU framework. The European Union provided a constructive contribution to the development of the 2030 Agenda for Sustainable Development, and it is thus possible to wish that it would pursue the widest possible implementation of fundamental goals in this field (such as those embedded in SDG 16). As affirmed by the Falkenberg report of 2016, «it is a matter of credibility for the EU to deliver on implementing domestically the Sustainable Agenda that it has contributed building»¹⁰⁸.

process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en. See B. Vimercati, *Natura e strumenti della better regulation. Un contributo allo studio dell'integrazione tra i diversi livelli di governo*, Giappichelli, 2018, p. 119 ff.

¹⁰⁶ Indeed, according to A. Renda, *ibidem*, 9, “a closer look reveals a number of outstanding challenges for the better regulation agenda to really embrace to the Sustainable Development Goals. As a matter of fact, when one looks at the indicators associated with each of the SDGs, it is clear that the EU better regulation guidelines make very partial reference to similar values and benchmarks. Furthermore, what is missing in the better regulation guidelines is: i) a methodological framework that considers Sustainable Development as the framework within which to locate policy impacts, rather than one of several policy impacts; ii) a way to measure distance from SDG targets; and iii) criteria to prioritise certain impacts over others in the case of trade-offs”.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 9.

¹⁰⁸ See Falkenberg report EPSC Strategic Notes, 20 July 2016, here available: https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/strategic_note_issue_18.pdf

Abstract: The present paper explores what role the principles of inclusivity, access to justice and participation in decision-making are playing in the Genetically Modified Organisms (GMO) authorization in the European Union. The introductory chapter highlights the concerns as reasons behind the delimitation of this scope: above all, the difficulties stemming from the risk regulation in agricultural biotechnology (scientific uncertainty, conflicting interests etc.) and the need to promote participation and representation of different stakeholders in processes related to global environmental and Sustainable Development assessment and decision-making. In the following pages, after having framed the main criticisms regarding the GMO authorization process, the paper will analyze the praxis and the Court of Justice of the European Union case-law after the approval of EU Regulation no. 1367/2006. This implemented the Aarhus Convention on access to information, public participation in decision-making, and access to justice in environmental matters into the European legal framework. As it will be discussed in the conclusion, neither the previously adopted Aarhus Convention nor the EU regulation have led, so far, to a satisfactory implementation of inclusivity, access to justice and participation in decision-making in the GMO field. Given that these principles echo some of the pivotal aims of Sustainable Development Goal 16 of the 2030 Agenda, the paper reflects on the possibility that the Sustainable Development debate could promote further steps towards a greater implementation of the above mentioned principles in the GMO authorization process.

Abstract: Il presente contributo indaga in che misura i principi di inclusività, accesso alla giustizia e partecipazione nei processi decisionali trovano attuazione all'interno della procedura di autorizzazione degli organismi geneticamente modificati (OGM) dell'Unione Europea. Il paragrafo introduttivo mette in luce le principali problematiche sottese allo studio di questo argomento: in particolare, le difficoltà derivanti dalla regolamentazione del rischio in relazione alle biotecnologie applicate all'agricoltura (incertezza scientifica, conflitti d'interesse etc), nonché la necessità di garantire ampia partecipazione e rappresentanza dei diversi portatori d'interessi nei processi decisionali che incidono sull'ambiente globale e sulla realizzazione dello Sviluppo Sostenibile. Nei paragrafi successivi, dopo aver illustrato le principali lacune della procedura di autorizzazione degli OGM, l'articolo analizza la prassi e la giurisprudenza della Corte GUE successive

all'approvazione del Regolamento UE n. 1367/2006. Quest'ultimo implementa a livello Europeo la Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Come emerge dalle conclusioni, nè la sottoscrizione della Convenzione di Aarhus, prima, nè la sua implementazione tramite Regolamento, poi, hanno condotto ad oggi ad una soddisfacente attuazione dei principi di inclusività, accesso alla giustizia e partecipazione nei processi decisionali nell'ambito degli OGM. Dal momento che tali principi riecheggiano alcuni degli obiettivi stabiliti dal Goal 16 dell'Agenda 2030, l'articolo riflette da ultimo sulla possibilità che il dibattito sullo Sviluppo Sostenibile possa portare a passi ulteriori nella direzione di una maggiore implementazione dei principi menzionati nel processo di autorizzazione degli OGM in Europa.

Parole chiave: OGM – Convenzione di Aarhus – SDG 16 – giurisprudenza Corte GUE – inclusività – accesso alla giustizia – trasparenza – scienza e diritto.

Key words: GMOs – Aarhus Convention – Aarhus Regulation – SDG 16 – CJEU Case Law – inclusivity – access to justice – transparency – science and law.

PER UN DIRITTO PUBBLICO EUROPEO DEI FLUSSI MIGRATORI. IL BINOMIO INSCINDIBILE LEGALITÀ - SICUREZZA*.

di Franco Roberti**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. L’Operazione *Sophia*. – 3. Il ruolo delle Prefetture. – 4. Gli enti *no profit*.

I

1. Introduzione.

L’insediamento della nuova Commissione Ue (in programma il 1° novembre) ed il mutato assetto politico nazionale con la nascita del Governo Conte II ci consentono, finalmente, di affrontare la questione immigrazione con maggiore lucidità.

Il tutto nella consapevolezza che l’isolamento attuale non giova né al nostro Paese, né tantomeno all’Europa, ma costituisce *l’humus* nel quale proliferano formazioni politiche xenofobe estremamente pericolose per la coesione sociale.

La benedizione assicurata al neonato Esecutivo dalla UE e dai mercati, con la riapertura di tutte le porte di interlocuzione politica ci dicono che è tempo di mettere da parte i *selfie* e di dedicarci alla individuazione delle soluzioni più idonee, tutelando, da un lato, i diritti umani – anche attraverso i cd. *corridoi umanitari* che costituiscono una risposta significativa e corale ad una emergenza che non può essere affrontata senza umanità - e, dall’altro, la sicurezza contro il terrorismo internazionale. È bene dirlo con estrema chiarezza: legalità e sicurezza sono un binomio inscindibile.

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

** Deputato al Parlamento Europeo - Membro della Commissione giuridica, della Delegazione all’Assemblea parlamentare dell’Unione per il Mediterraneo, già Procuratore Nazionale Antimafia

2. L'Operazione *Sophia*.

Un primo passo in questa direzione dovrà essere rappresentato dal rilancio dell'Operazione *Sophia* (*European Union Naval Force Mediterranean*), formalmente prorogata fino al 30 settembre ma di fatto già ferma da tempo. Si tratta della prima operazione militare di sicurezza marittima, a guida italiana e con la partecipazione di altri sei Paesi (Francia, Germania, Spagna, Belgio, Regno Unito e Slovenia), lanciata dall'Unione europea nel Mediterraneo per salvare le vite umane e bloccare i trafficanti che si arricchiscono sulla pelle dei migranti, fermando (e/o mettendo fuori uso) le imbarcazioni ed i mezzi usati o sospettati di essere usati per questa finalità

A questi due iniziali obiettivi ne sono stati aggiunti degli altri (addestramento della Guardia Costiera e della Marina libica, contributo alle operazioni di embargo alle armi da e per la Libia, attività di sorveglianza e raccolta informazioni sul traffico illecito delle esportazioni di petrolio dalla Libia) elaborati per mettere un freno al trasbordo di disperati ed ai traffici illeciti dalla Libia.

Fin dall'inizio della missione, nel 2015, la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo emanò le linee guida giuridiche sulle quali si sarebbe dovuta muovere la missione europea e sottoscrisse con la missione un protocollo di intesa per lo scambio e la circolazione delle informazioni nella lotta alle organizzazioni di trafficanti.

La valorizzazione di tale strategia - a favore della quale già si è espressa Ursula Von der Leyen - segnerebbe, di fatto, un maggiore coinvolgimento della UE nella gestione dei flussi migratori via mare, con l'apporto di altri Paesi, l'impiego di un maggior numero di mezzi e lo stanziamento di più risorse finanziarie.

È evidente che a questo *approccio* va affiancata un'azione costante, sia da parte del Governo italiano appena nato che dagli esponenti politici che operano nell'ambito della UE, per giungere alla modifica del Regolamento Dublino III che attualmente non garantisce alcun obbligo a carico degli Stati membri di farsi carico delle vite salvate dai Paesi che mettono a disposizione il cd. *porto sicuro*.

Con i nuovi vertici della Commissione europea l'Italia può, e deve, avviare una interlocuzione serrata per giungere a questo risultato di civiltà: l'approvazione definitiva della riforma di Dublino ferma da due anni al Consiglio europeo dopo essere già stata

decisa dal Parlamento.

Questo è il momento. Ora o mai più.

3. Il ruolo delle Prefetture.

Un dato è certo: non si possono lasciare in mare le persone in difficoltà. Lo impongono le norme del diritto internazionale e la legge naturale.

Le scene cui abbiamo assistito, anche di recente, con donne incinte e bambini bloccati in mezzo al mare in attesa di un sì allo sbarco - volutamente ritardato - sono paradigmatiche di una disumanizzazione della politica che contraddice i valori di fondo della nostra società. Al tempo stesso, è essenziale imprimere una svolta alla gestione dell'accoglienza, riducendo i tempi per la pronuncia definitiva sullo *status* di rifugiato e aumentando il personale delle Prefetture.

Gli Uffici Territoriali del Governo hanno una fondamentale funzione di vigilanza e di controllo sui Centri di accoglienza, ma necessitano di risorse adeguate, capaci di passare al setaccio la documentazione relativa al numero delle presenze, ai kit ed alle prestazioni erogate.

Lì dove i controlli sono carenti o, peggio, del tutto inesistenti proliferano gli sprechi e si arricchiscono sempre di più i "signori" del business delle rette.

4. Gli enti *no profit*.

Un modo per limitare le degenerazioni potrebbe essere quello di concentrare l'accoglienza e l'integrazione nelle mani di soggetti pubblici, agevolando il coinvolgimento delle realtà del *no profit*, poco inclini per statuto e intima vocazione alla percezione di utili.

In questa prospettiva si rivelerebbe di estrema utilità l'impiego dei beni confiscati alle mafie, i quali grazie alla presenza ed al lavoro dei migranti riprenderebbero vita. Senza trascurare il fatto che vi si potrebbero insediare imprese sociali o cooperative finalizzate all'inserimento lavorativo ed all'autosostentamento dei migranti regolari, premesse indispensabili dell'eventuale integrazione.

PRESENTAZIONE DEL LIBRO DI DANIEL BORRILLO.***DISPORRE DEL PROPRIO CORPO, UN DIRITTO ANCORA DA CONQUISTARE (TEXTUEL, PARIS, 2019)*.***

di Daniel Borrillo**

A chi appartiene il mio corpo? Sono padrone della mia vita e del mio destino? E se questo corpo è mio, posso decidere di farne commercio? Sono libero di cambiare sesso o di scegliere la morte? I torti arrecati a sé stessi e che non causano danno ad altri sono torti necessariamente immorali? Tali questioni attraversano la filosofia politica e morale e la loro risposta determina la relazione che l'individuo ha con sé stesso e con la sua intimità. Il movimento femminista, sostenuto dai progressi tecnologici in materia di contraccezione, ha permesso di portare sulla scena pubblica la questione della disponibilità di sé e del proprio corpo. Si tratta, tuttavia, di una problematica che non è nuova: essa costituisce uno dei fondamenti del rapporto con il potere inteso come facoltà di vita e di morte nell'*Ancien Régime* o in quanto governo permanente del vivente in epoca moderna, come messo in luce da Michel Foucault.

Se i progressi tecnologici che permettono di oggettivare il corpo hanno rinnovato il dibattito bioetico, le sue origini sono tuttavia più antiche. I Romani organizzavano la vita politica a partire dalla *summa divisio* tra *alieni iuris* et *sui iuris*, divisione che separa la comunità degli uomini liberi e padroni di sé dagli altri: donne, stranieri, bambini, schiavi, ecc. i quali sono necessariamente sotto tutela. Più tardi, la tradizione cristiana generalizzerà questo dispositivo tutelare in funzione di altri criteri morali, in funzione dei quali il corpo non appartiene più al cristiano. Esso è il tempio di Dio, come insegna San Paolo: "Il corpo non è per l'impurità è per il Signore e il Signore è per il corpo" (Corinzi I, 6.13); "colui che si

*Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

Il contributo è frutto dell'intervento alla *Summer School* 2019 "Europa e bioetica", organizzata dall'Associazione "Per l'Europa di Ventotene ONLUS", in collaborazione con il C.I.R.B. – Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica, l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne, l'Università degli Studi di Parma, lo Jean Monnet European Centre University of Trento, l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", il CSEIA – Centro Studi in Affari Europei e Internazionali, l'U.C.B. – University Center for Bioethics, la rivista Diritto Pubblico Europeo – Rassegna *on line* e il Comune di Ventotene, tenutasi nell'Isola di Ventotene nei giorni 1-5 luglio 2019.

** Professore di Diritto privato – Università di Parigi II. Ricercatore associato CNRS CERSA.

dà a l'impurità pecca contro il suo corpo" (ibid. 6.18). Il corpo, veicolo provvisorio dell'anima, è sacro e va rispettato dagli altri come da colui che lo abita.

La Chiesa non ha esitato, a questo proposito, ad impiegare la figura dell'usufrutto per caratterizzare il rapporto dell'individuo con il suo corpo. Facendo leva sulla tradizione, Pio XII nella sua *Allocuzione ai partecipanti al VIII (ottavo) congresso internazionale dei medici* a Roma nel 1954, proclamava che "l'uomo non è che l'usufruttuario e non il proprietario indipendente, il possessore del suo corpo e di quanto il creatore gli ha dato al fine di farne uso in conformità con la natura". Se ai giorni nostri la giustificazione cristiana si è laicizzata, la maggior parte dei giuristi è concorde nel ritenere che la vita e l'esistenza non appartengono alla persona.

Malgrado la sua forza di persuasione, il concetto di proprietà sembra in effetti inadatto a definire il rapporto dell'individuo con il suo corpo e con la sua vita. Gli specialisti del diritto pubblico parleranno di una libertà piuttosto che di un diritto soggettivo, mentre i privatisti - quando si tratta di giustificare i limiti imposti alla libera disponibilità di sé - oscilleranno tra la nozione di "cosa fuori commercio" o di primato della persona umana.

Senza entrare nel dibattito relativo alla natura del diritto che lega persona e corpo (diritto soggettivo o naturale, libertà o diritto della personalità), sembra importante sottolineare il fatto che l'uso della nozione di proprietà da parte dei giudici può essere particolarmente positiva per l'individuo. Così, nella celebre sentenza *Moore*, la Corte d'appello della California riconosceva al malato un diritto patrimoniale sulle proprie cellule che erano servite alla fabbricazione di un farmaco brevettato da una multinazionale. Questa sentenza aveva permesso a Moore di ottenere un risarcimento elevato. Sfortunatamente, la Corte Suprema della California ha deciso diversamente e il ricorrente - pur conservando integra tutta la sua dignità - non ha intascato praticamente niente.

In Francia, la possibile dissociazione del soggetto di diritto astratto (persona fisica) e del suo involucro corporeo concreto è stata particolarmente ben esemplificata dalla giurisprudenza *Perruche* in un caso in cui il ricorrente si lamentava del danno causato dal suo *handicap* dalla nascita. La sentenza *Perruche* ha segnato una novità nel riconoscere il danno del figlio nato disabile e, quindi, il principio del suo risarcimento da parte del medico che non aveva diagnosticato la malattia della madre. Contrariamente alla giurisprudenza precedente che risarciva i genitori, ma non il figlio disabile, la Cassazione francese aveva ammesso la possibilità che anche il figlio ottenesse un risarcimento per il danno derivante

dal suo *handicap*. Questa decisione ha sollevato una bufera nell'opinione pubblica, e il legislatore è intervenuto nel 2002 affermando che "nessuno può lamentare un danno per il solo fatto della sua nascita". Questa legge "anti-Perruche", celebrata dal pensiero conservatore come una vittoria sulla "cultura della morte e della disgregazione del corpo sociale" costituisce una regressione per quanto concerne l'autonomia individuale.

Ricorrere ad un giudice per chiedere un risarcimento per il proprio corpo malato, come permetteva di fare la sentenza *Perruche*, implicava necessariamente una differenziazione fra se stessi e il proprio corpo e costituiva una estrinsecazione della propria libertà di dissociarvisi. In effetti, la libertà dell'individuo era stata percepita utilmente come una libertà nei confronti della propria natura.

Questa modernità individualista e *artificialista* permette di pensare la persona come costruzione della volontà e non come dato di natura o, più precisamente, come il prodotto della tecnica giuridica e non come una qualità ontologica dell'essere umano che il diritto dovrebbe limitarsi a consacrare.

In nome della sua autonomia, l'individuo diviene il creatore di se stesso e consegue un dominio completo così come la piena disponibilità del suo corpo. L'idea stessa di modernità implica questo rapporto di appartenenza a se stessi. È perché ci si è potuti emancipare dal dominio naturale del monarca assoluto che è diventato possibile delegare il potere ai rappresentanti del popolo. La questione è eminentemente politica: il legame fra me e il mio corpo e la mia vita appare così come un legame civile e non solo naturale, come pretendeva Savigny con la sua celebre formula *Jus in se ipsum*. In questo senso, lo *slogan* delle femministe "il mio corpo mi appartiene" aveva una portata emancipatrice: l'individuo contro l'autorità, la donna contro lo Stato. Si tratta, secondo Gisèle Halimi, "di un punto di resistenza insuperabile".

È a partire da questa potente nozione che ci è permesso di pensare il rapporto dell'individuo con il suo corpo, con la sua vita e con la sua riproduzione. Ma questo punto di resistenza si è oggi trasferito altrove, e si trova nelle rivendicazioni delle persone transidentitarie che vorrebbero accedere ad un cambiamento anagrafico di stato civile senza l'autorizzazione del medico o del giudice; in quelle delle donne che desiderano portare avanti una gestazione per altri, o dei professionisti del sesso, uomini e donne, che si battono affinché il loro statuto professionale sia riconosciuto; ed, infine, in quelle dei malati che vorrebbero porre fine alla loro sofferenza attraverso il suicidio o l'eutanasia.

Una prospettiva democratica dovrebbe portarci a pensare questo legame che ci unisce alle nostre vite, ai nostri corpi e alla nostra discendenza in un modo che non è naturale e sacro, necessariamente immutabile e che si impone come tale a noi, ma in funzione di una visione politica della sovranità individuale. Come osserva Tocqueville, "l'individuo è il migliore e il solo giudice del suo interesse particolare... ciascuno è il miglior giudice di ciò che riguarda solo lui stesso".

Tuttavia questa visione della libertà, propria al XVIII (diciottesimo) secolo, è stata attenuata da Foucault, che ha messo magistralmente in luce delle forme inedite di dominazione della vita: il biopotere, definito come "l'insieme dei meccanismi attraverso i quali ciò che??? i tratti biologici fondamentali della specie umana, potranno??? entrare all'interno di una politica, di una strategia politica, di una strategia generale del potere". I limiti di questa nuova forma di assoggettamento sembrano accettati dalle società democratiche che, per mezzo delle regole di bioetica, hanno potuto giustificare certe forme di ingerenza dello Stato (e dei suoi presidi: ospedali, amministrazione, prigione, comitati etici, scuole) sui corpi degli individui. Allo stesso modo, gli interventi che permettono di impedire gli abusi e gli squilibri finanziari tra le parti sembrano un imperativo dello stato di diritto. Tuttavia, la critica del liberalismo economico e la messa in luce del biopotere non devono eclissare i principi fondatori dei diritti dell'Uomo a partire dal pensiero politico moderno, ovvero la libertà dell'individuo nella relazione che ha con sé stesso. In fondo, la messa in luce del biopotere dovrebbe condurci a ritrovare i meccanismi che permettono di liberarci delle forze che si impongono a noi, di decostruire l'assoggettamento attraverso il recupero del governo di sé. Detto altrimenti, ogni individuo dovrebbe poter determinare da sé ciò che conduce al suo benessere e potrebbe anche arrivare al punto di rifiutarlo. Ecco quanto appare a molti un atteggiamento "immorale"; ma noi, contrariamente a quanto affermato da Kant, non abbiamo nessun dovere verso noi stessi al di fuori di quanto noi stessi ci siamo auto-imposto.

Lo Stato liberale non dovrebbe punire un comportamento se non quando può arrecare danno ad altri (i reati) e non i vizi senza vittime diverse da me stesso. Ovvero, la società non dovrebbe limitare la libertà degli individui allorché essa non danneggia altri individui. Sul fondamento della protezione della vita privata, la CEDU ha riconosciuto il diritto di ogni individuo alla "autonomia personale". Viene così ammessa la "facoltà per ognuno di condurre la sua vita come egli intende" - il che "può egualmente includere la possibilità di

svolgere attività percepite come aventi una natura fisicamente o moralmente dannosa o pericolosa per la sua persona".

Spetta agli individui scegliere quello che è appropriato per la realizzazione dei loro interessi. E noi dobbiamo rispettare questa scelta anche se ci sembra scioccante e contraria alla dignità umana. Lasciare ad ognuno il compito di determinare ciò che costituisce la cosa migliore per sé stesso è non solo garanzia di uguaglianza e di considerazione dei cittadini ma anche il bastione contro l'intrusione eccessiva dei poteri pubblici e dei giudici.

Volendo imporre un comportamento contro la volontà dell'interessato e in nome della sua dignità, lo Stato lede l'autonomia stessa della persona e, dunque, la sua dignità?

L'autonomia individuale in quanto "possibilità riconosciuta al soggetto di porre la sua propria norma" e cioè come principio "posto al servizio della realizzazione della persona" si esprime in modo particolare proprio nel diritto di disporre liberamente di sé stessi. "Certe persone possono provare il bisogno di esprimere la loro personalità attraverso il modo in cui decidono di disporre del loro corpo" sottolinea la CEDU a proposito di un caso di suicidio assistito. Tuttavia, l'assenza di consenso e il margine di apprezzamento degli Stati limitano considerevolmente l'autonomia individuale come diritto soggettivo.

Le invocazioni della dignità umana, dell'ordine simbolico o della non-mercificazione del corpo umano costituiscono un nuovo ordine imperativo e trascendente, capace di annientare ogni pretesa soggettiva dell'individuo sul suo corpo, sulla sua vita e sul suo destino.

Cerco qui di analizzare la fondatezza delle argomentazioni messe a punto contro l'autodeterminazione, in particolare quella che fa leva su di un obbligo di protezione dell'individuo contro sé stesso, per il quale i diritti soggettivi e la vita privata possono essere sacrificati in nome di una priorità morale e contro una presupposta affermazione egoista dei desideri individuali. In questo senso, l'ordine pubblico, l'identità narrativa, la funzione antropologica del diritto, l'ordine simbolico, la comunità di senso, l'ecologia integrale o la dignità umana, vengono tutte - in modo paternalista - a limitare la sovranità individuale. L'Umanità appare in questo tipo di discorso come un'entità anteriore all'umano e capace di imporsi ad esso attraverso l'uso riflessivo del principio di dignità. I diritti soggettivi dell'uomo devono, dunque, essere subordinati al diritto oggettivo dell'Umanità che abita in noi.

In questo modo, ognuno di noi avrebbe i diritti della personalità da una parte e quelli

dell'Umanità, dall'altra. La protezione dell'Umanità che è in noi autorizzerebbe lo Stato a intervenire, se necessario, contro la nostra volontà come se fosse un garante della nostra umanità indisponibile e come se conoscesse meglio di noi ciò che è degno o indegno per noi. Così ragionando, la dignità finirebbe con il non appartenere all'individuo concreto, ma all'Umanità astratta.

Le nozioni d'indisponibilità dello stato delle persone e della non commerciabilità dei corpi permettono, così, di giustificare i limiti alla libertà dell'individuo nei confronti di sé stesso, alla sua libertà di procreare, di scegliere il suo genere e di interrompere la sua vita. Questi "paletti" possono effettivamente essere necessari e giustificati allorché si tratta di pregiudizi provenienti da terzi; ma quando si tratta di una scelta dell'individuo rispetto alla sua persona, l'imposizione di tali limiti diviene problematico.

Il femminismo materialista, ispirato al pensiero marxista, ritiene che il consenso per le donne sia necessariamente viziato dalla dominazione maschile, in modo tale per cui l'esperienza soggettiva di quest'ultima deve essere rettificata se non addirittura annullata dal riconoscimento oggettivo della dominazione, in quanto sul piano strutturale ogni donna è vittima. Ciò consente di ritenere che nessuna donna in nessuna circostanza può acconsentire a prostituirsi, a portare il *burqa* o optare per la maternità surrogata.

Questa critica ha tuttavia permesso che sorgesse un pertinente interrogativo giuridico: come il diritto accerta il consenso delle parti per il compimento di un atto? Quale analisi esso svolge delle situazioni concrete? Tale critica ha sollevato, soprattutto, la questione se si possa continuare a mantenere le frontiere tra sfera privata e pubblica dal momento in cui si tocca una problematica tanto fondamentale come il poter disporre di sé.

Ora, l'analisi approfondita del consenso mi sembra più che mai necessaria in un mondo di disuguaglianze economiche e sociali. Il consenso deve essere necessariamente sottoposto ad un esame rigoroso.

Tuttavia, una volta effettuato questo controllo minuzioso, se si stabilisce che si tratta effettivamente di un atto volontario, libero, informato e privo, quindi, di violenza, intimidazione, errore, dolo, prevaricazione e squilibrio finanziario nelle prestazioni, in nome di cosa sarebbe ancora permesso di vietare la libera disposizione di sé?

Ritenere che, a prescindere dalle circostanze, nessuno può disporre liberamente del suo corpo, ad esempio, per prostituirsi, sottoporsi ad una gestazione per altri, portare il velo integrale o chiedere l'eutanasia, non significherebbe trattare l'individuo come un incapace?

Come trovare, dunque, l'equilibrio tra una protezione necessaria in un mondo in cui il mercato influenza il carattere effettivo dei diritti e la salvaguardia di quanto fonda il nostro sistema democratico?

Senza dubbio, non mettendo da parte il consenso, ma pensandolo, al contrario, in funzione della sua finalità: il diritto all'autonomia, all'intimità e al rispetto della *privacy* come ultima *ratio* nel rapporto con sé. A voler proteggere l'individuo contro sé stesso, assegnando un fine comune alla società, non finiamo col creare una comunità di vittime invece di incoraggiare l'autonomizzazione, il *self-empowerment*, l'emancipazione e il potere di agire dell'individuo?

La presa in considerazione dei rapporti di dominazione non dovrebbe attribuire a certi individui lo statuto irrevocabile di vittime, ma al contrario permettere loro di sottrarvisi. In effetti, la questione centrale che dobbiamo porci è quella di sapere chi decide in fine della mia vita e delle mie scelte vitali: io o altri (amministrazione, medico, giudice...)

Quello che mi sembra problematico non è tanto la costruzione di un ordine pubblico del corpo (restrizioni all'esercizio di certe libertà individuali e limiti agli interventi esterni: *noli me tangere*) quanto l'uso di questo stesso ordine pubblico contro la volontà dell'individuo in quello che esso ha di più intimo, e cioè il rapporto con sé stesso. Tradizionalmente, questo potere sulla vita poteva essere spiegato attraverso la volontà dello Stato di controllare i suoi soggetti di diritto: "essendo la personalità un dono del gruppo che conferisce dignità, farla sparire attraverso un suicidio equivale a negare il collettivo che ha creato la persona conferendola dal punto di vista giuridico", sottolineava Xavier Bloy. Questa idea è antica, poiché nel sedicesimo secolo "il suicidato commetteva un atto di fellonia, non solo perché agiva contro la natura e contro Dio, ma anche contro il re, in quanto attraverso un tale atto il re perde un suddito; ed essendo la testa del corpo sociale, perde una delle sue membra mistiche" (Kantorowicz).

Il rapporto con sé, con il proprio corpo, con la propria vita e con il proprio destino mi sembra così intimo, così soggettivo che l'intervento dello Stato non dovrebbe essere considerato che in modo eccezionale, come ultima *ratio*.

Ora, in Francia non si può non constatare che diverse pratiche volontarie che non nuocciono ad altri sono nondimeno duramente punite, come ad esempio il suicidio assistito (3 anni di reclusione e 50mila euro di multa), la gestazione per altri (3 anni di reclusione e 45mila euro di multa), l'inseminazione *post-mortem* (2 anni di reclusione e 30mila euro di multa),

l'eutanasia (30 anni di reclusione criminale), l'utilizzo della prostituzione (1500 euro di multa), il consumo di stupefacenti (1 anno di reclusione e 3750 euro di multa) come anche il coprirsi il volto e la testa con il *niqab* (punito con una multa di 150 euro e uno stage di educazione civica).

Allo stesso modo, l'individuo non è padrone nemmeno delle proprie spoglie, ma lo è l'amministrazione: solo l'inumazione e la cremazione sono possibili, ad esclusione di ogni altra opzione come per esempio l'ibernazione, la dispersione delle ceneri nel mare o l'imbalsamazione: sebbene queste pratiche non facciano correre alcun rischio in termini di salute o di sanità pubblica, come non arrecano danno a chicchessia. Invece di consacrare un diritto soggettivo, il legislatore si è limitato ad escludere dal campo della norma penale certe pratiche come la contraccezione, l'aborto, il cambiamento di sesso o il parto anonimo, al punto che discorrere di libero disporre della propria persona appare, per questi casi, più una formula retorica che una autentica prerogativa individuale.

È in effetti sulla base di una giustificazione terapeutica che l'individuo è autorizzato ad agire e non perché è titolare di diritti soggettivi sulla propria persona. Non è il rispetto della "vita privata" e del "libero consenso" a reggere il rapporto dell'individuo con sé stesso: in quanto queste nozioni sono considerate troppo soggettive, troppo suscettibili di condurre verso l'alienazione e la reificazione di sé.

Al diritto di disporre di sé, lo Stato vi sostituisce il rispetto della "dignità umana" intesa non come bene individuale, ma come bene comune: l'umanità che abita in noi. L'idea non è nuova e rinvia alle tesi teologiche relative alla sacralità del corpo come tabernacolo dell'anima e, più di recente, sotto una forma laicizzata, alla filosofia kantiana. La troviamo, per esempio, in autori che criticano la nozione di consenso come Carole Gilligan e Harry Frankfurt, i quali propongono di riqualificare il rapporto con se stessi non come libera disponibilità, ma come identificazione e amore definito in quanto ben-essere fondamentale da cui un individuo non potrebbe essere separato senza rischio di alienarsi. E' così, in nome dell'affetto e del ben-essere (*care*), si vieta ad una persona di richiedere un aiuto al suicidio, di assistere sessualmente una persona handicappata, di prostituirsi, di ricorrere a una maternità surrogata, di partecipare a uno spettacolo di lancio dei nani, di farsi inseminare con lo sperma del proprio partner deceduto, di praticare giochi sessuali estremi o di portare il velo integrale.

All'autonomia, la teoria del *care*, fondata sulla nozione paradigmatica di vulnerabilità,

oppone la categoria della debolezza come forma d'identità alla quale ci si può solo difficilmente sottrarre. Alla libera disposizione di sé, e a tutte le libertà che ne derivano (procreativa, sessuale, religiosa, espressiva, vestimentaria, ecc.) una nuova forma di conservatorismo antiliberal impone l'amore dell'umanità che è in noi. In nome del nostro benessere personale e, se necessario, contro la nostra volontà "alienata", questa nuova e potente forma di paternalismo ritiene in modo generale e *in abstracto* che alcune scelte siano "essenzialmente" cattive in quanto contrarie all'amore di sé o alla dignità umana.

In questo senso, non si tratta più di promuovere i diritti dell'uomo, ma i diritti dell'Umanità: non è più questione di diritti soggettivi dell'individuo, ma dell'ordine pubblico della dignità umana. Quest'ultima, in piena inflazione feticista nel vocabolario giuridico contemporaneo, offre agli avversari risoluti del soggettivismo moderno il mezzo di combattere, tanto in teoria quanto in pratica, qualunque idea di sovranità individuale, anche nell'ambito intimo della mera disposizione di sé; pretendendo di mediatizzare e, quindi, sorvegliare e controllare, senza essere stata in alcun modo autorizzata dall'interessato, il rapporto che il soggetto intrattiene con se stesso, facendo valere il fatto che, anche nel contesto appartenente alla più intima *privacy*, la presenza permanente dell'umanità che abita l'individuo gli vieta ogni solitudine e ogni possibilità di sottrarsi alla trascendenza delle requisizioni dell'ordine pubblico o della simbolica naturale.

Assegnare gli individui a questo ordine implica al tempo stesso investire lo Stato di una missione, quella di rendere i cittadini virtuosi. Le recenti crociate morali contro i clienti delle prostitute o contro gli individui che hanno fatto ricorso alla gestazione surrogata sono le manifestazioni politiche di questa concezione sostanzialista e oggettiva della dignità umana, in quanto opposta alla persona concreta.

Ora, un'altra lettura della dignità è possibile: quella che è rivendicata dall'interesse dell'individuo, ovvero quella che coincide con il diritto di ciascuno di fare ciò che ritiene conforme alle sue credenze, ai suoi valori e ai suoi interessi.

L'individuo deve essere la sola fonte di valore morale, il che esclude ogni misura che accordi a una collettività qualunque degli interessi che non si riducano a quelli dei suoi membri.

In questo senso, gli imperativi dello Stato democratico dovrebbero portare il diritto ad una perfetta neutralità tanto rispetto ai valori collettivi che alle pratiche culturali dominanti.

Sfortunatamente, non è questa la logica che sembra prevalere oggi nei rapporti

dell'individuo con sé stesso, ma una logica paternalista e compassionevole, imbevuta di connotazioni moralizzatrici e antidemocratiche, atte a fornire l'orizzonte e la matrice di quello che possiamo oramai definire lo Stato-moralista.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Alberto Lucarelli – Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”

Sara Lieto – Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli “Parthenope”

Maria Antella Gliatta – Ricercatrice t.d. di Diritto costituzionale – Università del Molise

Michele Francaviglia – Assegnista di ricerca di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Roma “La Sapienza”

Giovanni Luchena – Professore associato di Diritto dell’economia – Università di Bari “A. Moro”

Francesco Gaspari – Professore associato di Diritto amministrativo – Università di Roma “G. Marconi”

Luca Longhi – Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Universitas Mercatorum

Simone Neri – Dottorando di ricerca in Diritto ed impresa – LUISS Guido Carli

Agatino Giuseppe Lanzafame – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Catania

Armando De Crescenzo – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”

Marialaura Rea – Dottore di ricerca in Diritto e Istituzioni Economico Sociali: profili normativi, organizzativi e storico-evolutivi – Università di Napoli “Parthenope”

Giada Ragone – Borsista post-dottorato in Diritto costituzionale – Università di Milano

Franco Roberti – Deputato al Parlamento Europeo – Membro della Delegazione all’Assemblea parlamentare dell’Unione per il Mediterraneo – già Procuratore Nazionale Antimafia

Daniel Borrillo – Professore di Diritto privato – Università di Parigi II – Ricercatore associato CNRS CERSA